

# REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

ISSN 0303-9838



ISSN 0303-9838

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

**REVISTA  
DA  
FACULDADE DE DIREITO**

VOLUME 96

2001

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 96, 2001

“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”  
(UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

Em seu nonagésimo sexto volume

Fundada em 1893, é publicada anualmente em um ou mais fascículos. À venda na Secretaria da Revista da Faculdade, Sala 101-I, Chefia Técnica de Imprensa.

© Todos os Direitos Reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita da Chefia Técnica de Imprensa e/ou do Presidente da Comissão de Publicações.

- 1 - Solicita-se permuta.
- 2 - On demande l'échange.
- 3 - We ask for exchange.
- 4 - Si richiede lo scambio.
- 5 - Pidese canje.
- 6 - Wir bitten um Austausch.

---

*Revista da Faculdade de Direito / Universidade de São Paulo,*  
Serviço Técnico de Imprensa

Ano 1, n. 1 (nov. 1893)  
Edições Técnicas, 1893 -  
v.  
Anual

1. Direito - Periódicos. I. São Paulo (Brasil). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa.

CDD 340.05  
CDU 34(05)

---

Endereço para venda e permuta:  
“REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO”  
Largo de São Francisco, 95, Sala 101-I  
CEP: 01005-010 - São Paulo - SP - BRASIL  
Fone/Fax: 3111-4021



## **EXPEDIENTE DA REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO**

### **COMISSÃO DE PUBLICAÇÃO**

Professores: Antonio Junqueira de Azevedo (presidente), Fábio Maria De-Mattia, Enrique Ricardo Lewandowski, Newton De Lucca e o Editor Antonio Augusto Machado de Campos Neto.

### **CONSELHO EDITORIAL**

Professores: Sílvio Rodrigues, do Departamento de Direito Civil; José Carlos Moreira Alves, do Departamento de Direito Civil; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, do Departamento de Direito do Estado; Fábio Konder Comparato, do Departamento de Direito Comercial; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Ada Pellegrini Grinover, do Departamento de Direito Processual; Miguel Reale Júnior, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia; Celso Lafer, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Alcides Jorge Costa, do Departamento de Direito Econômico e Financeiro; Ivette Senise Ferreira, do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia; José Eduardo Campos de Oliveira Faria, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; José Rogério Cruz e Tucci, do Departamento de Direito Processual; Antonio Scarance Fernandes, do Departamento de Direito Processual.

### **SERVIÇO TÉCNICO DE IMPRENSA**

Chefe do Serviço Técnico de Imprensa:  
Antonio Augusto Machado de Campos Neto  
Marli Conceição Mathias (substituta)

Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos:  
Rodrigo Rick Vieira  
Ricardo Lemos Maia Leite de Carvalho

Editada pelo Serviço Técnico de Imprensa da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



CRENCIAMENTO E APOIO FINANCEIRO DO:  
PROGRAMA DE APOIO ÀS PUBLICAÇÕES CIENTÍFICAS PERIÓDICAS DA USP  
COMISSÃO DE CRENCIAMENTO



**REVISTA**

**DA**

**FACULDADE DE DIREITO**



## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Jacques Marcovitch

Vice-Reitor: Adolpho José Melfi

Pró-Reitora de Graduação: Ada Pellegrini Grinover

Pró-Reitor de Pós-Graduação: Héctor Francisco Terenzi

Pró-Reitor de Pesquisa: Hernan Chaimovich Guralnik

Pró-Reitor de Cultura e Extensão Universitária: Adilson Avansi de Abreu

## FACULDADE DE DIREITO

Diretora: Ivette Senise Ferreira

Vice-Diretor: Guido Fernando Silva Soares

### PROFESSORES HONORÁRIOS

Ruy Barbosa (1849-1923)

Clóvis Bevilacqua (1859-1944)

Francisco Mendes Pimentel (1869-1957)

José Xavier Carvalho de Mendonça (1861-1930)

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979)

Miguel Seabra Fagundes (1910-1993)

### PROFESSORES EMÉRITOS

João Braz de Oliveira Arruda (1861-1942)

Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota (1870-1942)

José Manoel de Azevedo Marques (1864-1945)

Francisco Antonio de Almeida Morato (1868-1948)

José Upiano Pinto de Souza (1869-1957)

Reinaldo Porchat (1868-1957)

Antonio de Sampaio Dória (1883-1964)

José Joaquim Cardoso de Mello Neto (1883-1965)

Waldemar Martins Ferreira (1885-1965)

Lino de Moraes Leme (1888-1969)

Jorge Americano (1891-1969)

Honório Fernandes Monteiro  
(1894-1969)  
Antonio Ferreira de Almeida Júnior (1892-  
1971)  
Noé Azevedo (1896-1972)  
Nicolau Nazo (1895-1974)  
Alvino Ferreira Lima (1888-1975)  
Cândido Motta Filho (1897-1977)  
Vicente Ráo (1892-1978)  
Sylvio Mutsuhito Marcondes Machado (1906-  
1980)  
Luís Eulálio de Bueno Vidigal  
(1911-1995)  
José Carlos de Ataliba Nogueira  
(1901-1983)  
Moacyr Amaral Santos (1902-1983)  
Alexandre Correia (1890-1984)  
Ernesto de Moraes Leme (1896-1986)  
Mario Masagão (1899-1979)  
Basileu Garcia (1905-1986)  
Joaquim Canuto Mendes de Almeida  
(1906-1990)  
Antonio Ferreira Cesarino Júnior  
(1906-1993)  
Philomeno Joaquim da Costa (1904-1995)  
Washington de Barros Monteiro  
(1910-1999)  
João Baptista de Oliveira e Costa Júnior  
Miguel Reale  
Celso Neves  
Goffredo da Silva Telles Júnior (Professor  
Emérito pela Reitoria da USP)

#### PROFESSORES TITULARES APOSENTADOS

Nair Lemos Gonçalves  
Antonio Chaves  
Silvio Rodrigues  
Geraldo de Camargo Vidigal  
Ruy Barbosa Nogueira

José Cretella Júnior  
Paulo José da Costa Júnior  
Irineu Strenger  
Vicente Marotta Rangel  
Alexandre Augusto de Castro Corrêa  
José Afonso da Silva  
Alcides Jorge Costa  
Octávio Bueno Magano  
José Maria Marlet Pareta  
Amauri Mascaro Nascimento  
Rogério Lauria Tucci  
Cássio de Mesquita Barros Junior  
Waldírio Bulgarelli

#### PROFESSORES CATEDRÁTICOS

José Carlos Moreira Alves  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho

#### PROFESSORES TITULARES

Dalmo de Abreu Dallari  
José Ignácio Botelho de Mesquita  
Fábio Konder Comparato  
Tércio Sampaio Ferraz Júnior  
Ada Pellegrini Grinover  
Luiz Gastão Paes de Barros Leães  
Cândido Rangel Dinamarco  
Antonio Carlos de Araújo Cintra  
Antonio Junqueira de Azevedo  
Miguel Reale Júnior  
Celso Lafer  
Eros Roberto Grau  
Maria Sylvia Zanella Di Pietro  
Luiz Olavo Baptista  
Fábio Maria De-Mattia  
Álvaro Villaça Azevedo  
Odete Medauar  
Fábio Nusdeo  
Vicente Greco Filho  
Ivette Senise Ferreira



João Grandino Rodas  
Régis Fernandes de Oliveira  
Guido Fernando Silva Soares  
Eduardo César Silveira Vita Marchi  
Rui Geraldo Camargo Viana  
Hermes Marcelo Huck  
Paulo de Barros Carvalho  
José Eduardo Campos de Oliveira Faria  
Luiz Carlos de Azevedo  
Antônio Magalhães Gomes Filho  
Nelson Mannrich  
Sérgio Pinto Martins

#### PROFESSORES ASSOCIADOS

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi  
Newton De Lucca  
José Rogério Cruz e Tucci  
Edmir Netto de Araújo  
Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos  
Rodolfo de Camargo Mancuso  
Carlos Alberto Dabus Maluf  
Antonio Luis Chaves Camargo  
Rachel Sztajn  
José Carlos de Magalhães  
Enrique Ricardo Lewandowski  
Anna Cândida da Cunha Ferraz  
Mônica Herman Salem Caggiano  
Paulo Borba Casella  
Antonio Scarance Fernandes  
Mauro Rodrigues Penteadó  
Sérgio Carlos Covello  
Alaor Caffé Alves  
Calixto Salomão Filho  
José Roberto dos Santos Bedaque  
Antonio Carlos Marcato  
Walküre Lopes Ribeiro da Silva  
Roberto João Elias  
Wilson Hilário Borges  
Maristela Basso  
Ari Marcelo Solon  
Ignácio Maria Poveda Velasco

Estevão Mallet  
Christiane Derani  
Marcus Orione Gonçalves Correia  
Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida  
Custódio da Piedade Ubaldino Miranda  
Estevão Horvath

#### PROFESSORES DOUTORES

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo  
Paulo Salvador Frontini  
Gerd Willi Rothmann  
Teresa Ancona Lopez  
Araminta de Azevedo Mercadante  
Vera Helena de Mello Franco  
Newton Silveira  
Alcides Tomasetti Júnior  
Kazuo Watanabe  
Masato Ninomiya  
Daisy Gogliano  
Alvino Augusto de Sá  
Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca  
José Tadeu de Chiara  
Antonio Martin  
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka  
Walter Piva Rodrigues  
José Antonio de Andrade Martins  
Roque Komatsu  
Fernanda Dias Menezes de Almeida  
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa  
Paulo Celso Bergstrom Bonilha  
José Reinaldo de Lima Lopes  
Carlos Alberto Carmona  
Sebastião Botto de Barros Tojal  
Nestor Duarte  
Carlos Borges de Castro  
Irene Batista Muakad  
José Luiz Gavião de Almeida  
Sérgio Rezende de Barros  
Marcelo Fortes Barbosa  
Alberto do Amaral Júnior  
Eunice Aparecida de Jesus Prudente

Paulo Fernando Campos Salles de Toledo

Jeannette Antonios Maman

Sérgio Salomão Shecaira

Dárcio Roberto Martins Rodrigues

João Alberto Schützer Del Nero

Elza Antônia Pereira Cunha Boiteux

Antonio Cláudio da Costa Machado

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

Flávio Luiz Yarshell

Cláudia Perrone Moisés

Maurício Antônio Ribeiro Lopes

Lidia Reis de Almeida Prado

Antônio Carlos Mendes

David Teixeira de Azevedo

Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França

José Maurício Conti

Marcos Paulo de Almeida Salles

Umberto Celli Junior

Eduardo Domingos Botallo

#### ASSISTENTES

Lídia Reis de Almeida Prado

Anna Maria Martins

Elizabeth de Almeida Meirelles

Maria José Galeano de Souza Oliveira

Enoque Ribeiro dos Santos

#### ADMINISTRAÇÃO

Assistente Técnico Acadêmico: Neide Ferreira Lima da Silva

Assistente Técnico Administrativo: Vanderlei Ribeiro

Chefia Técnica de Imprensa: Antonio Augusto Machado de Campos Neto

Diretora do Serviço de Biblioteca e Documentação: Giacomina Del Valle de Paz Faldini

## ERRATA

Por erro de gráfica, informamos que no “sumário” a seguir:

Onde se lê p. 19, leia-se p. 17;  
Onde se lê p. 31, leia-se p. 27;  
Onde se lê p. 51, leia-se p. 45;  
Onde se lê p. 83, leia-se p. 75;  
Onde se lê p. 113, leia-se p. 103;  
Onde se lê p. 135, leia-se p. 121;  
Onde se lê p. 157, leia-se p. 143;  
Onde se lê p. 193, leia-se p. 177;  
Onde se lê p. 219, leia-se p. 203;  
Onde se lê p. 233, leia-se p. 215;  
Onde se lê p. 251, leia-se p. 231;  
Onde se lê p. 263, leia-se p. 243;  
Onde se lê p. 291, leia-se p. 271;  
Onde se lê p. 309, leia-se p. 289;  
Onde se lê p. 351, leia-se p. 331;  
Onde se lê p. 369, leia-se p. 347;  
Onde se lê p. 395, leia-se p. 371,  
Onde se lê p. 437, leia-se p. 411,  
Onde se lê p. 449, leia-se p. 423;  
Onde se lê p. 461, leia-se p. 435;  
Onde se lê p. 481, leia-se p. 455;  
Onde se lê p. 503, leia-se p. 475;  
Onde se lê p. 529, leia-se p. 501;  
Onde se lê p. 551, leia-se p. 523;  
Onde se lê p. 557, leia-se p. 529;  
Onde se lê p. 569, leia-se p. 541;  
Onde se lê p. 597, leia-se p. 567;  
Onde se lê p. 603, leia-se p. 573;  
Onde se lê p. 621, leia-se p. 591;  
Onde se lê p. 653, leia-se p. 621;  
Onde se lê p. 705, leia-se p. 671;  
Onde se lê p. 721, leia-se p. 687;  
Onde se lê p. 729, leia-se p. 693;  
Onde se lê p. 737, leia-se p. 699;  
Onde se lê p. 753, leia-se p. 715;  
Onde se lê p. 759, leia-se p. 721;  
Onde se lê p. 761, leia-se p. 723;  
Onde se lê p. 767, leia-se p. 729;  
Onde se lê p. 779, leia-se p. 739.



## SUMÁRIO

### *HISTÓRIA DO DIREITO*

- O Direito Visigótico ..... 3  
*Luiz Carlos de Azevedo*
- A cavalo dado não se olham os dentes ..... 19  
*Andreas Wacke*

### *DIREITO ROMANO*

- Rui Barbosa e o Direito Romano ..... 31  
*José Carlos Moreira Alves*
- Dos Riscos pela Perda Fortuita da Coisa Vendida no  
Direito Romano ..... 51  
*Eduardo César Silveira Vita Marchi*
- Aspecto da Responsabilidade Civil por Fato de Terceiro no  
Direito Romano ..... 83  
*Dárcio Roberto Martins Rodrigues*
- Considerações Acerca do “Iudex Qui Litem Suam Facit” ..... 113  
*Jaime Meira do Nascimento Júnior*

### *DIREITO CIVIL*

- Atividade Agrária ..... 135  
*Fabio Maria De-Mattia*
- A Relação entre Parcelamento Ilegal do Solo Urbano e a  
Ausência de Mapas Cadastrais nos Registros Imobiliários  
Brasileiros ..... 157  
*Éllade Imperato*
- Acesso a Recursos Genéticos Humanos: uma abordagem  
consensual ..... 193  
*Roberto Chacon de Albuquerque*

## DIREITO DO TRABALHO

- Fontes de Direito do Trabalho ..... 219  
*Otávio Pinto e Silva*
- Novas e Velhas Questões em Torno da Prescrição  
Trabalhista ..... 233  
*Estevão Mallet*
- A Sistematização da Previdência Privada Brasileira e uma  
Abordagem de Aspectos Previdenciários no Exterior ..... 251  
*Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub*

## DIREITO DO ESTADO

- Preâmbulos das Constituições do Brasil ..... 263  
*Dalmo de Abreu Dallari*
- O Direito como instrumento de realização da Justiça e a  
missão constitucional do juiz na Declaração das Decisões  
Judiciais ..... 291  
*Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*
- Breves Considerações sobre o Futuro do Profissional do  
Direito: a crise do Estado, as alterações de ordem  
interdisciplinar e a crise do ensino jurídico ..... 309  
*Antonio Carlos Morato*

## DIREITO PENAL

- Raízes da Violência na Criança e Futuros Danos Psíquicos ..... 351  
*Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos*
- Arma de Fogo: da contravenção ao crime ..... 369  
*José Orsomarzo Neto*



## *DIREITO PROCESSUAL*

- A Concomitância de Ações Coletivas, entre si, e em Face  
das Ações Individuais ..... 395  
*Rodolfo de Camargo Mancuso*
- As Mudanças do Processo Civil e suas Diretrizes Atuais ..... 437  
*Alysson Leandro Mascaro*

## *DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO*

- Um Novo Paradigma dos Contratos? ..... 449  
*Eros Roberto Grau*
- A Defesa da Concorrência no Sistema Financeiro ..... 461  
*Jean Paul Cabral Veiga da Rocha*

## *DIREITO INTERNACIONAL*

- Aspectos da Contratação Internacional ..... 481  
*Irineu Strenger*
- A Arbitragem Comercial Internacional no Direito  
Brasileiro, nos Termos da Lei n. 9.307, de 23.09.1996:  
alguns aspectos ..... 503  
*Guido Fernando Silva Soares*
- Extraterritorialidade e Proteção da Livre Concorrência ..... 529  
*Paulo Borba Casella*

## *FILOSOFIA DO DIREITO*

- Temas de Filosofia do Direito ..... 551  
*Alexandre Augusto de Castro Corrêa*
- Montesquieu, leitor de Hobbes ..... 557  
*Alfredo Attiê Junior*

A Justiça Kelseniana .....	569
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
<b>DIREITO CONTEMPORÂNEO</b>	
- O Planejamento do Futuro .....	597
<i>Goffredo da Silva Telles Junior</i>	
- O Terror e a Justiça .....	603
<i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	
<b>TRABALHOS ACADÊMICOS</b>	
- O Equilíbrio do Poder na Regulação da Internet: critérios e conseqüências .....	621
<i>Seiiti Arata Junior</i>	
Dos Efeitos de Dação em Pagamento (nos casos de credor evicto) .....	653
<i>Alessandro Hirata</i>	
A Integração das Bolsas Nacionais e o Aumento de Competitividade .....	705
<i>Carlos Eduardo Vergueiro</i>	
<b>DISCURSOS E CONFERÊNCIAS</b>	
Discurso Pronunciado por Ocasão da Solenidade de Posse do Professor Luiz Carlos de Azevedo como Titular do Departamento do Direito Civil .....	721
<i>Luiz Carlos de Azevedo</i>	
Oração em Homenagem a Nelson Mannrich, na Posse como Titular do Departamento do Direito do Trabalho .....	729
<i>Ada Pellegrini Grinover</i>	
- Conferência do Excelentíssimo Senhor Professor Doutor Celso Lafer, Ministro das Relações Exteriores, na Universidade de Buenos Aires .....	737

## CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

- Goffredo Telles Júnior: A Poesia do Direito ..... 753  
*Guilherme Assis de Almeida*

A Inauguração do Anfiteatro Arcadas ..... 759  
*Antonio Augusto Machado de Campos Neto*

“Le Roy Est Mort; Vive Le Roy!” ..... 761  
*Acácio Vaz de Lima Filho*

Controle de Constitucionalidade: uma sucinta comparação  
entre o Brasil e o Japão ..... 767  
*Miyuki Sato*

## RESENHA

A Democracia no Limiar do Século XXI, de Manoel  
Gonçalves Ferreira Filho ..... 779  
*Fernando Aurelio Zilveti*

## CONTENTS

### LAW'S HISTORY

- The Visigothic Law ..... 3  
*Luiz Carlos de Azevedo*
- For Given Horse do not Look at the Teeth ..... 19  
*Andreas Wacke*

### ROMAN LAW

- Rui Barbosa and the Roman Law ..... 31  
*José Carlos Moreira Alves*
- The Risks for the Fortuitous Loss of the Solded  
Thing in the Roman Law ..... 51  
*Eduardo César Silveira Vita Marchi*
- Aspect of the Civil Responsibility for fact of third in  
the Roman Law ..... 83  
*Dárcio Roberto Martins Rodrigues*
- Considerations concerning the “Iudex Quilitem Suam Facit” ..... 113  
*Jaime Meira do Nascimento Júnior*

### CIVIL LAW

- Agrarian Activity ..... 135  
*Fabio Maria De-Mattia*
- The Relation between Illegal Division of the Urban  
Ground and the Absence of Cadastre Maps in the  
Brazilian Real Estate Registers ..... 157  
*Éllade Imparato*
- The Access to the Human Genetic Resources: a  
consensual boarding ..... 193  
*Roberto Chacon de Albuquerque*

### LABOR LAW

- Sources of the Labor Law ..... 219  
*Otávio Pinto e Silva*

## ERRATA

Because of graphic's mistake, we inform that in the contents:

Where you read p. 19, read p. 17;  
Where you read p. 31, read p. 27;  
Where you read p. 51, read p. 45;  
Where you read p. 83, read p. 75;  
Where you read p. 113, read p. 103;  
Where you read p. 135, read p. 121;  
Where you read p. 157, read p. 143;  
Where you read p. 193, read p. 177;  
Where you read p. 219, read p. 203;  
Where you read p. 233, read p. 215;  
Where you read p. 251, read p. 231;  
Where you read p. 263, read p. 243;  
Where you read p. 291, read p. 271;  
Where you read p. 309, read p. 289;  
Where you read p. 351, read p. 331;  
Where you read p. 369, read p. 347;  
Where you read p. 395, read p. 371;  
Where you read p. 437, read p. 411;  
Where you read p. 449, read p. 423;  
Where you read p. 461, read p. 435;  
Where you read p. 481, read p. 455;  
Where you read p. 503, read p. 475;  
Where you read p. 529, read p. 501;  
Where you read p. 551, read p. 523;  
Where you read p. 557, read p. 529;  
Where you read p. 569, read p. 541;  
Where you read p. 597, read p. 567;  
Where you read p. 603, read p. 573;  
Where you read p. 621, read p. 591;  
Where you read p. 653, read p. 621;  
Where you read p. 705, read p. 671;  
Where you read p. 721, read p. 687;  
Where you read p. 729, read p. 693;  
Where you read p. 737, read p. 699;  
Where you read p. 753, read p. 715;  
Where you read p. 759, read p. 721;  
Where you read p. 761, read p. 723;  
Where you read p. 767, read p. 729;  
Where you read p. 779, read p. 739.





News and Olds Lapsing of the Executive Pretension  
in the Labor Process ..... 233  
*Estevão Mallet*

Social Welfare, Stability and Legal Security and  
Aspects in the Exterior ..... 251  
*Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub*

#### STATE LAW

Preambles of the Brazilian Constitutions ..... 263  
*Dalmo de Abreu Dallari*

The Right as an Instrument of Accomplishment of  
the Justice and the Constitutional Mission of the  
Judge in the Declaration of the Sentences ..... 291  
*Custódio da Piedade Ubaldino Miranda*

- Brief Considerations on the future of the  
professional of the Right: the Crisis of the State, the  
interdisciplinary order alterations and the crisis of  
legal education ..... 309  
*Antonio Carlos Morato*

#### PENAL LAW

The Child Violence Roots and the Psychic damage  
in the future ..... 351  
*Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos*

Firearm: contravention to the crime ..... 369  
*José Orsomarzo Neto*

#### PROCEDURAL LAW

- The Concurrence of Collective Actions Between  
Themselves, and in face of the Individual Actions ..... 395  
*Rodolfo de Camargo Mancuso*

The Changes of the Civil Process and its current line of direction .....	437
<i>Alysson Leandro Mascaro</i>	
<b>FINANCIAL-ECONOMIC LAW</b>	
A New Paradigm of the Contracts? .....	449
<i>Eros Roberto Grau</i>	
- The Defense of the Free Market in the Financial System .....	461
<i>Jean Paul Cabral Veiga da Rocha</i>	
<b>INTERNATIONAL LAW</b>	
- Aspects of the International Act of Contract .....	481
<i>Irineu Strenger</i>	
The International Commercial Arbitration in the Brazilian Right, in Terms of Law n. 9.307, of 23.09.1996: some aspects .....	503
<i>Guido Fernando Silva Soares</i>	
Extraterritoriality and Protection of the Free Competition .....	529
<i>Paulo Borba Casella</i>	
<b>LAW'S PHILOSOPHY</b>	
- Subjects of Law's Philosophy .....	551
<i>Alexandre Augusto de Castro Corrêa</i>	
Montesquieu, reader of Hobbes .....	557
<i>Alfredo Attié Junior</i>	
Kelsenian Justice .....	569
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
<b>CONTEMPORARY LAW</b>	
The Planning of the future .....	597
<i>Goffredo da Silva Telles Junior</i>	

The Terror and the Justice .....	603
<i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	
<b>ACADEMIC WORKS</b>	
The Balance of the Power in the Regulation of the Internet: criteria and consequences .....	621
<i>Seiiti Arata Junior</i>	
The Effects of the “Dação em Pagamento” (in the cases of eviction creditor) .....	653
<i>Alessandro Hirata</i>	
- The Integration of the National Stock markets and the Increase of Competitiveness .....	705
<i>Carlos Eduardo Vergueiro</i>	
<b>SPEECHES AND CONFERENCES</b>	
- Speech of ownership of Dean Sir Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo, as Titleholder Professor of Civil Law at Faculty of Law of São Paulo .....	721
<i>Luiz Carlos de Azevedo</i>	
Oration In Homage to Nelson Mannrich in the ownership as Titular of the Department of the Labor Law .....	729
<i>Ada Pellegrini Grinover</i>	
- Conference of Dean Sir Prof Dr. Celso Lafer, Minister of Relations Exterior, in the University of Bucnos Aires .....	737
<b>CONTRIBUTION TO ACADEMIC MEMORIES</b>	
Goffredo Telles Júnior: The Poetry of the Right .....	753
<i>Guilherme Assis de Almeida</i>	
The Inauguration of the Arches Theatre .....	759
<i>Antonio Augusto Machado de Campos Neto</i>	

“Le Roy Est Mort; Le Lives Roy!” .....	761
<i>Acácio Vaz de Lima Filho</i>	
Control of Constitutionality: one single matching between Brazil and Japan .....	767
<i>Miyuki Sato</i>	

## SUMMARY

The Democracy in the Threshold of Century XXI, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho .....	779
<i>Fernando Aurelio Zilveti</i>	

# **HISTÓRIA DO DIREITO**





# O DIREITO VISIGÓTICO

*Luiz Carlos de Azevedo*

Professor Associado de Direito Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O autor aborda, neste trabalho sobre a queda do Império Romano, as fontes do Direito germânico, os concílios visigóticos e o Código Visigótico, incluindo a sua permanência após a invasão muçulmana.

## Abstract:

The author approaches, in this work, on the fall of the Roman Empire, the sources of the germanic Right, council and the Visigothic Code, including its permanence after the Muslim invasion.

**Unitermos:** Direito germânico, concílios visigóticos, Código Visigótico.

## Sumário:

1. A queda do Império Romano do Ocidente. Os visigodos. O Direito germânico e as suas instituições;
2. Fontes do Direito germânico. As compilações de leis do reino visigótico: Código de Eurico. *Edictum Theodorici*. *Lex Romana Visigothorum*;
3. Os concílios visigóticos;
4. O Código Visigótico ou “*Fuero Juzgo*”;
5. A permanência do Código Visigótico após a invasão muçulmana.

1. A enorme extensão do Império Romano acabaria por levá-lo à desintegração e aniquilamento. Abrangendo limites que chegavam aos confins do mundo antigo; mas, perdido, por outro lado, na retaliação constante de uma insegura minoria dirigente, onde se digladiavam interesses nem sempre claros de senadores ambiciosos e rudes oficiais, os quais, malcolocados no poder, viam-se derribados pelas falanges contrárias, tornou-se impossível resguardar as fronteiras diante das vagas dos povos germânicos que os ventos orientais vinham impelindo.

Desde Tácito temiam-se as investidas dos povos que habitavam as estepes do Don e Dniester e as margens do Rio Danúbio, pois este, na verdade, segundo o historiador, sustentava-se como débil obstáculo a quem realmente pretendesse atravessá-lo, (Germânia, XXVIII).

No final do século IV, provindos da Ásia, os hunos se arrojaram pela Europa Central, levando seus contingentes, e mais, os godos, que não lhes podem resistir, a se precipitar sobre o decadente Império, a esta altura já enfraquecido pela divisão em dois governos distintos, do Oriente e do Ocidente, (395 D.C.).

Acompanhando as invasões, os visigodos situam-se, primeiro, pelo norte da península itálica, e com Alarico chegam a saquear Roma; depois, estarão na Aquitânia, na antiga província senatorial narbonense, cruzam os Pirineus e penetram na Hispania, até conquistá-la praticamente por completo, quando dominam os remanescentes romanos, suevos, alanos, vândalos, expulsando, também, o Exército de Belisário.

A capital do reino é agora Toledo e a monarquia tem caráter eletivo, motivo das contínuas dissensões entre os aspirantes ao trono, quando de sua vacância.

Carrega o povo visigodo toda a tradição de ascendência germânica, que em nada se assemelha ao grau de civilização das instituições romanas, as quais constituíam a marca e o orgulho da “*urbs*” imperial.

Não-obstante, a despeito da aspereza do trato na condução de seu agir, resultado da própria luta por uma sobrevivência árdua e espinhosa, tinham os visigodos, como característica comum destes povos germânicos, um sentimento arraigado pelos costumes, que bem conservavam, e que de pai para filho faziam empenho em transmitir.

A idéia de preservação da paz (“*fridr*”) da família, (*sippe*) a qual compreendia tanto a parentes de sangue, quanto aos descendentes em linha masculina de um tronco paterno comum, encontrava-se insita na consciência de cada um, como sempre ocorrera, desde tempos mais remotos, entre os integrantes do mesmo clã.

Por isto, embora individualistas, por natureza, traziam impregnado em suas consciências este sentimento coletivo e igualitário de proteção do grupo, para que não se perdesse o propósito maior, de manutenção da paz; violá-la - acreditavam -, seria atentar contra os interesses da “*sippe*”, seria incidir na mais grave falta conhecida nas primitivas instituições germânicas, seria receber, por consequência, a repressão mais severa, equivalente à pena capital: o culpado era banido da comunidade.

Reuniam-se em assembléias, sendo ainda Tácito quem descreve alguns de seus trâmites, causando-lhe espécie a severidade do ritual simbólico e formalista, que então se estabelecia: o chefe tomava a palavra e, ao ouvi-lo, a turba, se a notícia os

desagradava, repeliam-na com murmúrios de reprovação; mas, se aprovada, agitavam as lanças, chocando-as entre si; “*honoratissimum assensus genus est armis laudare*” o sufrágio pelas armas era o sinal mais honorável deste assentimento, (Germânia, XI). Tudo se fazia oralmente, sob a tônica do princípio acusatório, e, não-raro, a parte que se sentia lesada lançava o repto perante os demais, reclamando desagravo. Outras vezes, porém, sentindo a ausência ou debilidade do poder público, ou desprezando, por hábito, o auxílio de terceiro para a solução de pendência que a tinha por só sua, o membro do clã partia para a retorção contra o desafeto, considerando legítimo o emprego da “*vis privata*” No entanto, esta era por princípio coibida, pois a ninguém interessava o enfraquecimento da *tribu*; por isto, buscava-se evitar retaliações ou vinganças entre os clãs, sendo comum, nessa contingência, o recurso ao “*wergeld*” por meio do qual o ofensor pagava ao ofendido uma multa ou compensação pecuniária, representada por um bem material ou dinheiro, (de “*wir*” homem, e *gold*” ouro, o preço do homem ou do prejuízo ocorrido).

Outra solução seria aceitar a sorte e o apoio na Justiça divina, partindo os contendores para o duelo judiciário, sob a vista do chefe da comunidade; e na colheita das provas, utilizavam-se das ordálias ou juízos de Deus, sendo um dos exemplos desta prática mergulhar as mãos do acusado em água fervente para saber se era culpado ou inocente.

Estas formas rudimentares de proceder, todavia, conhecerão modificações, quando do contato dos invasores com os despojos do extinto Império do Ocidente, pois, desde logo, os chefes dos clãs sentiram a necessidade de aproveitar o espólio cultural de Roma, em especial o acervo representado por seu notável ordenamento jurídico.

E, desde o momento em que se admitiu tal receptividade, sucedem-se as “*leges barbarorum*” ou leis populares, onde o antigo Direito consuetudinário, que continuou presente, passa a receber o influxo dos preceitos extraídos ao Direito Romano.

E havia uma forte razão para que os reis e condutores destes povos não se sentissem infensos àquelas normas, posto que estranhas lhes parecessem; pois serviam bem melhor a lhes assegurar o poder, já que provindas de um sistema no qual se fazia empenho em tornar absoluta a autoridade do soberano, característica marcante do *dominato* no caminho para a construção do Direito justinianeu.

2. Fundado exclusivamente no costume, o Direito germânico mais antigo não trazia leis ou documentos escritos e qualquer reconstrução a esse respeito, esbarra na falibilidade, já que nas inscrições rupestres encontradas pode ter ocorrido a influência

do Direito Romano, ao tempo em que o Império gozava desta hegemonia, de modo a alterar o sentido original das disposições porventura ali transcritas.

Assim, as fontes se situam mais nas descrições relatadas pelos autores romanos, como César, Tácito, Dione, Cássio e outros; nas lendas provenientes da exuberante mitologia germânica, e, principalmente, neste período de contato, na legislação que foi sendo gradativamente editada e que trazia o nome dos povos que a seguiam e respeitavam: lei dos francos, (*pactus legis salicae*) dos burgúndios, ripuários, etc.; e, entre estas, as leis dos visigodos.

Neste último reino, ao lado do direito vulgar, que permanece, “*não apenas como direito positivo para disciplinar as relações jurídicas do povo vencido, mas também como modelo a inspirar as próprias leis estabelecidas pelos vencedores, em razão da influência que a civilização romana exerceu sobre aquele povo germânico*” (Moacyr Lobo da Costa, *A revogação da sentença*, p. 85), sucedem-se as compilações, datando a primeira, ao que consta, dos anos 476 da Era Cristã, o denominado “Código de Eurico” onde se encontram reunidos, nos fragmentos que se localizaram, tanto normas de Direito Romano, quanto costumes de ascendência germânica.

Antes desta, porém, discute-se a origem de um outro diploma, o “*Edictum Theodorici*” atribuído ao rei ostrogodo desse nome, mas que teria sido baixado por Teodorico II, monarca visigótico que reinou ainda na Gália, entre 453 e 466; também esta coletânea reproduz textos romanos do período, como o Código Teodosiano e aqueles que o antecedem, o Gregoriano e o Hermogeniano.

A seguir, vem a “*Lex Romana Visigothorum*”, ou Breviário de Alarico, que data de 506: trata-se de importante compilação, que traz tanto o “*jus*” quanto as “*leges*” isto é, o conteúdo doutrinário e as constituições imperiais. Parece que este rei, segundo pelo nome, pretendeu acompanhar o mesmo espírito que inspirara os compiladores do Código Teodosiano, dirimindo os inevitáveis desencontros surgidos em decorrência da grande quantidade de leis extravagantes, muitas delas já anacrônicas. Esta medida tinha ainda mais razão de ser no reino visigodo, onde habitavam povos de diferente origem, religião e costumes. Por isso, Alarico teria buscado apaziguar ânimos e querelas ocorrentes entre as duas raças, dirigindo o seu “*comonitorium*” a godos e hispano-romanos, tanto que o edito conclama o “*universi populi nostri*”. Compõe-se o Breviário de várias constituições extraídas do Código Teodosiano, outras tantas novelas de imperadores romanos, um resumo das “*Institutas*” de Gaio, as sentenças de Paulo e outros excertos de jurisprudência.

3. Com Recaredo, convertem-se os visigodos ao catolicismo (589) e, a

partir de então, os concílios passam a ter grande importância na estrutura política do reino, porque, além dos assuntos eclesiásticos, discutia-se nessas assembléias matéria de natureza administrativa, econômica e civil. Delas participavam os altos dignatários eclesiásticos, representantes das sedes episcopais juntamente com o monarca, nobres e membros do palatinado, da Corte visigótica. Nas reuniões deste órgão legislativo ditavam-se normas e cânones, ocorrendo singular fusão entre o Direito secular e o Canônico, a qual iria servir de fonte ao futuro Código Visigótico.

Para que se tenha idéia da transcendência das questões ali levantadas, oportuno lembrar o cânone II, do XIII Concílio de Toledo (683), que estabeleceu o chamado “*habeas corpus*” visigótico; dizia ele que nenhuma pessoa vinculada ao rei por juramento de fidelidade, exceto em caso de culpa evidente, poderia ser presa, acorrentada, desapossada de seus bens, torturada para que se arrancasse por força a confissão, antes de ser apresentada à assembléia, conservando, até o julgamento, seus direitos e prerrogativas; e às pessoas livres, posto que de condição inferior, guardava-se igual procedimento.

Em outro concílio, bem anterior (638) decretou-se, também, que os inocentes não podiam ter sua vida atingida pela malícia dos acusadores, de tal modo que ninguém seria acusado por outro, ou seria supliciado, sem que o acusador se apresentasse, cumprindo-se, a seguir, as normas e cânones em relação às matérias que se aplicassem, (Concílio de Toledo VI, can. XI).

4. Sob a coroa de Rescesvindo (654), promulga-se o chamado “*Código Visigótico*” ou “*Fuero Juzgo*”, a mais importante compilação de leis dos visigodos, a qual reúne tanto os antigos costumes germânicos, quanto as disposições oriundas do Direito Romano e Canônico. Destes, normas insertas na *Lex Romana Visigothorum* e no que trazia de romano o *Codex Euriciano*; além disto, os cânones dos concílios e os ensinamentos de Isidoro de Sevilha.

Os doze livros que a compõem, trazem leis com a nota “*antiqua*” ou “*antiqua noviter emendata*”, referindo-se, também, ao rei que as editou, entre estas, as revistas por Leovigildo e Chindasvindo, anos atrás. O Código Visigótico traz duas versões: uma, em latim, de 654, e outra, em castelhano, que dataria do reinado de D. Fernando, já no século XIII.

O Título I trata da eleição dos príncipes e da forma como devem eles reinar; originar-se-ia do quarto concílio de Toledo, realizado em 633, (era de 671) Sisenando reinante, que se designava “*regis Hispaniae atque Galliae*”. O primeiro livro dispõe como devem ser feitas as leis: *non deve fazer ley em contienda, mas ponerla*

*ondradamente*”, ou seja, há de ser bem ordenada, compreensível, para que todos a entendam, (Liv. I, Tít. I, n. II). Em suma, a lei deve ser manifesta e clara, de modo que o juízo que dela se extrair, se faça de modo lhano e aberto. Há de ser guardada, segundo o costume da cidade e ser conveniente, proveitosa e necessária à época e lugar aos quais se aplica, (Liv. I, Tít. I, n. VI; Liv. I, Tít. II, n. IV). Marca do respeito aos costumes, diz a lei, a certa altura, que é melhor emendar a lei do que alterá-los, (Liv. I, Tít. I, n. IX).

Por sua vez, o juiz, no seu ofício, deve ser pronto e ágil, ao indagar; (*indagando vivax*) firme, ao prevenir; (*preveniando fixus*) não se mostrar ansioso, para decidir; (*decernendo non anxius*) castigar com moderação, (*percutiendo parcus*) e perdoar, com freqüência (*parcendo assíduos*), (Liv. I, Tít. I, Lei VII, versão latina).

O Livro II estende-se sobre os processos e causas; o terceiro e o quarto, sobre o casamento e Direito sucessório; o quinto, dos contratos e assuntos correlatos; do sexto ao nono, do Direito Penal, ali se inscrevendo sanções de extrema severidade, que chocam e causam repulsa nos dias de hoje, mas que não eram próprias dos visigodos, repetindo-se em outros corpos legislativos do período: morte e execução sob suplício, mão ou nariz cortados, castração, açoites, etc. Os tempos eram rudes e as sanções desapiedadas contrastavam com as prescrições do Livro Primeiro. Diferentes influências, resultados da mesma forma distintos.

Completava-se a legislação com normas sobre terras, arrendamentos, disposições, acerca dos físicos e de suas responsabilidades, mercadores e marinheiros; e, também, dos hereges e judeus.

A partir daí, “*que nengun omne non aya otro Libro sino que este*”. diz o rei (Liv. II, Tít. I, n. IX), impondo multa que se aplicava às partes e aos juizes que não queimassem os compêndios que contivessem as leis revogadas. A intenção era fazer cessar de vez a diversidade legislativa, tanto que “*la muier romana puede casar com el omne godo é que la muier goda puede casar com el omne romano*. (Liv. III, Tít. I, *del ordenamiento de las bodas*)”

A ninguém, por outro lado, era lícito ignorar a lei, “*quod nulli leges nescire liceat*”, (Liv. II, Tít. I, n. III), Isto porque, continua o texto, na versão castelhana: “*ca el que mal fiziere, non deve seer sin pena, maguer (ainda) que diga, que non sabie las leyes ni el derecho*”

Esta ordem, ainda que correta em seus propósitos, trazia muito de hipotético, a considerar as pessoas para as quais se dirigia; árdua era a vida, as comunicações difíceis, muitos poucos sabiam ler e escrever, mesmo entre os membros

da nobreza; é de acreditar, assim, vigorasse o código, em maior amplitude, junto aos mais cultos e abonados, próximos ao rei e sua Corte, na capital e nas cidades mais prósperas; quanto ao povo, bem como aqueles que residiam nas aldeias, faziam-se reger pelos costumes, prática que se prolongaria no tempo, segundo mostram as coleções de “*utsages*” e “*fueros*” medievais.

Um exemplo desta situação encontra-se no Livro V, Tít. VI, n. I, quando ali se diz que “*defendemos à tod omne que non prende por si. E si el omne que es libre prenda por si mismo por fuerza à otri, pague el duplo del penno. E si el que prenda es siervo, peche el penno, é demás reciba C azotes*”

Cumprir-se-ia realmente a lei? Qual a distância que medeava entre o comando, oriundo de quem se intitulava “Don Flavio Rescindo, *rey de Dios*” nos moldes dos imperadores romanos, e que incorporara esta lei “*antigua*” ao capítulo, e o agir de seus súditos? Pois estes não se despojariam facilmente dos velhos hábitos, entre os quais aquele que admitia a penhora pelas próprias mãos por quem se sentira atingido em seu direito, face a relutância ou inércia do devedor.

Tudo leva a crer, então, que até onde chegava o poder real, obedecia-se a legislação, na maneira como vinha disposta, pois a severidade das sanções resultantes de seu descumprimento impedia ou reduzia a idéia de confronto; mas esta autoridade, presente no fausto do palácio, debilitava-se na medida em que o rei e seus delegados se encontravam cada vez mais distantes dos povoados, onde vigorava a prática costumeira, secularmente observada; não será por outro motivo, aliás, que bem mais tarde, os reis cristãos da reconquista aos árabes terão por hábito deambular pelos seus domínios, buscando manter presente e atuante seu poderio, ocasião em que, a par das medidas administrativas e econômicas, que tomavam, estavam também distribuindo Justiça e levando a paz do soberano aos termos porventura conturbados.

5. Tão-poderosos se criam os reis visigodos que jamais poderiam atinar estivessem à beira do perdimento; tudo lhes minava à volta, desde o abandono da simplicidade, que lhes fora símbolo, até as dissensões periódicas internas, surgidas a cada sucessão ao trono; que dizer, então, das outras raças, fosse do povo hebreu, que perseguiam, fosse do muçulmano, que desprezavam?

Malsabiam que estes últimos iriam desmanchar, em Guadalete, (711) tão-ilusória potestade, reduzindo os vencidos às montanhas das Astúrias.

Não contaria, o Código Visigótico, entretanto, tão-só com estes parcos sessenta anos de vigência; malgrado a invasão, por força de circunstâncias várias, entre elas a de não desejarem os sarracenos maior contato com cristãos, infiéis a Mafoma,

continuaram estes a utilizar-se das leis que lhes eram próprias, fazendo-o, todavia, à custa de largo preço.

Assim, não-obstante carregados de tributos, “pagos por cabeça ou por mês” lograram os cristãos alcançar “proteção e perfeita tolerância civil e religiosa” (Coelho da Rocha, M. A., “Ensaio sobre a História do Governo e da legislação em Portugal” p. 36).

O “*Liber judiciorum*” continuará, desta forma, a vigorar junto ao povo conquistado, mesmo porque o ânimo dos vencidos, por não aceitar a derrota desde o momento em que esta ocorreu, passará a dar ensejo à obstinada e paulatina reconquista.

## Anexo 1

### De Los Libros Y Títulos Que Contiene El Fuero Juzgo.

#### Primer Título.

De la elección de los príncipes et del insinnamiento como deben iudgar derecho et de la pena de aquellos que iudgan torto.

<b>Libro I.</b> Del facedor de la ley et de las leyes.	<b>Libro VII.</b> De los hurtos é de los engannos.
<b>Libro II.</b> De los juicios y causas.	<b>Libro VIII.</b> De las fuerzas é de los damnos é de los quebrantamientos.
<b>Libro III.</b> De los casamientos é de las nascencias.	<b>Libro IX.</b> De los siervos foidos é de los que tornan.
<b>Libro IV.</b> Del linage natural.	<b>Libro X.</b> De las particiones é de los tiempos é de los annos é de las lindes.
<b>Libro V.</b> De las avenencias é de las compras.	<b>Libro XI.</b> De los físicos é de los mercadores de ultramar é de los marineros.
<b>Libro VI.</b> De los malfechos é de las penas é de los tormentos.	<b>Libro XII.</b> De devedar los tuertos é derraigar las sectas é sus dichos.



## Anexo 2

## Concílio De Toledo VI: a. 638

**Concílio VI de Toledo, de cuarenta y ocho obispos**

Reunidos nosotros, los obispos de las Españas y de las Galias, por las provechosas exhortaciones del sumo, ortodoxo y gloriosísimo rey Chintila, y ocupando los paestos correspondientes en el pretorio de Toledo, en la iglesia de santa Leocadia, mártir, el día 9 de enero, año segundo del arriba indicado rey y triunfador en Cristo, era 676, ante todo establecimos este decreto acerca de la fe.

XI. *Que no se condene a nadie sin acusador legal.*

Es justo que la vida de los inocentes no sea manchada por la malicia de los acusadores, y por lo tanto nadie que esté acusado por otro será entregado al suplicio hasta que el acusador se presente y se examinen las normas de las leyes y de los cánones, y si se prueba que es persona incapaz para acusar, no se admita la acusación, a no ser que se trate de crimen de lesa majestad.

**‘Item Concilium Toletanum Vi, Xlviii Episcoporum [Universale] Habitum [In Nomine Domini Nostri Iesu Christii Feleciter]**

Convenientibus nobis Spaniarum Galliarumque pontificibus summi orthodoxi et gloriosissimi Chintilani regis salutaribus hortamentis, atque in praetorio Toletano in ecclesiam sanctae Leocadiae martyris debitis sedibus conlocatis, sub die quinto idus ianuaras anno praefati principis et triumfatoris in Christo secundo, era sexcentesima septuagesima sexta, hoc decretum fidei prius sancimus.

XI. *Ne sine accusatore legitimo quispiam condemnetur.*

Dignum est ut vita innocentum non maculetur pernicie accusantium: ideo quisquis a quolibet criminatur non antea accusatus supplicio dedicetur, quam accusator praesentetur, atque legum et canonum sententiae exquirantur, ut si indigna ad causandum persona invenitur, ad eius accusationem non iudicetur, nisi ubi pro capite regiae maiestatis causa versatur.

## Concilio De Toledo XIII: a. 683

**En el nombre del Señor, actas sinodales del Concilio Toledano XIII, era 721, en el año cuarto del reinado del excelentísimo príncipe Ervigio.**

II. Por lo cual, tomando una medida conforme a los deseos del rey, decretamos en común, que ninguno en adelante del orden palatino, o de los pertenecientes a la santa religión, por estratagema ardida por el rey, o por instigación de otra potestad seglar, o con el apoyo de la maliciosa voluntad de cualquier otro hombre, sea privado del honor de su grado o de servir en el palacio real, fuera del caso de manifiesto y evidente indicio de su culpa, y no se le aprisione, ni encadene, ni se le someta a tormento, ni se le castigue con cualquier clase de penas corporales o azotes, ni se le prive de sus bienes, ni sea encerrado en prisión, ni se le rapte, valiéndose aquí y allá de injustas ocasiones, con lo cual se le arranque una confesión por la fuerza, oculta o fraudulenta, sino que aquel que es acusado, conservando las prerrogativas de su categoría, y sin sufrir antes los perjuicios reseñados más arriba, será presentado en la pública deliberación de los obispos, de los grandes y de los gardingos, e interrogado con toda justicia y si fuere culpable del

**In nomine domini incipiunt gesta synodalia habita in urbe toletana sub era DCC XXI<sup>a</sup> anno regni excellentissimi Ervigii principis quarto**

II. Un de congruam devotioni eius sententiam decernentes hoc in commune decrevimus ut nullus deinceps ex palatini” ordinis gradu vel religionis sanctae conventum, regiae subtilitatis astu vel profanae potestatis instineta sive quorumbilet hominum malitiosae volumptatis obnisi citra manifestum et evidens culpaе suae indicium ab honore sui ordinis vel servitio, domus regiae arceatur, non ante vinculorum nexibus inligetur, non quaestioni subdatur, non quibuslibet tormentorum vel flagellorum generibus maceretur, non vebus privetur, non etiam carceralibus custodiis mancipetur, neque adhibitis hinc inde iniustis occasionibus abdicetur, per quod illi violenta, ꝓculta vel fraudulenta professio extrahatur: sed is qui accusatur gradum sui ordinis tenens et nicil ante de supradictorum capitulorum nocibilitate persentiens, in publica sacerdotum seniorum atque etiam gardingorum discussione deductus [et iustissime perquisitus] aut abnoxius reatui detectae culpaе legum poenas excipiat, aut innoxius iudicio omarium

delito, sufra las penas que las leyes señalan para el cuímen que se de ha descubierto, y si fuere inocente, sea declarado tal por el juicio de todos.

También de las restantes personas libres que no ocuparon cargos en palacio, y sin embargo parecen poseer la dignidad de libres, conviene guardar el mismo orden, las cuales, aunque como suele suceder sean azotadas por el príncipe por algunas culpas pequeñas, sin embargo no perderán por esto el derecho de testificar, ni serán privadas de las cosas que se les deben.

conprobatus appareat.

Conprobatum. Nam et de ceterorum ingenuorum personis, qui palatinis officiis non haeserunt et tamen ingenuae” dignitatis titulum reportare videntur, similis ordo servabitur, qui etiamsi pro culpis minimis, ut adsolet, flagellorum ictibus a principe verberentur, pon tamen ex hoc aut testimonium amissuri sunt aut rebus sibi debitis privabuntur.

---

<sup>1</sup>(“Concillios visigóticos e hispano-romanos” Edición preparada por José Vives, Barcelona, Madrid, MCMLXIII).

Monarquia Visigoda	
Ataulfo	414-415
Sigerico	415
Walia	415-418
Teodoredo	418-451
Turismundo	451-453
Teodorico	453-466
Eurico	466-484
Alarico II	484-507
Gesaleico	507-511
Amalarico	511-531
Teudis	531-548
Teudiselo	548-554
Agila	548-554
Atanagildo	554-567
Liuva I	568-573
Leovigildo	573-586
Recaredo I	586-601
Liuva II	601-603
Witerico	603-610
Gundemaro	610-612
Sisebuto	612-621
Recaredo II	621
Suintila	621-631
Sisenando	631-636
Chintila	636-639
Tulga	639-642
Chindasvindo	642-649
Recesvinto	649-672
Wamba	672-680
Ervigio	680-687
Egica	687-702
Witiza	702-710
Akila	710
<b>Rodrigo</b>	<b>710-711</b>

Fontes e Textos Legais

BARBARORUM LEGES ANTIQUAE, F. Paulus Canciani, Venetiis, apud Sebastianum colectium et Franciscum Pitteriu, 1.781, v. I (qui continentur Edicta Regum Ostro – gothorum, Leges Langobardicae: Rotharis Leges, Liutprandi Legum, Caroli Magni Leges, Ludovici Pii Augusti Leges); 1783, vol. II (qui continentur Pactus Legis Salicae, Lex Ripuariorum, Lex Baiuvariorum).

LA GERMANIE, Tacite, Paris, Garnier, 1949.

EDICTUM THEODERICI REGIS ITALIAE, Pier Luigi Falaschi, Milano, A. Giuffré, 1966.

EL CÓDIGO DE EURICO, in “Estudios visigóticos” Alvaro d’Ors, Roma – Madrid, 1960.

LEX ROMANA VISIGOTHORUM, Gustavus Haenel, Scientia Verlag Aalen, 1962.

FUERO JUZGO en latin y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices, por la Real Academia Española, Madrid, Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1815.

MANUAL DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL”, Alfonso Garcia Gallo, Madrid, 1975, v. II. (textos)

## Bibliografia

BRAGA DA CRUZ, Guilherme, “História do Direito português” Coimbra, 1955.

BRAVO LIRA, Bernardino, “Formación Del Derecho Occidental” Santiago, Ed. Jur. de Chile, 1970.

BRUNNER – SCHWERIN, “História del Derecho Germánico”, Barcelona, Ed. Labor, 1936.

GIBERT, R., “Elementos formativos del Derecho en Europa: Germánico, Romano, Canónico” Granada, F. Roman, 1975.

SANCHEZ ALBORNOZ, Claudio, “Tradición y derecho visigodo en León y Castilla”, in “Investigaciones y documentos sobre las instituciones hispanas”, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

SCOVAZZI, Marco, “Scritti di Storia del Diritto Germanico”, Milano, Giuffré, 1975.

ZEUMER, Karl, “Historia de la legislación visigoda”, Barcelona, 1944.

AMARAL, Antonio Caetano do, “Sobre o estado civil da Lusitânia desde a entrada dos povos do norte até a dos árabes” in Memórias da Literatura Portuguesa, Lisboa, Academia Real de Ciências de Lisboa, 1796, tomo VI.

BRAGA DA CRUZ, Guilherme, “O problema da personalidade ou da territorialidade da legislação visigótica anteriormente a Rescenvindo” in “História do Direito Português” Coimbra, 1958.

COELHO DA ROCHA, M.A., “Ensaio sobre a História do Governo e da Legislação em Portugal” Coimbra, Imprensa da Universidade, 1872.

VISMARA, G., “El Edictum Theodorici”, in “Estudios Visigóticos”, Roma – Madrid, 1956

AZEVEDO, L. C., “O Direito de ser citado” S. Paulo, 1980, FIEO – Res. Universitária, pp. 154/167 e 186/201, das quais se reproduziram parte destes comentários.

## “A CAVALO DADO NÃO SE OLHAM OS DENTES”

*Andreas Wacke*

Professor Titular de Direito Romano, Civil e Processo Civil, e  
Diretor do Instituto de Direito Romano da  
Universidade de Köln, Alemanha.

### Resumo:

O dito alegórico sobre o cavalo dado difere, por seu caráter popular, dos brocardos jurídicos acadêmicos em grande parte inventados ou compilados durante a Idade Média. Para os camponeses, familiarizados com o mercado de animais, o provérbio alude à responsabilidade moderada dos doadores por vícios redibitórios, em contraste com as normas aplicáveis ao contrato de compra e venda. Devido à sua objetividade, a tradição oral pode ser considerada pertinente à esfera da “jurisprudência popular”; presta-se bem para a caracterização da atividade julgadora dos juizes leigos medievais (jurados): “os fazendeiros tendem a julgar por meio de ditados populares”. Aquele adágio, que em sua versão latina remonta a São Jerônimo, não existiu com a mesma fraseologia no Direito Romano do *Corpus Iuris Civilis*. Mas a situação privilegiada do doador altruísta, sua isenção de responsabilidade por defeitos do objeto doado, a não ser em caso de dolo, pode já ser encontrada, em sua essência, no antigo Direito clássico. A idéia básica de que a generosidade de uma pessoa não pode resultar em prejuízo para essa mesma pessoa (*Utilitätsprinzip*), ainda hoje é convincente. Por essa razão, esse princípio legal e ético, que contém ao mesmo tempo um preceito de conduta para o donatário, é difundido de forma tão-generalizada que quase se poderia falar de um princípio legal universal.

---

\**Institut für römisches Recht der Universität zu Köln*, D-50923 Köln, Alemanha, e-mail: [Andreas.Wacke@uni-koeln.de](mailto:Andreas.Wacke@uni-koeln.de). Agradeço de coração ao Prof. Dr. Dárcio Roberto Martins Rodrigues, da Universidade de São Paulo, pela tradução para o português. Como bolsista da Heinrich Hertz-Stiftung o Prof. Rodrigues permaneceu no total um ano como pesquisador no meu instituto em Köln, em 1995 e 1998. Já há anos venho fazendo da análise científica dos princípios gerais do Direito expressos nos brocardos jurídicos como minha tarefa de pesquisa, tanto nos seminários por mim conduzidos na universidade quanto em obras publicadas. Algum material a esse respeito se encontra publicado na coletânea: Andreas Wacke, *Estudios de Derecho Romano y moderno en cuatro idiomas* (Madrid, Universidad Complutense, 1996) p. 579. Como pequena amostra, posso aqui publicar, graças à colaboração do Professor Rodrigues, algumas considerações sobre um dos mais conhecidos brocardos jurídicos.

## Abstract:

The allegoric saying about the gift horse differs from the scholarly legal maxims – to a large extent coined or compiled in the Middle Ages – by its popular character. For farmers familiar with the cattle trade the proverb points to the moderate liability of donors for defects in the object of donation, in contrast to the rules applicable to the contract of sale. Due to its plainness, oral tradition can be regarded as pertinent to the sphere of “popular jurisprudence”; it is suitable for the characterization of the judging activity of medieval layman judges (jurors): “farmers tend to judge by means of proverbs” The adage, that in its Latin version traces back to Jerome, did not exist in that same wording in the Roman Law of the *Corpus Iuris Civilis*. But the privileged situation of the unselfish donor, its exemption from liability for defects of the object of donation, except in case of malice (*dolus*), can be already found, in its essence, in ancient classical law. The basic idea that a person’s generosity may not result in damage for that same person (*Utilitätsprinzip*), is still quite convincing today. For that reason, this legal and ethical principle, which at the same time contains a direction for the conduct of the donee, is so generally widespread that one could almost speak of a universal legal principle.

**Unitermos:** brocardo, doação, vícios redibitórios.

1. A expressão se encontra entre os brocardos jurídicos mais citados<sup>1</sup> e se espalhou por todos os idiomas; em francês: *A cheval donné on ne regarde pas à la dent* (ou: *on ne regarde point à la bouche*); em espanhol: *A caballo regalado no le mires el diente*; em italiano: *A cavallo donato non si guarda in bocca*; em inglês: *Don't look a gift horse in the mouth*. A presumível origem comum acha-se, em latim, em São Jerônimo (347-420 d. C.): *Noli equi dentes inspicere donati*,<sup>2</sup> ou *Donato nonsunt ora inspicienda caballo*. A versão alemã “*Einem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul*” apresenta como única vantagem sobre as demais a rima, a qual chama mais a atenção. Por outro lado, “*Maul*” (boca) é um termo menos preciso do que “*Zahn*” (*dens*, dente etc.).

Um comprador há que se precaver contra as manobras fraudulentas do vendedor (*caveat emptor; curiosus esse debet*) e, no comércio de animais, sobretudo

---

1. A. Foth, *Gelehrtes römisch-kanonisches Recht in deutschen Rechtspruchwörtern* (Tübingen 1971) 174f.; R. Schmidt-Wiegand, *Deutsche Rechtsregeln und Rechtspruchwörter* (1996) s.v. “Gaul”, “schenken”, com ricas remissões.



contra os proverbiais métodos dolosos dos mercadores de cavalos (*Roßtäuschermethoden*),<sup>3</sup> por meio da chamada *Maulprobe* (exame bucal): pelo estado da arcada dentária (mas também pelos olhos e cascos) um conhecedor de cavalos é capaz de avaliar-lhe a idade com relativa precisão. Daí os ditados: “Pelos dentes se conhece o cavalo” — “Apalpar os dentes de alguém” (modo de dizer emprestado do comércio de cavalos, no sentido de: examiná-lo intensivamente, sondá-lo) — “Cachorros velhos têm dentes gastos” “Ruído pelo dente do tempo” (com relação a coisas muito desgastadas) tornou-se proverbial a partir do “*tooth of time*”, de Shakespeare (*Measure for Measure*, V, i, 12).

Os franceses chamam o mercador de cavalos de *maquignon*, presumivelmente do holandês *makelen*, mercadejar (daí também, em alemão, ‘*Makler*’ corretor). *Maquignonner* = *faire paraître un cheval meilleur qu’il est, pour mieux le vendre*; *maquignonnage* = *moyens qui’il emploie pour dissimuler les défauts d’un cheval*.

2. *Migne* 26, 469. São Jerônimo já o chama de *vulgare proverbium*, no prefácio aos seus comentários à Epístola aos Efésios. Cf. Lutz Röhrich, *Lexikon der sprichwörtlichen Redensarten* (2. ed. 1994) s. v. ‘Gaul’, com bibl.; Simpson, *The Concise Oxford Dictionary of Proverbs* s.v. ‘Gift’, com paralelismos ingleses. Em C. S. Köhler, *Das Tierleben im Sprichwort der Griechen und Römer* (1881, reimpr. 1967) s. v. ‘Pferd’ não se encontra. Erasmus, *Adagia* 4,5,24 o inclui entre os *hodie iactata*, cf. S. SINGER, *Sprichwörter des Mittelalters I* (1944) p. 134 com outras versões latinas do séc. XI.

Calvo, um comandante mercenário espanhol a serviço da França e apaixonado admirador de cavalos, destacou-se sob Luís XIV na heróica defesa da cidade de Maastricht, sitiada por Guilherme III de Orange. Propondo-lhe Luís XIV trocar de cavalo com ele, Calvo recusou, comentando que antes daria ao rei a sua esposa, se ele a exigisse. “É que a tua esposa já não tem mais dentes”, redarguiu o rei. Calvo replicou com o *dictum* acerca do cavalo dado; cf. F. F. W. Wander, *Deutsches Sprichwörter-Lexikon* (1867, Neudruck 1987) s.v. ‘Gaul’ c/ vasta documentação. O próprio Luís XVI teve todos os dentes extraídos, a conselho de seu médico; por causa de tal charlatanice teve ele que suportar sofrimentos atrozes pelo resto de sua vida; narrado com clareza por H.G. Zander, *Zanderfilets: Kabinettstücke aus der Rumpelkammer der Geschichte* (1992) 9 ss.

3. ‘*Täuschen*’ (enganar) e ‘*tauschen*’ (permutar) têm a mesma raiz etimológica (muitas vezes empregada em trocadilhos): de *tiuschen* = falar com falsidade, impingir alguma coisa (fraudulenta) em um negócio. O mercador de cavalos se chamava, antes de 1300, *rostiuschaere*, cf. Kluge/Mitzka, *Etymologisches Wörterbuch* s.v. ‘Tausch’, ‘Roßtäuscher’. Os métodos usuais dos mercadores no comércio de cavalos são caricaturados em uma anedota da coletânea ‘*Wendunmut*’ (segunda metade do séc. XVI): Em idade avançada, um mercador de cavalos entra para um mosteiro na condição de irmão leigo, a fim de levar dali por diante uma vida mais regrada. Por incumbência do abade, ele é, certo dia, encarregado de vender no mercado um cavalo que já não era novo. Tendo, no entanto, para salvação de sua alma, renunciado à mentira e à trapaça que trazer de volta o cavalo, ao fim da tarde, sem que o tivesse conseguido vender. O abade o admoestou severamente, por ter ele se portado de modo tão-tolo e simplório, revelando de imediato todos os defeitos do cavalo. Moral da história: Quando um mercador de cavalos se torna devoto e entra para um mosteiro, não consegue mais vender cavalo algum.

Os métodos mais modernos para o exame de animais afastaram os proverbiais métodos dos mercadores de cavalos (por exemplo pequenas misturas de arsênico na ração) da nossa realidade jurídica. Inseminação artificial, assistência veterinária no parto, marcas a fogo e sobretudo (ao menos officiosamente) árvores genealógicas (pedigrees) de cavalos-de-raça atestam a idade e a origem de um cavalo com maior segurança, do que o tradicional exame bucal. Para valores de mercado, até meio milhão de marcos alemães, tais medidas de proteção ao comprador são também obrigatórias. Por isso, o nosso brocardo tem hoje quase que apenas um significado alegórico.

O proprietário de um cavalo velho poupa-se das despesas para o continuar alimentando se um terceiro o aceitar como presente. Para certificar-se, no entanto, de que o adquirente não venderá logo o cavalo como animal de abate, deve o proprietário procurar um interessado que lhe ofereça por ele ao menos o seu preço de abate.

2. “Não se devem contar os dentes de um cavalo dado” Isso significa que o donatário não deve fazer caso de pequenos defeitos, ele não deve pôr-se a criticar de modo mesquinho o objeto de uma doação; afinal ele nada precisou despende para adquiri-lo. “Não se deve reprochar um presente recebido” (Freidank, séc. XIII). Quem recebe alguma coisa como presente não pode ser muito exigente: *Celui à qui on donne, ne choisit pas*. “Sendo dado, já basta!”<sup>4</sup> Até o mínimo presente é digno de agradecimentos. Quem não agradece um presente pequeno não merece um grande. *Chose donnée doit être louée*. Atente-se menos para o valor do presente do que para o bom coração do doador; em italiano: *Non si guarda il dono, ma il bon cuore del donatore*; em espanhol: *No es rico el don por el valor, sino por el amor*. Um presente fecha a boca do doador (que não precisa avisar acerca de pequenos defeitos) e abre a do donatário, dizem também os italianos: *Il dono chiude la bocca a chi lo fa, ed apre a chi lo riceve*. Abreviadamente: “Quem dá, silencie, fale quem recebe.”<sup>5</sup> “Ovos dados são sempre frescos”: para o presenteado eles precisam sê-lo. “Recebida de presente, uma maçã azeda é doce”, diz um provérbio da Letônia. Um convidado bem-educado também não-critica a comida que lhe é servida. Quanto mais ele parecer estar comendo com

---

4. Ditado succo; em Wander, ‘Schenken’ n. 8. O presenteado pode, no entanto, recusar o presente; não existe contradição ao princípio *beneficia non obtruduntur*.

5. Ditado russo; em Wander n.8.

apetite, maior homenagem ele presta ao anfitrião.<sup>6</sup> *De gratuito munere non estjudicandum.*<sup>7</sup> Aceitam-se os presentes na condição em que foram dados; *Donumquodcumque probandum.*<sup>8</sup> Presentes são sempre a mais agradável das aquisições: *Il n'est si bel acquêt que le don. Il signor Donato è sempre ben arrivato.* De acordo com um adágio espanhol, aquilo que é dado é até duas vezes bem-vindo: *Lo dado es dos veces grato.* Também, por pilhéria: “Dado nunca é ruim, desde que não seja paulada”: *Lo dado nunca es malo, como no sean palos* (*palos* aqui = bordoadas).

3. Por isso, o doador só está obrigado a indenizar por danos no caso de vícios da coisa ocultados dolosamente, § 524 do BGB (Código Civil alemão). O mesmo vale para a evicção, § 523 BGB. Por benfeitorias realizadas por um donatário de boa-fé sobre uma coisa alheia doada, o doador de boa-fé não responde após a evicção (D. 39,5,18,3 = 6,1,48). A razão disso é: *Nemini sua liberalitas damnosa esse debet.*<sup>9</sup> A ninguém deve uma liberalidade sua trazer prejuízo, fazendo-lhe surgir daí outros deveres. Por vícios redibitórios ou evicção limita-se a obrigação do doador (semelhantemente a um devedor por enriquecimento sem causa) a um simples *dever de entrega.*<sup>10 11</sup> A atenuação da responsabilidade daquele que não está agindo em interesse próprio deve, no sentido da teoria dos deveres de Pufendorf, encorajar todas as pessoas a ajudar os outros, deve estimulá-las a agir com caridade e destarte promover o bem-estar do próximo.<sup>12</sup> A responsabilidade atenuada de quem não-age em proveito próprio nós chamamos de *Utilitätsprinzip* (de *utilitas*, utilidade, proveito).<sup>13</sup> Ela se aplica também

6. Um fenômeno humano generalizado, muitas vezes observado por Marcel Mauss, “Essai sur le don”, *L'année Sociologique* n.s. 1, 1923-24 (1925) 30-186; citado conforme a tradução alemã de Eva Moldenhauer: *Die Gabe, Form und Funktion in archaischen Gesellschaften* (Frankfurt/M. 1968), reimpresso em M. Mauss, *Soziologie und Anthropologie II* (München/Wien 1975) pp. 9-144, aqui p. 77, muitas vezes observado por Marcel Mauss.

7. São Jerônimo (cf. *supra*, nt. \h 2); citado (como o seguinte) conforme A. Loysel *Institutes coutumiers* (1846, réimpression Genève 1971) n. 655.

8. Wander, ‘Geschenk’ n. 42.

9. Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (6. ed. 1997) n. N-28.

10. *Abgabeschuld*, i.e., o dever de apenas entregar aquilo que se tem, sem nenhuma responsabilidade mais rigorosa além disso.

11. Cf. O. von Gierke, *Deutsches Privatrecht III. Schuldrecht* (1917) 424f., 426.

12. Essa *ratio* do chamado *Utilitätsprinzip* é negligenciada por Grundmann, *Archiv für die civilistische Praxis* 198 (1998) 461 ss. em seu apelo por um agravamento da responsabilidade do devedor.

13. R. Zimmermann, *The Law of Obligations* (1990) 198 ss. *passim* (v. indice).

aos danos resultantes de vícios ou defeitos da coisa (violação do *interesse de integridade*<sup>14</sup> do donatário).<sup>15</sup> Ela também vale (como o nosso brocardo) com relação a um comodante (§§ 599 ss. do BGB). Por força do § 522 do BGB não se é obrigado a pagar juros de mora por uma promessa de doação.

Uma qualidade mediana, característica de uma mercadoria de valor médio, também não se pode sempre exigir em uma promessa de doação (com exceção do § 243 inciso 2º do BGB, § 360 do HGB [Código Comercial Alemão]).<sup>16</sup> Esse padrão é válido para obrigações genéricas *onerosas*. Quem recebe algo sem ônus não pode, em regra, rejeitar uma coisa de qualidade abaixo da média como se fora inadequada para o cumprimento da prestação, desde que não esteja defeituosa.<sup>17</sup> Se estiver estipulado que o doador deverá primeiro adquirir o objeto a ser doado, então de acordo com o § 523 ss. (cf. inciso 2º) do BGB ele só responderá pelos vícios ou pela evicção dos quais tiver conhecimento por ocasião da posterior aquisição ou que permanecerem desconhecidos por negligência dele. Quem transfere gratuitamente a terceiros uma herança, após a delação, esses também têm sua responsabilidade atenuada, conforme o § 2.385, inciso 2º (do último preceito) do BGB, ou seja, (excetuando-se o § 2.375) somente pela sua existência atual e não por diminuições não-onerosas ocorridas anteriormente; isso também se aplica analogamente para o caso de doação de todo o patrimônio de um terceiro.

Mercadoria não-vendável (por exemplo, alimentos que já não estejam bem frescos) sempre se pode ainda, por conseguinte, doar, e praticar com isso uma boa

14. *Integritätsinteresse*: interesse que o indivíduo tem na manutenção da integridade de sua situação patrimonial. Trata-se de *terminus technicus* da linguagem jurídica em alemão. No caso ora em exame, esse interesse seria violado se, por exemplo, o cavalo dado não somente estivesse doente, mas ainda por cima transmitisse sua moléstia aos demais equinos do donatário, deixando-o em situação patrimonial pior do que aquela na qual se encontraria se não tivesse recebido a doação. (N. do T.).

15. Cf. os exemplos de responsabilidade por dolo, *infra* n. 4. Diversamente agora Grundmann, AcP 198 (1998) 461 ss.

16. E. GRAF / M. Dietherr, *Deutsche Rechtssprichwörter* (2. Aufl. 1869, reimpr. 1975) S. 257 (zu n. 171, 172). No direito romano, todo devedor de obrigação genérica sem garantia especial ("*optimus*") podia dar o pior exemplar (*pessimus*) que ainda correspondesse ao gênero: Javolen Dig. 17,1,52. Essa solução, correspondente à regra da ambigüidade (*ambiguitas contra stipulatorem*), foi posteriormente restrita; v. Kaser, *Das römische Privatrecht I* (2. ed. 1971) 495 ss. c. nt. 16.

17. Em conformidade com isso, o herdeiro para fim do pagamento de um legado promessa de doação (especialmente a partir de bens da herança) não deve entregar a coisa da pior qualidade (pois isso lhe traria vantagem): Ulp. Dig. 30, 37pr. (*ne optimus vel pessimus*). De um modo geral, Justiniano declarou que o *status mediocris* (a *mediocritas*) era aplicável também para promessas de doação, C. 8,53[54],35,1-2 (530); Cf. Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten* (8. ed. 1908) II § 366 c. nt. 10, mas também § 255 nt. 16.

ação, (em italiano: *È buono donare la cosa che non si può vendere*; em espanhol: *Bueno es dar lo que no se puede vender*), quiçá em benefício de um asilo de indigentes. Roupas de que não mais se precisa são doadas para campanhas de caridade (uma oferta de doação *ad incertam personam* ou derrelição). Que a mercadoria doada cheira mal, como transmitiu São Jerônimo em forma de provérbio,<sup>18</sup> é de todo modo exagerado. Com peixe que já cheira mal um peixeiro dificilmente poderia atrair freguesia para si, ainda que distribuísse de graça. Em vez de esperar até que o rato as devore, alimente-se antes o gato com as provisões de que não se necessita (espanhol: *Lo que has de dar al rato, dáselo al gato*). Para evitar que o preço decaia, mercadorias perecíveis são muitas vezes convertidas em alimento para gado (entre outros exemplos, cargas de *containers* cheios de pão velho) ou lastimavelmente até destruídas.<sup>19</sup>

A inaplicabilidade do direito edilício dos vícios ocultos (§ 459 ss. do BGB) para a doação origina-se no Direito Romano clássico (Dig. 21,1,62). Era — e é — excluída principalmente a redibição; um abatimento já se exclui de imediato, pois nenhum preço é devido. No Direito alemão da Idade Média não se encontra nenhuma regra especial nesse tocante com relação à doação.<sup>20</sup> A responsabilidade atenuada do doador, nós recebemos do Direito Romano; a forma proverbial alegórica, adequada para uso generalizado como regra de conduta, devemos à transmissão de São Jerônimo.

4. Por ação premeditada (*dolus*) o doador deve, no entanto, responder, por exemplo, se ele deliberadamente doa um escravo ladrão e este furta alguma coisa ao donatário (Dig. 30,110); ou uma bicicleta comprometida por um vício oculto, com a qual o donatário sofre um acidente.

É ainda condenável o funesto *presente de grego*, conhecido da mitologia grega, o enorme cavalo de madeira com guerreiros escondidos em seu interior, contra o qual o perspicaz sacerdote Laocoon alertou em vão os troianos sitiados: um presente suspeito, que promete vantagens, mas oculta em si malefícios; dele deve-se ter receio,

18. *Merx ultronea putet*; referido por Karl Baycr, *Nota bene: Das lateinische Zitätenlexikon* (München, s/d.) n. 1.180.

19. Como exemplo, duas notícias extraídas dos jornais: 1. Sucata de computadores velhos presta-se bem para o restauro de rodovias, conforme experiências realizadas nos EUA. Podemos então falar literalmente de “*Daten-Autobahnen*” [Nota Do Tradutor: Ao pé da letra: “*Daten-Autobahn*” significa “rodovia de dados”; essa expressão é comumente empregada em alemão para designar o tráfego de dados na informática. Com tal alusão o autor fez aqui um fino trocadilho espirituoso]. 2. A ministra da Educação alemã recentemente instou as empresas a não sucatear computadores com defeito, mas antes doá-los a escolas, para que os alunos possam adestrar-se na utilização de computadores.

20. Foth op. cit. (cf. nt. \h 1).

segundo Virgílio (*Aeneis* 2,49). Sêneca o chamava de *Danaum fatale munus* (Agamemnon 624). Oferendas de inimigos não são presente nem lucro, dizia Sófocles (*Ajax* 665). Não raro se ocultam atrás delas ardis de guerra ou desejos de vingança. *Hostium munera non sunt munera*. Presentes de inimigos são perigosos. *Don d'enemi c'est malencontre*. Presentes de inimigo encerram ciladas;<sup>21</sup> são como falsos brilhantes. Por isso, seja atento, veja bem *quem* lhe quer presentear algo (em italiano: *Da chi ti dona, guardati*). Os presentes de um velhaco são pérfidos (*I doni di un perfido sono perfidi doni*). Os presentes de um malvado se assemelham ao doador (*Il dono del cattivo è simile al suo padrone*). De mão ruim não vem nenhum presente bom (em espanhol: *De mala mano, nunca buen dado*). O que um inimigo te dá de presente, não é com boa-intenção. Os desconfiados germanos não aceitavam nenhum presente de desconhecido, se as circunstâncias o permitissem.<sup>22</sup> O invencível Hércules pereceu com dores atrozes por meio da túnica corrosiva embebida no sangue do falecido centauro Nessos, morto por ele, a qual lhe presenteou Dejanira (esposa de Hércules), supondo tratar-se de um filtro de amor, quando este se sentiu atraído por Íole: uma vingança póstuma do centauro mediante o emprego de um recurso ardiloso. A evolução semântica da palavra alemã 'Gift'<sup>23</sup> (veneno) concentrou-se no sentido de prejudicial à saúde, ou mesmo mortífero. No *Sachsenspiegel* (célebre livro jurídico escrito D.C. 1220-1235 pelo cavaleiro saxônio Eike von Repgow) 'gift' significava, como em inglês, o mesmo que 'presente'

5. "O cavalo dado": com este nome intitulou com propriedade a atriz Hildegard Knef o seu livro de memórias (*Der geschenker Gaul*, Wien, 1970). O ditado vale para todos nós. Pois a nossa vida é um presente de Deus. Aceitemô-la com gratidão, tal como ela é (*telle quelle*; ainda que algumas vezes ela derrube o cavaleiro da sela). Da imperfeição dela não nos devemos queixar a Deus.

São Paulo, janeiro de 2001.

---

21. Cf. A. Arthaber, *Dizionario comparato di proverbi etc. in sette lingue* (ristampa Milano 1986) n. 445.

22. L. Hellmuth, *Gastfreundschaft und Gastrecht bei den Germanen*, Sitzungsberichte d. österreichischen Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Klasse 440 (Wien 1984) 273.

23. O significado original conservou-se em 'Mitgift' (dote). A ligação com 'geben' (dar) demonstra-se no greco-latino *dosís*. O francês/inglês *poison* deriva do latim *potio* (poção). Cf. Kluge/Mitzka (*supra* nt. 1h 3) s. v.

# **DIREITO ROMANO**





## RUI BARBOSA E O DIREITO ROMANO

*José Carlos Moreira Alves*

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo.

### Resumo:

A matrícula de Rui Barbosa na Faculdade de Direito do Recife, os estudos do jurista com relação à disciplina de Direito Romano, a transferência para a Faculdade de Direito de São Paulo, a fim de cursar o terceiro ano em que umas das cadeiras era a de Direito Civil Pátrio, com análise comparativa com o Direito Romano. O professor que a lecionava era José Bonifácio, o moço, pelo qual tinha grande admiração manifestando o apreço em famosa conferência no ano de 1886.

### Abstract:

The school registration of Rui Barbosa in the Law school of Recife, the studies of the jurist with relation to discipline Roman law, the transference for the Law school of São Paulo, to course the third year where ones of the chairs was the Patriot Civil law, with comparative analysis as Roman law. The professor who teach it was Jose Bonifácio, “junior” for which had great admiration revealing appraises it in famous conference in the year of 1886.

**Unitermos:** Faculdade de Direito do Recife e de São Paulo; Direito Romano; obras constantes nos três volumes de catálogo da livreria de Rui Barbosa.

1. Em 1866, matriculou-se Rui Barbosa na Faculdade de Direito do Recife, onde no primeiro ano já havia, como segunda cadeira, a de Institutas de Direito Romano, que nela fora criada pelo Decreto n. 1.386, de 28 de abril de 1854, vinte e sete anos depois da organização dos cursos jurídicos. Quem a lecionava nessa época era o Dr. José Bento Da Cunha Figueiredo, que se transferira para ela na vaga decorrente do falecimento do primeiro lente que fora o desembargador Manoel Da Cunha Azevedo. A

respeito de Cunha Figueiredo, que teve destacada atuação política como presidente das Províncias de Alagoas, Pernambuco, Minas Gerais e Pará, chegando a ministro do Império no Gabinete de 15 de junho de 1875, e que foi agraciado com o título de Visconde de Bom Conselho, as informações que dele se colhem em seus traços biográficos noticiados por Sacramento Blake<sup>1</sup> Neto Campello<sup>2</sup> e Clóvis Bevilaqua<sup>3</sup> nada dizem sobre sua atuação como professor, a não ser que se submeteu ao primeiro concurso que se realizou em Olinda, em 1834, para lente substituto, juntamente com Paula Baptista, João Capistrano Bandeira de Mello, Francisco Joaquim das Chagas e Trigo Loureiro, tendo sido, por se haver classificado, nomeado no ano seguinte substituto provisório, tornando-se depois efetivo, e vindo a ser catedrático em 1836, já figurando como lente de Direito Romano em 1861. De qualquer sorte, deveria ensinar essa cadeira seguindo, como era costume na época, o manual então adotado, as *Institutiones Iuris Civilis Heineccianae emendatae atque reformatae*, de autoria de Jo. Pedro Waldeck<sup>4</sup> que fora professor em Göttingen e publicara a primeira edição dessa obra, em 1788, passando ela, desde logo, a ser utilizada naquela cidade alemã como fundamento das lições desse direito. Embora se tratasse de obra adotada como compêndio na Universidade de Coimbra a partir de 1805, e cuja adoção fora determinada, no Brasil, pelos Estatutos, de 2 de março de 1825, do Visconde da Cachoeira, era, na verdade, um manual seco e de difícil compreensão pelos alunos, tanto que, em 1845, Manoel Maria da Silva Brushy publicou, pela Imprensa da Universidade de Coimbra, três volumes intitulados “Anotações a Waldeck” destinados a afastar o “quanto medo incutem a proverbial aridez do Direito Romano, e o ímprobo trabalho, que se requer para entender o compêndio de Waldeck”<sup>5</sup>

Sobre os estudos de Rui Barbosa com relação a essa disciplina, nesse seu primeiro contato com ela, não há notícia. É de presumir-se que a tenha estudado com bastante seriedade, sabendo-se, pelo depoimento do filho do Sr. Purcell, o inglês

---

1. Dicionário Bibliográfico Brasileiro, 4<sup>o</sup> v., pp. 336/337, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, 1898 (reimpressão de 1970, Conselho Federal de Cultura).

2. *Os Seis Lentes ou Professores de Direito Romano*, in *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, ano XXXV (1927), 2<sup>a</sup> cd., pp. 520/522, Recife, Typ. Empreza Diário da Manhã, S.A.; 1937.

3. *História da Faculdade de Direito do Recife*, 2<sup>a</sup> cd., pp. 35/36, 39, 44, 102 e 128. Instituto Nacional do Livro, Rio de Janeiro, 1977.

4. Cfr. Clóvis Bevilaqua, ob. cit., p. 103.

5. P. IV. Antônio Luiz de Souza Henriques Secco em seu *Manual Histórico de Direito Romano* (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1848, p. 73), aludindo a essa obra, a qualifica de “preciosa”

proprietário da modesta pensão em que se hospedara Rui, quando começou a freqüentar a Faculdade de Direito do Recife, que este, “sempre esquivo e taciturno, às voltas com os livros”; “quando não andava pela Academia, freqüentando as aulas, é porque estava em seu quarto estudando”<sup>6</sup>

Em 1868, transfere-se Rui Barbosa para a Faculdade de Direito de São Paulo, a fim de cursar o terceiro ano, em que uma das cadeiras era a de Direito Civil Pátrio, com análise comparativa com o Direito Romano, sendo seu professor José Bonifácio, sobre quem, em 1886, proferira em São Paulo famosa conferência, onde manifesta a admiração que tinha desde os tempos da Academia por esse mestre. São suas estas palavras de recordação:

*“Discípulo, como fui, de José Bonifácio, seria orgulho se não fosse gratidão, vaidade, se não fora dever; dar-vos aqui testemunho do seu magistério. Foi em 1868, quando comecei a ouvi-lo. Vinha ele dessa memorável sessão parlamentar, em que a onipotência da Coroa, por imperscrutável mistério de sua graça, houve por bem, depois de Humaitá, vitimar à reabilitação de Timandro o partido de cujas simpatias populares o dinasta se valera para a campanha do Prata. Quando José Bonifácio assomou na tribuna, tive pela primeira vez a revelação viva da grandeza da ciência que abraçávamos. A modesta cadeira do professor transfigurava-se: uma espontaneidade esplêndida como a natureza tropical horbulhava dali nos espíritos encantados; um sopro magnífico animava aquela inspiração caudal, incoercível, que nos magnetizava de longa na admiração e no êxtase. Lembra-me que o primeiro assunto de seu curso foi a retroatividade das leis. Nas suas preleções, que a hora interrompia sempre inopinada como dique importuno, a suma filosofia jurídica, A*

---

6. Cfc. Luís Viana Filho, *A Vida de Rui Barbosa*, 8ª ed., p. 30, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1977.

*Jurisprudência Romana, os códigos modernos, a interpretação histórica, o direito pátrio passavam-nos pelos olhos translumbrados em quadros incomparáveis, inundados na mais ampla intuição científica, impelidos por uma dialética irresistível. E uma memória miraculosa, uma dessas memórias capazes de reconstruir, como a de Scalígero, a Iliada e a Odisséia, como a de Macaulay o Paraíso Perdido, como a de Pascal tudo o que ele tivesse lido uma vez, arrastava em catadupa leis, datas, fatos, brocardos, algarismos, idéias, fragmento mínimos de minério precioso e enormes massas aluviais de saber, que não se imagina como aquela Niagara pudesse carrear sem alteração de sua majestade, nem prejuízo de sua limpidez”<sup>7</sup>*

É do tempo em que cursou a Faculdade de Direito de São Paulo que se encontram, em trabalhos estudantis seus, citações de textos e de doutrina de Direito Romano. Assim, na dissertação de prática forense do n. 36, intitulada *Ninguém pode ser obrigado a demandar em juízo*, depois de citar, com relação ao processo civil, a observação de Pereira e Sousa de que “ninguém regularmente pode ser obrigado a propor ação em juízo contra sua vontade” salienta que esse princípio não é preceito de lei positiva, mas axioma fundado no bom senso “já formulado em todo o seu rigor nessa legislação admirável que mereceu a designação de – razão escrita –. O Cod. L. III, T. VII o consagra expressamente nos seguintes termos: – *Invitus agere vel accusare nemo cogatur*”<sup>8</sup>. Adiante, contestando as três exceções que o Compêndio dizia existir a esse axioma do processo, relembra que a disposição que se encontra nas Ordenações L. 3, T. 2, § 4 “tem sua origem em uma lei romana que os glosadores ampliaram, dando-lhe uma extensão muito mais vasta. A lei antiga rezava assim: *Diffamari statum ingeniorum, seu errore, seu malignitate, iniquum est* (Cod., L. 7, T. 14, § 5)”<sup>9</sup> Por fim,

---

7. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XIII, 1886, tomo II, *Trabalhos Diversos*, pp. 270/271, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1962.

8. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. I, 1865-1871, Tomo I, *Primeiros Trabalhos*, p. 179, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1951.

9. *Idem*, p. 181.

examinando a segunda aparente exceção, cita o Dig. L. 46, T. 1º, frag. 28<sup>10</sup>. Em outra dissertação também de prática forense do n. 36, intitulada *Da prova plena e semiplena*, há referências ao Direito Romano<sup>11</sup>

Ambas essas dissertações foram escritas respectivamente em junho e em setembro, de 1870, quando Rui Barbosa cursava o quinto e último ano do curso jurídico.

2. Doze anos depois de formado, em 13 de abril de 1882, Rui, como relator da Comissão de Instrução Pública, apresenta à Câmara do Império seu parecer sobre a reforma do ensino secundário e superior. Nele, na parte concernente à apreciação das faculdades de Direito, não faz nenhuma alusão à disciplina de Direito Romano. No projeto, porém, que a comissão propôs fosse adotado para reger o ensino superior, as disciplinas ensinadas nas faculdades de Direito constituem dois cursos: o de ciências sociais e o de ciências jurídicas. Neste último, figura no currículo o Direito Romano que deve ser ensinado no segundo ano, ao lado da primeira cadeira de direito civil e da primeira cadeira de Direito Criminal. Em anexo a esse parecer<sup>12</sup> a título de crítica ao ensino como então ministrado, foi reproduzida a 39ª lição de Direito Romano dada, em 27 de junho de 1877, pelo professor substituto José Maria Correia de Sá e Benevides, na Faculdade de Direito de São Paulo, e reproduzida em apostila da época<sup>13</sup>. Em nota, Rui Barbosa fez estas considerações candentes:

*“A lição de Direito Romano(!), que aqui se transcreve, é o corpo de delito da falta de seriedade que lavra em grande escala no ensino superior, entre nós. Não qualificamos a filosofia, a ciência e a crítica de que esse documento é revelação. O fim da publicidade que ora se lhe dá, é expor ao país a incrível amostra de um ensino, em que se trata de tudo menos de assunto que corre ao lente o dever de professar. Uma lição de Direito Romano, em que ao Direito Romano nem*

---

10. Idem, p. 181.

11. Idem, pp. 196/197.

12. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, Tomo I, *Reforma do Ensino Secundário e Superior*, pp. 307/314, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1942.

13. No exemplar dessa apostila que existe na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (a indicação do catálogo é: 08-20-4), consta como sendo 27 de junho (e não julho) de 1877 a data em que foi proferida essa aula.

*remotamente se alude! Este método de ensinar as Pandectas, endeusando o Syllabus, e caricaturando a ciência moderna, devia vir a lume, para que os bons espíritos toquem a chaga que denunciámos, e contra a qual propomos severas medidas. Fazemos justiça aos lentes de mérito, que as nossas Academias contêm; mas o ensino em geral tem descido de um modo incalculável. Parece impossível baixar mais.*

*Costumam os estudantes de S. Paulo reproduzir pela litografia as lições professadas ali. É uma dessas litografias que trasladamos na íntegra essa inimitável lição de Direito Romano.*

*Note-se que ela é a trigésima nona do curso, e que alude a outras nas quais o professor se ocupou tanto das Institutas, do Digesto e do Código, quanto nesta”<sup>14</sup>*

Sá e Benevides, em artigo publicado no *Correio Paulistano* (São Paulo) e no *Jornal do Brasil* (Rio de Janeiro) replicou a esse ataque, salientando que a matéria versada na aula em questão era o § 19 do compêndio então adotado pela Faculdade – as *Institutiones Juris Romani Privati*, de Warnkoenig –, o qual tratava de assunto puramente filosófico (a definição de Direito Natural e a afirmação de que o Direito Positivo emana da autoridade pública), razão por que a aula teve por objeto matéria própria à disciplina ensinada<sup>15</sup>

A réplica não ficou sem resposta. Em sessão de 20 de outubro de 1882, Rui, respondeu em discurso na Câmara. Do conteúdo desse discurso guardou-se um resumo, onde se lêem estas passagens:

*“Se o aluno estuda por aqui (mostra o orador a lição de que se trata), foi perfeitamente exata a comissão procurando atrair a atenção da câmara*

14. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, tomo I, *Reforma do Ensino Secundário e Superior*, p. 307, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1942.

15. Esse artigo está reproduzido em *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, tomo II, *Discursos e Trabalhos Parlamentares*, pp. 285/320, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

*para este documento, com o fim de provar que a falta de seriedade no ensino dá de si estas provas.*

*Esta lição, pondera ao orador; que se intitula de Direito Romano, não se ocupa em uma só de suas linhas, em uma só de suas palavras com este assunto.*

*O parágrafo do compêndio servia, é verdade, de pretexto à defesa do Dr. Benevides, mas é da maior evidência que o fato de haver no compêndio de Direito Romano uma apreciação de Direito Natural não autorizava o professor a ocupar a atenção de seus alunos com uma revista geral de filosofia que começa em Pitágoras, Aristóteles, Platão, Leucipo, Epicuro, Demócrito, etc. e vai acabar em Spencer, Littré, Augusto Comte, Cousin, etc., em que trata do racionalismo, do catolicismo, do positivismo, do socialismo, do espiritismo, etc.*"<sup>16</sup>

3. João Mangabeira, em *Rui – O Estadista da República*, analisando-o como jurista, acentua que *"até no campo jurídico tenho visto, ultimamente, tentarem diminuir-lhe o renome, sob o pretexto de que não escreveu um livro geral sobre Direito, quando, só para falar de mortos, nem Teixeira de Freitas, nem Lafaiete, reunidos, examinaram ou resolveram tanto e tão complexos problemas jurídicos, nem tanto influíram em nossa educação jurídica, quanto Rui Barbosa"*<sup>17</sup>

Realmente é impressionante a produção de Rui, quer no tocante ao Direito Público, quer no concernente ao Direito Privado, em pareceres, discursos, artigos arrazoados, petições e recursos, na incessante atividade que desenvolveu, ao lado da política, como jurista e advogado.

Nesses trabalhos não-só sobressaem suas qualidade de poderoso argumentador e lógico, mas também demonstram a notável erudição de seu autor. Aliás, foi

---

16. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. IX, 1882, tomo II, *Discursos e Trabalhos Parlamentares*, p. 130, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

17. 2ª ed., p. 20, Livraria Martins Editora, São Paulo, 1946.

Rui Barbosa quem, no Brasil, adotou o modelo, que permanece até nossos dias, constando inclusive em seus trabalhos jurídicos que não apenas pareceres, valer-se exuberantemente dos autores mais abalizados para demonstrar o apoio doutrinário de suas afirmações. Antes dele e em sua época, juristas notáveis como Teixeira de Freitas, Lafaiete Rodrigues Pereira e Clóvis Bevilacqua, para referir alguns, mesmo em pareceres ou se limitavam a emitir sua opinião sem qualquer alusão à doutrina sobre a matéria, ou a citavam com grande parcimônia.

Graças a esse sistema por ele seguido, é possível verificar-se a profundidade e a diversidade de sua cultura jurídica, haurida nos melhores autores dos diferentes ramos do Direito, inclusive no terreno do Direito Romano, subsidiário das Ordenações Filipinas, que vigoraram entre nós, com as modificações da legislação extravagante, até a entrada em vigor do Código Civil, em 1917.

4. Em estudo publicado à guisa de prefácio dos três primeiros tomos – infelizmente a publicação parou neles até os dias que correm – do catálogo da biblioteca de Rui Barbosa com os 35 mil volumes que a compõem, observou com inteira propriedade Homero Pires, depois de haver acentuado que ele foi a vida inteira o homem do livro, que viveu do livro, com o livro e para o livro:

*“Falar pois dos livros de Rui Barbosa, não dos que escreveu, mas dos que ajuntou no decurso de cinqüenta e dois anos, o mesmo é que falar dele próprio, da sua indole, do seu gênio, da sua formação mental. Penetrar-lhe na biblioteca equivale a penetrar-lhe do caráter e na inteligência, a lhe investigar os elementos da cultura, a lhe descobrir os recursos da erudição, a lhe reconhecer as energias que lhe alimentaram e retemperaram o ânimo, a lhe explorar as tendências e preocupações não relevadas da sua vasta curiosidade espiritual”<sup>18</sup>*

Seu apreço ao Direito Romano se revela especialmente na qualidade das obras que se encontram em sua biblioteca.

Afora as citações de muitas outras que não se acham nesses três volumes que abarcam os autores catalogados em ordem alfabética até a letra “H”, há neles mais

---

18. *Catálogo da Biblioteca de Rui Barbosa*, v. I (A – B), p. VIII, Casa de Rui Barbosa, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1944.



de uma centena de títulos de Direito Romano. Aí se destacam os devidos a romanistas clássicos franceses como Accarias (*Précis de Droit Romain*, em 2 volumes), Caurroy (*Institutes de Justinien Nouvellement Expliquées*, em 2 volumes, Cuq (*Les Institutions Juridiques des Romains*, em 2 volumes), Demangeat (*Cours Élémentaire de Droit Romain*, em 2 volumes), Girard (*Manuel Élémentaire de Droit Romain. e outro exemplar na tradução para o italiano de Carlo Longo*). Entre os italianos, Arangio Ruiz (*Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I), Bonfante (*Istituzioni di Diritto Romano, Lezioni di Storia del Diritto Romano, Scritti Giuridici Varii*, I e II), Biagio Brugi (*Istituzioni di Diritto Privato Romano*, em 2 volumes, *Le Dottrine Giuridiche degli Agrimensori Romani comparate a quelle del Digesto*), Cogliolo (*Storia del Diritto Privato Romano*, em 2 volumes), Emilio Costa (*Corso di Storia del Diritto Romano dalle Origine alle Compilazione Giustinianee*, em 2 volumes, além de outras obras como *Cicerone Giureconsulto, Papiniano*, em 4 volumes, e *Storia delle Fonti del Diritto Romano*), Ferrini (*Il Digesto e Manuale di Pandette*). Os alemães estão representados por Arndts (*Lehrbuch der Pandekten* e sua tradução italiana *Trattato delle Pandette* por Serafini, em 3 volumes), Krueger (*Histoire des Sources du Droit Romain*), Glück (*Commentario alle Pandette*, em 49 volumes), Hölder (*Istituzioni di Diritto Romano*), Hugo (*Histoire du Droit Romain*), Puchta (*Vorlesungen über das Heutigen Römische Recht*, em 2 volumes), Mommsen (*Le Droit Penal Romain*, em 3 volumes, e *Le Droit Public Romain*, em 8 volumes), Savigny (*Traité de Droit Romain*, em 8 volumes).

Dos romanistas mais antigos, acham-se S. Cocceius (*Jus Civile Controversum*, em 4 volumes), Donellus (*Opera Omnia*, em 12 volumes, 1762/1770), Faber (*Rationalia in Pandectas*, em 5 tomos em 4 volumes), Heineccius (*Opera Omnia nunc denuo Edita*, em 9 volumes, 1771), Huberus (*Praelectionum Juris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani*, em 3 volumes, 1838/1839) e Vinnius (*In Quattuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, 1761).

Mas a biblioteca de Direito Romano de Rui Barbosa não é apenas rica nessas obras gerais, mas também em monografias e teses várias de romanistas de renome, como Arnò, Audibert, Baviera, Bonjean, Bouché-Leclerq, Brini, Bounamici, Cogliolo, Collinet, Cornil, Emilio Costa, Fadda, Flach, Gaspery, Girard, para citar alguns.

Há ainda obras que demonstram que o interesse de Rui pelo Direito Romano não era de simples diletante, mas ia muito além, como o demonstram o *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae iussu Instituti Savigniani Compositum*, tomo II, fasc. I e II), o *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, em 9 volumes, sob

a direção de Daremberg Et Saglio, o *Manuale Latinitatis Fontium Iuris Civilis Romanorum*, de Dirksen, as revistas especializadas (*Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1889/1912, 30 volumes; e *Archivio Giuridico*, 1868/1909, 81 volumes), e as diversas coleções de fontes romanas (*Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, de Riccobono, Baviera, Ferrini; *Digesta Iustiniani Augusti*, de Bonfante, Fadda, Ferrini; *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt edidit* F. P. Bremer; *Fontes Iuris Romani Antiqui, pars prior*, editada por Bruns; *Manuale delle Fonti del Diritto Romano secondo i risultati della più recente critica filologica e giuridica*, de Cogliolo; *Le XII Tavole dell'Antica Roma* de Goodwin, trad. de L. Gaddi; *Institutiones ad Codicis Veronenseis apographum Studemundianum, novis curis auctum in usum scholarum*, de Gaius, editadas por Krueger e Studemund; *Corpus Iuris Civilis Romani cum notis integris D. Gothofredi; e Pandectae Justinianae, in novum ordinem digestae* a R. J. Pothier, na trad. Bréard-Neuville, em 24 volumes).

Além dessas obras que constam dos três volumes de catálogo da livraria de Rui, é ela integrada por várias outras, entre as quais se destacam as de autores antigos como Voet, Lauterbach, Binkershoek, Cujacius; as Pandectas de Regelsberger (em alemão) e de Windscheid (na tradução italiana); os manuais ou cursos de Mackeldey, De Crescenzo, Wārkoenig, Milone, Maynz; a *Doctrina Pandectarum* de Mühlenbruch; o *Droit Public et Administratif Romains*, em 2 volumes, de Serrigny; e o *Corpus Iuris Civilis* editado por Momsen, Krueger e Schöll, em 3 volumes.

Biblioteca digna, sem dúvida alguma, de um especialista em Direito

Romano.

5. Nos escritos jurídicos de Rui Barbosa, é freqüente a utilização das obras dos mais ilustres romanistas antigos e modernos e das fontes romanas.

Examinando-se os volumes de suas *Obras Completas*, editados pela Fundação Casa de Rui Barbosa e dedicados a seus *Trabalhos Jurídicos*, vê-se que, no início, essas citações são escassas, aumentando, porém, com o correr do tempo.

Assim, nos escritos forenses e pareceres produzidos logo depois de formado, nos anos de 1872 a 1874, nenhuma referência a Direito Romano se encontra. Só num dos artigos sobre *Crime contra a Propriedade Industrial*, publicados no Diário, Jornal e Correio da Bahia há uma alusão indireta a ele nesta frase “*Dolus malus abesto et jurisconsultus*, diziam maliciosamente os romanos”<sup>19</sup>

---

19. V. II, 1872/1874, tomo I, p. 104, Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1984.

Em 1896, em parecer sobre filiais de companhias estrangeiras estabelecidas no Brasil, tratando das associações dotadas de personalidade jurídica, anota: “A associação revestida desses caracteres é assimilada às pessoas naturais, aos indivíduos. *Personae vice jungitur* L. 22 D. *de fideicomis.* (XLVII) *Personae vicem sustinet – Privatorum loco habentur* L. 16 D. *de verb. Signif.* (4, 16)”<sup>20</sup> Depois, em parecer sobre as concessões de serviços municipais pelo Estado e situação deste ante a concessionária, examinando o conceito de força maior ou caso fortuito, vale-se da definição romana encontrada na L. 2, § 7, D. *de adm. Rer ad civ.*, acrescida da alusão a obstáculo impossível de vencer que se acha na L. 15, § 2, D. *de locat.* Cond.<sup>21</sup> E, em parecer sobre a apuração do julgamento da Corte de Apelação em face da Lei n. 221, de 20.11.1894, aproxima do sistema processual brasileiro o pensamento de Ulpiano (“*Judex, postquam semel sententiam dicit, judex esse desinit*” L. 55, D., *de re judic.*, XLII, 1)<sup>22</sup>

No ano seguinte, nas razões de apelação no feito sobre a concessão de Burgos Agrícolas, tratando de cessão de crédito, traça, em linhas sumárias, a evolução do instituto em Roma, valendo-se, entre outras, das obras de Windscheid e de Serafini<sup>23</sup>; em parecer sobre a palavra *cerca* numa escritura de venda, vale-se do Direito Romano para sustentar que o erro relativo ao número, medida ou peso não-anula o contrato (Fr. 4, § 1 *de act. empti vend.* (XIX, 1))<sup>24</sup>; em alegações forenses sobre a abolição do *forum rei*, cita Ulpiano (Fr. 1 D. *de judiciis.* V. I.) acerca do foro do contrato, e, mais adiante, utiliza-se de vários textos do Digesto e do Código (F. 4 D. *de exc. re judic.*, XLIV, 2; F. 11, § 7, D. eod.; Fr. 3, D. eod.; Fr. 1, D. eod.; L. 2, Cod. VII, 56; L. 2. Cod. *de pactis pign.* VIII, 36; Fr. 63. D. *de re judic.*, XLII, 1)<sup>25</sup>; em outro trabalho forense, na defesa do comendador João Leopoldo Modesto Leal, invoca o Fr. 2 D. *de testibus* (XXII, 5): “*Testes, qui adversus fidem suam vacillant, audiendi non sunt*”<sup>26</sup>; em impugnação a artigos de

---

20. V. XXIII, 1896, tomo IV, p. 184, Ministério da Educação e Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1976.

21. Idem, pp. 246/247.

22. Idem, p. 258.

23. V. XXIV, 1897, tomo II, p. 142, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1952.

24. Idem, p. 210.

25. Idem, pp. 222, 243 e 244.

26. Idem, p. 276.

exceção de incompetência, refere que a instituição do chamado e nomeação à autoria era conhecida pelos romanos como *auctoritas*, e cita Fr. 76 D. *de evict.*, XXI, 2, e Paulo, *Sentent.*, II, 18, §§ 1 e 3<sup>27</sup>; em parecer referente a recurso extraordinário, observa que é de existência imemorial a regra de que as leis que alteram a competência não retroagem sobre as causas pendentes, e invoca o Fr. 30, D., *de just.*, V, 1<sup>28</sup>; e, em outro parecer sobre instituição de herdeiros, acentua que desde os romanos o erro quanto à causa da liberalidade testamentária só acarreta a nulidade desta quando a causa é final, tendo-se como tal a que se enuncia sob a forma de condição, invocando o Fr. 17, §§ 2, 3, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, XXXV, 1, e o § 31 Inst. *De legatis*, II, 21<sup>29</sup>

Em 1898, no opúsculo *Leis Retroativas e Interpretativas no Direito Brasileiro*, há citações do Código<sup>30</sup>, e, em parecer sobre *Culpa Civil do Estado*, do Digesto<sup>31</sup> Escrevendo sobre a *Culpa Civil das Administrações Públicas*, alude à deturpação, em proveito dos soberanos, de uma instituição romana de Direito Privado, a *noxae deditio*, salientando que já no século XVII se cessara de invocar essa falsa analogia entre a situação dos arrematantes de contribuições públicas em Roma nas extorsões cometidas pelos seus escravos e a da administração pública nos excessos dos seus empregados, e acentuando que “*admitida à situação legal do funcionário o caráter da relação institória, a simples aplicação do Direito Romano conduzia necessariamente à idêia atual da responsabilidade da administração pública pela culpa dos seus agentes*” não deixando de dar exemplos tirados de textos romanos<sup>32</sup>

No ano seguinte, em parecer sobre *rescisão de contrato*, cita passagens de vários romanistas (Pothier, Serafini, Voet, Maynz, Mackeldey, Warnkönig e Glück) a respeito de despejo, no Direito Romano, pela falta de pagamento do aluguel durante dois anos, e, em seguida, com base em Voet, adita que o Direito Romano não admitia nesse caso a *purgatio morae* que o Direito Canônico veio a admitir, sendo por isso preferido<sup>33</sup>

Mais tarde, em 1904, em razões de apelação em inventário, relativamente à questão da necessidade de, não-concordando os louvados, se dever nomear terceiro

---

27. V. XXIV, 1897, tomo III, p. 229, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1955.

28. Idem, p. 252.

29. Idem, p. 265.

30. V. XXV, 1898, tomo IV, pp. 138 e 150, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

31. Idem, pp. 171 e 229.

32. V. XXV, 1898, tomo V, pp. 50/51, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

33. V. XXVI, 1899, tomo I, pp. 90/91, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1949.

que desempate, cita lição de Ulpiano no Digesto, Fr. 17, § 6, *de receptis* (IV, 8): “*Debet praetor cogere arbitros, si non consentiant, tertiam certam eligere personam, cujus auctoritati paraetur*”<sup>34</sup> e acentua que, quando há maioria e minoria, não há que se falar em desempate, como se colhe de texto do D.: “*si in tres fuerit compromissum, sufficere quidem duorum consensum, si praesens fuerit et tertius*”<sup>35</sup> Adiante, usa de dois textos do Digesto (um deles de Paulo) para sustentar que não se aplica a analogia (a *regula iuris* dos romanos) em ponto *de jus anormale*<sup>36</sup>

No ano de 1905, em parecer sobre *aquisição pelo testamenteiro dos bens deixados pelo testador* vale-se, a respeito da incapacidade para ser testamenteiro com relação ao administrador de bens alheios, de Van Wetter, e cita texto do Digesto<sup>37</sup>; ademais, alude aos elementos importantes do Direito Romano quanto à testamentária, citando Maynz e De Crescenzo e invocando fragmentos do Digesto<sup>38</sup>; mais adiante, acentua que já no Direito Romano, embora ainda não distintamente formulada, era transparente a equiparação do executor testamentário ao mandatário comum, apoiando-se no texto correspondente do Digesto<sup>39</sup>

Em 1906, em trabalho forense – razões de apelação –, traz o Direito Romano, como subsidiário, para dizer que na culpa extracontratual as leis romanas não discerniam graus (cita texto do Digesto com comentário de Serafini, Warnkönig e Cogliolo) e que onde se distinguiu entre a culpa grave e a leve era na execução dos contratos (para isso, vale-se das lições de Cogliolo e de Serafini, bem como de texto do Digesto com comentário de Castellari em artigo publicado no *Archivio Giuridico*), concluindo, depois de citações de Arndts, Dernburg, Serafini, Warnkönig e Van Wetter, no sentido de que “*sob o Direito Romano, em uma palavra, o dano obriga à responsabilidade, seja qual for o grau da culpa, e sujeita o responsável a compor, não-só o damnum emergens, mas também o lucrum cessans*”;<sup>40</sup> em parecer sobre aforamento de terreno de marinha, apoia-se em Mackeldey.<sup>41</sup>

34. V. XXXI, 1904, tomo III, p. 268, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1953.

35. Idem, p. 270.

36. Idem, p. 284.

37. V. XXXII, 1905, tomo II, p. 204, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

38. Idem, p. 205.

39. Idem, *ibidem*.

40. V. XXXIII, 1906, tomo II, pp. 52/56, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

41. Idem, pp. 223/224.

Em parecer de 1908, sobre interpretação de cláusula contratual, socorre-se do Direito Romano, ao salientar que “*é mister então buscar o rastro da vontade dos contraentes, onde quer que ela ressaia, em relação direta com o contrato, clara, precisa, concludente. Sempre vestigia voluntatis sequimur*” L. quidam 5 pr. C. de necessar. serv. haered. instit., 6, 27.<sup>42</sup>

Em 1909, em parecer em litígio judicial, começa por citar texto do Digesto sem muita fidelidade na forma, mas retratando o seu conteúdo;<sup>43</sup> adiante, refere fragmento de Ulpiano sobre não atingir a coisa julgada a terceiro,<sup>44</sup> e, logo após, sobre o mesmo tema, alude a texto do Código.<sup>45</sup> Ainda nesse parecer, mais para frente, cita a definição de herança atribuída a Gaius<sup>46</sup> e dois textos sobre universitas;<sup>47</sup> outro texto do Código VII, 56, 3 (*juris manifestissi est, et in accusationibus his, qui congressi in iudicio non sunt, officere non posse, si quid forte praeiudicii videatur oblatum*) é utilizado mais abaixo.<sup>48</sup>

Em 1911, em discurso proferido no Instituto dos Advogados Brasileiros, depois de invocar discurso de Montezuma, que se valera de texto do Código de Justiniano, para entoar louvores ao trono, prossegue:

*“Nesse expressivo tópico do nosso  
Corpus Juris o Imperador romano que,  
seguramente, para os entusiastas da sua corte, era  
o Hermes Trismegisto daquele tempo, depois de  
equiparar os litadores do foro, cujos trabalhos  
resolvem pelo direito a incerteza dos litígios como  
na categoria dos benfeitores da humanidade, aos  
que pela pátria vertem o sangue dos combates,  
advocati qui dirimunt ambigua fata  
causarum ... non minus providente humano generi,*

---

42. V. XXXV, 1908, tomo II, p. 163, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1963.

43. V. XXXVI, 1909, tomo III, p. 92, Ministério da Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1993.

44. Idem, p. 97.

45. Idem, p. 98.

46. Idem, p. 100.

47. Idem, p. 101.

48. Idem, p. 102.

*quam si proeliis atque vulneribus patriam  
parentesque salvarent,*

*proclama não militarem somente os  
que lidam com o gládio, o escudo e a couraça, mas  
também os advogados. Estes militam, realmente,  
nas pejejas gloriosas da tribuna, defendendo os  
direitos, alimentando a esperança, e salvando a  
vida ao seus semelhantes.*

*Nec enim solos nostro imperio  
militare credimus illos, qui gladiis clupeis et  
thoracibus nituntur; sed etiam advocatos: militant  
namque causarum patroni, qui gloriosae vocis  
confisi munimine laborantium spem vitam et  
posteris defendunt”<sup>49</sup>*

Referências ao Direito Romano se acham em pareceres produzidos em 1912. No que ofereceu sobre rescisão de contrato por arbítrio do governo contraente, invoca texto de Digesto sobre juros de mora nos contratos de boa-fé e a opinião de vários romanistas.<sup>50</sup> Em outro sobre obrigações assumidas entre o Estado e a Pessoa de Direito Privado, cita, no tocante à noção de contrato, fragmento do Digesto e se apóia em lições de Molitor e de Arndts.<sup>51</sup> E no que versa questão relativa a disposição de última vontade, cita Arndts sobre ser a execução testamentária um mandato desde o Direito Romano.<sup>52</sup>

Em 1913, em parecer relativo a imposto de transmissão de imóvel, serve-se de dois textos do Digesto;<sup>53</sup> em parecer sobre usucapião invoca passagem do Código;<sup>54</sup> em parecer sobre nulidade e rescisão de sentenças, dizendo que a venda é filha da troca, refere dois fragmentos do Digesto<sup>55</sup> e, adiante, um outro do título de reg.

49. V. XXXVIII, 1911, tomo II, p. 67, Ministério da Educação e Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1979.

50. V. XXXIX, 1912, tomo II, pp. 17/18, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1963.

51. Idem, p. 56.

52. Idem, pp. 127/128.

53. V. XL, 1913, tomo II, p. 143, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1962.

54. V. XL, 1913, tomo III, p. 25, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

55. Idem, p. 142.

Juris.<sup>56</sup> Em 1916, cita, em parecer sobre a interpretação do art. 72 da Constituição §§ 6º e 7º, vários textos do Digesto;<sup>57</sup> e em parecer sobre pactos sucessórios, sua validade como convenção, utiliza, sobre doações mortis causa, das obras de Girard, Donelo, Voet e Ronga, bem como de fragmento do Digesto.<sup>58</sup>

Também em outras obras de Rui Barbosa não falta a invocação do Direito Romano. A título de ilustração, indicam-se, a seguir, algumas delas.

Em 1900, publicou ele opúsculo com os artigos estampados no Jornal do Comércio sobre a posse de direitos pessoais. Aí se encontra larga referência a obras de romanistas ilustres e a fontes jurídicas romanas.<sup>59</sup>

Em Limites entre o Ceará e o Rio Grande do Norte, em razões finais produzidas, em 1904, cita Rui as Institutas, de Justiniano sobre o *commodum possidentis* e se apóia em Arndts para salientar que *“não há título possível de propriedade contra o possessor, cuja ocupação da res nullius se consolidou em perfeito domínio pela apropriação diuturna e imemorial da coisa”*<sup>60</sup> E, no final desse ano, em parecer sobre delito militar, invoca, de início, texto do Código (C. IX, 3, 1) sobre critério de classificar um crime como tendo essa natureza,<sup>61</sup> e, mais adiante, salienta que, entre os romanos, a ação de escravidão, prescrevia em 10 a 20 anos, mas a ação de liberdade, ao contrário, não-prescreve nunca, citando, para demonstrar essa assertiva final, o C. VII, 22, 3.<sup>62</sup>

Em 1910, na contestação à ação sobre o direito do Amazonas ao Acre Setentrional, ao examinar as preliminares, vale-se de texto do Digesto e se utiliza da obra de vários romanistas; no mérito, socorre-se de passagens também do Digesto e

---

56. Idem, p. 194.

57. V. XLIII, 1916, tomo II, p. 188, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1965.

58. Idem, pp. 218/220..

59. Obras Completas de Rui Barbosa, v. XXIII, 1896, tomo III, pp. 70, 79, 80, 89/90, 96/101, 103, 105 e 109/111, Ministério da Educação e Cultura-Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1976. Esse opúsculo foi reproduzido nesse volume das Obras Completas relativo ao ano de 1896, porque os artigos que o integram foram estampados no Jornal do Brasil nesse ano.

60. Obras Completas de Rui Barbosa, v. XXXI, 1904, tomo V, p. 170, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1957.

61. Obras Selectas de Rui Barbosa, X (Trabalhos Jurídicos), p. 251, Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 1961.

62. Idem, p. 275.



de texto das *Setentiae*, de Paulo sobre transação, bem como cita romanistas, utilizando ainda das *Institutas*, de Justiniano.

Em *As Cessões de Clientela e a Interdição de Concorrência nas alienações de Estabelecimentos Comerciais e Industriais*, escrito de 1913, salienta que “o princípio comum a todas as vendas é, não há dúvida nenhuma, que a ação *ex empto* compete ao comprador, ainda que o vender senão compromettesse espècial à evicção: *non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere acionem*” e esclarece: “mas isto era porque o comprador tem direito, na totalidade, à coisa vendida, e, por este motivo, *sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem (D. 21.2.1)*”<sup>63</sup>

Mais tarde, em 1915, na inicial da ação de nulidade entre Espírito Santo e Minas Gerais, invoca Pothier em Direito Romano; para sustentar que causa de ordem pública não admite arbitramento e apóia-se em textos do *Digesto* e do *Código*.<sup>64</sup> Ainda nesse ano, em *Limites Interestaduais*, utiliza-se de textos do *Digesto* sobre arbitramento e compromisso.<sup>65</sup>

Em 1916, em razões de apelação perante o Supremo Tribunal Federal, utiliza-se, várias vezes, de fragmentos do *Digesto* e da obra de romanistas.<sup>66</sup>

Em *Cláusula Enquanto Bem Servir*, em 1921, contesta Rui a Serrigny que no *Droit Public et Administratif Romains* pretende que o ato de nascimento do Ministério Público não faz no direito que regia as atribuições dos *advocati fisci* e dos *procuratores Caesaris*.<sup>67</sup>

6. Conclusão. – Se é certo que Rui Barbosa não foi, nem pretendeu ser, propriamente um romanista, é indubitável, igualmente, que de Direito Romano tinha sólido conhecimento, haurido nas fontes e nas obras que compunham sua biblioteca

---

63. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XL, 1913, tomo I, p. 140, Ministério da Educação e Saúde, Rio de Janeiro, 1948.

64. Opúsculo intitulado *Ação de Nulidade de Arbitramento*, movida pelo Estado do Espírito Santo contra Minas Gerais na questão de limites entre os dois Estados – Petição inicial, pp. 61, 64, 67 e 139, Papelaria Americana, Rio de Janeiro, 1915.

65. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLII, 1915, tomo I, p. 68, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1964.

66. Opúsculo intitulado *Nulidade de Arbitramento por Excesso dos Poderes Arbitrais – Razões da Apelação do Estado de Minas Gerais para o Supremo Tribunal Federal*, pp. 36/37, 117, 119 e 123, Typ. Do “Jornal do Comércio”, de Rodrigues Cia., Rio de Janeiro, 1916.

67. *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. XLVIII, 1921, tomo I, p. 77, Ministério da Educação e Cultura, Rio de Janeiro, 1966.

com o que de melhor havia em sua época a respeito desse direito, de que, aliás, se utilizava, quer como elemento subsidiário antes do Código Civil, quer como ponto de referência de doutrinas jurídicas, após a entrada em vigor dessa codificação, em 1917.

De qualquer sorte, é oportuno destacar esse aspecto inexplorado em sua atuação como notável advogado e jurista.

São Paulo, outubro de 2001.

# DOS RISCOS PELA PERDA FORTUITA DA COISA VENDIDA NO DIREITO ROMANO

*Eduardo César Silveira Vita Marchi*

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

Escopo do estudo é o de apresentar uma reconstrução da temática, presente na compra e venda romana («emptio venditio»), relativa aos riscos derivados da perda fortuita da coisa vendida – «periculum rei venditae».

Procedeu-se ao aprofundamento deste problema, examinando-se as teorias do «desfazimento» («Entäußerungstheorie») de Windscheid, a teoria da culpa («Verschuldentheorie») de Jhering, a tese contrária («periculum est venditoris») de Haymann e sequazes, e a «communis opinio» atual, fundada na teoria da custódia e da compra e venda «perfecta».

## Abstract:

The objective of the present essay is to arouse a reconstruction of the theme, inserted in the roman sale («emptio venditio»), relative to the risk that the object of the sale might accidentally perish – «periculum rei venditae».

This problem was analyzed thoroughly, examining the theories of the «abolishment» («Entäußerungstheorie») by Windscheid, the theory of fault («Verschuldentheorie») by Jhering, the opposed theory («periculum est venditoris») by Haymann and supporters, and the current «communis opinio», based on the theory of custody («custodia») and the theory of the perfect sale («perfecta venditio»).

**Unitermos:** compra e venda romana; coisa vendida; teoria da custódia.

## I. Aspectos Introdutórios

Os riscos pela perda fortuita da coisa vendida antes de sua entrega – *periculum rei venditae* –, ou seja, os prejuízos decorrentes do seu perecimento antes da *traditio*, por caso fortuito ou de força maior, vale dizer, sem culpa de qualquer das

partes, são, como se sabe, atribuídos em nosso ordenamento ao vendedor – *periculum est venditoris*.

O art. 1.127 do Código Civil brasileiro, de fato, tratando deste tema, dispõe expressamente que “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”

Tal dispositivo é subsidiado pelo art. 865 do mesmo diploma legal. Este, em sua primeira parte, cuidando do problema fora da *sedes materiae* (relativa à compra e venda), ao cuidar das obrigações de dar coisa certa, assevera que caso “a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes”

Adotou-se, portanto, em nosso ordenamento – como bem anotado por Knütel<sup>1</sup> –, a solução chamada “germânica”, na qual, em tema de *periculum rei venditae*, papel fundamental é exercido pela *traditio*: o comprador deve suportar os riscos pela perda fortuita somente a partir do momento da entrega da coisa vendida.

Neste sentido, o “Bürgerliches Gesetzbuch” alemão – o famoso BGB –, regulando a questão especialmente em seu § 446 I 1, atribui ao vendedor, como regra geral, o *periculum* pelo perecimento acidental ou deterioração casual enquanto não entregue a coisa vendida ao comprador: “Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache”<sup>2</sup>

Solução diametralmente oposta parece adotar o Direito Romano – ao menos o Justinaneu –, constituindo-se esta, aliás, em uma das (poucas e) mais relevantes diferenças entre aquele ordenamento e o atual sistema alemão e o das modernas codificações nascidas sob a influência deste último, como é o caso do Código Civil pátrio.

1. Augusto Teixeira de Freitas e il “*periculum*” nella compravendita, in Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano, Padova, 1988, pp. 489.

2. Bastaria, para a transmissão dos riscos, a simples “*Übergabe*” ou entrega, não sendo necessária, para a incidência da regra, nem mesmo a transferência efetiva da *propriedade*: valeria aquela norma, portanto, como já accentuava Haymann, *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht. II “Periculum est emptoris”* in ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte) 41 (1920), p. 149, também nos casos de *posse* ou apenas de *detenção*.

A regra geral refere-se especialmene às coisas móveis.  
Em relação aos imóveis e aos navios, os riscos, segundo o mesmo § 446 II, são atribuídos ao comprador já partir do registro no “Grundbuch” Os §§ 324 II e 447, por fim, estabelecem as exceções concernentes aos casos de “*Versendungskauf*”, a venda epistular ou por correspondência, e de “*Annahmeverzug*”, isto é, a mora de aceitação do comprador verificada no momento da perda fortuita da coisa vendida.

No *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, aparentemente como princípio geral, é o comprador a ter de suportar, desde o momento da simples celebração do contrato consensual da *emptio venditio*, os riscos pelo perecimento casual da coisa vendida: *periculum<sup>3</sup> est emptoris*.

Portanto, perecendo a coisa vendida, por caso fortuito ou de força maior, o vendedor poderia exigir o pagamento do preço, mesmo sem entregar a *merx* – esta, aliás, já desaparecida.

Este princípio, presente na compilação justinianéia, sempre despertou grande perplexidade dentre os intérpretes modernos, dada a sua aparente iniquidade, ao penalizar o comprador mesmo estando ele ainda desprovido da posse e guarda da coisa adquirida.

Por isto mesmo, desde sempre, procuraram e procuram os romanistas oferecer justificativas para explicar o porquê da aparente adoção, pelo Direito Romano, do princípio *periculum est emptoris*.

## II. Tentativas de Justificação do Princípio “*Periculum est Emptoris*”

Não são poucas as tentativas de delinear uma justificação, ou, com outros termos, os fundamentos de direito – “*Rechtsgrund*” – para o (suposto) acolhimento do princípio *periculum est emptoris* pelo direito romano (ao menos, do período clássico).

No passado, as duas principais teorias sobre este tema foram apresentadas por Windscheid e Jhering.

São elas conhecidas, respectivamente, pelos nomes de “*Entäußerungstheorie*” e “*Verschuldentheorie*”

### II.1. Teoria do “*desfazimento*” da compra e venda romana – “*Entäußerungstheorie*” – (*Windscheid*)

O fundamento do princípio *periculum est emptoris*, na visão de Windscheid, residiria na “*Entäußerungsnatur des Kaufs*”, ou seja, na natureza de “*desfazimento*” da compra e venda romana, por meio da qual concebia-se, no âmbito

---

3. O vocábulo *periculum*, apesar de empregado como sinônimo de *rischio* em geral, não apresenta nas fontes jurídicas romanas \_ ao contrário que na dogmática moderna – um significado unívoco.

A determinação do exato sentido do termo *periculum* nas fontes constitui-se, por isto mesmo, em um dos pontos cruciais e de maior dificuldade nas pesquisas em tema de *periculum rei venditae*. Sobre isto, cf. em especial Miquel, “*Periculum locatoris*” in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 81 (1964), pp. 134 e ss.

restrito da relação entre vendedor e comprador, que a coisa vendida passasse, mesmo sem a *traditio*, imediatamente do patrimônio do primeiro para o do segundo<sup>4</sup>

Em outros termos, ainda que o comprador não fosse ainda legalmente o proprietário da *merx*, esta, com a celebração do contrato, já passaria a integrar o seu patrimônio.

A partir desta teoria de Windscheid, em desenvolvimento ulterior, passou-se pouco a pouco à idéia de que o comprador, mesmo antes da efetiva transmissão da coisa, fosse, de uma maneira ou de outra, já em certo sentido considerado *dominus* – e, daí, *casum sentit dominus* (os riscos cabem ao proprietário).

Esta vertente, em tempos atuais, foi retomada por Peters<sup>5</sup> e especialmente por Ernst<sup>6</sup>

A atribuição dos riscos ao comprador, tão logo celebrado o contrato, decorreria, nas palavras de Ernst, da visão ou modo bastante elementar com a qual os clássicos provavelmente concebiam a compra e venda: ajustado o acordo, acolhia-se, no pensamento das partes, a idéia de que a coisa imediatamente devesse passar a pertencer ao comprador.

A concepção da compra e venda como negócio produtivo apenas de uma “obrigação” de transferência futura da coisa vendida seria, segundo Ernst, estranha ao Direito Romano clássico.

No âmbito, pois, das relações entre vendedor e comprador, concebia-se, com grande naturalidade, que a partir do surgimento do ajuste como negócio jurídico válido, a coisa, em certo sentido, já “pertencesse” ao comprador.

4. Cf. Windscheid-Kipp, *Pandektenrecht* II, 9ª ed., 1906, § 390, n. 2a c 3: “*Der Grund dieses Satzes ist die Entäußerungs-natur des Kaufs, welche zu der Auffassung geführt hat, daß die Kaufsache, was das Verhältnis zwischen den Parteien angeht, auch ohne Tradition aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen ist*”.

Na verdade, segundo Ernst, “*Periculum est emptoris*” in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 99 (1982), pp. 243 c ss., c KASER, *Das römische Privatrecht I - Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2a.ed., München, 1971, p. 552, teria sido Pernice, *Labeo* I, 1873, pp. 463 ss., o primeiro a expor uma tal idéia.

5. *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 96 (1979), pp. 173 ss. No entendimento de Peters, acolhendo, como se disse, idéia análoga à de WINDSCHEID, o próprio contrato de compra e venda já transmitiria a propriedade da coisa ao comprador, contanto que o mesmo fosse completado pela *traditio*.

6. *Op. cit. (nota 4 supra)*, pp. 243 e ss.

Daí, então, como corolário, não só a adoção da regra *periculum est emptoris*, como também a atribuição da responsabilidade por custódia ao vendedor, a sua obrigação de restituição dos frutos produzidos ao comprador, e o ônus deste último pelos gastos de conservação da coisa até a efetiva entrega.

Poder-se-ia até mesmo dizer, em certo sentido, segundo Ernst<sup>7</sup> que o comprador, do mesmo modo como no moderno direito francês e italiano, adquiriria a coisa já com fundamento no simples contrato, e não, portanto, apenas posteriormente, com base numa ulterior *traditio* ou *mancipatio*.

Quanto às conseqüências jurídicas, seria, pois, insignificante para o problema da atribuição dos riscos na compra e venda, o fato de ter ou não ocorrido a *traditio*.

O princípio *periculum est emptoris*, assim sendo, não estaria nem mesmo em contradição com o adágio *res perit domino*, como sustentado por De Zulueta<sup>8</sup>, já que, quando do perecimento da coisa, o comprador, como se disse, já seria *dominus*, mesmo ainda não tendo se verificado uma efetiva entrega.

“*Dominus*” no entanto – especifica Ernst –, deveria aqui ser entendido não como “proprietário” no sentido técnico-jurídico do direito das coisas, mas como “dono patrimonial”<sup>9</sup>

Os princípios *res perit domino* e *periculum est emptoris* estariam, assim, pelo contrário, em perfeita harmonia. Poder-se-ia até mesmo supor que o primeiro encontraria uma de suas manifestações (ou expressões) no segundo.

No âmbito da relação entre as partes, já exatamente a partir da “perfeição” da compra e venda, o comprador passaria, pois, a ser considerado como “*dominus*”

---

7. *Op. cit. (nota 4 supra)*, p. 244: “So kann man in gewissem Sinne sagen, daß der Käufer die Sache bereits aufgrund des Kaufvertrages erwirbt, nicht erst aufgrund einer nachfolgenden *traditio* oder *mancipatio*”

8. Cf. *The Roman Law of Sale*, Oxford, Clarendon Press, 1949 (reimpr. 1ª ed. 1945), p. 34: “In a system which, like the Roman, defers the passing of property till conveyance, *periculum emptoris* offends against the principle *res perit domino*,...”.

Em outros termos: celebrado o contrato e ainda não entregue a coisa vendida (ou seja, restando a mesma com o vendedor-proprietário), o prejuízo, em caso de perecimento, deveria caber, com base no princípio *res perit domino*, ao vendedor, e não ao comprador.

9. *Op. cit. (nota 4 supra)*, p. 245: “Der Untergang der Kaufsache trifft aber, wenn man so will, gerade den *dominus*; zwar nicht den Eigentümer im sachenrechtlichen Sinne, aber doch den Vermögensherrn, da im Verhältnis zum Verkäufer die Sache schon aufgrund des Kaufvertrages im Vermögen des Käufers steht”.

A necessidade de uma posterior efetiva transferência da propriedade da coisa (em sentido técnico-jurídico dos direitos reais) serviria unicamente, conclui Ernst, para proporcionar efeitos jurídicos contra terceiros<sup>10</sup>

## II.2. Teoria da culpa – “*Verschuldentheorie*” – (Jhering)

A compra e venda romana, nas palavras de Jhering<sup>11</sup> geraria o efeito, por assim dizer, de “amarrar as mãos” do vendedor: “...sozusagen die Hände, indem er ihn nämlich verpflichtet, die Sache dem Käufer liegen zu lassen, ihn damit also der Möglichkeit beraubt, durch anderweitige Dispositionen über die Sache den Zufall von sich abzuwehren”

O vendedor, neste sentido, se obrigaria a deixar a coisa vendida à disposição do comprador, privando-se de poder fazer valer qualquer direito sobre a mesma.

Por sua vez, o comprador, na grande maioria dos casos, incidiria em culpa (“*Schuld*”) pelo não cumprimento imediato da prestação e contraprestação.

A partir destas afirmações de Jhering – e, em especial da última, relativa à culpa do comprador –, passou-se a conceber, dentre os seguidores desta teoria, que o fundamento jurídico do princípio *periculum est emptoris* residiria na *falta de retirada tempestiva* (“*Nichtabholung*”) da coisa vendida por parte do comprador.

Se a *merx* tivesse sido retirada em tempo, o comprador, quando do perecimento fortuito, seria já seu proprietário, o que justificaria, em face do princípio *res perit domino*, a atribuição dos riscos ao *emptor*.

Neste sentido, a “*Verschuldentheorie*” se baseia numa ficção: admitir-se como transferido o *dominium* ainda que não atuado qualquer modo legal de aquisição do direito de propriedade – ou seja, por força de uma aquisição de fato não realizada.

Poder-se-ia dizer que o fundamento do princípio *periculum est emptoris* residiria, em conclusão, na mora da retirada da *merx* por culpa do comprador.

10. Dentro de um tal quadro reconstutivo, aliás, completa Ernst, a *exceptio rei venditae et traditae* encontraria naturalmente o seu lugar: apesar de o comprador, a quem fosse uma *res mancipi* transferida pela simples tradição, não ser considerado formalmente seu legítimo proprietário, seria vetado ao vendedor fazer valer sua posição de dono contra o adquirente.

11. *Gesammelte Aufsätze aus dem Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* I, Aalen, 1981 (reimpr. cd. Jena 1881), pp. 291-326.



A partir destas idéias postas à luz pelos partidários da “Verschuldentheorie”, de Jhering, desenvolveram-se ulteriores tentativas de justificação do princípio *periculum est emptoris*, dentre as quais as de Seckel-Levy e a de Beseler.

A dos primeiros partia do corolário, derivado daquelas idéias, de que a não retirada (“Abholung”) tempestiva da coisa vendida por parte do comprador dependeria, evidentemente, da possibilidade de estar a mesma à disposição para ser entregue. Daí, por conseqüência, a tentativa de Seckel-Levy no sentido de provar ser pressuposto do princípio *periculum est emptoris* a exigência de “retirabilidade” (“Abholbarkeit”) da coisa.

Já Beseler partia de uma conseqüência ou efeito não anteriormente previstos pelos partidários da “Verschulden-theorie”: a rigor, aplicando-se tal teoria, enquanto o comprador não incidisse em mora na retirada, os riscos pelo perecimento da coisa não lhe seriam transmitidos, permanecendo a correr por conta do vendedor.

Nos fragmentos em que se atribuem os riscos ao comprador (*periculum est emptoris*), entendia Beseler pressuposta a inserção “*se por culpa do comprador não tiver a coisa ainda sido retirada*”) (“...*si per emptorem stat, quominus res vendita ei tradatur*”).

Analisadas com atenção as afirmações das duas teorias de Windscheid e Jhering acima examinadas, dever-se-ia necessariamente concluir, acompanhando Ernst<sup>12</sup>, não haver divergências fundamentais entre elas.

Aqueles autores, ao falarem, respectivamente, de “Entäußerung” da coisa em favor do comprador, ou da obrigação do devedor de deixar a coisa à disposição do comprador (“...indem er ihn nämlich verpflichtet, die Sache dem Käufer liegen zu lassen”), estariam dizendo, basicamente, a mesma coisa.

A diferença entre as duas teorias seria, na verdade, apenas “eine bloÙe Frage des Ausdrucks”

A oposição entre as “Entäußerungstheorie” e a “Verschuldentheorie” verificada mais especialmente durante o desenvolvimento da doutrina vigente ao tempo do direito comum – e motivo, segundo Ernst –, do não acolhimento pelo BGB do princípio *periculum est emptoris*, ter-se-ia originado da má interpretação daquela infeliz frase de Jhering, na qual o pandectista falava de “Schuld” do comprador em face do não cumprimento imediato da sua prestação.

---

12. *Op. cit.* (nota 4 *supra*), pp. 243 e ss.

Apesar da grande influência exercida por estas duas famosas teorias, não faltaram todavia, como veremos a seguir, outras tentativas de justificar a adoção pelos romanos do princípio *periculum est emptoris*, fundadas em idéias diversas daquelas presentes nos pensamentos de Windscheid e Jhering.

### II.3. Outras teorias e situação atual

As outras teorias surgidas para procurar justificar o possível acolhimento do princípio *periculum est emptoris* pelo Direito Romano poderiam ser resumidas, no dizer de Thielmann<sup>13</sup> nas seguintes:

#### a. Teoria da dupla estipulação (*Girard-Senn, Appleton e Sargenti*).

A compra e venda, antes da sua configuração como relação obrigacional decorrente de contrato consensual, teria surgido – e adquirido eficácia jurídica –, originariamente, por meio de estipulações separadas e independentes do comprador e do vendedor.

Assim, a impossibilidade de cumprimento de uma delas (no caso, a promessa do “vendedor” – estipulante de entregar a coisa “vendida”), por caso fortuito ou de força maior, não impediria que a outra (promessa do “comprador” – estipulante de pagar um preço) continuasse exigível.

#### b. Teoria da compra e venda à vista (ou real) (*Pernice, Monier e Benöhr*).

O princípio *periculum est emptoris* refletiria um resquício ou efeito retardado da antiga e originária concepção romana da compra e venda como um negócio jurídico à vista, no qual os momentos da conclusão do contrato e o da entrega do objeto coincidiam plenamente.

Estas duas teorias pressupõem, como bem observado por Thielmann<sup>14</sup> o grande apego dos romanos às suas antigas tradições (*mores maiorum*), fato que os teria conduzido – mesmo em época clássica, e sendo já vigente a nova concepção da compra e venda como contrato consensual –, a manter uma solução (*periculum est emptoris*) ainda ligada à antiga figura da *emptio venditio* como uma duplicidade de *stipulationes*, ou como uma compra e venda à vista ou real.

---

13. *Traditio und Gefahrübergang* in ZSS (*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*) 106 (1989), pp. 296 e ss.

14. *Op. cit.* (nota 13 *supra*), p. 296.

c. *Teoria da compra e venda como parte da “traditio” – “Teiltatbestand der Übereignung”* (Kaser, Ernst, Peters e Thielmann).

É a mais recente, e que toma como ponto de partida a teoria de Jhering. Aliás, poder-se-ia dizer, em certo sentido, que é um desenvolvimento ou uma subteoria daquela de Jhering.

O contrato de compra e venda constituir-se-ia como um momento ou parte do ato de transferência da coisa vendida por meio da *traditio*.

Sob certo aspecto, a simples celebração do contrato já produziria parcialmente o efeito de transferência da propriedade da coisa ao comprador, ou, pelo menos, já teria atuado ou funcionado como *causa traditionis*.

A mora do comprador na aceitação ou na falta de retirada da *merx* não teria exercido importância significativa no tocante ao problema da atribuição dos riscos<sup>15</sup>

III. A corrente contrária à “*communis opinio*” tradicional: “*periculum est venditoris*”

Em oposição à *communis opinio*, levantaram-se as vozes de alguns poucos mas importantes autores – dentre os quais, especialmente, Arnò<sup>16</sup>, Haymann<sup>17</sup>, Konstantinovich<sup>18</sup> e Betti<sup>19</sup> –, sustentando que no Direito Romano clássico os riscos pela perda fortuita da coisa vendida eram atribuídos, como no direito moderno, ao vendedor: *periculum est venditoris*.

15. Quanto a este último aspecto, cf., em sentido contrário, Thielmann, *op. cit.* (nota 13 *supra*), p. 297.

16. *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico* in *Giurisprudenza Italiana* 49 (1897), pp. 209 ss.; *Note minime sul § 3 Inst. 3,23 in AG 62* (1899), pp. 540 ss.; *Commento ad Cod. 4, 48, l in AG 65* (1900), pp. 301 ss.; *La const. 2 C. 4, 48 nella Summa Perusina in AG 68* (1902), pp. 429 ss.; *La massima ‘dolus auctoris bona fide emptori non nocet’ nella c. 3 C. 4,48 in Studi Scialoja I*, 1905, pp. 341 ss.; *Di una interpolazione certa nella c. 4 C. 4,48 in Mélanges Fitting*, 1907, pp. 29 ss.; *La costituzione ultima del Codice de periculo et commodo rei venditae in Studi Brugi*, 1910, p. 154; e *Sul c. 23 dei Fragmenta Vaticana in Memorie della R.Academia di Scienze Lettere ed Arti in Modena* 9 (1910), pp. 73 ss.

17. *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht. I- Über Haftung für custodia* in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 40 (1919), pp. 167-350, II “*Periculum*” *cit.* (nota 2 *supra*), pp. 44-185, e *Zur klassizität des “periculum emptoris”* in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 48 (1928), pp. 314-418.

18. *Le “periculum rei venditae” en droit romain*, Lyon, 1923, pp. 10 e ss.

19. “*Periculum*” *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi De Francisci I*, Milano, 1956, pp. 131-197; *Istituzioni di diritto romano II, I*, Padova, 1960, pp. 410-421; *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 82 (1965), pp. 1-23.

O autor foi seguido por Sargenti, *Rischio contrattuale (diritto romano)*, in *ED* 40 (1989), pp. 1126-1132.

Teriam sido os compiladores justinianeus a, mediante a interpolação de vários textos do *Corpus Iuris Civilis*, introduzir a nova solução de atribuição dos riscos ao comprador – *periculum est emptoris* –, regra esta desconhecida dos juristas clássicos.

O princípio *periculum est emptoris* – introduzido, portanto, segundo esta corrente contrária, pelo Direito Romano justinianeu – adequar-se-ia perfeitamente, neste sentido, com o direito helenístico (greco-oriental), no qual, ao contrário da tipicamente romana *emptio venditio* com efeitos obrigacionais, vigorava a compra e venda real (ou à vista), onde a entrega da *merx* é imediata, sem reenvio para momento posterior<sup>20</sup>

Em contrapartida, aquele princípio dificilmente acomodar-se-ia ao sistema clássico, dado o caráter sinalagmático da compra e venda romana, que pressupõe um equilíbrio entre as partes, impedindo uma penalização do comprador, com a total atribuição a este último de todos os riscos<sup>21</sup>

Neste sentido, como acentuado por Haymann<sup>22</sup> a associação prestação/contraprestação do sistema do direito clássico teria impossibilitado qualquer acolhimento do princípio *periculum est emptoris*, pois, como corolário daquela, o descumprimento (sem culpa) da prestação por uma das partes deveria levar à exoneração da outra (no caso a prestação comprador de pagar o preço).

Inaceitáveis, por falta de provas – continua Haymann –, seriam as teses justificáveis das recíprocas estipulações (Girard e outros) e da originária compra e venda real (Pernice e outros).

Examinados os vários fragmentos onde o princípio *periculum est emptoris* encontra-se acolhido, perceber-se-ia, segundo o mesmo autor, que o “synallagma” clássico teria sido mudado pelos compiladores: o vendedor, em retribuição ao pagamento pelo comprador do preço da coisa perecida antes da entrega, era obrigado, em contrapartida, *apenas* ao esforço de ter tentado cumprir a prestação, deturpando-se o sistema perfeito do *sinallagma* direito clássico): “erst die Kompilatoren sind es, die hier durch Interpolation in Digesten und Kodex die klassische Verknüpfung von Verkäuferleistung und Kaufpreiszahlung lockern. Die stärkste und folgenschwerste

---

20. Cf. Betti, *Studi De Francisci I cit. (nota 19 supra)*, p. 163 e *Zum Problem cit. (nota 19 supra)*, p. 12.

21. Cf. ainda Betti, *Studi De Francisci I cit. (nota 19 supra)*, p. 165 e *Zum Problem cit. (nota 19 supra)*, p. 12, acompanhando, neste sentido, RABEL, *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 42 (1921), p. 560.

22. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 49-63.

Lockerung aber haben sie dadurch herbeigeführt, daß sie im Fall kasuellen Verlusts der Kaufsache vor der Übergabe dem Verkäufer den Kaufpreis belassen als Gegenleistung nun nicht mehr für die Lieferung, sondern für die pflichtmäßige, aber vergebliche Bemühung um Lieferung der Kaufsache: *Periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet*<sup>23</sup>

O pensamento justinianeu em matéria de *periculum rei venditae*, observa Haymann<sup>24</sup> ao indagar sobre as raízes do novo dogma *periculum est emptoris*, corresponderia exatamente à nova regra de atribuição dos riscos, adotada pelos compiladores, em tema de contratos de empreitada e de contratos (onerosos) inominados.

No tocante aos primeiros (contratos de empreitada), os justinianeus, através da interpolação de alguns fragmentos – D.19,2,59, D. 19,2,37, D. 14,1,10 pr. e D. 19,2,62 –, teriam introduzido a nova doutrina do *periculum locatoris*: o comitente (“Besteller”), logo a partir do início da obra, decorrente da celebração do contrato, e, portanto, já antes da *adprobatio*, passaria a responder por *vis maior* ou perecimento fortuito da obra, devendo, pois, arcar com o pagamento do preço mesmo em caso de não recebimento da mesma<sup>25</sup>

Em outros termos: o *periculum*, isto é, os riscos pela perda da empreitada (v.g., desmoronamento da construção), seria atribuído pelos compiladores ao *locator*, isto é, ao comitente. Este, portanto, em situação análoga à do *emptor*, deveria pagar o preço da empreitada – ou, *a contrario sensu*, não teria direito à restituição do dinheiro já pago (vale dizer, o *conductor* não seria obrigado a devolver o pagamento) –, mesmo no caso em que a mesma não pudesse ser entregue, por causa de perecimento fortuito.

Já no direito clássico, ao contrário, os riscos pelo perecimento fortuito da obra caberia, a partir do seu início – ou seja, a partir da entrega da coisa ao empreiteiro para que a obra fosse iniciada –, ao próprio *conductor* ou empreiteiro, o qual, em caso de pagamento já pré-efetuado, deveria devolver a importância recebida.

23. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 154.

24. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 155-172.

25. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, especialmente p. 161: “aber mit den bereits schwer verdächtigen Aussprüchen des Sabinus in l. 59, des Javolen in l. 37 codem, des Paulus in l. 10 pr. D. 14,2 und l. 62 i.f. d. 19,2 läßt der Besteller die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks von Anfang an tragen”; e p. 162: “Für *vis maior* soll der Besteller auch vor der *adprobatio*, also sofort mit Beginn des Werks auf Grund des Kontraktsschlusses die Gefahr tragen”; e, por fim, p. 163: “Der Besteller soll, obwohl das Werk vor der Abnahme untergeht, dennoch den Werklohn zahlen müssen, weil und insofern das Unglück auch ihn selbst bei eigener Arbeit getroffen hätte”

Quanto aos contratos (onerosos) inominados, o regulamento introduzido pelos justinianeus teria, segundo ainda Haymann<sup>26</sup> seguido o mesmo raciocínio ou tendência.

Através da interpolação de algumas passagens (C. 4,6,10, D. 12,4,5 pr., D. 12,4,3,3 e 4, e D. 19,5,5,1), teriam os compiladores introduzido a nova doutrina: da mesma maneira como o comprador na compra e venda (princípio *periculum est emptoris*), também o “Vorleistende” isto é, a parte que cumpre antecipadamente a prestação no contrato de troca ou no negócio jurídico *do ut facias*, arcava com os riscos decorrentes do casual ou fortuito malogro da contra-prestação<sup>27</sup>

No Direito Romano clássico, ao contrário, a parte que pré-cumpra a sua prestação no contrato inominado, em caso de posterior impossibilidade de cumprimento da contra-prestação por motivo de caso fortuito ou de força maior, seria obrigada a restituir ou devolver a prestação antecipadamente recebida, exatamente como no BGB (§§ 323 e 446)<sup>28</sup>

Em correspondência, portanto, a tal raciocínio, ao se tratar dos riscos na compra e venda, o vendedor, tendo já recebido o preço da venda sem ainda ter entregue a coisa, deveria ficar obrigado – segundo o Direito Romano clássico –, em caso de perecimento fortuito da mesma, a proceder à devolução do dinheiro.

A adoção pelos justinianeus do princípio *periculum est emptoris*, sustenta Haymann em conclusão ao seu estudo, encontraria suas raízes no “hellenistisch-orientalische Rechtskreis” ou seja, no ambiente jurídico helenístico-oriental:

o direito grego, assim como também o babilônico e o egípcio, não teria jamais conhecido uma compra e venda do tipo “consensual” como a romana, mas unicamente um contrato de escambo imediato e efetivo entre preço e *merx*, ou seja, a chamada “compra e venda real” ou “à vista”

26. *Textkritische II* (nota 2 *supra*), pp. 164-172.

27. Cf. *Textkritische II cit.* (nota 2 *supra*), p. 170: “Wie beim Kauf der Käufer, so trägt beim Tausch jetzt wie auch bei jedem *do ut facias*-Geschäft der Vorleistende stets die Gefahr der kasuellen Vereitelung der Gegenleistung”

28. Cf. *Textkritische II cit.* (nota 2 *supra*), p. 171: “Der Klassiker Julian hingegen, dem alle Späteren folgen, gewährt bei kasuellen Unmöglichwerden der Gegenleistung dem Vorleitenden ebensowohl in der l. 33 D. 19,2 *actio emti und conducti* auf Rückgabe der Vorleistung wie *condictio ob rem* in der l. 19 pr. i. f. D. 12,1 beim unbenannten *do ut facias*-Geschäft. Der Grundgedanke der §§ 323 und 446 BGB entspricht durchaus den klassischen Grundsätzen und bedeutet einen Fortschritt nur gegenüber der auf undurchdachte Billigkeitserwägungen gegründeten Gefahrlehre Justininians”

Em um tal contexto, o problema do *periculum rei venditae*, influenciado pelo eventual ulterior perecimento fortuito do objeto da compra, não se apresentava.

Para a transferência de propriedade da coisa vendida, e, portanto, para a transmissão dos riscos ao comprador, bastava apenas, no ordenamento grego, o pagamento do preço da compra.

Até mesmo a compra e venda grega com entrega antecipada de arras não se equiparava à romana, já que tal entrega não gerava qualquer obrigação do comprador ao pagamento do restante do preço, mas uma simples garantia oferecida pelo próprio sinal.

O único efetivo paralelo com a compra e venda consensual romana, no tocante à obrigação do comprador de pagamento do preço, poderia ser encontrada na greco-oriental “compra a crédito”, na qual o vendedor, em lugar do efetivo pagamento do preço, contentava-se com o recebimento de um documento de confissão de dívida ou débito, exarado pelo comprador.

Apenas com este documento escrito, no entanto, ao contrário da compra e venda consensual romana, era já a propriedade – e, portanto, também o *periculum* – transmitida ao comprador, independentemente da entrega física da coisa<sup>29</sup>

Dentre os antigos ordenamentos orientais, apenas o direito indiano teria conhecido a compra e venda consensual.

Este, porém, como se deduz da exegese de algumas de suas fontes, ao contrário do direito justiniano, não teria jamais admitido uma solução equivalente ao princípio *periculum est emptoris*.

“So bestätigt denn”, arremata Haymann<sup>30</sup> em conclusão, “die Betrachtung des indischen Gewohnheitsrechts unser für das Gesetzesrecht gewonnenes Ergebnis, daß auch bei den Indern wie bei den Römern und Germanen der Käufer grundsätzlich nicht schon vom Abschluß des Konsensualkaufs an, sondern erst von der Übergabe oder dem Annahmeverzug die Gefahr zu tragen hat”

IV. A “*communis opinio*” atual: limitação do princípio “*periculum est emptoris*” à teoria da custódia e à compra e venda “*perfecta*”

Entre a *communis opinio* tradicional e o aparente “radicalismo”<sup>31</sup> da tese de Arnò, Haymann e sequazes, colocou-se a *communis opinio* atual, capitaneada

---

29. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, especialmente pp. 175-177.

30. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 185.

31. A expressão é de Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 46-47.

por Seckel-Levy<sup>32</sup>: sem refutar o caráter clássico do princípio *periculum est emptoris*, limitou-se o seu alcance, de um lado, aos casos de *vis maior* – arcando, portanto, o vendedor com os riscos decorrentes da *vis minor*, com base em uma pretensa sua responsabilidade por *custodia* –, bem como, de outro lado, ao acesso do estágio de *emptio perfecta* do negócio celebrado.

Examinemos separadamente cada um destes dois aspectos.

#### IV.1. A responsabilidade por custódia do vendedor

A responsabilidade por custódia – “*Custodiallehre*” – do Direito Romano, tratada especialmente por Gaio em suas *Institutas* (3, 205-207), consiste, em termos gerais, como ensina Arangio-Ruiz<sup>33</sup> em uma responsabilidade *objetiva*, ou seja, uma responsabilidade que se baseia não no exame caso por caso da diligência empregada pelo devedor para evitar a perda, mas no fato objetivo do perecimento ocorrido de uma determinada maneira.

Nas fontes romanas, este perecimento se refere, em particular, ao caso de *furto* da coisa, objeto da prestação: sendo o devedor responsável por custódia, não se verifica a sua exoneração, sem necessidade de se indagar se ele poderia ou não ter conseguido evitar tal furto, tomando todas as precauções necessárias.

Além do furto, alguns textos pareceriam incluir também as hipóteses de coisa destruída por terceiro e de fuga de escravo.

Uma eventual extensão a tais hipóteses é no entanto, bastante incerta.

Note-se que este critério da responsabilidade por *custodia* do Direito Romano não é conhecido pelo direito moderno.

“Custódia”, no direito moderno, costuma indicar não a responsabilidade objetiva, como no Direito Romano clássico, mas a comum responsabilidade (subjativa) por culpa: exige-se, pois, sempre o exame da diligência empregada pelo devedor.

As fontes romanas – e, em especial, como se disse, Gaio –, no entanto, não fornecem uma lista completa das categorias de devedores responsáveis por *custodia*.

Gaio, nos fragmentos citados, enumera especificamente apenas os casos do tintureiro (*fullo*), do alfaiate (*sarcinator*), e do comodatário, excluindo de modo expresso o do depositário.

---

32. *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS (Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte)* 47 (1927), pp. 117-263.

33. *La compravendita in diritto romano II*, Napoli, Jovene, 1956 (reimpr.), p. 247.



A determinação dos demais (e eventuais) casos de responsabilidade por custódia, dentre eles o do *vendedor*, é objeto de grande controvérsia entre os intérpretes.

A dificuldade de se identificar as demais hipóteses de responsabilidade por custódia – dentre os quais, como se disse, eventualmente o do vendedor –, afora aqueles expressamente citados por Gaio, seria determinada, segundo Arangio-Ruiz<sup>34</sup> principalmente por duas circunstâncias.

De um lado, pelo fato de o direito justinianeu não ter acolhido tal forma de responsabilidade objetiva, substituindo-a pelo critério do rigoroso exame da diligência empregada para se evitar o furto – ou seja, retorna-se, nestes casos, à responsabilidade subjetiva, baseada na culpa.

Em outros termos, como diz Arangio-Ruiz<sup>35</sup> os compiladores justinianeus distorceram o conceito de custódia, introduzindo a equação *custodia = exacta diligentia*.

De outro lado, pelo fato de que o termo *custodia*, em época pós-clássica e justinianéia – mas já talvez, segundo ainda Arangio-Ruiz, em período anterior –, aparece algumas vezes empregado fora do seu sentido técnico.

É grande, dentre os romanistas, a discussão sobre a eventual admissibilidade, pelo Direito Romano clássico<sup>36</sup> da responsabilidade por *custodia* do *vendedor*.

A *communis opinio* atual – Kaser, Jörs-Kunkel, Wenger-Honsell, Arangio-Ruiz, Biondi, Mayer-Maly, Ernst etc. –, como já se disse, admite plenamente, fundando-se especialmente nos testemunhos de D. 18,1,35,4, D. 19,1,31 pr., D. 18,6,3, e, de modo decisivo, de D. 18,6,15,1, e no caráter de *bona fides* da compra e venda romana<sup>37</sup>

Entende ela que a transformação da originária *responsabilidade (objetiva) por custódia* do vendedor em *responsabilidade (subjetiva) por culpa* tenha sido obra

---

34. *La compravendita II cit. (nota 33 supra)*, p. 247.

35. *La compravendita II cit. (nota 33 supra)*, p. 249.

36. Convém, quanto ao direito clássico, ressaltar que uma (eventual) responsabilidade do vendedor por custódia limitaria, evidentemente, os efeitos do (pressuposto) princípio clássico *periculum est emptoris*, o que representaria, pois, uma vantagem para o comprador (cf., neste sentido, Thielmann, *Traditio cit. [nota 17 supra]*, pp. 294-295).

Já com Justiniano, pressupondo-se que os compiladores tenham modificado o sentido de responsabilidade por custódia, equiparando-a a uma responsabilidade subjetiva (*culpa in custodiendo*), a situação do comprador agravar-se-ia. Assim sendo, com este conseqüente aumento de responsabilidade do comprador, o (pressuposto) princípio clássico *periculum est emptoris* adquiriria, no direito justinianeu, uma extensão bem mais ampla (cf. Ernst, *op. cit. [nota 4 supra]* cit., p. 217).

37. Cf. Mayer-Maly, *Römisches Privatrecht*, Wien-New York, 1991, p. 114.

dos compiladores, cuja nova doutrina estaria exposta e contemplada nas Institutas de Justiniano – 3,23,3a<sup>38</sup> –, com a conseqüente adequação (mediante interpolações) dos fragmentos do Digesto – dentre os quais, especialmente, D. 18,1,35,4 de Gaio<sup>39</sup> – que cuidam do tema.

#### IV.2. A “*emptio perfecta*” como limite ao princípio “*periculum est emptoris*”

A doutrina dominante<sup>40</sup> com base em um famoso texto de Paulo – D. 18,6,8 pr. (“...*et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio...*”) – costuma distinguir tecnicamente os momentos de “conclusão” (ou “celebração”) do contrato de compra e venda e o da sua “perfeição” (ou “aperfeiçoamento”).

A “perfeição” significaria o momento – posterior ao da “conclusão” do contrato – fixado unicamente para o efeito de produzir a *transmissão dos riscos do vendedor ao comprador*. O princípio *periculum est emptoris*, portanto, só teria plena aplicação quando a *emptio venditio* alcançasse o estágio de *perfecta*, mediante o atendimento a certos pressupostos.

38. Inst. 3,23,3a: “*Si fugerit homo qui venit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intellegimus. Utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debebit emptori, quia sane, qui rem nouidum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione.*” [= “Se fugir ou for furtado o escravo vendido, sem que tenha ocorrido dolo ou culpa do vendedor, deverá ser examinado se o vendedor tinha assumido a custódia daquele até a tradição. Se, pois, a tiver assumido, o risco diante daquele caso fortuito correrá por sua conta. Se não a tiver assumido, não será responsável. O mesmo entendemos em relação o ao restante dos animais e ao restante das outras coisas. Em qualquer caso, todavia, deverá ele ceder ao comprador a *vindicatio* da coisa e a *condictio*, pois, como é certo, aquele que ainda não entregou a coisa ao comprador, continua sendo proprietário da mesma. Isto igualmente vale para as ações de furto e de dano injusto”].

39. Com base especialmente em D. 18,1,35,4 e Inst. 3,23,3a, Betti, *op. cit. (nota 19 supra)*, contrariando tal entendimento, sustentou que a responsabilidade por *custodia* do vendedor, no Direito clássico, não representasse um elemento inerente (natural) da compra e venda, devendo, para a sua existência, ser sempre estipulada pelas partes. Na sua falta, responderia o vendedor apenas por culpa, com base na *diligentia do bonus paterfamilias*.

Em contrapartida, Schulz, *Krit. Vierteljahresschrift* 50 (1921), p. 67, ainda com base nestes dois textos, propunha que a responsabilidade por custódia constituísse um elemento natural do contrato de compra e venda, podendo ela no entanto, por acordo entre as partes, ser afastada, representando, desta forma, uma regra dispositiva e não, pois, cogente.

40. Cf., por exemplo, Wicacker, *Die juristische Sekunde Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz*, in *Festschrift für E. Wolf 60. Geburtstag*, 1962, p. 432, Kaser, *Das römische Privatrecht I cit. (nota 4 supra)*, 1971, pp. 552-553, Knütel, *Kauf und Pacht bei Abzahlungsgeschäften im römischen Recht*, in *Festschrift Kaser z. 65. Geburtstag*, 1973, p. 44, Peters, *Rücktrittsverhalte des römischen Kaufrechts*, 1973, p. 147, e Guarino, *Diritto Privato Romano*, 1984, pp. 788-799.

Em outros termos, a compra e venda, depois de “concluída” apesar de já existente e eficaz, só produziria o efeito de transmitir o *periculum* ao comprador quando da verificação desses pressupostos.

Pressupostos para a “perfeição” da *emptio venditio*, segundo declara Paulo em D. 18,6,8 pr., seriam a não sujeição daquela à uma *cláusula condicional*, a *determinação do objeto do contrato*, e a *fixação do preço*.

A ausência de tais pressupostos corresponderia a *situações de exceção* ao princípio de atribuição dos riscos ao comprador já a partir da celebração da compra e venda.

Estas situações de exceção, segundo Kaser<sup>41</sup> seriam as seguintes:

- a) a compra e venda condicional (D. 18,6,8 pr.) ou mesmo a termo;
- b) os casos em que a *merx* ainda não fôra claramente “individualizada” como na compra e venda de limitada provisão (Frag. Vat. 16 e C. 4,48,2,1-2), compra e venda alternativa, compra e venda com cláusula de degustação (D. 18,1,35,5-7), e compra e venda com o preço dependente da medição da mercadoria (D.18,1,35,5-7);
- c) e, finalmente, também as hipóteses em que a *merx* devesse ser produzida pelo vendedor, apresentasse vícios ou defeitos, ou estivesse em posse alheia (D.19,2,33).

Estas situações de exceção, decorrentes de casos especiais em que se mostrava necessária uma decisão contrária ao princípio geral *periculum est emptoris*, teriam servido – ainda na doutrina de Kaser – como “empirische Grundlage” isto é, fundamentos ou bases empíricas para a formulação da regra especial “*perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet*”

Por sua vez, também Seckel-Levy<sup>42</sup> procuraram precisar a noção de *emptio perfecta*, a partir da qual o princípio *periculum est emptoris* encontraria aplicação.

Constituir-se-ia em uma compra e venda “vollziehbar” isto é, “ratificável” mediante a “Abholung” ou da “Besitzergreifung des Käufers” vale dizer, por meio do “ato de retirada” da *merx* ou da sua tomada de posse por parte do comprador<sup>43</sup>

---

41. *Das römische Privatrecht I cit. (nota 4 supra)*, 1971, pp. 552-553.

42. *Op. cit. (nota 32 supra)*, pp. 117 e ss.

43. A paternidade desta concepção, segundo testemunho de Levy, deveria ser atribuída a Seckel, por ser “deutlich belegbar” de seu espólio.

Os riscos, portanto, passariam para o comprador no momento em que este último tomasse posse da *merx*, ou, mesmo antes da efetiva entrega, assim que a coisa, objeto da compra e venda, estivesse em condições de ser por ele retirada.

Por conta deste último aspecto, esta concepção seckel-levyana costuma ser denominada “*doutrina da ‘Abholungsreife’*”, ou seja, “*doutrina da ‘conclusão do prazo para retirada da merx’*”<sup>44</sup>

Expirado, portanto, o prazo para a retirada da mercadoria, os riscos passariam para o comprador – assim como, obviamente, no caso de sua retirada tempestiva.

Daí, então, deduzir-se, segundo Seckel-Levy, que nas decisões das fontes em favor do princípio *periculum emptoris* estivesse pressuposto, como “*Normalfall*” um tácito “*expirar-se do prazo de retirada*” (“*Abholungsreife*”).

Nas hipóteses em que se decide, nas fontes, contra aquele princípio – atribuindo-se, pois, os riscos ao vendedor –, dever-se-ia, em contrapartida, pensar-se em uma “*falta ou inexistência do requisito da ‘retirabilidade’*” (“*mangelnde Abholbarkeit*”).

Não seriam excluídas as dúvidas, justamente nestas últimas hipóteses tratadas nas fontes, de que fosse realmente o vendedor a dever responder.

Apesar disto, concluíam Seckel-Levy, as decisões das fontes atribuindo os riscos ao vendedor, mais freqüentemente, não dependeriam da “*Abholbarkeit*” da coisa vendida.

Em outros termos, faltaria ou inexistiria o requisito da “*retirabilidade*”

Prova disto, segundo eles, seria D. 18,1,34,6, de Paulo: enquanto o vendedor, titular do direito de escolha, não se decide por um dos escravos, falta ou

Não obstante tal expressa declaração, Ernst, “*Periculum*” *cit. (nota 4 supra)*, pp. 238-239, n. 69, em sua desnecessária tentativa de reconstrução historiográfica da obra seckel-levyana, chega ao absurdo de até mesmo duvidar das palavras de Levy. A doutrina do “*Abholungsreife*” deveria, com mais probabilidade, ser reconhecida como uma criação própria daquele autor, excluindo-se uma possível autoria de Seckel. Uma posição intermediária – de atribuição da idéia original a Seckel, e do seu desenvolvimento e comprovação (por meio da exegese de fontes) por obra de Levy – seria, no entender de Ernst, menos provável!

Estas radicais conclusões de Ernst são inaceitáveis e, pode-se dizer, até mesmo contraditórias em relação à própria conduta do autor perante as fontes: não se compreende como este autor, sempre tão ortodoxo, conservador e inflexível na não admissão de quase nenhuma suspeita das declarações das fontes, possa, contraditoriamente, suspeitar justamente de uma tão clara declaração de Levy.

44. Uma tal idéia contudo, conforme ensina Ernst, “*Periculum*” *cit. (nota 4 supra)*, p. 238, n. 67, já teria sido anteriormente, no âmbito da vigência do direito comum, defendida por Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht I*, 1876, p. 593, c *III-I*, 1905, p. 173, c Puntchart, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse*, 1885, pp. 215 c ss.

inexiste a “retirabilidade”, já que o comprador não está em condições ainda de retirar qualquer dos escravos.

Faltando, pois, ou inexistindo a “retirabilidade”, os riscos são atribuídos então, justamente ao vendedor.

Comprovar-se-ia, pois, o aspecto de que, enquanto não expirado o prazo para a retirada (“mangelnde Abholungsreife”), os riscos correriam por conta do vendedor.

Tanto esta noção de “perfeição” apresentada por Seckel-Levy, quanto aquela da “*communis opinio*” acima vista, explicitada por Kaser, foram contraditadas especialmente por Ernst<sup>45</sup>

Contra as observações de Kaser, à parte a dúvida sobre se a concepção kasereana de regras de direito como “normas empíricas” (“*Erfahrungssätze*”) correspondesse ao estilo de raciocínio jurídico dos clássicos, deve-se opor, em especial, segundo Ernst, a freqüente ausência nas fontes relativas ao nosso tema de uma doutrina de “perfeição” na forma por ele proposta.

Neste sentido, completa Ernst, pelo menos em Inst. 3,23,3 uma tal doutrina deveria ter sido contemplada, o que não ocorreu.

Por outro lado, as decisões especiais citadas como fundamentos de uma pretensa empírica regra *perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet* não constituiriam, segundo Ernst, em “exceções” ao princípio *periculum est emptoris*.

Nos casos de compra e venda condicional, bem como naqueles dependentes de uma “individualização” da *merx*, a “imperfeição” do contrato, com a conseqüente atribuição dos riscos ao vendedor, decorreria da inexistência, antes da “perfeição”, da compra e venda como ato jurídico produtivo de efeitos.

Em matéria de compra e venda alternativa, o passo normalmente citado em nosso tema, D.18,1,34,6, não alude em parte alguma à “perfeição”.

Quanto à compra e venda de *merx* produzida pelo próprio vendedor, além de Kaser não fornecer qualquer testemunho das fontes, opor-se-lhe-ia um passo de Gaio nas Institutas (3,147), onde o “*Werklieferungsvertrag*” (contrato de fornecimento de obra) é considerado uma compra e venda plenamente válida, não sujeita a condição, e, por conseguinte, “perfeita”

Já em relação ao caso de compra e venda cujo objeto estivesse na posse de terceiro (D.19,2,33), não haveria, observa Ernst, qualquer comprovação nas fontes, tratando-se, pois, de mera especulação.

---

45. Cf. “*Periculum*” cit. (nota 4 supra), pp. 240 e ss.

Por fim, no tocante a compra e venda de *merx* eivada de vício oculto, o texto citado como prova (D.21,1,59), além de não ser comentado por Kaser, não contém qualquer afirmação de que o vício impedisse a “perfeição” no sentido de transmissão dos riscos ao comprador.

Neste sentido, a questão sobre se o perecimento de uma *merx* defeituosa impedisse ou não o exercício da *actio redhibitoria* não teria qualquer relação com o problema da “Gefahrtragung” (atribuição dos riscos).

Contra a noção seckel-levyana de “perfeição” manifesta-se também Ernst<sup>46</sup>

As fontes não circunscreveriam, em parte alguma, a “perfeição” a uma “Abholungsheife”

Por outro lado, bastante estranhável, seria a terminologia empregada para indicar a “perfeição” da compra e venda como um tipo de negócio jurídico. Tal geraria, diz Ernst, uma “verschrobener, unvorstellbarer Gedanke”, isto é, uma concepção excêntrica e inadmissível de ser representada.

Dever-se-ia também refutar D. 18,1,34 6 como prova de um possível requisito da “mangelnde Abholbarkeit” na fundamentação das decisões atributivas dos riscos ao vendedor.

A “Abholbarkeit” não deixaria de estar presente, ao contrário do afirmado por Seckel-Levy, já que tão logo o comprador oferecesse o preço ao vendedor, este deveria forçosamente entregar um dos escravos.

No entanto, argumento ainda mais decisivo contra a exegese de Seckel-Levy, seria a solução dada por Paulo, na parte final do mesmo texto, aos casos de direito de escolha cabente ao comprador, em que se repete a mesma atribuição de riscos (presente na primeira parte).

Nestes casos, cabendo ao comprador a escolha, não haveria, ao contrário do sustentado por Seckel-Levy, falta ou inexistência de “Abholbarkeit” já que o comprador, tendo o direito de escolha, pode a qualquer momento, ir retirar (“Abholbarkeit”) a coisa.

“Die Auflösung dieses Widerspruchs durch Levy” conclui Ernst<sup>47</sup> “ist unverständlich” justificando-se, pois, a freqüente rejeição da “doutrina da Abholungsreife” pela doutrina comum – em especial, Beseler, Hoetink, e Flume.

Tanto a tese de Seckel-Levy, quanto a da *communis opinio*, capitaneada

46. Cf. “Periculum” cit. (nota 4 supra), pp. 238-239.

47. “Periculum” cit. (nota 4 supra), p. 239.

neste aspecto por Kaser, pressupõem, como se viu, distintos graus ou etapas de desenvolvimento na conclusão do contrato de compra e venda.

Em outros termos, em ambas as doutrinas, a “perfeição” constituir-se-ia em um momento posterior ao surgimento do contrato; este, portanto, já existiria antes de se tornar *perfecta*.

Ernst<sup>48</sup> em contrapartida, após rechaçar ambas as teorias, apresenta uma tese frontalmente oposta, entendendo *inexistente o contrato antes do momento da “perfeição”*<sup>49</sup>

Em outros termos, antes da verificação daqueles pressupostos (previstos em D. 18,6,8 pr.) necessários para a sua “perfeição”, a compra e venda seria considerada como não existente e, assim, não produtiva de qualquer efeito.

A “perfeição” da compra e venda, portanto, seria uma exigência não para a aplicação do princípio *periculum est emptoris*, mas para o surgimento do próprio contrato, como negócio jurídico válido.

Como corolário, dever-se-ia concluir, segundo Ernst, que os romanos não tivessem admitido qualquer limitação ou exceção ao princípio *periculum est emptoris*.

Nos casos, pois, de compra e venda *imperfecta*, a atribuição dos riscos ao vendedor decorreria, assim, simplesmente da aplicação da regra geral *casum sentit dominus* (ou *res perit domino*).

Não existindo contrato (= compra e venda *imperfecta*), o vendedor, em caso de perecimento da coisa, não poderia nada exigir do comprador.

O emprego, nestes casos, da expressão *periculum venditoris* não indicaria, portanto, a adoção de uma especial regra em matéria de riscos na compra e venda, mas a mera consequência ou efeito de se considerar inexistente a *emptio venditio ‘imperfecta’*

Todas estas teses até aqui expostas admitem, como se vê, uma aplicação especial, pelos juristas clássicos, do termo técnico “perfectio” no específico âmbito da compra e venda, a significar conclusão da *emptio* “*si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit*” (D. 18,6,8 pr.).

No Direito Romano clássico, portanto, a “perfeição” da compra e venda, coincidindo (Ernst) ou não (Seckel-Levy, Kaser etc.) com o momento da sua “conclusão” possibilitaria – de qualquer modo – a aplicação do princípio *periculum est emptoris*.

---

48. “*Periculum*” cit. (nota 4 supra), pp. 237 e ss.

49. Tal tese repete o que já antes, em essência, havia afirmado Schulz, *Classical Roman Law*, 1951, p. 533: “*emptio perfecta* cannot possibly mean anything else but the conclusion of the contract”

Coube a Haymann descolar os termos da discussão, negando peremptoriamente – em oposição à todas aquelas teses da doutrina dominante – o acolhimento de tal princípio pelo Direito Romano clássico.

Estudando o conceito de *emptio perfecta*, com especial atenção à compra e venda de vinho, Haymann<sup>50</sup>, através da exegese (principalmente) de D. 18,1,35,5-7, bem como de outros fragmentos afins, sustentava que tal noção teria sido introduzida pelos compiladores, através da interpolação de tais textos.

Dentre estes, notadamente – como se disse – D. 18,1,35,5 -já referido:

D. 18,1,35,7 (Gaio, l. 10 *ed. prov.*): “*Sed et si doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos.*”

D. 18,1,35,5 (Gaio, l. 10 *ed. prov.*): “*In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratae sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum ver argentum quantumcumque esset uno pretio venierit, idem iuris est quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emptio perfici. Quod similiter scilicet quaeritur et de his quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensa sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios quos quasve admensus eris, aut in singulas libras quas adpenderis, aut in singula corpora quae adnumeraveris.*”

Sobressair-se-iam, neste fragmento, os defeitos de ordem substancial<sup>51</sup>

As noções teóricas expressas neste texto, se aplicadas na praxe, além de gerarem enormes dificuldades práticas, pouco tratadas pelos compiladores, conduziriam a um resultado inaceitável.

---

50. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 99 e ss.

51. Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 100-101, apontava também, na demonstração do caráter interpolado do fragmento, incontáveis imperfeições linguísticas \_ “sprachliche Anstände” \_, dentre as quais, em especial: o “*ceteris*” sem predicado; o segundo “*modo*”, solto no frase; a repetição de “*videatur perfecta venditio*”; a falta de objeto para “*quam si*”; o emprego na voz passiva do verbo



Qualquer “Spezieskauf” somente poderia tornar-se “*perfecta*” se houvesse a colaboração ou atuação conjunta de ambas as partes contraentes no ato de “*admitiri*”, de modo que, em termos teóricos, seria impossível a verificação de qualquer mora, quer do vendedor, quer do comprador.

Contra aquelas noções opor-se-ia uma passagem de Catão – *De agricultura* 148 –, que trata das cláusulas contratuais na compra de barril de vinho.

Ver-se-ia claramente neste fragmento que o “*admetiri*” podia ocorrer do lado de uma só das partes, sendo, portanto, a perfeição da compra completamente independente daquele ato.

No mesmo sentido manifestar-se-ia Ulpiano em D. 18,6,1,2-4, texto, segundo Haymann<sup>52</sup> substancialmente genuíno.

A compra e venda no direito clássico, portanto, conclui Haymann com base nestes textos, *aperfeiçoava-se independentemente de qualquer medição*.

O ato de medir, assim como o de pesar e o de contar, indicariam, na verdade, segundo Haymann<sup>53</sup> fundando-se em Varrão (*Rer.rust.* II 2,5-6), o exato momento da transmissão da propriedade através da *traditio*, e, daí, a passagem do *periculum* ou riscos ao comprador.

Por outro lado, como se deduziria dos trechos não espúrios de D. 45,1,120, D. 18,1,7,1 e D. 18,1,35, pr.-1, e de Frag. Vat. 9, não seria requisito para o surgimento do contrato, segundo o direito clássico, a fixação do *pretium* na maneira como exigida pelos compiladores na concepção justinianéia da *emptio perfecta*.

Também quanto ao pressuposto da individualização do objeto da compra, no modo como concebido pelos defensores da *emptio perfecta*, o pensamento dos clássicos, no entender de Haymann<sup>54</sup>, seria diverso.

deponte “*admitiri*” típico do correspondente vocábulo em grego; a frase sem sentido “*uno pretio quantumcumque esset*” em lugar de “*per aversionem*”; “*singulo metretas*”, pela correspondência com o termo ou expressão em grego; “*cum adnumerata*”, ao lado da forma passiva “*admensa*” se sujeito; a frase iniciada com “*ut*”, em seguida a “*fieri*”, onde falta qualquer predicado; “*universaliter uno*”; “*pretio*”; “*perfecta videtur*”; “*eadem erunt quae tractavimus*”; “*verissimum est quod et constare videtur*”; “*admetiatur*”, pela terceira vez sem sujeito; e, por fim, o fecho “*unum pretium omnium centum metretarum in semel dictum sit an in singulos eos*”, qualificado de “*fürchterliche*”

52. *Textkritische II cit.* (nota 2 supra), p. 103.

53. Cf. *Textkritische II cit.* (nota 2 supra), p. 103: “Wohl aber vollzieht sich im Normalfall seit alters in der Tat der Übergang des *periculum* auf den Käufer mit dem *admetiri*. Denn in dem Zumessem, Zuzählen vollzieht sich die Tradition und der Eigentumsübergang, wie für den Kauf von Schafen Varro betont”.

54. *Textkritische II cit.* (nota 2 supra), p. 108.

Para estes, como atestado por D. 45,1,115, a perfeição do contrato não dependia desta exata individualização, mas apenas da objetiva determinação da prestação devida, de acordo com os critérios fixados pelas partes.

A doutrina da *emptio perfecta*, interpolada pelos compiladores, corresponderia perfeitamente – concluía Haymann – à estrutura da compra e venda do direito privado grego.

Não tendo este último ordenamento conhecido uma compra e venda consensual do tipo da romana, mas somente uma “Barkauf” ou seja, uma compra e venda à vista, com prestações “Zug-um-Zug” ou simultâneas, tornava-se sempre necessário que houvesse a exata e efetiva fixação do objeto e do preço, antes da qual o contrato não poderia “aperfeiçoar-se” ou vir a existir.

Na verdade, segundo Haymann<sup>55</sup> o pensamento clássico em tema de *periculum rei venditae* – com respeito, em especial, à compra e venda de vinho – estaria estampado, principalmente, em Frag. Vat. 16, interpretado à luz de Catão, em *De agricultura*, 148.

Com base, pois, no depoimento de Catão e na interpretação *a contrariis* da declaração de Papiniano de que “*corpore non demonstrato vini vendidit, nullum emptoris interea periculum erit*”, sustentava Haymann em conclusão: o comprador, como regra geral no direito clássico, arcava com o *periculum* apenas em seguida à entrega da coisa vendida, ou à ocorrência de “*Annahmeverzug des Käufers*”. ou seja, mora daquele na aceitação da *merx*.

No entanto, em casos de compra e venda de vinho, derivado de um estoque determinado – “*Kauf aus einem bestimmten Vorrat (corpus)*” –, o comprador, excepcionalmente, antes da *traditio*, respondia apenas pela deterioração natural do vinho (*acor et mucor*), correndo por conta do vendedor todos as outras causas de deterioração do vinho ou riscos pela perda da coisa.

Esta excepcional responsabilização do comprador, no entanto, também era excluída nos casos de compra e venda com cláusula de *degustatio*, enquanto esta não se realizasse<sup>56</sup>

55. Cf. *Textkritische II cit (nota 2 supra)*, especialmente pp. 98-99 e 108-109.

56. Cf. *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, especialmente pp. 98-99 (“Der Käufer trägt die Gefahr des natürlichen Verderbs, soweit er nicht durch den Vorbehalt der degustatio oder sonstige Abrede, z.B. die Catonische quod neque accat neque muccat id dabitur oder exceptis acidis et mucidis sich geschützt hat”), pp. 108-109 (“Aus dem corpore non demonstrato nullum periculum emptoris ergibt sich per argumentum e contrario: Beim Kauf aus beschränktem Vorrat läßt Papinian gleichfalls sofort den Käufer

Os compiladores teriam, então, generalizado a atribuição dos riscos ao comprador para qualquer compra *sine mensura*.

Em outros termos, o comprador, no entendimento dos justinianeus, passava a responder, já antes da entrega, por qualquer risco, mesmo na compra e venda que não fosse de estoque determinado, ou seja, compra e venda em que não é necessária qualquer medição – *sine mensura*.

Já nos casos de compra e venda de coisas fungíveis, isto é, *cum mensura*, enquanto os clássicos atribuíam os riscos ao vendedor até a “Messung” ou medição, identificada por eles com a *traditio*, os compiladores, apesar de distribuir os riscos da mesma forma, teriam introduzindo o conceito de *emptio perfecta*, equiparando aquela medição à conclusão ou surgimento do contrato (“aperfeiçoamento” no sentido justinianeu).

Assim sendo, os textos concernentes à compra e venda de coisas fungíveis teriam sido interpolados pelos compiladores, de forma a se coadunarem com o novo princípio geral *periculum est emptoris*, de validade geral em época justinianéia.

Coerentemente com a nova doutrina, teriam, então, os compiladores interpolado, de acordo os critérios acima citados, vários textos, dentre os quais, em especial, D. 18,1,35,7, D. 18,6,1, pr.-1<sup>57</sup>, D. 18,6,5<sup>58</sup> e, por fim, C. 4,48,2.

#### IV. Nossa “Arbeitshypothese” e a Proposta de Talamanca

Partimos, como “Arbeitshypothese” – acompanhando, neste sentido, a doutrina minoritária de Arnò, Haymann e sequazes, contrária à *communis opinio* –, da tese de que a “regra” *periculum est emptoris* apenas teria alcançado a qualificação ou a força de um “princípio geral” com Justiniano.

die Gefahr des natürlichen Verderbs des gesamten Vorrats treffen, jedes andere periculum deteriorationis oder das periculum sonstiger Vernichtung trägt hier wie sonst bis zur Tradition oder dem Annahmeverzug des Käufers (der z.B. den Zahlungstermin nicht einhält, an dem er Zug um Zug die Ware empfangen soll), der Verkäufer“), e, por fim, em síntese, pp. 114-115 (“Wir können zusammenfassen: Die Bizantiner wollen die Klassische Lehre, nach der der Käufer von Wein, abgesehen von der degustatio, schon vor der Tradition das periculum acoris et mucoris, aber nur dieses trägt, verallgemeinern für den Kauf sine mensura; aber für den Kauf mit degustatio bis dahin oder von Fungibiliben bis zur Messung je die Gefahr beim Verkäufer belassen, so daß auch wiederum für den inneren Verderb nichts Besondere mehr gelten soll”).

57. Neste fragmento, segundo Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, p. 114, com ambos parágrafos “gänzlich unecht”, Triboniano teria introduzido, no primeiro, a responsabilidade por *custodia* do vendedor.

Ainda quanto a este primeiro parágrafo, observava Haymann que a frase “*post mensuram factam venditoris desinit esse periculum*” poderia, no entanto, ser clássica, já que no ato de medição, segundo o pensamento clássico, tinha lugar também a *traditio*.

58. Neste texto, Haymann, *Textkritische II cit. (nota 2 supra)*, pp. 115-116, apontava como espúria a frase final “*si ad mensum est...per emptorem fiat*”, por não haver correspondência entre esta parte e o período inicial, onde não se faz absolutamente qualquer referência a uma compra *ad mensuram*.

É clara e indiscutível a expressa tomada de posição do Imperador em suas *Institutas* – 3,23,3<sup>59</sup> –, acolhendo com todas as letras a atribuição dos riscos ao comprador desde a celebração da compra e venda.

Tal texto, como sempre apontado por aquela doutrina minoritária, não encontra parágrafo paralelo no correspondente manual clássico de Gaio, fato este extremamente significativo, dado o grande uso daquela obra por Justiniano como modelo na preparação de suas *Institutas*.

Por sua vez, o direito clássico, em contrapartida – como propõe TALAMANCA<sup>60</sup>, retomando em parte uma tese já no passado defendida por Rabel<sup>61</sup> –, apresentaria uma *variedade de soluções*, em consonância, de um lado, com o tipo de *fattispecie* e das circunstâncias nelas presentes, e, de outro, com o posicionamento pessoal de cada jurista.

Em outros termos, o ordenamento romano clássico, neste tema, ter-se-ia caracterizado como um modelo elástico, em que o *periculum* era atribuído ora ao comprador, ora ao vendedor, caso a caso, levando-se em consideração diferentes

59. Inst. 3,23,3: “*Cum autem emptio et venditio contracta sint (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine delectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est*” [“Quando, por outro lado, a compra e venda tenha sido contratada (o que dissemos se produz tão logo as partes tenham acordado sobre o preço, e quando celebrada sem escritura), os riscos da coisa vendida correrão imediatamente por conta do comprador, ainda que até então a coisa não tenha sido entregue ao comprador. Se, por conseguinte, o escravo tiver morrido ou sido lesado em alguma parte do corpo, ou se a casa toda, ou parte dela, for consumida por um incêndio, ou se um imóvel, total ou parcialmente, tiver sido arrastado pela força de um rio, ou pela inundação das águas ou por um ciclone que lhe arranque as árvores, tornando-se ele consideravelmente menor ou pior, o dano correrá por conta do comprador, o qual deverá pagar o preço, mesmo não tendo recebido a coisa. Assim sendo, o vendedor estará a salvo contra tudo aquilo que vier a ocorrer, salvo na hipótese de dolo ou culpa de sua parte. Caso, todavia, depois de celebrada a compra, algo acrescentar-se ao imóvel por aluvião, tal vantagem redundará em favor do comprador, pois a vantagem deve ser atribuída àquele, a quem cabem os riscos”].

60. Cf. *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, p. 451 e n. 1538; cf. também *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 588.

61. Cf. *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS* 42 (1921), pp. 543-564 (especialmente pp. 559). Segundo Rabel, os juristas clássicos não teriam tido uma doutrina unitária no tocante ao problema do *periculum rei venditae*; a passagem dos riscos do vendedor ao comprador poderia ocorrer, dependendo do caso, em momentos diversos, representando a *traditio*, dentre estes, apenas aquele mais tardio. Além disso, em um certo número de casos, algumas espécies de riscos – como aqueles ocasionados por terceiro, ou causados por furto, e contemplados em D.18,6,13-15 – não teriam sido enquadrados no esquema conceitual do *periculum rei venditae*, o qual pressuporia unicamente os danos derivados de eventos naturais.

elementos, como, por exemplo, as características específicas de cada *merx*, a efetivação ou não da *traditio*, o tipo de poder sobre ela, e assim por diante.

Diante de tal premissa, convém, em qualquer tentativa de reconstrução histórico-jurídica do problema concernente ao *periculum rei venditae* no Direito Romano, partir-se de um *quadro geral* dos principais fragmentos tradicionalmente citados nesta matéria, buscando separar os *elementos e dados de fato* mais significativos de cada *fattispecie*, bem como as diversas *rationes decidendi* nelas presentes.

Ei-lo:

TEXTO	JURISTA	"MERX"	"TRAD."	"VIS"	RESPONS.	"RATIO DECIDENDI"
C.4,48,1	ano223	?	Não	?	Compr.	Pr.Geral/Évic.
C.4,48,2	ano223	Vinho	Não	Deter.	Vend.	Trad./Imperf.
"	"	Vinho	Sim	Deter.	Compr.	Trad./Não Medição
C.4,48,4	ano239	?	Não	?	Compr.	Pr.Geral
C.4,48,6	ano294	Escravo	Não	(Doen.)?	Compr.	(Pr.Geral)
D.12,4,16	Cels.	Escravo	(Não)	?	(Compr.)	(Pr.Geral)
D.18,1,34,6	Paul.	Escravo	(Não)	?	Compr.	Pr.Geral
D.19,1,31pr.	Ner.	?	Não	Roubo	Compr.	Não Resp.Custódia
D.19,5,20,1	Ulp.	Mulas	Sim	Roubo	Compr.	(Pr.Geral)/Perf.
D.21,2,9pr.	Paul.	Imóvel	?	Desapr.	Compr.	(Pr.Geral)/Évic.
D.23,3,14	Ulp.	?	Não	?	(Compr.)	Não Rest. Dote
D.23,3,15	Pomp.	?	Não	?	Compr.	Pr.Geral
D.18,1,35,4	Gaio	?	(Não)	Furto	Vend.	Resp.Custódia
D.18,1,35-7	Gaio	Vinho	(Não)	?	Vend.	Não Medição
D.18,1,62,2	Modest.	(Fungiv.)	Não	?	Compr.	Pr.Geral

D.18,5,5,1-2	Juli.	Escravo	Não	(Morte Nat.)?	Compr.	Pr.Geral
D.18,6,3	Paul.	?	(Não)	?	Vend.	Resp.Custódia
D.18,6,7pr.	Paul.	Imóvel	(Não)	Aluvião	Compr.	Pr.Geral
		Imóvel	(Não)	Inunda.	Compr.	Pr.Geral
D.18,6,8pr.	Pr.Oc.Pom.	?	(Não)	?	Compr.	Cond.ver.(Perf.)
"	Paul.	?	Sim	Deter.	Compr.	Trad./Cond.não ver.
D.18,6,11	Paul.	Imóvel	?	Aluvião	Compr.	Pr.Geral
D.18,6,12	Alfen.	Edifício	Não	Incênd.	(Compr.)	Não Culpa
D.18,6,15,1	Paul.	Madeira	Sim	Furto	Compr.	Tradição
	"	Madeira	Não	Furto	Vend.	Tradição
D.18,6,17	Javol.	Escravo	Sim	?	Compr.	Pr.Geral
D.43,24,11,12	Ulp.	Imóvel	Não	?	Compr.	Pr.Geral
D.46,3,39	Afric.	Dinh./"Merx"	Não	?	Compr	Mora/Perf.
D.47,2,14pr.	Ulp.	Não Imov.	Não	Furto	Compr.	Pr.Geral
Inst.3,23,3	Just.	Escravo	Não	?	Compr.	Pr.Geral
		Casa	Não	Incênd.	Compr.	Pr.Geral
"		Imóvel	Não	Enchente	Compr.	Pr.Geral
"		Imóvel	Não	Inunda.	Compr.	Pr.Geral
"		Imóvel	Não	Ciclone	Compr.	Pr.Geral
Inst.3,23,3a		Escravo	Não	Fuga	Vend.	Resp.Cust.expressa
	"	Escravo	Não	Furto	Vend.	Resp.Cust.expressa
"		Animais	Não	Fug.-Furt.	Vend.	Resp.Cust.expressa
"	"	"Coisas"	Não	Fug.-Furt.	Vend.	Resp.Cust.expressa
"	"	Imóvel	Não	Aluvião	Compr.	Pr.Geral
Fr.Vat.16pr.	Papin.	Vinho	?	Deter.	Compr.	(Pr.Geral)

Com base neste quadro, pode-se procurar traçar um certo número possível de variedades de soluções aparentemente apresentadas, reagrupando-as de acordo com os elementos de fato e o tipo de problema tratado – compra e venda condicional, compra e venda sujeita à contagem, pesagem ou medição, compra e venda de vinho, de escravo etc. –, estudando-as separadamente.

Neste sentido, em tema de *periculum rei venditae*, um primeiro e importante grupo é constituído, em nossa opinião, por aquelas *fattispecie* em que o princípio da *traditio* – ou seja, como já se disse, a chamada “solução germânica” adotada também pelo nosso Código Civil – exerce, direta ou indiretamente, um papel determinante.

Dentre as *fattispecie* deste primeiro importante grupo podemos elencar, como resultado de uma primeira fase de nossos estudos<sup>62</sup>, D. 23, 3, 14 de Ulpiano (34 *ad ed.*) e D. 23, 3, 15 de Pompônio (14 *ad Sab.*), nos quais a atribuição do *periculum* no chamado *dos aestimata* – figura especial de constituição de dote, equiparada à *emptio venditio* na Compilação de Justiniano – recai sobre a pessoa do marido-comprador apenas a partir da realização da efetiva *traditio*.

Passo seguinte deve ser o estudo de dois conhecidos textos de Paulo – 3 *Alf. dig.*, D. 18, 6, 13 e 15 pr.1 –, concernentes, respectivamente, aos famosos casos dos *lecti empti* destruídos pelo Edil e da *materia empti* furtada.

São Paulo, julho de 2001.

---

62. Cf. “*Periculum rei venditae*” e “*Periculum dotis aestimatae*” in *Revista de Processo* 93 (1999), pp. 125-150.





## ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE TERCEIRO NO DIREITO ROMANO\*

*Dárcio Roberto Martins Rodrigues*

Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Em diversas situações uma pessoa é considerada responsável por danos causados por um terceiro. Os juristas romanos, como era seu hábito, não desenvolveram uma doutrina geral acerca de tal responsabilidade vicária, a qual eles apenas tratavam caso a caso. Por consequência, em vez de um tratamento geral e sistemático da matéria, eles antes conceberam várias soluções diferentes, cada uma aplicável unicamente a situações muito específicas, quer no campo dos contratos, quer no dos atos ilícitos (e.g. *receptum*, *actiones adiecticiae qualitatis*, *actiones noxales*, *quasi-delicta*, etc.). Casos há, todavia, que não se podem subsumir em nenhuma dessas soluções específicas, por exemplo se um empregado livre e independente, em vez de um escravo ou membro da família, causasse dano à outra parte em um contrato avençado pelo empregador. O presente ensaio apresenta um estudo exegético de diversos casos assim, em uma tentativa de compreender as tendências da jurisprudência romana nesse tocante.

### Abstract:

In a number of situations a person is held liable for harm brought about by another. Roman jurists, as usual, did not develop a general doctrine on such vicarious liability, which they only dealt with on a case-by-case basis. Accordingly, instead of a general and systematic treatment of the matter they rather devised several diverse solutions, each one applicable only to very specific situations, either in the field of contract or of torts (e.g. *receptum*, *actiones*

---

\* O presente ensaio é uma breve sinopse de minha tese de doutorado, na qual estas idéias são desenvolvidas amplamente em um trabalho exegético mais aprofundado e com completa indicação bibliográfica. Meus agradecimentos ao estimado Prof. Andreas Wacke e ao *Institut für römisches Recht der Universität zu Köln* (Alemanha), onde foi desenvolvida a maior parte da pesquisa para esta obra.

*adiecticiae qualitatis, actiones noxales, the quasi-delicta, etc.*). There are cases, however, which cannot be subsumed into any of those specific, ready-made solutions, for instance if a free and independent employee, instead of a slave or member of the family, should cause harm to the other part in a contract entered into by the employer. This essay, which is but a brief synopsis of a much more detailed dissertation of doctorate, presents an exegetic study of several such cases, in an attempt to understand the tendencies of Roman jurisprudence in that respect.

**Unitermos:** Responsabilidade, contrato, terceiro, romano.

## I. Exposição do Problema

No âmbito do Direito Privado, entendemos por responsabilidade a sujeição patrimonial do devedor ao credor para a satisfação de um crédito.<sup>1</sup> Como regra, toca a cada um a responsabilidade civil pelos seus próprios atos, quer na esfera contratual, quer na delitual. Casos há, entretanto, em que o Direito atribui a uma pessoa o dever de responder por atos praticados por uma outra. Dado que tais casos refogem à regra geral, cumpre delimitar com exatidão os critérios de determinação e a abrangência dessa responsabilidade vicária.

No Direito Romano todavia não encontramos, como já é habitual, uma solução geral e uniforme, com critérios fixos e determinados, para fazer face ao

---

1. Cf. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, Deichert, 2 ed., 1879, v. 2, § 207, p. 2: "Haftung nennen wir die Thatsache, daß etwas, eine Person oder Sache, jemandem (Gläubiger) zur Satisfaction für etwas zu dienen bestimmt ist". Deve-se a Brinz a diferenciação entre os conceitos de *Schuld* (ou debitum) e *Haftung* (ou obligatio), sendo aquela o dever jurídico de cumprir uma prestação e esta a sujeição do devedor à invasão do seu patrimônio ("das Unterworfensein unter die Zugriffsgewalt", cf. KASER, *Lehrb. [=Römisches Privatrecht – Ein Studienbuch*, 16 ed., München, Beck, 1992]. 32 II 5, p. 153) por parte do credor (sobre o assunto ver também de Brinz, *Der Begriff obligatio*, in *Zeitschrift für das privat und öffentliche Recht der Gegenwart [Grünhüts Zeitschrift]*, v. 1 (1874), pp. 11-40). A doutrina atual considera *debitum* e *obligatio* termos técnicos sinônimos, como tais empregados nas fontes romanas (cf. Kunkel/Honsell, *Römisches Recht*, Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 4 ed., 1987, § 87, p. 213; e nt. 6, com indicações bibliográficas bastante completas sobre este ponto). Pensamos, porém, com VOCI (*Le obbligazioni romane*, Milano, Giuffrè, 1969, p.26) que, conquanto não corresponda ao pensamento romano, a distinção ainda é proveitosa, já não como tentativa de definir a estrutura da relação obrigacional romana na realidade da sua evolução histórica, mas apenas como esquema classificatório útil para a compreensão dos vários aspectos e fases da relação obrigacional. A questão toda é, no entanto, de somenos relevância para as finalidades deste nosso estudo, e, no que presentemente interessa, basta-nos a definição que adotamos acima.

problema. As fontes nos oferecem, é verdade, uma grande variedade de situações em que se caracterizam de modo inequívoco casos de responsabilidade civil por fato de terceiros, mas um tratamento sistemático do assunto não foi jamais tentado pelos juristas romanos. Como era bem de sua índole, apresentavam as soluções para tais situações de maneira casuística, sem a preocupação de erigi-las em doutrina. Assoma ainda o fato de que, em meio à congêrie de decisões díspares que se podem respigar nos textos das fontes, algumas se referem a institutos antigos do *ius civile*, enquanto outras foram trazidas por ações pretorianas bem específicas, e não é simples o trabalho do estudioso que procure delas depreender os princípios maiores que norteavam a *iurisprudencia* romana nessa matéria.

Tentando organizar esses casos em um esquema global mais compreensível – e apenas com finalidades heurísticas, sem pretender afirmar que um semelhante esquema corresponda de fato a uma noção consciente dos jurisconsultos romanos – poderíamos, em um primeiro momento, adotar como *summa divisio* a classificação entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual, ou seja, conforme ela se origine ou não de uma relação contratual entre o lesado e a pessoa a quem incumbe responder pelo dano provocado por outrem.

No campo extracontratual, o caso típico no direito romano é o da responsabilidade do *paterfamilias* pelos delitos privados cometidos por pessoas sob a sua *potestas*. Em tal hipótese encontrava aplicação o princípio da chamada responsabilidade noxal, resultante das *actiones noxales* propostas contra o detentor da *potestas* sobre aquele que foi o autor do delito. No contexto de que ora tratamos, entretanto, a responsabilidade noxal representa um caso à parte. É um instituto singular, com princípios e regras que lhe são próprios, os quais têm sido exaustivamente estudados pela doutrina romanística.

Ainda no campo *extracontratual* temos a figura dos quase-delitos *positum et suspensum* e *effusum et deiectum*. A responsabilidade era sempre atribuída ao *habitor*, ao chefe da casa, independentemente de quem tivesse sido o causador do fato – o que significa que ele respondia também pelo fato de terceiros. Trata-se aqui, porém, de ações honorárias *in factum*, muito específicas, e pouco se prestam ao resultado pretendido neste nosso estudo, de caráter mais amplo. Não é possível delas inferir princípios que se possam estender de modo generalizado para outros casos, de obrigações originárias de outros fatos geradores.

Passando para a esfera *contratual*, há que se fazer antes de tudo uma distinção entre a responsabilidade do *paterfamilias* em razão de negócios celebrados

por pessoas submetidas à sua *potestas* e aquela resultante de contratos por ele pessoalmente celebrados, mas dos quais resultaram danos à outra parte contratante, imputáveis a pessoas submetidas à sua esfera de controle. A primeira hipótese – negócios celebrados por escravos ou *fili familias* – nos conduziria ao exame das chamadas *actiones adiecticiae qualitatis*, as quais, porém, não constituem chamadas *actiones adiecticiae qualitatis*, as quais, porém, não constituem propriamente um caso de responsabilidade civil por fato de terceiro no sentido que aqui nos interessa, mas antes uma forma embrionária de representação direta do *paterfamilias* pelas pessoas submetidas ao seu poder.<sup>2</sup>

Mais interessante para nós é o segundo caso mencionado; nele, o escravo ou *alieni iuris* não é parte no negócio, mas é o causador do prejuízo para a outra parte contratante. Em muitos casos, o agente causador do dano é empregado pelo *paterfamilias* como auxiliar para o cumprimento da prestação, resultando o dano da conduta negligente ou dolosa desse auxiliar.<sup>3</sup> Outras vezes o terceiro não está diretamente envolvido no cumprimento da prestação, mas, atuando cotidianamente na esfera de influência do contratante, pode vir a danificar bens pertencentes à outra parte no negócio.<sup>4</sup> Isso sói acontecer amiúde sobretudo nos contratos em que uma das partes recebe sob sua guarda uma coisa pertencente à outra, tais como nos contratos reais (penhor, comodato, depósito) e também na locação.

Tampouco aqui se encontra nas fontes um tratamento uniforme do problema. Temos, por um lado, e especificamente para os contratos de hotelaria e transporte, a figura do *receptum*, que é também um caso particularíssimo, porquanto resulta não de um contrato formal do *ius civile*, mas de um acordo ou *pactum* especial tutelado por uma *actio in factum* (usualmente chamado, em linguagem não-técnica, de *pactum praetorium*).<sup>5</sup>

Excluída a situação especial do *receptum*, temos de resto as normas gerais

2. Sob esse ponto de vista, ver Wacke, *Die adjektivischen Klagen im Überblick - Von der Reedeer- und Betriebsklage zur direkten Stellvertretung*, SZ [=Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte] 111 (1994), pp. 280-362.

3. A doutrina alemã, com sua habitual precisão, designa tal sorte de preposto com o termo específico *Erfüllungsgehilfe*, cf. § 278 do BGB.

4. Consoante o que a doutrina alemã denomina *Verrichtungsgehilfe*, cf. § 831 BGB.

5. Um estudo mais detalhado do instituto do *receptum* no âmbito da responsabilidade por fato de terceiro será objeto de um capítulo especial de nossa tese de livre-docência, atualmente em fase de conclusão.

da responsabilidade contratual. Também a esse respeito muitas questões delicadas se nos deparam. Em primeiro lugar, é mister indagar, no que tange às fontes romanas, em que medida os diversos fragmentos que respeitam ao nosso tema realmente apontam para uma responsabilidade civil por fato de terceiro propriamente dita, ou para um simples dever geral de garantia imposto ao devedor perante o credor, em cujo contexto o fato de terceiro figuraria apenas como um *casus minor*, um caso fortuito, pelo qual o devedor deve responder. Essa indagação é relevante, sobretudo, no terreno da chamada responsabilidade por *custodia*, sobre cuja natureza e extensão ainda muito se contende.<sup>6</sup> É o caso, por exemplo, do proprietário de uma lavanderia (*fullo*): sabemos pelas fontes que ele responde pelos danos causados pelos seus auxiliares, mas não se deve perder de vista que ele respondia, da mesma forma, até mesmo pela ação de roedores que esburacassem as vestimentas entregues aos seus serviços.<sup>7</sup> Vê-se, pois, que, ao menos nesse caso específico, não se trata de verdadeira responsabilidade por fato de terceiro, mas antes um dever de garantia ou uma certa assunção do *periculum*, isto é, dos riscos da coisa entregue à sua guarda.

De outra parte, cabe ainda questionar de que modo se fundamentava essa responsabilidade por fato de terceiro, quando realmente a havia. Seria ela caracterizada como um dever incondicional de responder pela conduta alheia, independentemente de culpa própria do responsável (nos moldes, por exemplo, do § 278 do BGB alemão)? Em muitas passagens das fontes localizam-se expressões que, ao contrário, parecem fundamentá-la na conduta pessoal do devedor, que teria sido descuidado na seleção das pessoas às quais cometeu a execução de uma tarefa. Dizem então os jurisconsultos romanos que ele é responsável “*quod imprudenter eum elegerit*” (Paul. *lib. 9 ad ed. D.3,5,20,3*), “*si minus idoneis hominibus eam commisit*” (Paul. *lib. 21 ad ed. D. 6,1,16,1*), ou “*si neglegens in eligendis ministeriis fuit*” (Ulp. *lib. 18 ad ed. D.9,2,27,9*), ou ainda outras expressões do mesmo teor. Isso conduziu a doutrina romanística a formular a teoria da *culpa in eligendo* (expressão que, contudo, não aparece como *terminus technicus* nas fontes), que em última análise nada mais seria do que uma modalidade de responsabilidade por fato próprio.

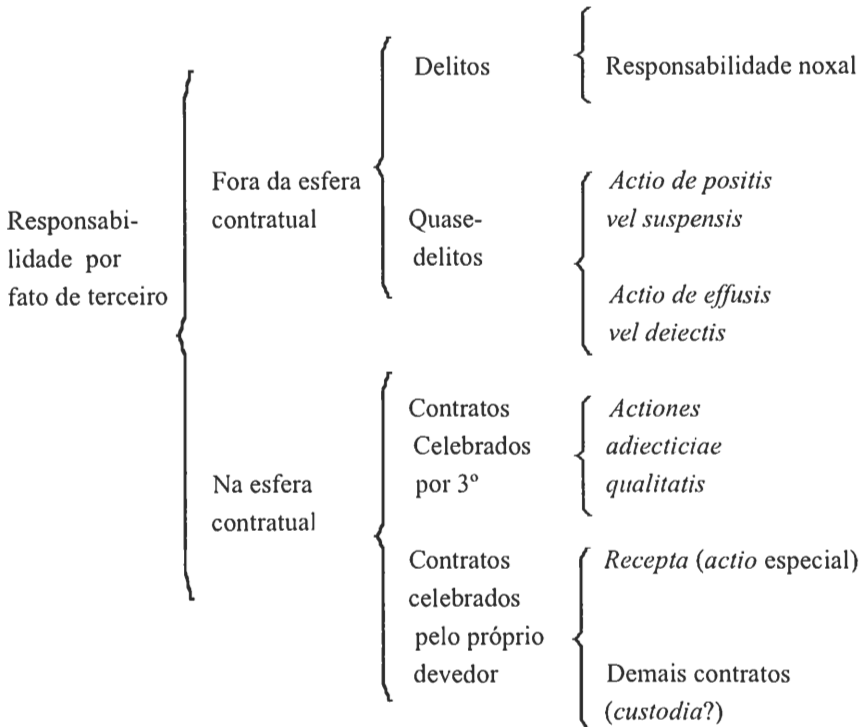
---

6. Sem pretensão alguma de solucionar tais questões ou inovar as pesquisas nesse campo tão espinhoso, tentamos não obstante discorrer mais longamente sobre o problema da custódia e sua inserção no contexto ora discutido, mas faremos isso em um outro capítulo especial de nossa tese de livre-docência, a ser concluída brevemente.

7. Ulp. D.19.2.13.6: “*Si fullo vestimenta polienda acciperit, eaque mures roserint, ex locato tenetur (...)*”.

A questão é que a textualidade desses fragmentos das fontes não deixa claro se essa *culpa in eligendo* era realmente o fundamento jurídico do dever de responder, ou se mera justificativa moral ou teórica para o reconhecimento jurídico desse dever. Em outros termos: era a culpa do comitente um verdadeiro pressuposto da responsabilidade (e em tal caso se lhe abriria a possibilidade de exculpação, bastando-lhe demonstrar não ter havido desídia de sua parte na escolha de seus ajudantes), ou apenas uma conclusão inelutável, decorrente da simples ocorrência da falta cometida pelo subordinado (e então poderíamos falar de uma culpa fictícia, ou, antes, presumida *iuris et de iure*)?

Em vista do que até aqui expusemos, é possível esboçar o seguinte esquema, apto a sumariar com maior clareza a ordem das idéias que vimos expondo:



Delimitado, porém esse campo de estudo, antoja-se-nos a seguir outra inelutável questão, que nos leva a considerar o problema sob outro ponto de vista.

Quando falamos em responsabilidade civil por fato de terceiros, há que se perguntar antes de mais nada que terceiros são esses, e qual a relação jurídica que pode existir entre eles e aquele a quem incumbe responder juridicamente pelos seus atos. Sabemos com certeza que, em dadas circunstâncias, responde o *paterfamilias* por seus escravos e *alieni iuris*. Mas as fontes nos dão testemunho de que ele podia responder também por pessoas livres que estivessem de algum modo submetidas à sua esfera de influência. Um desses casos, por exemplo, é o do escravo aparente (*homo liber bona fide serviens*), pessoa livre que, sendo desconhecida essa sua condição, é reduzido a uma situação servil de fato. É um caso de relativamente pequeno interesse no contexto que estudamos, uma vez que sua situação é em tudo análoga à dos escravos.

Não era impossível, contudo – e as fontes parecem indicá-lo, como veremos – que uma pessoa pudesse ser responsável também pelos atos de trabalhadores livres contratados ao seu serviço. Embora a mão-de-obra escrava representasse a mais importante força de trabalho na Roma antiga, não escasseavam os trabalhadores livres, os quais se submetiam à autoridade do empregador, por vezes lhe devendo uma obediência que, se não pode ser comparada à de um *filius familias* ou escravo, tampouco era menos considerável.<sup>8</sup> De outro lado havia ainda aqueles que atuavam a mando de outrem e no interesse deste, porém de maneira autônoma e com maior liberdade de ação (como o mandatário e o *negotiorum gestor*), e cumpre investigar em que medida o mandante ou *dominus negotii* responsabilizava-se por seus atos.<sup>9</sup>

Configura-se destarte um segundo modo de organizar a nossa pesquisa, ou seja, não só de acordo com a relação jurídica entre o credor e o devedor, mas também conforme a relação entre este e o terceiro por cujos atos ele se torna civilmente responsável. E, por conseguinte, podemos elaborar um segundo esquema, conforme o que se vê a seguir:

---

8. A esse propósito ver De Robertis, *I Rapporti di Lavoro nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 130 ss.

9. Excluímos os casos de responsabilidades por atos de tutor ou curador, dado que a situação destes é especial, decorrente de institutos de direito de família, que em nada se relacionam com o nosso objeto de estudo. Ademais, tais pessoas como o tutor e o curador eram propriamente representantes legais do tutelado ou curatelado, condição que os aproxima dos casos das ações *adiecticiae qualitatis*, que como visto acima excluímos do nosso objeto de análise pela mesma razão. Acerca da responsabilidade por atos do tutor, merece ser consultado, todavia, Knütel, *Dolus tutoris pupillus non nocet*, in *Iuris Professio Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien/Köln/Graz, Böhlau, 1986, pp. 101-126.



Poderíamos, finalmente - como fez Brinz em sua penetrante e ainda atual exposição da matéria<sup>10</sup> - distinguir, para todos esses casos, as pessoas que o devedor emprega como meros auxiliares no cumprimento da obrigação daquelas a quem ele indevidamente confiou a execução de uma tarefa que a ele caberia pessoalmente, e também daquelas outras que, embora não tenham participado do cumprimento da prestação, encontravam-se na esfera de influência do devedor, a quem portanto incumbia o dever de vigiá-los.<sup>11</sup>

Examinando de modo conjunto os dois esquemas classificatórios que apresentamos acima, e procurando relacioná-los um com o outro, podemos chegar a uma visão bem abrangente de nossa problemática e já discernir aqueles tópicos que demandam uma atenção especial. De fato, conforme vimos, para cada um dos casos figurados no nosso segundo esquema a casuística romana apresenta diversas soluções singulares, representadas no nosso primeiro esquema. Assim, por exemplo, para os atos praticados por *filii familias* a *iurisprudencia* romana concebeu o instituto da noxalidade no caso de responsabilidade delitual e o *ius honorum* forneceu as *actiones adiecticiae qualitatis* no de responsabilidade contratual. O mesmo se poderia dizer com relação aos escravos, e assim por diante.

Desperta-nos a atenção, no entanto, que à última categoria listada em

---

10. *Pandekten*, II, § 270.

11. Um interessante e didático esquema gráfico explicativo de todas essas hipóteses nos é oferecido por FÖLDI (*Sulla responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, in *Publicationes Universitatis Rerum Polytechnicarum Miskolciensis - Series Juridica et Politica*, Miskolc (Hungria), 1988, tomo III/a, fascículo 4, p. 140.



nosso segundo esquema (precisamente a dos homens livres e *sui iuris*, representados no esquema sob a rubrica “*conductores operis*, mandatários, gestores e outros prepostos”) não conseguimos relacionar nenhuma alternativa no primeiro esquema. E de fato, não sendo esses prepostos pessoas submetidas à *potestas* do *paterfamilias*, não se aplicaria no caso nem as ações adjetivas, nem as noxais. As únicas hipóteses em que se configuraria uma possível responsabilidade por fato desses terceiros seria nos casos especialíssimos dos *recepta* ou dos quase-delitos (*positum et suspensum, effusum et deiectum*), que pelo seu caráter excepcional não podem de modo algum servir de base para uma apreciação sistemática do problema.<sup>12</sup>

Assim sendo, é nosso parecer que o ponto crucial de qualquer estudo sobre a responsabilidade civil por fato de terceiros no direito romano está precisamente na questão de como os fatos desses prepostos livres e *sui iuris* eram tratados pela *iurisprudencia*, excluídas as mencionadas hipóteses de *recepta* ou *quasi delicta*. Apreciando-a em cotejo com os demais casos já organizados em nossa esquematização poderemos, finalmente, ter uma visão de conjunto do problema e, quiçá, intentar a uma sistematização, se ela for possível.

## II. Princípios Fundamentais

Precedendo qualquer outra consideração, faz-se mister dar tento ao fato de que, subjacente à questão da responsabilidade por fato de terceiro, no Direito Romano encontra-se um radical conflito de princípios. O primeiro princípio envolvido é o da responsabilidade estritamente pessoal pelas obrigações no direito romano. De fato, os juristas romanos viam a *obligatio* como um vínculo estritamente pessoal entre credor e devedor, entre as duas partes envolvidas em uma relação jurídica (no caso das obrigações negociais) ou situação fática (no caso das delituais) das quais esse vínculo se origina. A obrigação “*ossibus inhaeret*”, diz-se, e o reflexo desse princípio no terreno da responsabilidade está na noção de que cada indivíduo é responsável pelos seus próprios atos, devendo sempre assumir as conseqüências jurídicas de suas ações pessoais - e somente elas, não, porém, as de outrem.

---

12. Discordamos portanto de Serrao, *Responsabilità per fatto altrui in diritto romano*, in BIDR 66 (1963), pp. 19-34, apesar de respeitarmos as suas agudas observações sobre a importância do *ius honorarium* na ampliação da esfera de abrangência desses institutos, os quais certamente têm uma importância não diminuta no panorama geral da responsabilidade por terceiros no direito romano. Insistimos, porém, na excepcionalidade dos referidos institutos, que representam um compartimento estanque e isolado, e não são adequados para explicar a gama maior de situações que a responsabilidade civil (em particular a contratual) nos antoja. Não deverá ser essa, portanto, a linha das nossas investigações sobre o assunto. Nesse particular compartilhamos o sentir de Knütel, SZ 100 (1983), p. 358.

Como norma geral, essa regra se aplica também hoje entre nós, como fundamento genérico ou primário da responsabilidade, embora não como um pético mandamento absoluto e universal. Entre os romanos, porém, dada a forma como compreendiam as relações obrigacionais, era considerada com um rigor muito maior, posto que visceralmente ligada à própria natureza jurídica do liame obrigacional. Sinal disso é a idéia romana de que todos os bens que viessem a ser adquiridos, por exemplo, por escravos ou *alieni iuris* passavam a integrar o patrimônio do *paterfamilias* (haja vista a que aqueles careciam por completo de capacidade patrimonial) mas não assim – ou ao menos não necessariamente ou de modo irrestrito – os débitos por eles contraídos. Do mesmo princípio decorre também a relutância do jurista romano (ao menos no direito clássico) em admitir uma verdadeira transmissão das obrigações ou a representação direta nos negócios jurídicos. O princípio da responsabilidade estritamente pessoal é tão geral que findou por cristalizar-se em uma *regula iuris*: “*non debet nocere factum alterius*”<sup>13</sup>

Mas, como se verifica tão freqüentemente no pensar jurídico romano, esse princípio contrasta e se choca com outros não menos relevantes e reiteradamente afirmados pelos jurisconsultos. Como sói acontecer em tais casos, o resultado desse choque é uma fusão e um abrandamento recíproco de ambas as tendências. À questão da responsabilidade por fato de terceiro subjaz o conflito entre duas normas ou princípios opostos: por um lado, o já citado: “*non debet nocere factum alterius*”; de outro, a noção de que quem recebe as vantagens ou benefícios de uma situação deve correspondentemente sofrer também as perdas que essa mesma situação originar. E do mesmo modo que o primeiro, também esse outro princípio foi consubstanciado em uma máxima ou brocardo: “*cuius est commodum, eius debet esse onus*”<sup>14</sup> Assim,

---

13. A regra é citada por Ulpiano em D. 39.1.55 em uma formulação muito próxima à que mencionamos: “*neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit*”. Aparece, porém, sob formas diversas mas com o mesmo conteúdo essencial, em muitas outras passagens das fontes, e em variados contextos; a exemplo de: D. 8.8.61 Celsus V dig. “*Nec me fallit alieno facto ius alterius immutatum iri (...)*”; D. 44.4.11.pr Neratius IV membran. “*Neque alienus dolus nocere alteri debet*”. Para uma apreciação desses fragmentos na perspectiva da *regula* que ora estudamos, ver Knütel, SZ 100 (1983), pp. 359 ss..

14. A *regula iuris* aparece em D. 50.17.10 Paul. III ad Sab. “*Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda*”. Em diversos outros fragmentos expressa-se idéia semelhante: D. 17.2.55 Ulp. XXX ad Sab. “*Aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum*”. Até mesmo o *munus* (do tutor legítimo) de exercer a tutela era explicado por Justiniano com base nesse princípio: Inst. 1,17 “*Ubi successionis et emolumentum, ibi et tutelae onus esse debet*” Raciocinando *contraria ratione*, a aquisição de propriedade por acessão após a compra do objeto principal e antes do ato translativo de propriedade era atribuída ao comprador, como contrapartida por lhe tocarem os riscos da coisa: Inst. 3,23,3 “*nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est*”. A regra foi recebida pelo direito canônico: “*Qui sentit onus, sentire debet commodum, et contra*” (Bonifácio VIII, Liber VI, 5,13,55);

prossequindo com o exemplo dado no parágrafo anterior, não pareceu bem ao senso ético romano que o *paterfamilias*, lucrando pela atividade de seus subordinados, não respondesse pelos débitos por eles contraídos. Desse princípio se originaram os já citados institutos da noxalidade e das *actiones adiecticiae qualitatis*.

No campo que nos interessa – a responsabilidade contratual por fato de terceiro – o antagonismo entre os dois princípios é meridianamente patente. A questão agora é considerar em que medida e de que forma terá ocorrido, na casuística trazida pelas fontes, uma integração entre os dois princípios. Nesse particular, o primeiro texto que certamente chama a atenção do estudioso da matéria é uma taxativa negação de Juliano:

D. 13,6,19 *Iulianus I dig.*

*Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?*

TRADUÇÃO NOSSA:

Está fora de dúvida que àqueles que (em razão de uma locação de serviços) tomam algo sob sua guarda, ou o recebem para usar, não toca o dano ilicitamente causado por outrem: pois com que diligência podemos conseguir que alguém não nos cause dano ilicitamente?

Trata-se, à primeira vista, de um radical repúdio à responsabilidade por fato de terceiros, ao menos no que respeita à *locatio conductio* e ao comodato. O sentido pretendido por Juliano mostra-se claro: é certamente dever do *conductor* ou comodatário usar de toda diligência para evitar acidentes que possam causar danos à coisa a ele confiada. Mas a Juliano parece evidente que nem com toda a diligência se pode evitar que outros - por descuido ou mesmo dolosamente - provoquem esse dano. É certamente, à primeira vista, um pensamento um tanto simplista do grande Juliano, que destarte poria ponto de modo peremptório à discussão sobre o tema que ora investigamos.

É porém, necessário, estudar o texto de Juliano em conforto com a seguinte passagem paralela de Ulpiano:

---

“*Ad quem spectat onus, et emolumentum*” (Damasus, *Regulae Canonicae*, 75). No Direito moderno, comparar, por exemplo, com o § 905 do BGB alemão. Trata-se de uma idéia tão elementar de equilíbrio e justiça, que se reflete até mesmo nos antigos adágios da sabedoria popular, tais como “quem colhe as rosas deve colher também os espinhos”, ou “quem come a carne deve também roer os ossos”

D.19,2,41 *Ulpianus V ad ed.*  
*Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? Sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.*

#### TRADUÇÃO NOSSA:

Mas diz Juliano que contra ele não se pode propor ação acerca de um dano causado ilicitamente por um outro: pois com que cuidado poderia conseguir-se que um dano não possa ser causado ilicitamente por outrem? Marcelo, entretanto, diz que se pode (propor a ação), ou se fora possível zelar para que o dano não fosse causado, ou se o próprio guardador da coisa causou o dano; tal opinião de Marcelo deve ser aprovada.

Aparentemente, Juliano se mostra mais inflexível, recusando-se categoricamente a atribuir responsabilidade ao locador de serviços ou comodatário, ao passo que Marcelo adota uma visão menos estreita, divisando hipóteses em contrário, raciocinando de maneira mais aberta. O fragmento mantém coerência com as opiniões de Juliano, que em D. 9,2,11,9 nega ao comodatário a legitimação ativa para a *actio legis Aquilia*; a correlação entre essa legitimação e a responsabilidade por *custodia* aparece distintamente em Gai 3,205 e é aceita pela unanimidade dos estudiosos da matéria. O problema é entender o motivo dessa divergência, Por Juliano exclui o *damnum iniuria datum* causado por terceiros – e apenas a esse caso se refere a discussão – da esfera de abrangência da responsabilidade e Marcelo não?

Parece-nos que Metro<sup>15</sup> elucida com penetrante visão o pensamento de Juliano: ao contrário do *damnum*, o *furtum* na concepção clássica era um delito que não implicava violência alguma do agente, e por isso poderia - em tese - ser sempre evitado por meio da devida vigilância, ou seja, a devida custódia (em sentido não técnico), que era o dever primordial de quem respondia pela *custodia* (em sentido técnico); já o dano, trazido por um ato de violência de terceiro, não poderia ser evitado apenas pelo vigilante zelo, por mais diligente que este fosse, e por isso não estaria incluído na *custodia*. Albanese chega a dizer que esse argumento de Juliano é absurdo, que não faz sentido na lógica do direito clássico.<sup>16</sup> Em verdade nada tem de absurdo o argumento de Juliano,

15. *L'obbligazione di custodire*, Milano, 1966, p. 120.

16. Albanese, *Studi sulla lex Aquilia*, in *Annali Palermo* v. 21, 1950, p. 293; e do mesmo autor, "D.13.6.19 e D.19.2.41 nel quadro dei problemi della 'custodia'", in *St. in Onore di Giuseppe Grosso*,

que é adotado igualmente por Nerácio em D. 19.1.31.3 com relação à *rapina* (delito praticado com violência): “...*quia custodia adversus vim parum profecit*”

Em contrapartida Marcelo, discordando de Juliano, opina que é possível responsabilizar judicialmente o prestador de serviços ou comodatário (certamente o “*posse*” de Marcelo corresponde ao “*cum eo agi non posse*” de Juliano), e aduz para corroborar sua idéia duas hipóteses em que se verifica essa possibilidade: se tivesse sido possível vigiar para que o dano não ocorresse, ou se o causador do dano fosse o próprio guardião da coisa danificada.

O que diferenciaria então, para Marcelo, esses dois suportes fáticos um do outro, ou seja, aquele no qual o obrigado responde pelo dano daquele em que não responde? Quando ele afirma que o obrigado é responsável se podia vigiar para que o dano não ocorresse, subentende-se naturalmente que, se o dano ocorreu, é porque o mesmo foi omissivo no seu dever de bem custodiar a coisa. Inegavelmente, essa argumentação traz à idéia a noção de culpa do devedor, isto é, de uma conduta negligente e portanto subjetivamente culposa de sua parte. A aceitar essa interpretação, chegaremos à conclusão de que, para Marcelo, o prestador de serviços e o comodatário respondem por culpa própria no caso de dano trazido por terceiros.

Muitos autores tendem a aceitar essa admissão de um elemento subjetivo na responsabilidade por dano.<sup>17</sup> Assim entendida a questão, a diferença entre Marcelo e Juliano estaria no fato de que este último pensaria apenas no caso mais geral em que

---

1968, p.84.. Essa tem sido a opinião de muitos autores no passado: Haymann, SZ 40 (1919), p. 195 afirma - na verdade exclama admirado - que uma tal pergunta retórica não poderia provir do clássico Juliano, e na p. 197 refere-se a ela como “*unerträgliche rhetorische Frage*”. E já Baron, in *Arch. für die zivil. Praxis* 78 (1892), considerava o argumento tão errôneo, que se não viesse do grande Juliano nem seria digno de atenção : “*Wir tun das nur Julians halber*” (p. 250).

17. Por exemplo Mac Cormack in SZ 89 (1972), p. 172; PASTORE, *Commodato, Contratto, Responsabilità*, Milano, 1986, p.364, para quem o *sive custodiri potest* implica “necessariamente” uma responsabilidade subjetiva. Arangio-Ruiz (*Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano*, Napoli, Jovenc, 2 ed. 1958, p. 168) admite que o caráter estritamente objetivo da responsabilidade por custódia foi rompido com essas ponderações acerca da evitabilidade do dano; De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari, Cacucci, 1983, v. 2, p. 667 nt.103 crê que a primeira hipótese de Marcelo seja caso de concorrência de culpa do obrigado, mas é bem verdade que este autor se ocupa apenas com o direito justinianeu, e por isso, provavelmente, adotou essa linha exegetica sem se preocupar com a hipótese de uma *duplex interpretatio*. Não deve haver dúvida de que no sistema do *Corpus Iuris* os pós-clássicos entendessem o texto de tal forma, sempre apegados ao princípio da culpa. De resto, a pandectística e os autores do século passado, que aceitavam o direito da compilação tal como fora recebido, sem se preocupar com uma crítica histórico-dogmática, não hesitavam em apontar a culpa do comodatário que *custodire potuit* como a chave da objeção de Marcelo a Juliano (cf. c.g. Windschid, *Pandekten II*, § 401, p. 747, nt. 5; Hassc, *Die Culpa des römischen Rechts*, Bonn, A. Marcus, 1838 [reimpr. Aalen, Scientia Verlag, 1963], pp. 407-409).

o obrigado não tivesse culpa, enquanto o primeiro, com maior precisão e rigor, lembrou que em alguns casos poderia haver culpa concorrente do próprio obrigado.

Essa interpretação, no entanto, apresenta dificuldades. A idéia hoje mais aceita pela doutrina romanística é que, no direito clássico, a *custodia* era compreendida como uma responsabilidade objetiva do devedor, no sentido de que a sua responsabilidade decorria apenas da circunstância objetiva da ocorrência de dano que não fosse causado por *vis maior*, sem levar em consideração a conduta culposa ou não do devedor, a quem não se facultava a possibilidade de exculpação ainda que provada a ausência de culpa sua.<sup>18</sup> Diante disso, não se entende que Juliano e Marcelo adotariam um critério subjetivo de responsabilidade, baseado na culpa do obrigado. Mais ainda: se a culpa não era considerada nos demais casos, como os de furto, por que iria Marcelo abrir exceção especialmente para os casos de dano?

Parece-nos que a melhor interpretação, que concilia de maneira plausível os dois fragmentos, é a proposta por Rastätter,<sup>19</sup> e já antes vislumbrada por Arangio-Ruiz.<sup>20</sup> Juliano provavelmente negava a responsabilidade do comodatário ou prestador de serviços baseado na já referida idéia de que a simples vigilância não é capaz de impedir o *damnum iniuria datum*, delito praticado por meio de *vis*. Esse raciocínio, como salienta Rastätter, é puramente formalista: certamente Juliano sabia que, se a questão for considerada casuisticamente, não será de todo impossível, em certos casos, evitar o dano; ocorre apenas que ele aqui não trabalha com a casuística, mas, fugindo dela (e quiçá fiel à idéia da objetividade da responsabilidade por *custodia*), faz essa abstração apenas formal.

Já Marcelo estende e amplia o pensamento de Juliano, mas sem contrariar o princípio da responsabilidade objetiva: ele considera que em muitos casos é possível com a devida vigilância evitar o dano. Com isso ele não está refutando as regras da *custodia*, nem transferindo a discussão do problema para o terreno da culpabilidade do obrigado. O seu raciocínio é igualmente formalista, e considera o problema sempre objetivamente: não é a conduta menos ou mais diligente do obrigado que irá determinar se o dano poderia ser evitado. O fator determinante são as características não só do

---

18. Gaio, por exemplo, assevera em D. 19.2.41 com relação ao locador de serviços: "*Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat*". O fato de o fragmento de Ulpiano seguir imediatamente a este no Digesto confirma que os compiladores entendiam a réplica de Marcelo como uma limitação da responsabilidade do *conductor* aos casos em que ele tivesse culpa própria.

19. *Marcelli notae ad Juliani digesta* (tese de doutorado, Freiburg, 1980), p.202.

20. *Responsabilità Contrattuale...* (cit. nt \h 17 *supra*), p. 168.

objeto quanto à sua adequação para ser protegido por meio de vigilância (como propõe Rastätter), mas também das próprias circunstâncias em que se deu o dano, se *vi* ou *clam*. O que Marcelo teria feito, portanto, foi apenas emendar Juliano, lembrando que em circunstâncias especiais e *objetivamente determináveis* (poderíamos conjeturar por exemplo a hipótese de que o autor do dano se tivesse aproximado *clam* - clandestinamente) o dano poderia ser evitado por uma estreita vigilância sobre a coisa. Resta ainda examinar a segunda hipótese de Marcelo (*sive ipse custos damnum dedit*). Mayer-Maly<sup>21</sup> não aceita o texto como genuíno, alegando que o *ipse custos* de Marcelo está em contradição com o *alius* de Juliano, pois se é o próprio *custos* o causador do dano, então não se trata de dano *ab alio dato*. Albanese<sup>22</sup> reafirma essa opinião, achando que essa hipótese fugiria ao tema em discussão. É surpreendente que os dois eminentes autores não tenham enxergado o óbvio nesse fragmento: que o *ipse custos* a que se refere Marcelo não era a própria pessoa do comodatário (ou prestador de serviços), mas um *terceiro* por ele encarregado de vigiar a coisa em seu lugar.

Com lucidez e clareza enxergaram o problema Cannata,<sup>23</sup> Rastätter<sup>24</sup> e Knütel.<sup>25</sup> É evidente que Marcelo não poderia ter perdido de vista o fato de que o ponto discutido era o dano causado por terceiro, não cometeria tamanha desatenção. Não pode restar dúvidas de que o *ipse custos* é um *alius*, uma pessoa encarregada pelo obrigado de zelar pela coisa guardada. O argumento de Albanese de que o pronome *ipse* indica - segundo ele "com clareza inequívoca" - que o causador do dano é o próprio comodatário ou *conductor* é de todo falto de fundamento. O *ipse* significa apenas que o causador do dano foi o próprio *custos*, o próprio guardião da coisa; que esse *custos* e o obrigado sejam a mesma pessoa é uma idéia que de forma alguma se pode inferir do texto.

Muito pertinente a conjetura de Cannata de que esse terceiro fosse uma pessoa livre contratada pelo devedor - já que um seu escravo dificilmente seria pensado por Marcelo como um *alius*. É, por outro lado, absolutamente irrelevante a objeção de Albanese (que considera "original" essa simplesmente natural conclusão) o qual, repetindo outro truismo, lembra que para os romanos o preposto não era considerado

---

21. *Locatio Conductio*, München, Herold, 1956, p. 205.

22. *Studi sulla lex Aquilia*, in *Annali Palermo* v. 21 (1950) p. 294.

23. *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 73.

24. *Marcelli notae...* (cit. nt. lh 19 *supra*), p. 204.

25. SZ (1983) 100, p. 411.

um “órgão” do preponente, e portanto não deveria haver diferença entre o dano causado por ele ou por outros *alii*, nem teria sentido a nota de Marcelo. Em lugar nenhum Marcelo indica que a responsabilidade decorre da idéia de que o preposto fosse um representante ou “órgão” do preposto, e não é possível imaginar de onde Albanese tirou essa idéia.

Concluimos portanto que, ao contrário do que poderia à primeira vista parecer, o comentário de Juliano em D. 13,6,19 não representa uma adesão incondicional à regra “*non debet nocere factum alterius*” Em verdade, a correta interpretação desse fragmento em conexão com o comentário de Marcelo transmitido por Ulpiano em D.19,2,41 nos confirma de maneira irretorquível que a regra não era aplicada de modo absoluto, nem representa ela por si só um empecilho ao desenvolvimento de uma doutrina da responsabilidade civil por fato de terceiro.

Há, ainda, um último aspecto relevante com relação a esses fragmentos, ao qual nos parece que não tem sido dada a devida relevância pela doutrina moderna. Concluimos que, no tocante à primeira hipótese de responsabilidade do obrigado apresentada por Marcelo (“*sive custodiri potuit*”), o critério de imputação era a inevitabilidade ou não (em princípio, provavelmente considerada *in abstracto*) do dano causado. Muito mais interessante, porém, para o nosso estudo, é a segunda hipótese (“*sive ipse custos damnum dedit*”). Trata-se aí não somente de uma inequívoca referência expressa a uma responsabilidade por fato de terceiro, como também resulta da literalidade da argumentação de Marcelo que o simples fato de o *custos* (um terceiro a quem o devedor delegou suas tarefas) ter causado o dano é suficiente para acarretar a responsabilidade do obrigado.

É muito notável que para esse último caso Marcelo não tenha feito nenhuma ressalva, não tendo considerado, por exemplo, se esse terceiro *custodiri potuit*, de sorte que o dano fosse evitado, ou não; isto é: não considerou se esse *custos* teve a “*cura aut diligentia*” adequada ou não, se ele causou o dano por culpa sua ou se foi um acidente normal, que mesmo um *custos* cuidadoso poderia ter causado. O obrigado, ao que parece, responde *sempre*, bastando a comprovação de que o dano foi causado pelo *custos*.

Essa responsabilidade acentuada no caso de o terceiro, causador do dano, ser um *preposto* do comodatário ou prestador de serviços (em comparação com a primeira hipótese de Marcelo, em que o terceiro era claramente pessoa alheia à esfera do obrigado), é um detalhe da máxima importância, e requer uma explicação. Por que a responsabilidade era incondicional nesse caso? Poderia ser pelo fato de o obrigado ter delegado a terceiro uma tarefa que, em princípio, a ele pessoalmente caberia cumprir.



É porém talvez exagerada essa conclusão, já que não necessariamente se pode entender a guarda da coisa como uma obrigação *intuitu personae*, e é sabido que a utilização de auxiliares para semelhantes tarefas era coisa comum para os romanos (como o é hoje), e o senso comum jurídico (sempre um poderoso instrumento para entender o pensamento dos juriconsultos romanos) parece não apoiar essa idéia.

Mais provável nos parece que esteja subjacente à decisão de Marcelo, de forma consciente ou não, a idéia de que quem se utiliza de um terceiro para realizar uma tarefa em seu benefício, deve em contrapartida assumir os riscos do prejuízo que esse terceiro possa trazer como consequência de sua atividade. Ou seja: *cuius est commodum, eius debet esse onus*. Voltamos aqui, portanto, à discussão inicial deste capítulo, e às duas máximas ou *regulae* que ilustram os dois princípios fundantes da matéria cujo estudo ora tomamos a peito. Vimos aqui de que modo admirável esses dois princípios se podem completar um ao outro e entrelaçar-se para dar origem às soluções práticas que encontramos nas fontes romanas. Verificamos, assim, que a responsabilidade civil por fato de terceiro, conquanto jamais erigida em doutrina pelos juristas romanos, longe está de ser incompatível com os princípios basilares do direito romano, mas, ao contrário, deles deriva de forma quase inevitável.

### III. A Casuística das Fontes

Passaremos agora a analisar brevemente a casuística encontrada nas fontes romanas e, tendo em vista as conclusões até aqui atingidas, buscaremos as respostas aos problemas que identificamos no capítulo inicial. o primeiro fragmento que nos importa analisar é o famoso caso da *columna transportanda*, que nos é relatado por Gaio na seguinte passagem:

D. 19,2,25,7 *Gaius X ad ed. prov.*  
*Qui columnam transportandam  
conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur  
aut reponitur, fracta sit, ita id periculum  
praestat, si qua ipsius eorumque,  
quorum opera uteretur, culpa acciderit:  
culpa autem abest, si omnia facta sunt,  
quae diligentissimus quisque  
observaturus fuisset. Idem scilicet*

#### TRADUÇÃO NOSSA:

Quem recebeu uma coluna para ser transportada, se esta se quebrar enquanto estiver sendo removida, carregada ou recolocada, responde por esse risco se tal tiver ocorrido por alguma culpa sua e daqueles cujo trabalho ele tiver empregado: culpa porém não há se tiver sido feito tudo o que alguém diligen-

*intellegemus et si dolia vel tignum  
transportandum aliquis conduxerit:  
idemque etiam ad ceteras res transferri  
potest*

tíssimo teria observado. O mesmo, certamente, também entenderemos se alguém receber tonéis ou caibros para transportar: e o mesmo se pode aplicar às demais coisas.

Tudo parece indicar que os trabalhadores empregados pelo *conductor*, ou ao menos parte deles, sejam com muita probabilidade pessoas livres e contratadas, e não somente escravos seus.<sup>26</sup> Isso afastaria a possibilidade de uma *noxalis deditio* e traria à tona precisamente a discussão estrita da responsabilidade por fato de terceiro como é nosso desejo enfocar. Observemos, ademais, que, não obstante a expressão “*periculum praestat*”, o que ao menos à primeira vista a literalidade do fragmento parece indicar é que esteja ocorrendo não uma assunção dos *riscos* da coisa, mas sim da *responsabilidade* por ela, já que Gaio subordina o dever de indenizar a uma conduta culposa do *conductor* ou de seus auxiliares.<sup>27</sup> Sendo assim, estaremos diante de um texto que formalmente admite a responsabilidade civil do *conductor operis* pelo fato de terceiros livres e independentes.

A maior parte da doutrina mais recente já aceita como fato seguro que Gaio utilizou a enclítica com sentido disjuntivo, não exigindo que ambos - o *conductor* e seus empregados - tivessem conjuntamente incorrido em culpa.<sup>28</sup> O *conductor* respondia, portanto, até mesmo em caso de culpa exclusiva de seus trabalhadores. Precisamos agora indagar qual será o fundamento dessa responsabilidade. Quer-nos parecer que o trecho que serve de fulcro à idéia essencial contida no fragmento é o “*culpa autem abest*”. Já foi há tempos observado na época de Gaio a doutrina da culpa

26. Compartilham essa opinião: De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, v. 1, Bari, Cacucci, 1983, p. 433 nt. 83; Mac Cormack, *Culpa in eligendo*, in RIDA 18 (1971), p. 541; Molnár, *Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkvertrag*, in *Labeo* 21 (1975), p. 42

27. Observa Molnár (Rida 18, p. 24) que em casos limítrofes como esse nem sempre é fácil distinguir o risco (“*Gefahrtragung*”) da responsabilidade (“*Verantwortung*”), mas ao final acaba concordando com o nosso ponto de vista: “*Von einer Gefahrtragung kann die Rede sein, wenn Schäden entstanden, die niemandem zugerechnet werden können*” (p. 25).

28. Expressamente: Krückmann, *Periculum emptoris* in SZ 60 (1940), p. 18; Pflüger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht* in SZ 65 (1947), pp. 195-196, embora considere a parte restante do fragmento interpolada; Knützel, SZ 100 (1983) pp. 419 ss. c nt. 352, tb. p. 372 nt. 131; Zimmerman, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town/Wetton/Johannesburg, Jutta., 1990, pp. 399-400.

já estava suficientemente consolidada, e não seria necessário, nem razoável, que ele repetisse o conceito de culpa na discussão de um caso específico, a não ser que pretendesse atribuir-lhe uma nota distintiva, que se afastasse do conceito normalmente aplicável. Provavelmente, o que Gaio fez foi ampliar esse conceito de culpa, o que se evidencia pelo “*diligentissimus*” Também as palavras “*idemque...potest*” deixam claro que Gaio está tratando de um caso excepcional, que foge à regra e não se aplica a todas as coisas, nem a todas as situações. Nada disso seria preciso se o *conductor* respondesse apenas por culpa leve própria *in eligendo*.

O termo *diligentissimus* parece denotar um grau de exigência extremo no tocante à conduta do *conductor*: não basta que ele seja diligente, há que ser *o mais diligente possível*. Não se pode imaginar outro motivo para que o juriconsulto fizesse questão de usar o adjetivo no superlativo, em lugar do habitual *diligens*. *Diligentissimus* é raríssimo nas fontes: além do fragmento ora em exame, esse termo só ocorre outras três vezes em todo o Digesto, todas em situações especialíssimas.<sup>29</sup> A terceira ocorrência merece maior atenção, por ser também do próprio Gaio e referir-se a uma situação de responsabilidade contratual, e tirada precisamente dos mesmos livros de comentários ao edito provincial:

D.13,6,18 pr. *Gai. 9 ad ed. provinc.*  
*In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent.*

#### TRADUÇÃO NOSSA:

Com relação à coisas dadas em comodato, deve ser cumprida uma diligência como a que todo diligentíssimo *paterfamilias* emprega, de tal sorte que só não responda por aqueles casos aos quais não se pode resistir, como a morte de escravos que ocorra sem culpa sua, ataque de ladrões ou inimigos, emboscadas de piratas, naufrágio, incêndio, fuga de escravos que não se costumam vigiar.

---

29. A primeira, Ulp. (11 ad ed) D.4.4.11.5, num caso onde se nega a *restitutio in integrum* a um menor afirmando-se que até mesmo um *diligentissimus paterfamilias* estaria sujeito a ter sofrido o mesmo prejuízo que o menor sofreu, e portanto ele não poderia atribuir isso à sua experiência pela pouca idade; nesse caso é evidente que o superlativo foi empregado com a finalidade de enfatizar que até mesmo um *paterfamilias* com uma diligência *acima do comum* poderia incorrer em tal situação. A segunda ocorrência de *diligentissimus* é em Ulp. (41 ad ed.) D.37.10.3.5, agora na forma adverbial *diligentissime*, e completamente fora do contexto que nos interessa: Ulpiano afirma que o pretor deve investigar “com a máxima diligência” uma questão referente também a um impúbere.

Realmente, vemos que nesse caso Gaio usa o grau superlativo porque pretende atribuir ao comodatário uma responsabilidade agravada, exigindo dele uma diligência maior do que o habitual, ficando excluídos dessa responsabilidade tão-somente os casos previstos de *vis maior*. Não se pode, absolutamente, pretender que o *diligentissimus quisque* seja *terminus technicus* para responsabilidade objetiva. O que parece certo, porém, é que esse termo fosse usado sempre que o jurisconsulto pretendia descrever uma situação de responsabilidade aumentada, de exigência maior da diligência do devedor, de restrição nas possibilidades de exculpação.

O próprio Gaio tratou de especificar em cada caso os limites dessa responsabilidade: para o comodatário, eram aqueles "*casus quibus resisti non possit*" apenas exemplificados em seguida nos casos de naufrágio, violência de terceiros ou acidentes naturais. Já para a "*columna transportanda*" ele apenas exigiu que fossem observadas todas as precauções que o *diligentissimus quisque* tomaria, mas não limitou esses casos de exculpação à *vis maior*, deixando com certeza ao bom senso do *iudex privatus* avaliar, no caso concreto, se essa diligência máxima esteve presente ou não. É quase como se o *diligentissimus quisque* fosse nesse caso a figura imaginária do *paterfamilias* ideal, incapaz de cometer o mínimo deslize, a mínima falta. Ou seja: um padrão ideal para medir uma espécie de *culpa levissima in abstracto*. Em teoria, a responsabilidade do *conductor* da coluna também foi, realmente, aumentada quase até o limite da força maior. A diferença prática entre os dois casos é porém patente: no primeiro, o comodatário só se isenta de responsabilidade se conseguir provar a ocorrência de um *casus maior*, de uma *vis cui resisti non possit*; já no segundo, basta ao *conductor* demonstrar que foi impecavelmente diligente e tomou as precauções *omnia quae diligentissimus quisque observaturus fuisset*.

Nessa linha de raciocínio, não podemos senão concordar com Knütel<sup>30</sup> em que a formulação "*culpa autem abest.*" só pode significar que existe a possibilidade de eximir-se o *conductor* de responsabilidade, cabendo a ele o ônus de provar que não houve culpa entendida no grau em que Gaio a descreveu sua própria e nem de seus trabalhadores. Trata-se, portanto, de responsabilidade por culpa ainda que agravada até quase só excluir a força maior e presumida *iuris tantum* e não há falar em assunção de risco ou dever incondicional de garantia, mas de uma verdadeira responsabilidade por fato (culpa) de terceiro.

---

30. SZ 100 (1983), pp. 422-423.

Outro fragmento que merece estudo é o seguinte, atribuído a Alfeno Varo:

D. 19,2,30,2 *Alfenus lib. VII dig.*  
*Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. Respondit vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset cum conductore recte agi.*

TRADUÇÃO NOSSA:

Alguém que tinha alugado mulas para que fossem carregadas até um certo peso, tendo-as o locatário estropiado com uma carga maior, consultava acerca da ação a propor. Respondeu que corretamente age ele pela ação de locação, mas pela *lex Aquilia* só se pode processar aquele que tivesse conduzido as mulas; pela ação de locação corretamente se pode propor ação contra o locatário também se um outro as houvesse estropiado.

O ponto central que primeiramente nos interessa é que, pelo que se depreende do texto de Alfeno, não foi o locatário quem pessoalmente conduzia as mulas sobrecarregadas, mas sim um terceiro presumivelmente sob suas ordens (o “*alius*” a que se refere o jurisconsulto). Tudo parece indicar que esse “*alius*” não era escravo e nem pessoa *alieni iuris* submetida à *potestas* do *conductor* - ou, no mínimo, Alfeno considerou a possibilidade hipotética de que não o fosse. A não ser assim, não faria sentido algum falar em uma *actio legis Aquiliae* contra ele, sendo ao contrário cabível uma *actio noxalis* contra o *conductor*. Concordando com essa premissa, Mac Cormack<sup>31</sup> concebe duas explicações possíveis para o fragmento: ou o almocreve era um trabalhador livre a serviço do *conductor*, ou um sublocatário deste - a menos que por qualquer motivo os animais tivessem sido apropriados indevidamente por um terceiro, o que já é uma hipótese menos provável.

Vemos então que ele responde *ex locato*. E responde certamente não pelo evento do dano em si - ou seja, não como simples “*Gefahrtragung*” ou “*Versicherungshaftung*” - mas pelo fato de que as azêmolas foram submetidas a uma carga superior à avençada. Em suma: responde pelo descumprimento de uma cláusula contratual,<sup>32</sup> muito embora essa cláusula tenha sido violada por um terceiro livre e independente de sua *potestas*.

---

31. “*Culpa in eligendo*”, in RIDA 18 (1971), p. 534. Também no mesmo sentido SARGENTI, “*Problemi della responsabilità contrattuale*”, in SDHI 20, 1954, p. 159.

32. Cannata (*Ricerche...*[cit. nt. v. 23 *supra*], p.78) acredita que Alfeno não considerava a sobrecarga das alimárias uma violação do dever de *custodia* - que poderia ensejar a discussão de uma responsabilidade objetiva, decorrente do simples dano - mas apenas uma inobservância dos limites contratuais. Considerando evidente

Não fica claro da leitura do fragmento qual é a base da responsabilidade nem qual poderia ser a eventual exculpação do *conductor*. Alfeno diz apenas que é possível agir em juízo contra o locatário ainda que outro tivesse estropiado as alimárias. Não diz em que condições isso é possível, nem por qual motivo, e nem se existe alguma defesa possível para ele. Nenhum indício de *culpa in eligendo* pode ser aí rastreado. Nossa opinião é que, se Alfeno e Sêrvio estavam a dar como tudo indica uma resposta completa sobre o caso, não é razoável supor que a apresentassem de maneira tão falha. Se foi afirmado que se pode processar o locatário *ex locato* porque o limite do contrato foi desrespeitado, e mais nada, podemos entender que era exatamente isso que os juriconsultos pretenderam dizer: o *conductor* responde pela culpa de seus ajudantes como se sua fosse, sendo sua responsabilidade exclusiva velar pela observância da norma contratual. Com essa interpretação, chegamos a uma conclusão semelhante à do efeito disjuntivo do *-que* no caso da “*columna transportanda*”

Há, no entanto, um outro texto importante que se refere à atuação de uma pessoa *sui iuris* como uma espécie de “*Erfüllungsgehilfe*”:

D. 19,2,13,1 *Ulpianus. XII ad ed.*  
*Si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum.*

#### TRADUÇÃO NOSSA:

Se um barqueiro tiver recebido uma carga para transportar até Minturnas e, não podendo entrar no rio minturnense com aquele barco, tiver trasladado as mercadorias para um outro barco, e esse barco houver naufragado na desembocadura do rio, responderá o primeiro barqueiro? Labeão diz que não responde, se não teve culpa: de resto, se o fez contra a vontade do dono, ou em um tempo no qual não deveria fazê-lo, ou se num barco menos adequado, então deve-se acioná-lo com base no contrato de *locatio-conductio*.<sup>33</sup>

---

que quem aluga bestas de carga muitas vezes as põe a conduzir por outras pessoas, conclui que, para os autores desse fragmento, o locatário em tais casos responde pelos atos dessas pessoas como pelos seus próprios.

33. É verdade que o texto dá a impressão de estar truncado, e Knütel (SZ 100 [1983], p. 415, nt. 315) julga que falta um verbo após o “*aut si...*”, embora possa ser simplesmente um caso de *zeugma* com o “*id fecit*” mencionado anteriormente, o ablativo aí expressando um adjunto adverbial de instrumento ou de meio. Faz sentido se entendermos o “*id fecit*” como “*merces vexit*”. Em nossa tradução do fragmento adotamos essa interpretação.

Quando Ulpiano nos diz que o barqueiro “*in aliam navem merces transtulerit*” na verdade não está apenas querendo dizer que as mercadorias foram transportadas em outro barco pelo mesmo *conductor*, mas sim que ele próprio locou, por sua vez, os serviços de um segundo barqueiro, para que este realizasse o transporte em seu lugar. Isso se infere com segurança com base na pergunta proposta (“*tenetur primus navicularius?*”), indicando com clareza que havia um segundo *navicularius* envolvido na história, ou seja, uma pessoa livre e independente, vinculada ao primeiro barqueiro apenas por um vínculo contratual.

Labeão (e com ele Ulpiano) primeiramente exclui a responsabilidade do primeiro *navicularius* se ele “*culpa caret*” i.e. se não teve culpa. Uma semelhante afirmação do jurista já descarta de antemão a idéia de uma simples *Gefahrtragung* ou *Versicherungshaftung* - em suma: simples responsabilidade objetiva por parte do *conductor*. Entretanto, nenhum dos exemplos dados a seguir por Labeão como exceção à regra da não responsabilização do *conductor* parece sugerir alguma culpa por parte do segundo *navicularius*. Diz ele que o primeiro barqueiro responde se trasladou a mercadoria “*invito domino*” (contra a vontade do proprietário) ou “*quo non debuit tempore*” (em tempo não devido, certamente do ponto de vista técnico da navegação, cf. com Paul. 31 ad ed. D. 6,1,16,1); o primeiro caso é flagrante violação dos deveres contratuais e uma ação *ultra vires* por parte do *conductor*, e o segundo se explica pela teoria clássica da culpa.

Resta o terceiro exemplo dado, “*si minus idonea navi*” MAYER-MALY,<sup>34</sup> diz que aí está contida a idéia de *culpa in eligendo*. Certamente está, mas Ulpiano diz que mal escolhida foi a *navis*, não o *navicularius*. Não há porque supor que isso indique a hipótese de o acidente ter sido causado por ato imputável ao segundo barqueiro, parecendo, antes, uma alusão à possibilidade de que a segunda nave escolhida também tivesse um calado muito alto, ou fosse de porte demasiado pequeno para o peso da carga, ou qualquer outra inadequação dessa mesma natureza.

É bem possível, no entanto, que Labeão e Ulpiano pretendessem incluir no rol de possibilidades de responsabilidade do *conductor* também o caso em que o segundo barqueiro tivesse dado causa ao acidente por falha sua, mas o texto não dá indicação nenhuma disso, a não ser que o próprio *conductor* tivesse culpa no fato. Não se descarta, é natural, a hipótese de que nessa culpa se incluísse a *culpa in eligendo*, ao escolher um *navicularius* descuidado ou inepto, que pusesse a nave a pique por ter

---

34. *Locatio-conductio*, (cit. nt. \h 21 *supra*) p. 33.

manejado canhestramente o leme; mas essa conclusão não decorre diretamente das palavras do texto e ficam no campo da conjectura.

Embora se refira a um instituto completamente diverso, o seguinte trecho de Paulo é bastante adequado para comparar com D.19,2,13,1:

D.3,5,20(21),3 Paul. 9 ad ed.

*Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit: quod is non recte gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti neglegentia eius fecit, tu mihi praestes.*

TRADUÇÃO NOSSA:

A mandato teu Lúcio Tício geriu os meus negócios: porque ele não geriu direito, tu te obrigas comigo pela ação de gestão de negócios; e não apenas de modo a que me cedas tuas ações, mas também porque o escolheste imprudentemente - de modo que me repares todo e qualquer prejuízo que a negligência dele me causou.

Aqui, sim, parece-nos configurar-se um exemplo nítido de responsabilidade pelo fato de um terceiro (o mandatário Lúcio Tício). A ocorrência deste caso em uma esfera que, inquestionavelmente, exclui as figuras particularíssimas do *receptum* e da *custodia* (ou seja, na esfera da *negotiorum gestio*) é significativa, e não há tampouco razão para supor que essa responsabilidade seja simplesmente uma modalidade de *Gefahrtragung*<sup>35</sup> ou *Versicherungshaftung*<sup>36</sup> por parte do *negotiorum gestor*. Ou seja: ele responde por um ato culposo (ou doloso) do mandatário (diz Paulo: “*quod is non recte gessit*”), mas nada parece indicar que ele deva responder incondicionalmente por *vis maior* ou *casus minor*. Também é evidente que Lucius Titius é pessoa livre e *sui iuris*, atuando como preposto de *Tu* por força de uma relação contratual (mandato) existente entre eles.

Menos evidente é o fundamento jurídico desse dever de responder pelo mandatário. Paulo disse que *Tu* responde pelos atos de Lucius Titius “*quod imprudenter eum elegeris*” o que aparentemente significaria o reconhecimento de uma *culpa in eligendo*. No entanto, o uso da conjunção *quod* sugere que Paulo não está apresentando uma hipótese (“se você o tiver escolhido imprudentemente”), mas antes

---

35. “Assunção do risco” Cf. nt. \h 27 *supra*.

36. “Dever de garantia”. Conforme a expressão empregada a esse propósito por Krückmann, *Versicherungshaftung im römischen Recht*, in SZ 63 (1943), pp. 1 ss.



uma conclusão inelutável (“porque você o escolheu imprudentemente”). Isso corresponderia, na verdade, a uma responsabilidade objetiva do mandante na escolha do mandatário.

Os defensores de uma doutrina romana da *culpa in eligendo*, sobretudo os pandectistas,<sup>37</sup> insistiam em tentar explicar o fragmento com base nessa idéia. Outros, no passado, (e.g. Krüchmann)<sup>38</sup> supunham tratar-se de uma mera presunção *iuris et de iure* de culpa, e portanto de uma responsabilidade subjetiva. Outra possível visão seria a de, por exemplo, De Robertis,<sup>39</sup> que prefere considerar esse um caso de presunção *iuris tantum* de culpa *in eligendo*. Já Knütel<sup>40</sup> prefere reinterpretar o sentido de *quod*, lembrando que não necessariamente é explicativo em latim, podendo ser traduzido por “*was, das betrifft*” ou “*wenn*” ou seja, com sentido hipotético (“naquilo que toca a” “no caso de” “se”), excluindo assim a hipótese de culpa presumida..

Somos da opinião que, se Paulo pretendesse atribuir a *Tu* uma responsabilidade objetiva e sem culpa, ou um dever incondicional de garantia pelo bom êxito da *gestio*, teria ele dito isso com todas as letras. Se ele trouxe à discussão a culpa pessoal do *negotiorum gestor* - real ou presumida - foi porque ele não pretendeu afastar a solução desse caso do campo da responsabilidade por culpa. O “*quod is non recte gessit*” revela claramente que se o dano tiver sido causado sem culpa de Lucius Titius, não há falar em responsabilidade.

Por outro lado, o “*quod imprudenter eum elegeris*” indica que o fundamento para a responsabilidade do *negotiorum gestor* é uma conduta culposa pessoal sua. Pode-se indagar a quem cabia o ônus da prova: a *Ego* ou a *Tu* (havendo, nessa última hipótese, uma presunção *iuris tantum* a favor de *Ego*, embora Paulo permaneça silente a esse respeito), mas não há como inferir do texto que pudesse haver nesse caso uma culpa presumida *iuris et de iure*. Essa é uma interpretação possível, mas não

---

37. É o caso de Brinz, para quem Paulo fala de uma *culpa in eligendo* provada *ipso facto* e *ex post facto*. (Pandekten, II, §270, p. 278, nt. 7). Isso equivale a dizer, portanto, que o simples fato de Lucius Titius ter agido mal já estaria sendo tomado como prova suficiente de que *Tu* foi pouco prudente na escolha. Mas nesse caso, como muito bem argumenta Krüchmann (*Custodia*, in SZ 64 [1944], p. 49), a eventual alusão a uma *culpa in eligendo* não deve ser levada a sério, sendo muito mais uma responsabilidade incondicional pela culpa de terceiros – embora não uma responsabilidade puramente objetiva pela ocorrência do dano em si mesmo, pois também esse autor concorda em que a culpa de Lucius Titius é apresentada como *conditio sine qua non* para a responsabilização de *Tu*.

38. SZ 63 (1943), p. 49.

39. *La responsabilité...* (cit. nt. \h 26 *supra*), v. 2, p. 819, nt. 39.

40. SZ 100 (1983), p. 346.

respaldada em fato algum; o uso de *quod* em lugar de *si* ou *quando* é indicio insuficiente, conforme já discutimos, e seria distorcer o pensamento do jurisconsulto pretender extrair essa ilação sem maiores evidências. À falta de argumentos que nos convençam do contrário, parece-nos ajuizado admitir que Paulo disse exatamente o que pretendeu dizer: que *Tu* responde pelo prejuízo porque foi *imprudente* ao nomear Lucius Titius seu mandatário face aos negócios de *Ego*. O fundamento da responsabilidade é, portanto, culpa própria do mandatário, tal como em D.19,2,13,1:

Do que foi discutido *supra* podemos concluir alguns pontos, que enumeramos a seguir:

1) Parece inegável, dos textos examinados, que não repugnava aos juristas romanos admitir, ao menos em certos casos, que uma pessoa respondesse por atos de terceiros, mesmo que não fossem seus escravos nem pessoas submetidas à sua *potestas*.

2) A incidência dessa responsabilidade por terceiros parece ser localizada e restrita a certas circunstâncias ou certos institutos, não se manifestando como regra global. Ao que parece, ocorria sobretudo em atividades cujo grande risco (como nos contratos de transporte) ou nos casos em que o devedor confiou a um terceiro, por conta e risco próprios, coisas ou serviços que a ele pessoalmente haviam sido destinados - ainda que não se trate de contratos realizados *intuitu personae*, que só pudessem ser cumpridos pessoalmente por ele. Tais situações justificariam um agravamento na responsabilidade do devedor, estendida até aos atos de seus auxiliares livres e *sui iuris* - uma responsabilidade da qual ele não poderia escapar pela *noxalis deditio* ou pela limitação a uma *actio adiecticiae qualitatis*, devendo, antes, responder *in solidum*.

3) É espinhoso tentar elucidar os critérios para essa atribuição de responsabilidade. Em alguns casos, como em Ulp. 32 ad ed. D.19,2,13,1 e Paul. 9 ad ed. D.3,5,20,3, tudo indica que o devedor esteja respondendo com base em culpa própria sua - que podemos admitir ser *culpa in eligendo*, sem com isso afirmar que tivesse sido erigida em doutrina geral no direito clássico, o que como sabemos é questão controversa; em outros, como Gai 10 ad ed. D.19,2,25,7 e Alfen. 7 dig. D.19,2,30,2, parece, ao contrário, que o devedor responde diretamente pela falta cometida por terceiros, ainda que ele próprio estivesse isento de toda culpa.

Um fundamento para essas decisões dispares não é fornecido pelas fontes. Podemos considerar, porém, um detalhe que pode ser significativo. Nos dois primeiros fragmentos mencionados no parágrafo anterior temos uma mesma situação: alguém é

encarregado, por força de um contrato (*locatio conductio operis faciendae, mandatium*), a realizar uma determinada tarefa; no cumprimento da tarefa, o devedor constata a necessidade de delegar suas funções a um terceiro, por meio de um subcontrato entre eles, fazendo-se destarte substituir por esse terceiro no cumprimento da prestação. Já nos dois outros casos o dano é causado por meros auxiliares do devedor, que realizam a tarefa conjuntamente com ele ou por ordem dele, mas sem a autonomia de um empreiteiro ou mandatário.

Essa circunstância já havia levado, por exemplo, Kunkel<sup>41</sup> a conjecturar que, ao menos nesses contratos, o devedor respondia pela culpa de seus auxiliares (“*Gehilfe*”) na mesma medida em que respondia por sua culpa própria, mas só seria responsabilizado pela falta de terceiros a quem delegasse tarefas (“*Substituten*”) na medida em que lhe fosse imputada alguma culpa pessoal no ato de lhes fazer essa delegação (o que não compreende apenas *culpa in eligendo* na seleção desses “substitutos”, mas também na escolha do equipamento adequado (como o barco que subia o rio minturnense em D.19,2,13,1) ou o tempo adequado para realizá-la (como no próprio caso do rio minturnense ou no caso análogo de Paul. 31 *ad ed.* D. 6,1,16,1).

É uma idéia deveras interessante, e merecedora de toda a atenção. O caso do agrimensor em Paul. 25 *ad ed.* D.11,6,2,1 pareceria desmentir essa teoria. Lembremos, porém, a excepcionalidade do instituto, a gravidade dever do agrimensor (solenizada na *renuntiatio*), além da circunstância especial de ser uma obrigação tutelada pelo edito, prevista unicamente a responsabilidade por dolo. Tudo isso pode ter motivado o jurisconsulto a ter emanado uma decisão extravagante.

São Paulo, fevereiro de 2001.

---

41. Jörs/Kunkel, *Römisches Privatrecht*, Berlin/Göttingen/Heidelberg, Springer Verlag, 1943, p. 239, §149.



# CONSIDERAÇÕES ACERCA DO “*IUDEX QUI LITEM SUAM FECIT*”

*Jaime Meira do Nascimento Júnior*  
Doutorando pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente estudo tem por objetivo tecer uma breve reflexão acerca de um importante tema tratado pelo Direito Romano denominado *Litem suam facere*, o qual se mostra relevante, inclusive para os dias atuais, por versar acerca da responsabilidade civil do juiz por suas decisões nos casos apresentados pelos textos normativos. Nesse sentido, o trabalho ora apresentado, através de um estudo dos principais autores que trataram do tema, bem como da exegese de alguns fragmentos das fontes, procura estabelecer qual o efetivo alcance da expressão retromencionada bem como o seu tratamento jurídico.

## Abstract:

The present study intends to bring a reflection concerning a theme treated by the Roman Law called *Litem suam facere*, which has great importance including to the current days, because it concerns on the Judge's civil responsibility for his decisions in the cases related by the sources. So, the work for now presented, through a study of the main authors that have analysed the theme, as well as through the exegesis of some fragments of the sources, try to establish which is the reach of the mentioned expression as well as its juridical treatment.

**Unitermos:** Direito Romano; responsabilidade civil; quase-delitos; “*Iudex qui litem suam fecit*”

Sumário: I. Introdução; II. *Litem suam facere*: a. aspectos preliminares; b. conceito; III. *Litem suam facere*: a. responsabilidade civil; b. tutela jurídica cabível; c. sanção aplicável; IV. Conclusão; V. Bibliografia.

## I. Introdução

No âmbito da *Ordo iudiciorum privatorum*, o *iudex* sempre se apresentou como figura fundamental para a aplicação da justiça no caso concreto.<sup>1</sup>

Sua atuação ocorria na segunda fase do processo, denominada *apud iudicem*, que se iniciava após a *litiscontestatio*.

Desse modo, uma vez determinados os limites da demanda, o pretor redigia a fórmula,<sup>2</sup> representando esta o parâmetro a ser observado por aquele que daria a sentença.

Nesta, ainda, seria determinada qual a condenação que deveria ser aplicada, bem como eventuais exceções que poderiam ser apresentadas pelo réu.

As partes, então, deveriam escolher, dentre os nomes constantes no *album iudicum*, quem seria o cidadão romano perante o qual as provas seriam produzidas e que teria por dever proferir uma decisão ao caso concreto.

Assim, o *iudex* era uma pessoa não ligada ao Poder Público e que, por sua conduta ilibada e condição social, recebia o *munus publicum* de julgar os litígios existentes.

---

1. Segundo J. R. C. Tucci e L. C. Azevedo, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 41-5, numa fase inicial a jurisdição encontrava-se ainda nas mãos dos pontífices, os quais deram forma ao procedimento através de simbolismos e rituais, num momento em que direito (*ius*) e religião (*fas*) eram conceitos que não se distinguiam. Além disso, haja vista a fragmentação das fontes no que toca ao período inicial da história de Roma, embora não se saiba por certo quais as limitações dos poderes do rei, tem-se que este era o chefe supremo, vitalício e único depositário da *potestas publica*, reunindo em suas mãos, por força de seu *imperium*, dentre outros, o poder de julgar em primeira e em última instância. Admitindo-se que no processo arcaico, o processo desenrolava-se integralmente perante o *rex*, com o andar dos tempos e com o crescimento de Roma, os litígios foram se tornando mais complexos, surgindo, disto, a necessidade de se criar magistraturas com específicas funções jurisdicionais. Assim, segundo a história tradicional (Dionísio de Halicarnasso, 4.25), tendo em vista a progressiva laicização do direito e o crescimento da atividade jurisdicional, o rei Sêrvio Túlio (578-534 a.C.) desmembrou a justiça em pública e privada. Assim, nos dois últimos séculos da realza, os sacerdotes cedem passo aos magistrados públicos, no que tange à distribuição da justiça secular. Ainda, consoante observam os autores, o *imperium* é transferido de forma mais limitada e exclusiva a certos magistrados, os quais passaram a deter o poder de declarar o direito aplicável (*iurisdictio*). É provavelmente a partir desse momento que o procedimento passa a se desenrolar em duas fases, uma diante do pretor, *in iure*, e outra perante o *iudex unus*, *apud iudicem*, sendo este um cidadão romano que julgaria soberanamente em nome do povo romano. Assim, enquanto o pretor diria qual o direito aplicável, o *iudex*, analisando as provas produzidas, seria o responsável pela sentença, decisão esta que deveria ser obedecida pela parte sucumbente.

2. A fórmula surgiu na segunda fase do processo romano, denominado período formulário. Trata-se de um documento escrito, no qual se fixam os pontos litigiosos da demanda, outorgando-se ao *iudex* o poder de condenar ou absolver o réu, conforme fique ou não demonstrada a pretensão deduzida pela outra parte. A respeito, cf. J. C. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 107 e J. R. C. Tucci e L. C. Azevedo, *Lições* cit. (nota 1 supra), p. 89 e segg.

Diante da importância deste personagem para a normalidade e para a correta distribuição da justiça, mostra-se importante o estudo de um dos principais quase-delitos,<sup>3</sup> qual seja, o *litem suam facere*.

O objetivo do presente estudo é verificar a discussão tecida na doutrina sobre qual a hipótese em que se verificava tal instituto, bem como as consequências dele decorrentes, de sorte a identificar o tratamento jurídico dado à matéria.

## II. *Litem suam facere*: a. aspectos preliminares; b. conceito

II.a. Quanto mais se retorna no tempo, torna-se cada vez mais nítido o caráter privado do processo civil romano, podendo-se designá-lo quase como um procedimento arbitral.

Era, pois, o *iudex privatus*, pessoa comum escolhida dentre os cidadãos romanos em razão de suas condições pessoais de *bonus vir*.

Assim sendo, essa idoneidade pessoal era a base sobre a qual a segurança jurídica daquela época se sustentava, sendo, pois, o requisito necessário para a inscrição no chamado *album iudicum*.

Nesse passo, todo juiz procuraria julgar bem e de maneira honesta, sendo certo ainda que este juiz estaria compromissado mediante um juramento. Tratava-se, pois, do *iudex iuratus*.<sup>4</sup>

A decisão desse árbitro era, na verdade, um parecer, o qual era proferido após a instrução probatória.

Como este personagem não se encontrava ligado ao Poder Público, não havia uma hierarquização judicial, ou um sistema burocratizado que permitisse a revisão do julgamento.

---

3. Consoante explica J. C. Moreira Alves, *Direito Romano*, v. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp. 275 e segg., embora no direito clássico o *ius civile* apenas reconhecesse como fonte de obrigação os quatro ilícitos classificados como delicta (*furtum, rapina, damnum iniuria datum e iniuria*), não podiam os romanos deixar de levar em consideração outros atos ilícitos que acarretavam prejuízos. Diante disso, quando surgiu a classificação tripartida contida na obra *Aureorum libri*, atribuída a Gaio, quatro dessas situações foram classificadas dentre as *variae causarum figurae*, a saber, *si iudex qui litem suam fecerit; effusum et deiectum; positum et suspensum; e receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*. Nas instituições de Justiniano (Inst. 4, 5), por outro lado, tais figuras foram inscritas, dentro de uma classificação quadripartita das fontes das obrigações nos chamados quase-delitos.

4. Cf. I. Cromades e J. Paricio, *La responsabilidad del juez en el Derecho Romano clasico* in *AHDE* 54 (1984), p. 190.

O dever primordial deste *iudex* era o de proferir a sentença, como atestam nitidamente as fontes<sup>5</sup>, sendo certo que, uma vez proferida, esta não poderia mais ser alterada, tendo em vista o princípio da intangibilidade das decisões.

Assim sendo, diante da *Ordo iudiciorum privatorum*, era a decisão deste juiz inatacável<sup>6</sup> e, por conseguinte, executável, seja pela *manus iniectio*, no período mais antigo (*legis actiones*) ou pela *actio iudicati*, no âmbito do período formular.<sup>7</sup>

Somente mais tarde, com o crescimento do Império Romano, de pouco em pouco a atividade jurisdicional foi sendo transferida a magistrados oficiais, os quais, como verdadeiros funcionários públicos e com autoridade recebida por delegação do imperador, passaram a decidir as controvérsias.

Desse modo, na denominada fase da *cognitio extraordinaria*, havia uma estrutura judicial hierarquizada e burocratizada, a qual permitiu a revisão das decisões pela autoridade hierarquicamente superior.

A partir de então havia os juízes inferiores e superiores, o que implicou o surgimento de recursos (*appellatio e supplicatio*)

Mostra-se, portanto, evidente a magnitude e a importância de uma decisão correta proferida pelo *iudex*, para a solução da controvérsia.

De fato, o seu dever primordial era o de proferir a sentença, dentro dos limites estabelecidos pelo pretor, fazendo-o com a idoneidade e licitude necessárias, em respeito ao juramento por ele prestado, de modo a não causar prejuízo às partes em razão da própria imutabilidade de seu parecer.

II.b. Diante desse quadro, a grande questão relativa ao tema *sub examen*, refere-se exatamente ao seu conceito. Quando o *iudex litem suam faciebat*?

Inicialmente, cumpre ressaltar não se enquadrar em tema de *litem suam facere* a hipótese do *iudex* venal ou corrupto.

5. Nesse sentido, Iul. 5 *dig.*, D. 5, 1, 74 pr: "*De qua re cognoverit iudex, pronuntiare quoque cogendus erit.*" A respeito, cf. ainda I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 190.

6. Esta assertiva deve ser tomada como a regra geral. Por óbvio havia possibilidades de se infirmar a decisão do *iudex*. Todavia, não se tratavam de recursos propriamente ditos. Assim, v.g., pode-se citar os casos da *in integrum restitutio* e da *infinitio*.

7. Nesse sentido, cf. J. R. C. Tucci e L. C. Azevedo, *Lições* cit. (nota 1 supra), pp. 68 e 131.



Esta era tutelada pelo *ius publicum*, cuja sanção prevista na Lei das XII Tábuas (9, 3) era a pena capital.<sup>8</sup>

Por outro lado, tampouco se inclui na espécie a situação em que o juiz profere uma sentença injusta.<sup>9</sup> Em tese, a principal solução cabível neste caso seria a *restitutio in integrum*,<sup>10</sup> quando fosse cabível.

As fontes, ao tratarem do tema, preceituam hipóteses específicas no que tange ao tema em estudo.

Nesse sentido, assevera Gaio:<sup>11</sup>

Gai. 4, 52: "*Debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maiores neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est. At si etiam ..... qui formulam accipit, intendere debet, nec amplius..... certa condemnatione constringi ..... velit.*"

Gai. 4, 52: "*Sendo a condenação pedida em quantia certa, o juiz não deve condenar o réu em importância maior nem menor, da reclamada pelo autor; do contrário, faz sua a lide. E se também ... que recebe a fórmula, deve pedir não mais... ser obrigado por uma condenação certa, ... até onde quiser.*"

8. Segundo observa A. D'Ors, *Litem suam facere* in *SDHI* 48 (1982), p. 369, isto se baseia numa conhecida passagem da *disputatio* entre o jurista Africano e o filósofo Favorino, onde jurista defende a idéia de durezza da lei decenviral, citando a este propósito a pena capital imposta ao juiz venal A respeito, v. Gell., N. A., 10, 1, 7 e 20, 1, 7-8. Contudo, alerta o autor que referido testemunho deve ser encarado com cautela, pois provavelmente o preceito decenviral, se realmente existiu, referia-se a um juiz que condenou, por dinheiro, um réu criminal. Aduz ainda que no direito clássico, o juiz corrupto responderia por *crimen falsi*, previsto da *Lex Cornelia*, a qual não impunha a pena capital.

9. Reitere-se que não existia, no período clássico, um procedimento específico endereçado a corrigir a decisão injusta.

10. A respeito das formas de se infirmar a decisão do *iudex*, v. nota 6 supra. Por outro lado, segundo G. Cervencia, *Restitutio in integrum* in *NNDI*, t. XV, 3ª ed., Turim, Unione Tipografico, 1957, pp. 740-4, tratava-se referido instituto de um remédio concedido pelo Magistrado, com base em seu poder de *imperium*, visando a rescindir os efeitos de um ato jurídico qualquer, seja ele um negócio, ou um processo, o qual, embora sendo formalmente válido, foi concluído com um concurso de circunstâncias que tornaram seus efeitos contrários aos princípios da *aequitas*. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Nápoles, Jovene, 1984, p. 106, a seu turno, entende tratar-se de um provimento o qual torna nulo um ato jurídico qualquer, seja de direito material, seja processual. A *restitutio in integrum* advém de uma *causa cognita*, com base em uma valoração da relevância das circunstâncias invocadas e em hipóteses que são geralmente contempladas no Edito. Assim, diante do pedido da parte e depois do exame das circunstâncias retro aduzidas, recusam-se os remédios judiciais que pelo direito estrito se esperaria ou se concederia, a fim de eliminar os efeitos do negócio civado de violência.

11. A. Corcia e G. Sciascia, *Manual de Direito Romano*, v. II, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955, pp. 242-3.

Em outro texto contido no Digesto atribuído a Ulpiano,<sup>12</sup> apresenta-se um conceito diverso:

Ulp. 26 *ad ed.*, D. 5, 1, 15, 1:  
*Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.*

Ulp. 26 *ad ed.*, D. 5, 1, 15, 1:  
 “Entende-se então que o juiz faz a lide sua, quando diz a sentença com dolo mal em fraude à lei (mas parece fazer isto com dolo mal, se evidentemente acusa por favor, inimizade ou ainda por mesquinha), de modo que será compelido a prestar uma verdadeira estimação da lide.”

Segundo a opinião de A. D’Ors,<sup>13</sup> em sentido técnico, *litem suam facere* deve ser entendido como o fato de um juiz se sub-rogar na posição do demandado, quando deixa de cumprir o seu dever de dar a sentença no momento em que havia de fazê-lo, quando prolata uma decisão nula, ou fora dos limites da fórmula.

No que toca ao outro conceito, o autor retromencionado,<sup>14</sup> após minuciosa análise da *Lex municipii Flavi Irnitani* e de um fragmento do livro 12 *ad edictum* do mesmo Ulpiano (P. Ant. I, 22), conclui que o referido fragmento do Digesto apresentasse contraditório em relação a estes textos, tratando-se, portanto, de adulteração,<sup>15</sup> na medida em que entende que o jurista romano retro aduzido entenderia por *litem suam facere* a conduta indicada por Gaio.<sup>16</sup>

Aduz também existirem problemas no bojo do texto do Digesto, na medida em que, v.g., a expressão *lex* contida no fragmento parece não se referir a uma lei ou plebiscito, mas à ordem jurídica como um todo, emprego este que, no período clássico, não mostra próprio aos juristas.

12. *Litem* cit. (nota 8 supra), pp. 373 e segg.

13. A. D’Ors entende que o *iudex* que profere sentença além dos limites da fórmula não prolata decisão alguma, devendo esta ser equiparada a uma sentença nula.

14. D’Ors, *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 373.

15. Interessante notar que A. D’Ors chega a afirmar que os compiladores tomaram este texto de uma edição adulterada dos comentários ao edictum, de Ulpiano. Nesse sentido, cf. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 378.

16. O mesmo autor observa inclusive existir um erro na inscriptio do fragmento, pois, na verdade, o correcto seria o livro 23 ad. cd., não o 21 que versa acerca dos adpromissores. Nesse sentido, cf. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 377.

Por outro lado, a expressão *in fraudem legis* seria ambígua, na medida em que não resulta congruente com a exigência do *dolus malus* calcado nas motivações subjetivas indicadas (*vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes*), as quais parecem refletir melhor uma injustiça de fundo do que uma inobservância sub-reptícia de imperativos legais.

Desta maneira, na opinião de A. D’Ors, *litem suam facere* estaria relacionado ao descumprimento do dever primordial do *iudex*, que é o de dar uma sentença válida.

Ressalte-se ainda que se o juiz fugir aos limites da fórmula, faz a lide sua, na medida em que, segundo o autor retromencionado, haveria decisão nula, o que equivale à ausência de sentença.<sup>17</sup>

Quanto a este aspecto, interessante é a reflexão trazida por I. Cremades e J. Paricio.<sup>18</sup>

Segundo explicam, alguma confusão poderia surgir da análise do seguinte fragmento, onde se indica que tenha um juiz condenado a mais ou ao menos não poderá alterar sua sentença, pois “*male seu bene officio functus est*”:<sup>19</sup>

Ulp. 51 ad. Sab., D. 42, 1, 55:  
*Iudex posteaquam semel sententiam dixit, postea iudex esse desinit: et hoc iure utimur, ut iudex, qui semel vel pluris vel minoris condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit: semel enim male seu bene officio functus est.*

Ulp. 51 ad. Sab., D. 42, 1, 55: “O juiz, após proferir uma vez a sentença, deixa depois de ser o juiz. A lei que se observa é que uma vez tenha condenado a mais ou a menos, não possa corrigir a sua sentença; porque bem ou mal exerceu uma vez o seu ofício.”

De fato, em momento algum se afirma nesse texto a validade da decisão que contraria o teor da fórmula. Tão-somente assinala que a sentença fora dos limites da orientação pretoriana seria eficaz e que o juiz, bem ou mal, havia cumprido o seu dever.

17. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 372. No mesmo sentido, I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 183.

18. *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), pp. 183-4.

19. Tradução baseada em G. Vignali, *Corpo del Diritto*, Nápoles, Vicenzo Pezzuti, 1856, T. VI, p. 1.151 c em A. Watson, *The Digest of Justinian*, v. II, Philadelphia, Pennsylvania, 1998.

Não serve para afirmar a validade do julgamento que foge dos limites da fórmula.

Por outro lado, haveria uma exceção à regra. Se o juiz não ajustasse sua decisão à fórmula porque os litigantes acordaram, depois da *litiscontestatio*, em não respeitá-la, referida decisão seria dotada de validade, de sorte que, em consequência, não se poderia falar em responsabilidade do *iudex* por *litem suam facere*.

Nesse sentido:<sup>20</sup>

Iul. 5 dig., D. 5, 1, 74, 1: *Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.*

Iul. 5 dig., D. 5, 1, 74, 1: “O juiz, o qual foi ordenado julgar até uma certa quantia, pode pois julgar por coisa maior, se os litigantes acordarem.”

Outro ponto que merece destaque é a origem da expressão que denomina o instituto que se estuda no presente trabalho.

Em época mais antiga, a expressão faria referência à apropriação da coisa objeto do litígio. Era o caso, do juiz que, indevidamente, retinha o bem disputado pelas partes e ao qual lhe fora conferida a guarda (*iudex sequester*). Agia então como verdadeiro depositário infiel, sendo equiparado a um ladrão.

Nesse passo, embora as fontes não atestem esta hipótese, com a evolução do direito, a expressão *litem suam facere* teria adquirido um sentido figurado. Assim, o *iudex* que não profere a sentença torna seu o litígio, como se tivesse apropriado da coisa litigiosa.<sup>21</sup>

Finalmente, interessante notar que, segundo A. D’Ors, o conceito de *litem suam facere* sofreu alterações no período pós-clássico, exatamente pelo surgimento dos recursos contra a sentença.

Se antes a ação pretoriana fora criada para responsabilizar o *iudex* por ter proferido decisão nula ou ter deixado de prolatá-la no tempo devido, nesta fase mais tardia a ação pretoriana passou a corrigir as injustiças dos juízes, não sendo mais necessária uma ação privada para o juiz que não deu sentença, razão pela qual defende que o fragmento atribuído a Ulpiano trata-se de verdadeiro texto inserido pelos compiladores e não de simples interpolação.

20. Bascado em G. Vignali, *Corpo* cit. (nota 19 supra), T. II, p. 871 e em A. Watson, *The Digest of Justinian*, v. I, Philadelphia, Pennsylvania, 1998.

21. I. Cremades e J. Paricio, *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), pp. 185-6.

De qualquer maneira, embora muito haja o que se discutir a respeito do exato sentido do tema ora estudado, sobretudo no que toca às eventuais incorreções dos textos das fontes, afigura-se razoável considerar o instituto em ambos os significados trazidos.

Mesmo porque atualmente os estudiosos do Direito Romano, embora não desprezem por completo a existência de interpolações, tendem a considerar válidos, fidedignos e clássicos os textos trazidos até a presente época.<sup>22</sup>

Nesse sentido, pode-se citar a opinião de F. Lamberti,<sup>23</sup> que refuta a tese de A. D’Ors, defendendo a idéia de que o fragmento de Ulpiano somente teria sido modificado na explicação acerca do *dolus malus* inserida entre parênteses.

A autora, dessa maneira, discorda que tenha sido o texto totalmente modificado pelos compiladores, aduzindo que, em verdade, a hipótese ali delineada, mais do que definir o que seria *litem suam facere*, visava a explicar o fragmento anterior (Ulp. 21 ad ed., D. 5, 1, 15, pr.), onde Ulpiano trata do caso do *iudex filiusfamilias qui litem suam fecit*.<sup>24</sup>

Ademais, observa que o fragmento de Gaio em momento algum especifica o elemento subjetivo necessário à configuração da hipótese.

Assim, melhor tomar-se um conceito de *litem suam facere* mais genérico, envolvendo as duas hipóteses, de sorte a permitir uma visão ampla do problema.<sup>25</sup>

---

22. A respeito do problema das interpolações das fontes, cf. G. Pugliese, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990, pp. 182-4, segundo o qual, a partir de 1930, a pesquisa de interpolações e de outras alterações continuou a ocorrer, mas de forma cada vez menos significativa, a ponto de que, hoje, analisam-se os textos da compilação justinianea, bem como aquelas fontes pós-clássicas anteriores a Justiniano, com razoável confiança em sua capacidade de reconstruir o direito do período clássico. Outrossim, sobre o conceito de interpolação, v. A. Guarino, *Diritto Privato Romano*, 8ª ed., Napoli, Jovene Napoli, 1988, pp. 126-8.

23. *Riflessioni in tema di litem suam facere in Labeo* 36 (1990) 2, p. 249.

24. Nesse sentido, op.cit., nota 21, p. 250. E ainda: Ulp. 26 ad ed., D. 5, 1, 15 pr.: “*Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur; quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat*. (Se um filho de família juiz fizer a lide sua, será obrigado em tanta quantidade que então tiver em pecúlio, no momento que tiver dado a sentença.)

25. Observe-se que muitos autores na doutrina, ao tratarem do tema, adotam como conceito de *litem suam facere* a hipótese prevista no fragmento de Ulpiano criticado por A. D’Ors e I. Cremades e J. Paricio. Assim, v.g., A. Guarino, *Diritto* cit. (nota 22 supra), p. 884, a define como a ação dada contra o juiz que, dolo malo in fraudem legis, emitiu uma sentença injusta. No outro sentido, P. F. Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906, p. 635, segundo o qual, o juiz faz o processo seu não apenas quando prolata uma sentença ruim ou por negligência, mas também por ter faltado com o seu dever de uma maneira qualquer, como, v.g., deixou de apresentá-la no dia combinado para prolatar a sentença. Adotando ambos os sentidos, G. Pugliese, *Istituzioni* cit. (nota 22 supra), p. 609, que entende tratar-se da hipótese em que o juiz condenou a soma diversa da estabelecida pela fórmula, tenha julgado injustamente por inimizade, favor ou corrupção e tenha sido omissivo a julgar no termo prescrito, causando a extinção do processo.

Trata-se portanto de um quase-delito, dentro da classificação quadripartita de Justiniano, no qual o *iudex* deixa de prolatar a decisão no tempo devido ou a profere fora dos limites estabelecidos pela fórmula.

III. *Litem suam facere*: a. responsabilidade civil; b. tutela jurídica cabível; c. sanção aplicável.

III.a. Ao tratar da natureza da responsabilidade civil no caso de *litem suam facere*, a doutrina não se mostra pacífica, vislumbrando-se a existência de três correntes que trataram do tema.

Nesse sentido, conforme explica F. Lamberti,<sup>26</sup> a teoria que sustenta ser baseado o instituto *sub examen* em uma conduta dolosa do *iudex* aduz que, caso houvesse responsabilidade por *imprudencia* no período das *legis actiones* ou no formulário, a função judicial seria exercida com grande relutância, tendo sido altamente impopular. Desse modo, as hipóteses previstas nas Institutas de Gaio e no Papiro de Antinópolis (P. Ant. I, 22) demandariam, pelo menos a presença de um dolo presumido.

Um segundo setor da doutrina, orientou-se no sentido da responsabilidade culposa do *iudex* no final do período clássico. A *actio contra iudicem qui litem suam fecit* inicialmente teria sido utilizada para punir somente a hipótese de negligência processual, e apenas no final do período clássico, teria sido estendida para casos em que houvesse um comportamento fraudulento do *iudex*.

Verifica-se também um terceiro ramo da doutrina, a qual defende a responsabilidade objetiva do *iudex*, sendo esta, segundo F. Lamberti,<sup>27</sup> aceita por um maior número de autores. Tal explicação facilitaria a solução da controvérsia entre as definições de Gaio e de Ulpiano,<sup>28</sup> as quais seriam enumerações casuísticas das hipóteses de *litem suam facere*.

Esta última posição, ademais, mostra-se coerente se for levado em conta que o instituto analisado é classificado, no capítulo concernente às fontes de obrigação, como um quase-delito, o qual dispensa a existência de dolo para o surgimento da responsabilidade civil.<sup>29</sup>

---

26. *Riflessioni* cit. (nota 23 supra), pp. 245-8.

27. *Riflessioni* cit. (nota 23 supra), p. 247.

28. V. item II.b. supra.

29. Ao tratar das fontes de obrigação no Direito Romano, J. C. Morcira Alves, *Direito* cit. (nota 3

Nesse sentido:<sup>30</sup>

Inst. 4, 5 pr: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit*

Inst. 4, 5 pr.: “O juiz que fizer sua a demanda não se obriga propriamente por um delito; mas como também não está obrigado por um contrato, mas por certo se entende que prevaricou, embora por imprudência, é por isso considerado como responsável por um quase-delito: e sofrerá a pena que parecer equitativa à consciência do juiz.”

III.b. No que tange à ação cabível, a doutrina apresenta uma evolução de acordo com o período em que ocorresse o *litem suam facere*.

---

supra), pp. 32-6, explica que Gaio, em suas *Institutas* vislumbrou uma classificação bipartida. Nesse passo, toda obrigação nasceria de um contrato ou de um delito. Em seguida, em suas *aureorum Libri* (Gai. 2 *aur.* D. 44, 7, 1 pr.), ampliou a classificação, inserindo uma terceira categoria denominada de várias figuras de causas (*ex variis causarum figuris*). Os contratos seriam obrigações nascidas *re, verbis, litteris e consensus*. Os delitos seriam os quatro seguintes: *furtum, rapina, damnum iniuria datum e iniuria*. E na terceira classificação seriam inseridas aquelas que não decorreriam de acordo de vontades, tais como as que advêm da tutela e as do herdeiro com relação ao legatário. O próprio Gaio parece perceber a imperfeição de sua classificação, pois, referindo-se à repetição do pagamento indevido, ressalta que aquele que dá a coisa com a intenção de pagar, busca, na verdade, extinguir e não contrair um negócio (Gai. 3, 91). Observe-se ainda que Gaio apenas classifica como obrigações aquelas reconhecidas pelo *ius civile* e não as do *ius honorarium*, às quais os juristas clássicos denominavam de *actiones teneri* ou *debita*. Já nos *aureorum Libri* somente as obrigações decorrentes da vontade são classificadas como contratos. No que tange aos delitos, persistem os mesmos que são mencionados nas *Institutas*. Finalmente, nas várias figuras de causas são introduzidos os atos lícitos que não são bilaterais e que geram obrigações (v.g., gestão de negócios, tutela), bem como ilícitos que o *ius civile* não enquadrava na categoria de *delicta*, mas contra os quais o pretor concedia ação. Nas *Institutas* de Justiniano, diversamente, não se verifica a diferenciação entre obrigações e *actiones teneri* ou *debita*, tendo elas se fundido na denominação genérica *obligationes*. Diante disso, nos contratos, inseriam-se os acordos de vontade que geram obrigações; nos delitos as quatro figuras anteriormente mencionadas; nos quase-contratos os atos lícitos unilaterais dos quais resultam obrigações e, finalmente, nos quase-delitos, os ilícitos aos quais o pretor concedia ação na ausência de remédio específico no *ius civile*. Ainda segundo J. C. Moreira Alves, *Direito* cit. (nota 3 supra), pp. 34-5, existe divergência doutrinária no que tange à interpretação destas três classificações, embora não haja dúvidas no sentido de que elas resultaram de um processo de evolução. De acordo com a opinião dominante, sendo a classificação bipartida de Gaio incompleta, referido jurista numa obra destinada à prática (os *Rerum Cottidianarum Libri* ou *Aureorum*) tentou corrigir a deficiência, introduzindo a terceira categoria. Justiniano mais tarde, visando a aperfeiçoar a classificação, introduziu a quadripartição, inserindo as figuras dos quase-contratos e quase-delitos (estes últimos como sendo os ilícitos sancionados pelo pretor).

30. Trad. por A. Correia e G. Sciascia, *Manual* cit. (nota 11 supra), pp. 584-5.

Em época primitiva, consoante explicam I. Cremades e J. Paricio,<sup>31</sup> o testemunho mais antigo que se dispõe é o episódio narrado por Macrônio (*Saturnalia* 3, 16, 15 [2.12]) acerca dos juízes bêbados que, quase não se mantendo em pé, vão sentenciar.

Segundo aduzem, tal episódio teria ocorrido por volta do ano 161 a.C., ou seja, em época anterior à *Lex Aebutia*, ainda no período da *legis actiones*.

A doutrina, ao tratar do tema, aponta para esse período, três hipóteses prováveis de sanção:

a) ocorreria uma *translatio iudicii*, de sorte que a demanda continuaria correndo só que agora contra o juiz;

Segundo, A. D'Ors,<sup>32</sup> M. Voigt teve uma intuição acertada ao pensar em uma espécie de *translatio iudicii*, pela qual o *iudex qui litem suam fecit* era colocado na mesma posição do demandado, contra o qual o juízo havia caducado. De qualquer modo, entende haver sempre a dúvida de como a ação frustrada pela omissão do juiz podia dirigir-se contra ele em lugar do anterior demandado, pois não se conhece o regime da *translatio iudicii* na época das *legis actiones*.

b) o *iudex* seria multado (*multae dictio*) ou estaria o demandante frustrado autorizado a tomar algo do juiz que descumpriu o seu dever (*pignoris capio*);

I. Cremades e J. Paricio<sup>33</sup> entendem ser pouco provável que fosse o *iudex* multado, tendo em vista o limitado papel que o órgão jurisdicional desempenha em época antiga.

Quanto ao segundo, também seguem o mesmo raciocínio, apesar do incompleto testemunho de Gaio sobre a *legis actio per pignoris capionem*. A suposição de uma sanção semelhante contra os juízes deve-se a que em relação ao *arbiter ex compromisso*, parece seguir-se em época clássica, um regime parecido, e nos árbitros compromissários talvez poderia sobrevir de alguma maneira o mesmo sistema dos juízes primitivos.

c) caberia contra o *iudex qui litem suam fecit* a *manus iniectio*.<sup>34</sup>

Mas isso, segundo alerta D'Ors,<sup>35</sup> pressuporia uma *manus iniectio pro*

31. *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 187.

32. *Litem* cit. (nota 8 supra), pp. 380-1,

33. *La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), pp. 187-8.

34. I. Cremades e J. Paricio, *La reponsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 188, sustentam ser esta a hipótese mais provável, citando como reforço de argumentação as *Institutas* de Gaio (Gai. 4, 26-29). Como muitas leis deram a *manus iniectio* em muitos casos, seria factível supor que alguma lei a teria concedido contra o *iudex qui litem suam fecit*.

35. *Litem* cit. (nota 8 supra), p. 380.



*iudicato*, já que precisamente se dava quando, por omissão do juiz que deveria ter sentenciado, não havia uma condenação judicial e tampouco esta conjectura nos aclara o ulterior regime clássico, no qual não se trata de uma *actio iudicati*, senão uma ação pretoriana especialmente criada para o suposto de omissão de sentença.

De qualquer maneira, conforme acentua o autor retro aduzido e também P. F. Girard<sup>36</sup> existe grande dificuldade para se determinar como era reprimida a atitude do *iudex* antes do advento da tutela pretoriana. De fato, quanto mais se retorna à fase primitiva, mais escassas são as fontes jurídicas que permitiriam o conhecimento exato do tratamento dado ao instituto.

Já no período clássico, o pretor concedeu uma *actio in factum*<sup>37</sup> *in bonum et aequum concepta*<sup>38</sup> para o caso vertente, a qual permitiria a graduação da pena de acordo com as circunstâncias.<sup>39</sup>

Ademais, consoante observava Gaio:<sup>40</sup>

Gai. 3 *rer. cott.*, D. 50, 13, 6: “*Si iudex litem*

Gai. 3 *rer. cott.*, D. 50, 13, 6: “*Se*

36. Manuel cit. (nota 23 supra), p. 635, n. 4.

37. Nesse sentido, E. Valiño, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias in AHDE* 38. (1968), p. 463. Por outro lado, ao tratar da classificação das ações no direito romano, P. Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9ª ed., Milão, Dott. Francesco Vallardi, 1932, pp. 112-3, explica que as *actiones in factum* eram aquelas que se basciam não em relações conhecidas e qualificadas, mas em fato novo, que não possui uma configuração e denominação própria e tampouco é reconhecida ou resumida em algum modo no *ius civile*. Por isso, costumam ser designadas pelo fato que lhes deu origem. Além disso a expressão *in factum* também era empregada em um outro sentido, mais estrito, significando as ações que o Pretor concedia a cada vez para circunstâncias especiais em contradição com as ações civis e pretorianas garantidas pelo Edito Perpetuo. A. Burdese, *Manuale di Diritto Romano*, Turim, Unione Tipografico, 1964, p. 115, observa que se tratava do campo de atuação precípua da atividade pretoriana. Nestas a *intentio* relativa à fórmula (*in factum conceptae*) prescindindo de qualquer relação com a fórmula de ações civis, contém a direta descrição das circunstâncias de fato, cuja existência é pressuposto para a *condemnatio*.

38. As ações *in bonum et aequum concepta* são aquelas nas quais tem o juiz a faculdade de valorar a condenação na quantia que parecer justa. Referem-se a uma categoria de ações obrigacionais em que, não existindo uma relação rigorosamente determinada pela lei ou pela fórmula do pretor, o *iudex* podia e devia buscar *ex bona fide* o quanto fosse devido às partes. A estas se opunham as *actiones stricti iudicis*. A distinção repousa na maior ou menor margem de arbítrio permitido ao julgador. Observe-se ainda que nos *iudicia bonae fidei* mesmo que a parte não opusesse a *exceptio doli*, o *iudex* poderia considerá-lo na fase *apud iudicem* muito embora não estivesse inscrita na fórmula. Nesse sentido, cf. P. Bonfante, *Istituzioni* cit. (nota 37 supra), pp. 109-11

39. Nesse sentido, cf. E. Cuq, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, Plon-Nourrit, 1917, pp. 589-90.

40. Vide ainda *Inst.* 4, 5 pr e Gai. 3 *aur.*, D. 44, 7, 5, 4.

*suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.”*

*o juiz fizer a lide sua, não parece obrigado propriamente por delito, mas porque não foi obrigado por contrato e se compreende que cometeu delito, ainda que por imprudência, por isso parece ser obrigado quase por delito com a ação in factum e sofrerá a pena em quanto parecer justo, para esta coisa, à consciência do juiz.”*

III.c. A sanção cominada seria *in id quod aequum iudici videbitur*.<sup>41</sup>

Desse modo, o pretor estaria livre para, de acordo com as contingências de cada caso concreto, aplicar a pena pecuniária cabível, sendo certo que, nos casos mais graves, em que houvesse *dolo malo in fraudem legis*, a condenação poderia atingir o valor da lide (*vera aestimatio litis*), sem prejuízo ainda da sanção criminal cabível.<sup>42</sup>

#### IV. Conclusão

Em que pesem as discussões doutrinárias no que toca ao tema em estudo, as quais aliás não são poucas, consoante observa E. Cuq,<sup>43</sup> desde a Lei das XII Tábuas, o juiz que não cumprisse com o seu dever fazia o processo seu.

Assim, v.g., se não se apresentava no fórum no dia e hora fixados pelo pretor sem se justificar ou obter um prazo (*vacatio*) ou se ele não prolatasse a sua decisão nos limites fixados pela fórmula.

Nesses casos, o juiz fazia a lide sua e, portanto, deveria suportar os riscos do processo, podendo ser condenado a ressarcir o demandante até o valor da lide.

Tendo em vista a rigidez da Lei das XII Tábuas, o Pretor concedeu uma *actio in factum* a qual permitiu graduar a pena em razão das circunstâncias dos casos.

41. Nesse sentido, A. Guarino, *Diritto* cit. (nota 22 supra), pp. 884.

42. Cf. E. Cuq, *Manuel* cit. (nota 39 supra).

43. Id. *Ibid.* (nota 42 supra).<sup>1</sup>

Esta ação pretoriana era intransmissível<sup>44</sup> aos herdeiros do *iudex* e, caso este fosse *filiusfamilias* somente estaria obrigado até o valor de seu pecúlio, quantia esta calculada com base no dia em que praticou o quase-delito.

Desse modo, seria colocado na posição em que se encontrava o demandado, respondendo até o limite do valor da pleiteado pelo autor da ação.

São Paulo, julho de 2001.

---

44. Quanto a este aspecto, afigura-se de rigor mencionar a divergência entre Ulpiano e Juliano. Este defendia que a ação *sub examen* era, ao revés, transmissível aos herdeiros. Nesse sentido: Ulp. 5 ad ed., D. 5, 1, 16: *Julianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis notata est.* (Juliano, por outro lado, supõe competir ação contra o herdeiro do juiz que fez a lide sua: cuja sentença não é verdadeira e foi reprovada por muitos). A doutrina diverge acerca do porquê das interpretações diversas apresentadas pelos juristas. Assim, v.g., A. D’Ors, após realizar um estudo paralelo da hipótese do Magistrado que se descuida do dever de exigir caução do tutor, hipótese em que também existe divergência entre os juristas romanos retromencionados, (Litem cit. (nota 8 supra), p. 384-7), conclui que a posição de Juliano representaria opinião proferida antes da publicação Edito que conferiu a ação *in factum* para o caso. I. Cremades e J. Paricio (*La responsabilidad* cit. (nota 4 supra), p. 195), a seu turno, após analisarem as situações retro aduzidas, entendem que, embora seja a divergência decorrente de fatores temporais, a opinião de Juliano, a seu ver, estaria calcada nas contingências do *Ordo privatorum iudiciorum*, o qual não permitia a interposição de recurso para a correção da decisão nula. Assim, a opinião de Ulpiano, o qual pugna pela intransmissibilidade da ação *sub examen*, estaria relacionada à existência, já numa fase posterior (*extraordinaria cognitio*), de meios aptos a ensejarem a reforma da decisão guercrada (*appellatio* e *supplicatio*). Desse modo, até Juliano, a ação seria passivamente transmissível.

## V. Bibliografia

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed., Napoli, Jovene, 1984.

AZEVEDO, Luiz Carlos de, e TUCCI, José Rogério Cruz e, *Lições de História do Processo Civil Romano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996.

BONFANTE, Pietro, *Istituzioni di Diritto Romano*, 9ª ed., Milano, Francesco Vallardi, 1932.

BURDESE, Alberto, *Manuale di Diritto Romano*, Torino, Unione Tipografico, 1964.

CERVENCA, Giuliano, *Restitutio in integrum* in *NNDI - Novissimo Digesto Italiano*, 3ª ed., Torino, Unione Tipografico, 1957, tomo XV, pp. 740-4.

CORREIA, Alexandre, e SCIASCIA, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, v. II, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1955.

CREMADES, Ignacio, e PARICIO, Javier, *La responsabilidad del juez en el Derecho Romano clasico* in *AHDE - Anuario de Historia del Derecho Español* 54 (1984), pp. 179-208.

CUQ, Edouard, *Manuel des Institutions Juridiques des Romains*, Paris, Plon-Nourrit, 1917.

D'ORS, Alvaro, *Litem suam facere* in *SDHI - Studia et Documenta Historiae et Iuris* 48 (1982), pp. 368-94.

GIRARD, Paul Frédéric, *Manuel Elémentaire de Droit Romain*, 4ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906.

GUARINO, Antonio, *Diritto Privato Romano*, 8ª ed., Napoli, Jovene Napoli, 1988.

LAMBERTI, Francesca, *Riflessioni in tema di litem suam facere* in *Labeo - Rassegna di Diritto Romano* 36 (1990) 2, pp. 218-66.

MOREIRA ALVES, José Carlos, *Direito Romano*, v. I, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

IDEM, *Direito Romano*, v. II, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995

PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di Diritto Romano*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1990.

VALIÑO, Emilio, *Las relaciones básicas de las acciones adjecticias* in *AHDE - Anuario de Historia del Derecho Español* 38 (1968), pp. 377-480.

VIGNALI, Giovanni, *Corpo del Diritto*, Napoli, Vincenzo Pezzuti, 1856, Tomos II e VI.

# **DIREITO CIVIL**



# ATIVIDADE AGRÁRIA

*Fabio Maria De-Mattia*

Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

A atividade agrária está contida no âmbito da matéria civil, idéia adotada de forma consensual pela melhor corrente doutrinária. Para a compreensão da atividade produtiva no setor agrário impõe-se sejam estudadas as causas da evolução de seus institutos. A atividade agrária exercida pelo núcleo familiar caracteriza um organismo unitário produtivo. O estudo da atividade agrária compreende três fases principais no ciclo produtivo da agricultura. Trata-se da fase da produção propriamente dita e por suas atividades conexas, estas serão de transformação e de alienação de produtos. O estudo da perspectiva objetiva da atividade agrária corresponde à classificação propriamente dita da atividade agrária. Um exemplo deste trabalho de qualificação é a Súmula n. 196 do Supremo Tribunal Federal. Existem três espécies fundamentais de atividades nas formas organizadas mais elementares da agricultura dirigidas à produção, à transformação e à troca. A determinação do que se insere no âmbito da atividade agrária exige observar aquilo em que normalmente atua quem se denomina agricultor, em determinado período histórico e numa determinada forma. A atividade agrária é gênero, seriam suas espécies a atividade agrária de produção, a atividade agrária de conservação dos recursos naturais renováveis e a atividade agrária de experimentação e pesquisa no resumo de Raymundo Laranjeira. A classificação das atividades agrárias estabelece-se a partir de uma enumeração exemplificativa e não-taxativa.

## Abstract:

The agrarian activity is contained in the scope of the civil substance, adopted idea of consensual form for the best doctrinaire current. For the understanding of the productive activity in the agrarian sector it is imposed to studied the causes of the evolution of its institutes. The agrarian activity exerted by the familiar core characterizes a productive unitary organism. The study of the agrarian activity understands three main phases in the productive cycle of agriculture. One is about the phase of the production properly said and for its connected activities,

these will be of hashing and alienation of products. The study of the objective perspective of the agrarian activity corresponds to the sorting properly said of the agrarian activity. An example of this work of qualification is Abridgement n. 196 of the Supreme Federal Court. Three basic species of activities is directed in the organized forms more elementary of agriculture to the production, the hashing and the swap exist. The determination of that if it inserts in the scope of the agrarian activity demands to observe to that where normally who acts if agriculturist calls, in definitive historical period and one determined form. The agrarian activity is sort, would be its species the agrarian activity of production, the agrarian activity of conservation of the natural features you renewed and the agrarian activity of experimentation and research in the summary of Raymundo Laranjeira. The sorting of the agrarian activities is established from an exemplifying and not-taxing enumeration

**Unitermos:** agricultura; atividade agrária de produção, de conservação dos recursos naturais

A atividade agrária está contida no âmbito da matéria civil, idéia adotada de forma consensual pela melhor corrente doutrinária. Para a compreensão da atividade produtiva no setor agrário impõe-se sejam estudadas as causas da evolução de seus institutos.

A atividade agrária exercida pelo núcleo familiar caracteriza um organismo unitário produtivo. O estudo da atividade agrária compreende três fases principais no ciclo produtivo da agricultura. Trata-se da fase da produção propriamente dita e-por suas atividades conexas, estas serão de transformação e de alienação de produtos. O estudo da perspectiva objetiva da atividade agrária corresponde à classificação propriamente dita da atividade agrária. Um exemplo deste trabalho de qualificação é a Súmula n. 196 do Supremo Tribunal Federal. Existem três espécies fundamentais de atividades nas formas organizadas mais elementares da agricultura dirigidas à produção, à transformação e à troca. A determinação do que se insere no âmbito da atividade agrária exige observar aquilo em que normalmente atua quem se denomina agricultor, em um período histórico e numa determinada forma. A atividade agrária é gênero, seriam suas espécies a atividade agrária de produção, a atividade agrária de conservação dos recursos naturais renováveis e a atividade agrária de experimentação e pesquisa no resumo de Raymundo Laranjeira.



A classificação das atividades agrárias estabelece-se a partir de uma enumeração exemplificativa e não-taxativa.

Quando nos dedicamos, neste campo da Ciência do Direito, ao estudo da chamada *atividade agrária*, cumpre que se tenha presente uma premissa básica, qual seja aquela que impõe considerar o ser humano tal como órgão produtivo na medida em que sua atividade fundamental, o trabalho, é o instrumento com o qual se torna possível obter uma produção sempre maior de bens. O órgão (do radical *erg* = fazer), assim considerado, não é, pois, apenas um meio de agir, um instrumento para fazer alguma coisa, não é apenas a engrenagem de uma máquina.

A organização da vida social não se esclarece na criação de um grande organismo produtivo, mas, principalmente, na instauração de relações humanas de cooperação e de colaboração, tomadas necessárias na vida em sociedade. Apenas através do desenvolvimento ordenado de tais relações é que esta vida em sociedade poderá progredir, na realização de fins que transcendam os interesses de cada um e aprofundando as raízes no seu comportamento prático, dos indivíduos, em suas necessidades materiais e espirituais.<sup>1</sup>

A idéia de organização, presente nas principais atividades do homem, demonstra também a sua importância, quando se estudam aqueles problemas fundamentais concernentes aos usos agrícolas do solo e às atividades que lhes são conexas.

Buscando a sua localização no universo do ordenamento jurídico, verificamos que a atividade agrária está contida no âmbito da matéria civil, idéia adotada de forma consensual pela melhor corrente doutrinária.<sup>2</sup>

Constitui-se, pois, em atividade diversa daquela considerada comercial em sentido amplo, uma vez que as duas atividades apresentam características realmente distintas, apuradas no diverso desenvolvimento do ciclo produtivo de cada uma, na distinta relação entre investimentos imobiliários e mobiliários ou, ainda, nas disposições diferenciadas relativas ao funcionamento do crédito.<sup>3</sup>

Para que possa ser bem compreendida, a atividade produtiva no setor agrário, necessita sejam estudadas as causas da evolução dos seus institutos, o

---

1. Palermo, Antonio. *Diritto Agrario*, Roma: Casa Editrice Stamperia Nazionale, 1961, p. 61.

2. Megret, Jean. "*Droit Agraire*", 1ª ed., Paris: Librairies Techniques, 1976, t. 1, p. 4 e ss.

3. De Simone, Mario. "Lincamenti di Diritto Agrario" (parte generale), Napoli: Pallerano del Gaudio – Editori, 1970, p. 85.

dinamismo que lhes determinou renovação incessante. Tais fatos, assim considerados, acabam por obrigar o estudioso da matéria a se valer de uma necessária referência histórica relativa à organização social e individual das relações que dizem respeito a estes institutos.

Para Alfredo Palermo, uma vez reconhecida esta realidade, ficam configurados três problemas fundamentais referentes a atividade agrária: I - o estudo da função e posição que devem ser reconhecidas aos sujeitos de direito (individuais e coletivos), que participam de tais atividades; II - o estudo da função e disciplina do objeto de tal atividade (o solo produtivo), as quais devem ser consideradas, seja no ponto de vista estritamente econômico da produção, seja do ponto de vista político-social e, pois, também, no jurídico; III - a organização dos meios necessários para desenvolver proficuamente tais atividades, entre as quais devem estar compreendidos sejam os meios materiais (instrumentais, mecânicos), sejam os meios humanos, as atividades laborativas, consideradas sob o ponto de vista da sua eficiência.

Fixados estes pontos, Antonio Palermo conduz a sua reflexão através de uma diretriz específica, a qual adotaremos também, na medida em que a nós parece ser a mais aprofundada na avaliação de estrutura da atividade agrária e de sua classificação.<sup>4</sup>

Esta diretriz se consubstancia na determinação dos termos genéricos destes problemas fundamentais, com base em elementos ofertados pela experiência. Isto permite a compreensão não apenas dos aspectos constitucionais da organização e do ordenamento das atividades agrícolas, os quais dizem respeito às estruturas orgânico-funcionais do ordenamento, mas, principalmente, que se entenda a natureza diversa dos atos criados pelos sujeitos de direito (individuais e coletivos) quanto ao desenvolvimento concreto das relações, ao dinamismo incessante da realidade social, e à evolução das estruturas e dos institutos, sempre na busca de sua adaptação às condições mutáveis da consciência coletiva encontrada no plano político jurídico.<sup>5</sup>

#### *A Sujeitos individuais e coletivos*

O primeiro problema concerne à posição que deve ser reconhecida aos sujeitos (individuais e coletivos), que participam da atividade agrícola.

---

4. Palermo, Antonio. Op. cit. p. 62.

5. Id., *ibid.* op. cit. p. 62.

Para isto é fundamental a noção de *agricultor*.

Em sentido técnico impõe-se precisar que a noção de agricultor tem um significado mais restrito do que a ampla noção de trabalhador agrícola. Trabalhador agrícola é qualquer pessoa que desenvolva atividade de trabalho no setor agrícola.

Segundo Jean Megret, somente deve ser considerado como agricultor aquele que, de uma parte, pratique a cultura da terra com o objetivo de obter uma produção vegetal ou então para alimentar seus animais com os produtos colhidos, o que sempre será feito no sentido da obtenção de lucro.<sup>6</sup>

Em sentido mais específico, por agricultor deve-se entender, numa visão corrente, aquele que profissionalmente dedica a sua capacidade e atividade de trabalho ao cultivo do solo para obter os produtos destinados ao consumo e à transformação, para seu uso próprio ou para serem objeto de troca. A definição ressalta o fim essencial a que o sujeito de direito se propõe ao exercitar a atividade agrícola.<sup>7</sup>

As noções de agricultor e de cultivador direto são distintas da noção de trabalhador agrícola subordinado.

A categoria genérica de *trabalhador agrícola*, dessa forma, compreende não apenas (1) todos os sujeitos de direito que desenvolvem a sua atividade de forma autônoma (trabalho exclusivamente individual), mas, também, (2) todos aqueles que exercem sua atividade nas dependências de outrem, com vínculo de subordinação, inserindo-se em um organismo coletivo - em uma empresa de cuja titularidade são estranhos (trabalho subordinado), ou (3), associando-se a outro sujeito de direito, em bases paritárias (trabalho associado, de cooperação).<sup>8</sup>

O conceito de ruralidade serve para caracterizar, genericamente, a categoria agrícola, partindo de uma acepção primitiva que compreende todos aqueles entregues às principais operações do cultivo do solo e da criação de animais, conceito esse que assumiu, com o progresso da agricultura, um significado cada vez mais vasto.<sup>9</sup>

Voltando, ao conceito de agricultor, verificamos que os seus elementos podem ser focalizados sob um tríplice ponto de vista: a. subjetivo; b. objetivo; e c. teleológico.

---

6. Megret, Jean. Op. cit. p. 5.

7. Palermo, Antonio. Op. cit. p. 62 e 63.

8. Id., *ibid.* op. cit. p. 62.

9. Id., *ibid.* op. cit. p. 63. O ilustre especialista cita, neste particular, a criação de gado, concepção que foi se alargando para alcançar outras categorias, como se verá.

Procurando desenvolver, neste capítulo, o aspecto subjetivo do conceito, verificamos que é importante abordar a noção de profissionalidade, que pode ser entendida no sentido de atividade que o indivíduo escolheu como sua *atividade ordinária e contínua no mais das vezes com o escopo de sustento* (apesar deste não ser a rigor um pressuposto essencial) mas, sobretudo, a serviço das necessidades gerais.<sup>10</sup>

O conceito de profissionalidade abrange aquela particular posição concernente a quem desenvolve atividade econômica produtiva e é relativa apenas aos que participem, ainda que em situação de subordinação ou àqueles que atuam com dedicação normal, continuada, habitual e sistemática com energias laborativas, em exercício da empresa alheia.<sup>11</sup>

O próprio empresário das pequenas e médias empresas, dirigidas individual e pessoalmente deverá também ser considerado como um trabalhador e, como tal, merecedor de assistência sob o plano previdenciário.

Componente da noção de agricultor é também aquele que exerce a atividade agrícola por conta própria, o que implica em sua assunção dos riscos provenientes de sua atuação.

A atividade deste tipo de agricultor se caracteriza, sobretudo, pela autonomia que usufrui no exercício de sua capacidade profissional, a qual se revela no poder de organização técnica dos meios de produção, no poder de direção, de lucrar para si, etc.<sup>12</sup>

Por outro aspecto, surgem as relações por efeito das quais o agricultor é investido no uso agrícola do solo, pois, a terra se associa, naturalmente, ao trabalho.

O proprietário não-cultivador não se enquadra, pois, no *status* de agricultor, uma vez que tal condição resulta basicamente por-não caracterizar este no exercício de atividade agrícola, ainda que de diversos modos se possa conceder o uso da terra e que igualmente sejam variadas as formas de relações entre os elementos subjetivos e objetivos que se podem criar nos regimes que reconhecem a autonomia privada e a livre iniciativa.<sup>13</sup>

Em seguida, verificamos que um outro instituto que se enquadra como

---

10. Id., *ibid.* op. cit. p. 63. Neste sentido o autor cita as lições de Lodovico Barassi, Francesco Santoro-Passarelli e Paolo Greco, todas em obras especializadas em Direito do Trabalho.

11. Id., *ibid.* op. cit. p. 64.

12. Id., *ibid.* op. cit. p. 64 e 65.

13. Id., *ibid.* op. cit. p. 65.

sujeito de atividade agrária é a comunhão tácita familiar delineada por se estabelecer entre os membros de uma família, indivíduos que vivem em comunhão não apenas de teto e mesa, mas também de trabalho e de interesses (e, portanto, de lucros e perdas), conservando indiviso o patrimônio comum, sem obrigação de prestação recíproca de contas.

Neste caso, seu elemento diferenciador é a formação espontânea da relação, determinada sem acordo expresso e fundamentada na  *affectio familiaris*, mais dirigida ao fim de manter a recíproca assistência familiar ou espiritual dos componentes que a de aumentar os haveres, enquanto que na sociedade prevalecem a  *affectio societatis* e o fim especulativo.<sup>14</sup>

Daí se ter considerado que, para a existência da comunhão tácita familiar, não é indispensável a existência originária de um patrimônio familiar comum, sendo suficiente na determinação o surgimento da relação particular, tanto um patrimônio comum, proveniente de título diverso daquele hereditário, quanto uma atividade comum de trabalho, cujos lucros confluem na formação de um pecúlio vantajoso, destinado individualmente às necessidades da família e a eventual aquisição de bens no interesse do consórcio familiar.<sup>15</sup>

O núcleo familiar que se centraliza em torno da figura do agricultor assume, inclusive, uma importância particular na disciplina jurídica do arrendamento e da parceria. Este núcleo familiar atua, desta forma, como um organismo unitário produtivo.

Portanto, quanto à qualificação do agricultor, deve-se afirmar que o elemento profissionalizante se configura para o trabalhador agrícola, quando este desenvolve sua atividade em posição de autonomia plena, também por efeito dos particulares vínculos contratuais assumidos para obter a disponibilidade do fundo.<sup>16</sup>

Contudo, podem ser verificadas formas mais amplas de organização da agricultura por efeito do fenômeno associativo, que dá lugar às diversas figuras de cooperativas agrárias.<sup>17</sup>

As cooperativas que interessam à atividade agrária podem ser de várias espécies: cooperativa constituída com escopo de empréstimo para o exercício de uma

---

14. Id., *ibid.* op. cit. p. 69.

15. Id., *ibid.* op. cit. p. 69.

16. Id., *ibid.* op. cit. p. 72.

17. Id., *ibid.* op. cit. pp. 72 e 73.

empresa; cooperativa de produção e trabalho; cooperativa para o exercício de empresas agrícolas; cooperativa para o uso e transformação industrial de produtos; cooperativa de consumo, venda e organização de produção; e cooperativa de seguro.

O consórcio real, por sua vez é uma forma de organização que tem grande importância em agricultura, constituindo-se entre vários proprietários de terras que se agregam, não para exercer em comum uma atividade econômica com escopo de lucro, mas para a execução e exercício de obras materialmente incorporadas nos objetivos do grupo; não são empresas agrárias, nem têm o requisito da comercialidade.<sup>18</sup>

Nos contratos agrários, onde existem relações associativas há cooperação econômica, que por ser tutelada e disciplinada pela lei é também jurídica, verificando-se o escopo de alcançar um resultado produtivo útil.

Os contratos agrários revelam haver, assim, o deslocamento da fase dinâmica da produção agrícola de um sujeito para outro.

Por fim, cumpre destacar, também, que nada impede que certos produtos agrícolas não provenham de uma atividade que, sendo certamente agrícola, não seja qualificada como empresa.

Alfredo Massart explica, neste sentido, que é pacífico em doutrina que com a enumeração analítica o legislador quis evitar a incerteza de que qualquer atividade agrícola pudesse, por uma interpretação errada da norma, ser considerada como empresa comercial e, por conseguinte, ser submetida à disciplina desta. Não se podia prever, contudo, sequer hipoteticamente, a existência de empresas calcadas sobre formas particulares de cultivo de vegetais (por exemplo, hidropônicos, etc.) ou sobre certas técnicas de criação como praticadas hoje.<sup>19</sup>

Paola Ercoli, dedica estudo à análise dos sujeitos empresários agrícolas, inclusive sob o aspecto comunitário, e anota a inserção do art. 230 *bis*, do Código Civil italiano que criou a figura duvidosa da empresa familiar.<sup>20</sup>

Para concluir, verifica-se que, embora não haja no Direito pátrio uma definição normativa expressa da atividade agrária, tal como existe no Código Civil

---

18. Id., *ibid.* op. cit. p. 72 c 74.

19. Massart, Alfredo. "Síntesis de Derecho Agrario", 1ª edição, San José, Costa Rica: Editorial Sapientia – Ediciones Guayacón, 1991, p.33.

20. Ercoli, Paola. *Los sujetos empresarios del sector agrícola (Evolución hacia nuevas formas de las figuras económico - jurídicas)*, cm Alfredo Massart, *Síntesis de Derecho Agrario*, op. cit. pp. 177 c 179.

italiano, através do seu art. 2.135,<sup>21</sup> será sempre possível ao intérprete ou ao estudioso da matéria classificar uma atividade como agrária, com base no que indicarem os diplomas legais existentes naquele ordenamento jurídico.

Ainda que não exista no Direito brasileiro uma enunciação objetiva do que possa ser ou não considerada como atividade agrária, o art. 92 da Lei n. 4.504, de 1964, o chamado *Estatuto da Terra*, determina, quando trata do uso ou posse *temporária da terra*, que: “a posse ou uso temporário da terra serão exercidos em virtude de contrato expresso ou tácito, exercido entre o proprietário e os que nela exercem atividade agrícola ou pecuária, sob a forma de arrendamento rural, de parceria agrícola, agroindustrial ou extrativa, nos termos da lei” Tal dispositivo legal localiza-se na Seção I, sob o título *Normas Gerais*, do Capítulo IV, em cujas seções II e III estão regulados os contratos de arrendamento rural e parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa.

Carlos Vattier Fuenzalida atesta, com propriedade, que a inorganicidade formal das normas de Direito Agrário torna mais claro e palpável o fato de não haver formulado ainda um conceito unitário de agricultura, mas tão-somente a referência genérica de três subsetores da economia agrária que possuem uma tipicidade social mais definida historicamente. Estes são, com efeito, a atividade agrária, pecuária e atividade florestal.

Vattier Fuenzalida conclui que o estudo da atividade agrária compreende, também, três fases principais no ciclo produtivo da agricultura, representadas pela fase da produção propriamente dita e por suas atividades conexas, de transformação e alienação dos produtos.<sup>22</sup>

Na lição de Mario Longo, tais fases delimitam, pois, categorias distintas de atividades agrárias, a primeira destas categorias, contendo aquelas que seriam as *atividades diretamente agrárias*, onde estão compreendidas todas aquelas atividades empresariais que a lei especificamente considera como, por si mesmas, direta e necessariamente agrárias (agricultura e pecuária, por exemplo).

---

21. O art. 2.135 do Código Civil italiano dispõe: É empresário agrícola quem exercita uma atividade dirigida ao cultivo do fundo, à criação de gado e às atividades conexas. Entende-se conexas as atividades dirigidas à transformação ou alicenação de produtos agrícolas, quando entram no exercício normal de agricultura.

22. Fuenzalida, Carlos Vattier. *Concepto y tipos de empresa agraria en el derecho español*, 1. ed., Leon: Editora do Colegio Universitario de Leon: 1978, p. 100 e ss.

23. Longo, Mario. *Profili di Diritto Agrario*, 1. ed., Torino, G. Giappichelli, 1951, p. 180 e ss.

A segunda categoria, que Bassanelli chama de *atividades agrárias por relação*, abrangeria, ao contrário, todas aquelas atividades que não são, em princípio, agrárias, mas que se transformam nestas quando se acham em uma particular relação com uma atividade da primeira categoria (a comercialização e transformação dos produtos agrícolas, por exemplo).<sup>23</sup>

### B. Classificação das Atividades Agrárias

Já ressaltamos, no capítulo anterior, que o conceito de agricultura pode ser analisado sob três ângulos: o subjetivo, o objetivo e o teleológico. Estudada a perspectiva subjetiva passemos então à análise do seu elemento objetivo, que corresponde à classificação propriamente dita da atividade agrária.

Inicialmente, é necessário que se tenha em mente, como pressuposto desta classificação, o sentido que a terra assume para os agricultores, tal como um bem de produção e um instrumento de trabalho. Assim, devem ser determinadas regras estáveis e sistemáticas, capazes de alcançar a clara identificação do que realmente sejam estas atividades agrárias, no intuito, principalmente, de garantir aos agricultores a possibilidade do exercício normal de sua profissão.<sup>24</sup>

Reconhecendo este pressuposto como verdadeiro, Antonio Palermo continua o seu fundamental estudo da classificação das atividades agrárias asseverando, com razão, que a investigação relativa à função e à posição dos sujeitos (individuais e coletivos), participantes do uso agrícola da terra, deve ser completada com a indicação dos diversos tipos de atividades próprias da agricultura.<sup>25</sup>

De fato, o problema maior, colocado pelas ciências econômicas, diz respeito, em essência, à relação entre dois conceitos, os de *natureza* e de *organização*, idéias que deverão ser consideradas a partir de seus significados específicos.

Por *natureza*, entende-se o complexo sistema de elementos e de forças naturais que agem numa relação de cooperação, de antagonismo e de influência recíprocas, determinando a formação, o desenvolvimento ou a perda dos produtos do solo.

Por *organização* entende-se a aplicação racional e ordenada, feita conforme métodos e técnicas próprias da ciência das culturas agrícolas, das forças humanas e de trabalho (manual e intelectual), destinadas a favorecer a produção agrícola e a utilização e transformação dos produtos.<sup>26</sup>

---

24. Malézioux, Raymond. *Droit Rural*, 1. ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 21 e ss.

25. Palermo, Antonio. Op. cit. p. 79.

26. Id., *ibid.* op. cit. 79.



Com base nestas noções básicas é possível formular as características que qualifiquem uma determinada atividade como agrária, ainda que, por vezes, o enunciado de uma definição expressa não tenha sido objeto de preocupação de alguns ordenamentos jurídicos (tais como o brasileiro e o francês), devendo então se valer o intérprete daqueles diplomas legais e dispersos que regulam situações agrárias sem a sistemática de um código.<sup>27</sup>

Um exemplo deste trabalho de qualificação é, dentre as situações verificadas no Direito pátrio, a Súmula n. 196 do Supremo Tribunal Federal, a qual desconsidera os reflexos da ocorrência de uma atividade, agrária, quando dispõe sobre a condição atribuída ao empregado de empresa industrial ou comercial, o qual ainda que reconhecidamente venha a exercer qualquer atividade agrária, terá a sua classificação profissional determinada pela mera verificação da categoria do seu empregador.<sup>28</sup>

Por outro lado, a classificação das atividades condiciona-se por outra circunstância específica, qual seja a referente aos limites naturais que são impostos à produtividade do solo, além dos quais qualquer gasto de energia de trabalho e capitais resultaria antieconômico.

Verifica-se facilmente, portanto, a preponderância deste fator natural, com relação ao qual as forças humanas devem se adaptar, reconhecida a relação de estreita interdependência entre um elemento e outro.<sup>29</sup>

Esta dependência das condições climáticas e das leis biológicas de produção determina o caráter aleatório desta atividade, consequência também de sua referida e intensa vinculação com a terra.<sup>30</sup>

Tal elemento natural assume, destarte, uma função de importância no plano institucional, ao determinar quais as formas mais adequadas de relações e de instrumentos contratuais necessários para o desenvolvimento dinâmico das próprias relações. Certo é, pois, que erraria quem quisesse sustentar a possibilidade de reformas legislativas dos institutos de Direito Agrário, prescindindo das considerações sobre as condições naturais.<sup>31</sup>

---

27. Megret, Jean. *Droit de l'exploitation agricole*, 12. ed., Paris: Lavoisier, 1990, p. 11 e ss.

28. Alcmeida, Paulo Guilhermc. *Temas de Direito Agrário*, 1. ed., São Paulo: LTr, 1988, p. 103.

29. Palermo, Antonio. Op. cit. p. 79.

30. Megret, Jean. Op. cit. p. 12.

31. Palermo, Antonio. Op. cit. p. 79.

Isto posto, verificamos poder encontrar, neste primeiro modelo de classificação proposta, três espécies fundamentais de atividades nas formas organizativas mais elementares da agricultura dirigidas à produção, à transformação e à troca.<sup>32</sup>

Iniciemos com o exame das atividades diretamente dirigidas à produção direcionadas aos diversos produtos e aos diversos ciclos de produção. Nesta categoria de atividades podemos distinguir: 1. atividades dirigidas ao preparo da terra e das culturas (alqueive, aradura, construção de canais de irrigação, obras de beneficiamento das terras); 2. sementeira, implantação de cultivo de árvores, estrumação); 3. o desenvolvimento completo do ciclo de produção impõe trabalhos complementares do solo e no cultivo, como a poda, até o momento da colheita, e a conservação dos produtos. Ainda nesta fase, pode-se impor a necessidade de uma primeira transformação dos próprios produtos, o que pode ser executado no próprio âmbito da unidade produtiva de menor importância.<sup>33</sup>

O segundo grupo de espécies de atividades, referente aos processos de transformação dos produtos constitui-se da prática mais ou menos imediata, efetuada por parte do produtor ou de terceiros. Tais processos podem apresentar uma maior ou menor complexidade na sua realização, abrangendo desde as formas elementares até trabalhos de grande envergadura efetuados por conjuntos industriais independentes.<sup>34</sup>

Nesta fase, enquadram-se os trabalhos dirigidos à extração do princípio útil do produto, através de procedimentos próprios a cada um (centrifugação, concentração, fermentação, destilação, etc.), ou atividades destinadas ao acabamento dos próprios produtos.

O terceiro grupo, por sua vez, engloba as atividades dirigidas à troca de produtos, atividades estas que podem dar lugar a formas particulares de contratações, freqüentemente reguladas pelos costumes locais ou da praça.

Os problemas surgidos neste último grupo de atividade agrária são complexos. A troca de produtos agrícolas interessa ao plano interno e ao plano internacional, o que implica em salientar que o sistema econômico baseado na liberdade de troca parte do ponto de vista dúplice: livre luta concorrencial internamente e o livre comércio a nível externo, vez que o princípio da livre concorrência tem grande importância no setor agrário, pois permite a livre localização da produção e da indústria,

---

32. Id., *ibid.* op. cit. p. 80.

33. Id., *ibid.* op. cit. p. 81.

34. Id., *ibid.* op. cit. p. 81 c 82.

ao mesmo tempo que favorece a eliminação das unidades produtivas insuficientes e improdutivas.

O livre mercado possibilita, além disso, o entendimento entre as organizações produtivas para alcançar defesa eficaz de preços e a inserção de produtos no mercado, ainda que admita, em períodos de depressão econômica e de maior desequilíbrio de produção, intervenções protetoras e integrativas do Estado, como, por exemplo, aquelas que se concretizam em impostos alfandegários, cotas, estoques obrigatórios, etc.<sup>35</sup>

Através desses mecanismos, sempre excepcionais numa economia de mercado, pode-se estabelecer o equilíbrio entre produção e consumo, além de assegurar a aquisição de produtos de primeira necessidade.<sup>36</sup>

As atividades relativas à transformação e alienação de produtos representam as atividades conexas, já referidas no enunciado do art. 2.135 do Código Civil italiano e presentes nos sistemas de produção agrária de todos os países.

Deve-se destacar, outrossim, que estas atividades, para que possam ser efetivamente consideradas conexas, não produzem, em virtude da própria natureza da idéia de conexão, uma mutação na natureza jurídica da atividade sobre a qual opera, qual seja a de produção de bens efetivamente “agrários” Determina-se, isto sim, a sujeição da própria atividade às normas que regulam o exercício da empresa agrária.<sup>37</sup>

Quanto ao primeiro grupo de atividades agrárias - das atividades dirigidas à produção - temos dentre seus tipos aquele referente ao cultivo da propriedade rural, onde podem ser feitas distinções, conforme a natureza diversificada dos produtos. Neste sentido, os autores costumam classificar do seguinte modo: 1. culturas herbáceas (por exemplo, cerealicultura, a plantação de leguminosas, forragem); 2. culturas arbóreas (vinicultura, cultivo de oliveiras com produção anual, plantações destinadas à obtenção de madeira); 3. floricultura.<sup>38</sup>

Quanto ao segundo tipo de atividade agrária de produção temos a silvicultura, a qual também é uma atividade técnica de cultivo, sendo dirigida à manutenção do bosque, da mata, da floresta na sua eficiência produtiva, através de

---

35. Id., *ibid.* op. cit. p. 82.

36. Id., *ibid.* op. cit. p. 82.

37. Masi, Pietro. *Le attività connesse*, capítulo da obra coordenada por Natalino Irti, *Diritto Agrario Italiano* 1. ed., Torino: Utet, 1978, p. 89 e ss.

38. Palermo, Antonio. *Op. cit.* p. 84.

exploração normal e racional que não-implica, necessariamente, na periódica substituição das plantas. Assinale-se que os autores ilustres da pioneira e relevante contribuição jusagrarista italiana elaboraram a classificação das atividades agrárias, partindo do art. 2.135 do Código Civil daquele país, tido como base sólida para todas as elaborações posteriores.

O terceiro tipo é aquele relativo à criação de animais. Inicialmente, face o modelo italiano, falava-se em criação de gado, posição hoje superada pela moderna referência aos animais destinados ao corte, para obtenção de leite e lã, e aqueles de tração, ainda que exercida fora do âmbito da empresa agrária.

A criação de gado, enquadrada como atividade típica de agricultura, pode se servir não apenas de pastos naturais, como também daqueles artificiais em rotação com outras culturas, atividade esta sempre considerada intimamente ligada ao cultivo do solo.

Por outro lado, não se pode considerar como atividade agrária nem industrial a criação de animais de peles ou de valor particular, ou seja, aquelas atividades zootécnicas com usos absolutamente estranhos, sob o ponto de vista técnico-econômico, às tradicionais atividades de exploração agrícola do solo (por exemplo: para a produção de séros, vacinas e outros produtos medicinais, etc.<sup>39</sup>

A criação de cavalos-de-corrída pode igualmente ser objeto de indagações, devendo-se avaliar se essa atividade, de caráter acessório, estaria abrangida, em sentido quantitativo e econômico e não-qualitativo, no complexo da empresa.

Completando o quadro, cumpre mais uma vez analisar as atividades agrárias dirigidas às transformação e alienação de produtos, quando estas se inserem no exercício normal da agricultura e, ainda, são atividades agrícolas.

O critério da normalidade surge como fator integrativo e específico da conexão (objetiva) entre as atividades agrícolas, tendo particular importância para fins de disciplina legislativa para regular empresas.<sup>40</sup>

Sob o ponto de vista generalizado, pode-se afirmar que as atividades de transformação e de alienação são agrárias se ligadas, com fortes vínculos de correção, à empresa agrária, no sentido de que estas atividades devem ser destinadas a servir à utilidade da própria empresa.

As considerações desenvolvidas em relação às diversas fases da produção

---

39. Id. *Ibid.* op. cit. p. 85.

40. Id. *Ibid.* op. cit. p. 85.

e da transformação dos produtos valem para esclarecer o âmbito da atividade agrária e para evidenciar os limites entre esta e a atividade industrial.<sup>41</sup>

Neste particular, verifica-se que a doutrina e jurisprudência tomaram em consideração diversos tipos de critérios para circunscrever os limites entre atividade agrária principal e as atividades conexas.

Uma abordagem refere-se ao *critério da necessidade* e considera como agrárias todas as atividades necessárias ao desenvolvimento das atividades típicas, a saber: a agricultura, silvicultura, criação de animais e as atividades conexas - essas são sempre exercidas pelo agricultor - mas podem dar lugar a indústrias autônomas, às quais não pode ser estendido o regime particular das empresas realmente agrárias.

Trata-se, fundamentalmente, de matéria mutável, conseqüência da contínua evolução das formas fundamentais das atividades agrárias, das afinidades normalmente desenvolvidas pelo agricultor, mas, também, em relação ao processo dos métodos e das técnicas, pela ampliação das disposições legislativas.<sup>42</sup>

Por sua vez o *critério da normalidade* implica que se deva estabelecer uma relação necessária entre a empresa, considerada na sua entidade (subjéctiva e objectiva), e as atividades que esta desenvolve nos setores típicos da atividade agrária, com atenção para o conjunto único e incidível do ciclo de trabalhos desenvolvidos pelo empresário agrícola para alcançar os produtos imediatos e directos da terra e tirar os benefícios nos moldes próprios da agricultura.<sup>43</sup>

Obviamente, o método de cultivo, o ciclo produtivo, a natureza das culturas, a transformação e a conservação dos produtos, a sua colocação no comércio devem ser considerados em relação à extensão e potencialidade do organismo produtor e à sua aparelhagem e organização no ponto de vista técnico, sobre o qual influi a preparação e a capacidade profissional do empresário e de seus colaboradores e empregados.

A determinação do que se insere no âmbito da atividade agrária exige observar aquilo em que normalmente atua quem se denomina agricultor, em um período histórico e numa determinada zona.

---

41. Id. Ibid. op. cit. pp. 85 e 86.

42. Id. Ibid. op. cit. pp. 86 e 87.

43. Id. Ibid. op. cit. p. 88. Sobre a importância do critério da normalidade se manifestam Giorgio Schiano Di Pepe, "Impresa agricola e agraricita", in *L'impresa agricola*, Milano: Giuffrè Editore, 1978, p. 157; Mario Ghidini, "Lineamenti dell' Diritto della impresa", 2ª ed., rev. e at., Milano: Dott. A Giuffrè Editore, 1978 e como já noticiado; Pietro Masi, "Le attivit' connesse", capitulo da obra "*Diritto Agrario Italiano*", coordenada por Natalino Irti, 1ª edição, Torino, Utet, 1978, p. 99.

O *critério da acessoriedade* vale utilmente para integrar o critério da normalidade, no sentido de que a atividade de transformação e de alienação dos produtos é individualmente complementar à atividade fundamental de produção agrícola e pode se servir de sistemas e de métodos que devem, necessariamente, ser considerados em relação aos perfis típicos da empresa.<sup>44</sup>

O *critério da prevalência* prevê que se a atividade de transformação ou de alienação dos produtos agrícolas assume no quadro empresarial posição de prevalência, de modo a aparecer evidente que o fundo some à indústria, como o meio para o fim, exorbita-se dos limites de uma atividade acessória de produção e se cria uma atividade comercial ou industrial verdadeira e própria.<sup>45</sup>

Após tal enunciado de critérios podem ser considerados como exemplo de atividades conexas: a floricultura; a criação de coelhos desenvolvida em fundos rústicos dos quais o empresário retira os alimentos para os animais; a criação do bicho-da-seda, que usufrua de adequadas culturas de amoreira; a transformação do leite em queijo, do trigo em farinha, da oliva em óleo, etc. Contudo, as mesmas operações assumem caráter industrial constituem-se em objeto das atividades de organizações autônomas, ou seja, quando, em substância, nenhuma utilidade funcional e instrumental essas empresas retirarem do solo destinado ao uso agrícola.<sup>46</sup>

Analisados os critérios, podemos finalmente elencar características que facilitam o enquadramento de uma determinada atividade como agrária ou atividade industrial.

Nas atividades industriais prevalece, sobretudo, o uso das máquinas, de energias motrizes, de complexos processos de produção com o emprego de meios químicos, além de uma forte concentração de trabalhadores no posto de trabalho. No trabalho agrário, por sua vez, se desenvolve em condições materiais e de ambiente bem diferentes, com o emprego prevaemente de energias laborativas individuais nas várias e diferentes operações de cultivo.<sup>47</sup>

Todavia, é preciso reconhecer que se vão estendendo, no campo agrícola, também os métodos de organização técnica inicialmente afeitos somente à indústria com o intuito de se obter uma exploração mais racional e integral, exploração dos

---

44. Id. Ibid. op. cit. p. 88.

45. Id. Ibid. op. cit. p. 88.

46. Id. Ibid. op. cit. p. 88.

47. Id. Ibid. op. cit. p. 89.

recursos da terra, com o emprego de máquinas e energias motrizes em prejuízo da mão-de-obra humana.

Surtem, com isto, dificuldades na determinação das normas aplicáveis. Quanto ao risco profissional, por exemplo, este deverá estar coberto pelo seguro industrial, quando houver organização sistemática do trabalho dirigida a qualquer espécie de produção, independentemente de sua importância e do número de pessoas que disto participam, vez que sempre que é feito uso de máquinas incide um risco genérico, gerando a obrigação de seguro para os infortúnios industriais.<sup>48</sup>

Com base no disposto pela legislação nacional, Raymundo Laranjeira bem representando a doutrina agrarista nacional que tratou do tema sustenta, com razão, que a atividade agrária é gênero, devendo ser assim também interpretada no Brasil. Seriam suas espécies, na visão do eminente agrarista, a atividade agrária de produção, a atividade agrária de conservação dos recursos naturais renováveis e a atividade agrária de experimentação e pesquisa. Reconhecendo a existência daquelas referidas atividades conexas, acrescenta o autor que *“estritamente vinculada a estas encontramos, também, a atividade complementar da atividade agrária, que cultiva o fluxo de circulação dos produtos da terra”*<sup>49</sup>

Segundo esta classificação, o primeiro grupo das atividades agrárias é composto também por aquelas de produção, onde se visa a obtenção de gêneros de consumo ou matéria-prima; trata-se, pois, de atuação num setor primário da economia, que se destina a obtenção de produtos para atender às exigências básicas do agricultor ou as de terceiro, bem como promover o aproveitamento de outros materiais que sirvam ao preparo de outros bens. Complementando, Raymundo Laranjeira, esclarece que, todavia, *“a atividade agrária de produção não se limita aos misteres do referido setor econômico primário, pois é suscetível de enveredar pelo setor secundário, o de beneficiamento ou transformação de matéria-prima. No primeiro caso, nos deparamos com a atividade produtiva agrária por excelência, que se desdobra nos tipos tradicionalmente conhecidos de exploração rural: lavoura, pecuária, hortigranjearia, extrativismo e exploração florestal. Na segunda hipótese, não encontramos exemplo de exploração agrária típica, e sim de produção rural atípica: a agroindústria”*<sup>50</sup>

---

48. Id. Ibid. op. cit. pp. 89 e 90.

49. Laranjeira, Raymundo “Propedêutica do Direito Agrário”, 2ª ed., São Paulo, Editora LTR, 1981, p. 68.

50. Id. Ibid. op. cit. pp. 68 e 69.

Verifica-se, outrossim, que as atividades mais típicas se desenvolvem em imóvel rural, sendo prevacente o critério da destinação, que tanto pode se localizar em área rural quanto urbana.

Como primeira operação de exploração rural típica, temos a lavoura, que *“pressupõe as tarefas de sementeira ou plantio e os tratos suplementares, se compatíveis com a colheita. Noutra face, compreende as culturas permanentes e as temporárias, consoante ofereçam uma produção mais ou menos duradoura ou imponham uma renovação imediata de cultivo, após cada resultado”* Quanto às culturas de renovação imediata de plantação, trata-se daquelas que se caracterizam pela transitoriedade.<sup>51</sup>

A segunda atividade referida é a pecuária, que tem por objeto a *“criação de animais, que devam ser objeto de uma avaliação econômica, gerando produtos para a alimentação e subprodutos necessários à confecção de gênero diferente, como vestimentas de couro, farinha de osso, lã”*. A pecuária propriamente dita só abrange espécimes de grande e médio portes, já que as de pequeno porte integram a subcategoria de exploração granjeira.<sup>52</sup>

A terceira atividade, a hortigranjearia ou hortifrutigranjeira, *“é uma atividade propícia às pequenas glebas, mais próximas aos centros urbanos, onde atende às necessidades alimentares mais imediatas. Abrange os cuidados com animais de acanhados tamanhos, aves de toda sorte, domésticas ou domesticáveis, até insetos, como a abelha. Abarca, ainda, os vegetais - normalmente de fácil perecimento - como os produtos hortícolas, e se liga, ainda, a certas variedades de plantas frutíferas e floríferas”*<sup>53</sup>

A quarta atividade, o extrativismo, englobaria *“o amanho, captura ou extração de produtos de origem vegetal ou animal, que jamais puderam ser tratados ou cultivados antes da própria obtenção... os produtos obtidos da atividade extrativista são produtos silvestres, nativos, oferecidos prontos ao homem pela natureza, sem maiores labores para este, senão da apropriação em si mesma. Representa, em suma, aquela atividade desempenhada pelo agricultor ou extrator, que se concretiza na coleta, extração ou captura de produtos vegetais ou animais, gerados espontaneamente pela natureza e em cujo ciclo biológico não incidu a intervenção humana”*<sup>54</sup>

51. Id. Ibid. op. cit. pp. 69 e 70.

52. Id. Ibid. op. cit. p. 70.

53. Id. Ibid. op. cit. pp. 70 e 71.

54. Id. Ibid. op. cit. p. 71 e Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. Atividade extrativa (parte especial), em *Revista de Direito Civil. Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 34, São Paulo: RT, 1985, p.86.



Sustentam, com efeito, neste particular, que “*é irrecusável conferir essência rural ao mister de obtenção de produtos nativos, seja à conta de intuito alimentar, seja à conta das vantagens do mercadeio, desde que se conduza com regularidade pelo próprio detentor do imóvel, onde são conseguidas as presas. Sendo, nestes termos, bens sujeitos, de utilização econômica, produtos da terra, de um fundus, certas parcelas da fauna silvestre ou agrícola devem ser consideradas como objeto de atividade agrária, na forma da exploração rural típica*”

Para Raymundo Laranjeira: “*em certas circunstâncias, porém, as atividades extrativas não se enquadram, juridicamente, como atividades agrárias de produção. Há determinados produtos selváticos que, longe de deverem ser fruídos pelo homem, merecem, antes, que sejam considerados, máxime para que se evite a extinção da espécie, para que se preserve a sua raridade ou beleza. No entanto, nem por isso perdem a sua conotação agrária ou rural pois, embora saindo do âmbito da atividade agrária de produção, passam para o âmbito da atividade agrária de conservação dos recursos naturais renováveis, que é outra espécie de atividade agrária estudada pelo Direito Agrário, através dos princípios e leis relativas à proteção, à flora e à fauna silvestres*”<sup>55</sup>

Agraristas nacionais valem-se, portanto, como argumento para a inclusão desta classe de atividade dentre as agrárias, das características próprias e peculiares do meio ambiente, encontradas no Brasil e distintas do existente na Europa, o que implicaria no dever de busca de um tratamento doutrinário e legislativo mais flexível, capaz de responder a estas mesmas peculiaridades.<sup>56</sup>

A quinta atividade agrária de produção é a exploração florestal ou seja a utilização de florestas que o *Estatuto da Terra*, no art. 4º parágrafo único, letra *a* determina seja racional, realizando-se mediante planejamento adequado.<sup>57</sup>

Para Laranjeira: “*em se considerando a massa florestal, implicando a existência de vegetação de médio e grande portes, tratada racionalmente, saímos de idéia do extrativismo para a de silvicultura*”<sup>58</sup>

Verificamos também o reconhecimento neste modelo de classificação, de outra espécie de tais atividades de produção: a exploração rural atípica - a

---

55. Id. Ibid. op. cit. p. 71.

56. Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novacs. Atividade extrativa (parte geral), *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 33, São Paulo: RT, 1985, pp. 80 e 81.

57. Laranjeira, Raymundo. Op. cit. p. 72.

58. Id. Ibid. op. cit. p. 72.

agroindústria. Adentramos, desta forma, no setor secundário da economia, qual seja o que se ocupa do beneficiamento e transformação de matéria-prima.

Inicialmente, cumpre reafirmar que a atividade agroindustrial também é de produção, originando bens que têm a sua utilidade específica e vinculados ao setor secundário, uma vez que pressupõe o uso de insumos de primeira produção, a matéria-prima.

*“A agroindústria é fenômeno que ocorre para a especificação dos frutos da terra, isto é, para conseguir outra espécie ou dar nova característica aos produtos primários.”* É, em suma, atividade industrial com a presença do elemento agrariedade, tal como ocorre na confecção de sacos, preparo de vinho em que utilizam frutos agrários. Tais produtos devem pressupor, assim, a necessária conotação rural.<sup>59</sup>

Raymundo Laranjeira pondera que *“mesmo aproveitando produtos rurais típicos, uma indústria é tão-suscetível de ser classificada agrária como não sê-lo. Tudo está a depender da maneira com que se engate o vínculo entre a atividade de produção, que é rural, por essência, e a atividade de produção secundária, que é a industrial, propriamente dita”*<sup>60</sup>

Há ainda um outro requisito para se configurar a atividade agroindustrial: a existência de uma dupla conexão com o setor primário *“usar a matéria-prima típica agrária e exercitar-se nos mesmos limites fundiários onde ela foi originalmente conseguida”*.<sup>61</sup> Baseia-se esta verificação no fato de só *“a terra, elemento que vai municiar os frutos de que a atividade industrializante se vale, somente ela se apresenta dotada de essência agrária típica.”* Esta é a premissa<sup>62</sup>

Mais um tipo de atividade agrária referida por alguns agraristas, sobretudo brasileiros, talvez em face do *Estatuto da Terra* e da Constituição Federal é aquela referente à conservação de recursos naturais.

Raymundo Laranjeira, por exemplo, *“destaca a existência de determinados atos no mundo rural, que se praticam com vistas, diretamente, a preservar os produtos colhidos em regular atividade agrária de produção; outros que revelam cuidados indiretos para beneficiá-los, no próprio processo produtivo. Os primeiros podem indicar preocupação com a sanidade dos frutos rurais, como o combate às pragas e doenças, o armazenamento, a silagem. Os segundos podem induzir tarefas*

---

59. Id. Ibid. op. cit. p. 73.

60. Id. Ibid. op. cit. p. 73.

61. Id. Ibid. op. cit. p. 73.

62. Id. Ibid. op. cit. p. 74.

básicas, como a valorização regional, como os planos de feitura de açudes públicos, canais de irrigação”<sup>63</sup> E continua: “Assim, a conservação dos recursos naturais é uma incumbência insita no atendimento da própria atividade agrária da produção, estranhando a tarefa adjutória de estímulo e resguardo dos frutos da terra”<sup>64</sup>

A legislação nacional vigente a respeito da preservação de recursos naturais foi elaborada a partir de 1965: Código Florestal, Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965, Código de Caça, Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967 e Código da Pesca, Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967.

O *Estatuto da Terra* permite, por sua vez, a desapropriação de terras para que nestas se criem áreas de proteção à flora, à fauna e a outros recursos naturais.

Por fim, o terceiro tipo de atividade agrária é a de pesquisa e experimentação, a qual atua também a partir da atividade agrária de produção e da atividade agrária de conservação dos recursos naturais renováveis. Sua previsão legal encontra-se no art. 10, do *Estatuto da Terra*, quando dispõe: “o Poder Público poderá explorar, direta ou indiretamente, qualquer imóvel rural de sua propriedade, unicamente para fins de pesquisa, experimentação, demonstração e fomento, visando ao desenvolvimento da agricultura, a programas de colonização ou fins educativos de assistência técnica e de readaptação”<sup>65</sup>

Em conclusão, verifica-se que a classificação das atividades agrárias, tal como demonstram os exemplos e as referências citadas, estabelece-se a partir de uma enumeração exemplificativa e não-taxativa. Com base nos critérios aludidos e nas relações entre as diversas atividades, torna-se possível identificar os elementos característicos das atividades agrárias principais, de suas atividades conexas, bem como de eventuais atividades atípicas, consideradas agrárias em face das conseqüências do próprio regramento dos temas e institutos do Direito Agrário, dependentes, sobremaneira, de uma legislação especial e dispersa.<sup>66</sup>

São Paulo, dezembro de 1999.

---

63. Id. *Ibid.* op. cit. p. 78.

64. Id. *Ibid.* op. cit. p. 79.

65. Id. *Ibid.* op. cit. p. 82.

66. Masi, Pietro. Op. cit. p. 104 e ss. que estuda as atividades atípicas.



# A RELAÇÃO ENTRE PARCELAMENTO ILEGAL DO SOLO URBANO E A AUSÊNCIA DE MAPAS CADASTRAIS NOS REGISTROS IMOBILIÁRIOS BRASILEIROS

*Ellade Imparato'*

Mestre em Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo:

Uma análise conclusiva sobre o parcelamento ilegal do solo urbano e a deficiência, há meio século, dos registros imobiliários no país.

Abstract:

A conclusive analysis on the illegal partition of the urban ground and the deficiency, has century half, of the real estate registers in the country.

**Unitermos:** Lei dos Registros Públicos; loteamento; títulos de propriedade

## 1. Introdução

### 1.1. O Problema

Quando aprofundamos nossos estudos sobre o usucapião constitucional urbano como instrumento para obter a segurança na posse das terras particulares ilegalmente parceladas e vendidas em lotes de terreno à população de baixa-renda, percebemos que não-basta a nova concepção dada à função social da propriedade pela Constituição de 1988. Para efetivá-la são necessárias muito mais que interpretações doutrinárias ou mesmo jurisprudenciais. Para tornar a função social da propriedade eficaz fazem-se necessárias mudanças estruturais no ordenamento jurídico brasileiro.

---

1. Artigo entregue, em um primeiro estudo, para o 1º Congresso Brasileiro de Direito Urbanístico e Gestão Urbana, Belo Horizonte, MG, dezembro de 2000

Um dos aspectos a ser revisto é o próprio cadastramento imobiliário. Como fica claro a partir do estudo de caso que fizemos, ao final exposto, a ausência de vínculo entre o título de propriedade e sua representação na cartografia urbana permite todo o tipo de parcelamento ilegal do solo. Desta forma, o comprador de um lote de terreno nunca poderá saber se o título de propriedade apresentado pelo vendedor refere-se ou não àquela gleba parcelada. Se a ausência de vínculo entre o título registrado e sua representação gráfica no espaço urbano favorece todo o tipo de parcelamento ilegal, favorece especialmente a grilagem<sup>2</sup> de terras.

Além de dificultar a compra de lotes de terreno e facilitar a grilagem de terras, a ausência de obrigação legal de manutenção e atualização de mapas cadastrais em nossos Cartórios de Registro de Imóveis dificulta as decisões do Poder Judiciário, quando confrontado por um conflito onde mais de um proprietário reclama para si os direitos sobre a mesma gleba. Pois, em tese, diante de dois ou mais títulos registrados para uma dada área nem o Judiciário pode resolver o conflito, uma vez que para o Código Civil, basta o registro ou a transcrição do documento de transferência para a aquisição da propriedade (art. 530, I).

A ausência de mapas cadastrais facilita os conflitos de terras na medida em que permite uma aparente, ou real, superposição de títulos de propriedade. Por outro lado, a dissociação entre o registro imobiliário e o cadastro fiscal mantido pelas Prefeituras Municipais dificulta o poder de polícia da Municipalidade para fazer cumprir a função social da propriedade urbana. Esta dificuldade fica clara, por exemplo, nos obstáculos encontrados pelo Município de São Paulo em controlar a ocupação das áreas de mananciais, pois o nome do contribuinte não guarda relação necessária com o proprietário.

## 1.2. A Abordagem

Para este primeiro estudo, abordamos o problema primeiramente analisando de forma dogmática o contexto legal em que se insere a ausência de mapas cadastrais em nossos Cartórios de Registro de Imóveis. No que tange à aquisição do domínio, fazemos um corte epistemológico para examinar apenas o contrato de venda e compra como forma de sua transferência.

---

2. A origem da denominação "grilagem de terras" não é unânime. Uns alegam que o nome foi dado face ao barulho feito pelos "grilheiros", para fazerem valer suas intenções; é semelhante a uma revoadada de grilos. Outros dizem que a semelhança se dá na cor dos velhos documentos ressuscitados pelos grilheiros em suas artimanhas para obterem seus títulos de propriedade.

Desta forma, abordamos alguns aspectos desses contratos perante o Código Civil brasileiro. Dentro deste limite analisamos as normas havidas pela Lei Federal n. 6.015/73, conhecida como a “*Lei dos Registros Públicos*”

Expomos a modificação legislativa sobre a questão registrária de terras ao longo da história brasileira. Sobre a lei vigente, fazemos uma explanação de seus objetivos e elencamos as regras impostas para que um título seja registrado e apontamos as Leis Federais que regulam o parcelamento do solo urbano. Estas questões teóricas são apresentadas da forma mais sintética possível. A explanação teórica é feita apenas e tão-somente para mostrar ao leitor os limites legais da questão.

Então, abandonamos a dogmática para examinarmos um conflito de terras, onde foi constatada a sobreposição de dois títulos de propriedade, ambos registrados, portanto igualmente válidos. O conflito estudado, ainda não definitivamente resolvido, refere-se ao parcelamento “*Parque Novo Lar*” situado em São Mateus, na zona leste da Cidade de São Paulo, (plantas 1, 2 e 3). Este caso é particularmente interessante não-só porque o Judiciário foi obrigado a decidir entre dois títulos de propriedade que, aparentemente, se sobrepõe mas, também, por ser uma região da Cidade, onde os conflitos de terra remontam ao século XVI.

Desta forma, historiamos as questões das terras da zona leste desta Capital, antes de apresentarmos o caso propriamente dito. O estudo do caso foi elaborado a partir de entrevistas que nos foram generosamente concedidas pelos líderes da comunidade e moradores do “bairro”:<sup>3</sup> José Aguiar e Pedro Pastor Avalo.

A partir dessas entrevistas, examinamos os documentos referentes ao caso, coletados e cedidos pelo advogado Antônio Benedito Margarido, que representa os moradores, há cerca de vinte anos, em sua luta pela regularização de suas terras. Os documentos examinados trazem cópias das peças dos processos judiciais e administrativos que se desenvolveram a partir do final dos anos 60 e o início dos 80, período em que o conflito se desenrolou.

Não menos relevante para este artigo foi a sua representação cartográfica feita a partir da base de dados do Instituto Polis, colocada à nossa disposição pela Dra. Raquel Rolnik. A execução acurada do trabalho cartográfico foi cuidadosamente levado

---

3. No Município de São Paulo, os assentamentos informais são chamados de “bairros” por seus moradores e pelas pessoas que neles atuam.

a cabo pelo arquiteto Fernando Bastos.<sup>4</sup> Nossas idéias empíricas encontram respaldo na bibliografia apresentada no final que situa as questões aqui levantadas.

## 2. Alguns Aspectos Sobre a Evolução das Normas Jurídicas Brasileiras

### 2.1. O início da questão registrária

A compreensão dessas disputas territoriais não é tarefa simples, uma vez que os conflitos têm origem em questões históricas que podem ser traçadas até o século XVI. Por outro lado, par e passo com os problemas fundiários houve uma evolução legislativa. Aqui fazemos outro corte epistemológico e deixamos de examinar a legislação fundiária vigente durante o Brasil colonial, que conheceu algumas mudanças durante os quatrocentos anos em que foi aplicada.

Mesmo porque, o caso que discutimos, em que pesem seus estreitos vínculos com questões jurídicas coloniais, desenvolveu-se a partir dos finais dos anos 60 deste século. Desta forma, iniciamos este estudo após a Proclamação da Independência.

Só então e a partir da Constituição, de 1824, admitiu-se a existência de propriedade privada no País. Através da Lei n. 601, de 1850, conhecida com *Lei de Terras*, ficaram estabelecidos os procedimentos de regularização que deveriam ser seguidos para transformar as concessões administrativas outorgadas pela Coroa portuguesa. Aquela Lei permitiu, também, a legalização das posses das terras que fossem ocupadas sem nenhum título.

Ambas, regularização e legalização, seriam possíveis se o possuidor apresentasse uma planta com o levantamento planialtimétrico da gleba e houvesse princípio de cultura agrícola no local. As terras não-legitimadas ou regularizadas seriam consideradas devolutas e sua ocupação foi criminalizada. A ocupação de terra devoluta era punível com prisão e multa.

Paralelamente aos procedimentos de regularização e à figura da terra devoluta, a *Lei de Terras* criou um tipo de registro fundiário, que ficou conhecido como Registro Paroquial. Nos termos do Decreto, de 1854, que a regulamentou, aquele registro consistia da entrega ao padre responsável pela paróquia da situação do imóvel da declaração de

---

4. O arquiteto não conseguiu localizar nos mapas as áreas constantes das transcrições. A partir das descrições dos perímetros, verificamos que os marcos constantes não constam de nenhum dos três levantamentos da Cidade utilizados para o trabalho (Sara Brasil, da década de 1930, Gegram, de 1974 e Emplasa, de 1981 – todos com escala 1:10.000).



próprio punho, em duas vias, com a descrição da gleba de terras havida. As cópias eram seladas, com o pagamento do imposto obrigatório. Uma delas era devolvida ao declarante e outra era mantida nos arquivos da paróquia.

A ausência da declaração ou a falta de boa-manutenção de seu arquivamento na paróquia constituíam ilícito e eram puníveis com multas progressivas. Todavia, a declaração não fazia prova de propriedade e sim prova da posse declarada. Desta forma, o Registro Paroquial consistiu em um cadastro de terras, antes de um registro imobiliário. Mesmo assim, imediatamente após a publicação do Código Civil, foi admitido o registro daquelas declarações no Registro Geral de Imóveis.

As descrições das terras declaradas não se baseavam em qualquer tipo de levantamento topográfico. Tampouco, mantinham as paróquias mapas cartográficos de suas circunscrições territoriais. As descrições eram pitorescas. Baseavam-se em marcos instáveis, tais como córregos, árvores e cercas. Raramente informavam as medidas lineares das confrontações, área ou as direções precisas seguidas pelo terreno. Exatamente como as descrições havidas nas concessões portuguesas, era impossível pelas descrições feitas perante o Registro Paroquial localizar a área de terras declarada em um mapa cartográfico.

Em 1864, a Lei n. 1.237 criou outra espécie de registro imobiliário desvinculado da Igreja Católica. O Registro Geral de Imóveis, então criado, tinha por função fazer e manter o registro das transações imobiliárias dentro de sua circunscrição territorial. Desta forma foi dada a possibilidade de serem registradas tanto a venda e compra, quanto os ônus constituídos sobre os imóveis. Aqueles Registros Gerais não mantinham mapas cartográficos de seus territórios, nem era exigido que as transações registradas fossem baseadas em dados topográficos precisos. Declarada a República, em novembro de 1889, o Governo provisório que se instalou, desvinculou o Estado brasileiro da Igreja Católica e conseqüentemente extinguiu o Registro Paroquial.

Aquele Governo provisório estabeleceu pelo Decreto n.451 B, de 31.05.1890, que os Registros Gerais criados, em 1864, deveriam seguir o método registrário conhecido como Método de Torrens. Assim, as transações imobiliárias passaram a ser transcritas em fichas. Novamente, não houve sequer menção da necessidade de serem mantidos pelos Registros Gerais mapas cartográficos de suas circunscrições e de vinculá-los às transcrições. Este é um dado particularmente interessante, pois o método registrário do australiano Torrens é reconhecidamente eficaz, justamente por esta conexão necessária entre a cartografia da região e o título transcrito.

Com a entrada em vigor do Código Civil, em 01.01.1917, para a tradição da propriedade imóvel, tornou-se obrigatório a transcrição registrária da transação (art. 530, I). Além da transcrição obrigatória, o Código Civil estabeleceu forma específica para o título a ser transcrito como essencial para a validade do ato jurídico (art. 82). Sendo assim, o registro obrigatório era possível se o ato jurídico tivesse a forma de Escritura Pública lavrada por notário ou fosse decorrente de decisão judicial. Aparentemente o legislador civilista quis dar maior segurança aos atos jurídicos sobre a propriedade imobiliária que se tornou o pilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar desses cuidados formais, o legislador civilista não traçou novos parâmetros essenciais para a modificação da antiga ordem. Desta maneira, as transcrições, desde então obrigatórias para a tradição da propriedade imóvel, continuaram a ser feitas nas fichas, conforme o prescrito no *Método de Torrens*. Porém, sem sua necessária vinculação ao mapa cartográfico da região. Este método híbrido, de criação autóctone, não deu bons resultados. Sua transformação, no entanto, demorou muitos anos. As características fundamentais do Registro Geral foram mantidas até 1973.

O método registrário foi alterado pela Lei Federal n. 6.015, em 31.12.73. Esta Lei conhecida como “Lei dos Registros Públicos” aboliu o *Método de Torrens* para os novos registros. Desta forma, paulatinamente as antigas transcrições vão se transformando em matrículas. A Lei dos Registros Públicos determina as regras formais que os Cartórios Registrários devem seguir para dar “*autentiCidade, segurança e eficiência aos atos jurídicos*” (art. 1º). Esta Lei fixa as regras registrárias de todos os Cartórios de Registro, inclusive de imóveis, e determina que todos eles serão administrados por uma pessoa física de Direito Privado nomeada de acordo com as regras dadas pelo Poder Judiciário do Estado-membro (art. 2º).

## 2.2. O parcelamento do solo

O Código Civil não estabeleceu regras para o parcelamento do solo urbano ou rural. O Decreto-lei n. 58/37, estabeleceu-as. A partir de então, todo o parcelamento do solo urbano precisa ser aprovado pela Prefeitura Municipal e registrado no Cartório de Imóveis anteriormente à venda dos lotes de terreno.

Determinou que, além da planta e planos aprovados do loteamento, o loteador estava obrigado a fazer registrar o modelo de contrato de compromisso e venda e compra que celebraria com os promitentes compradores que quisessem comprar os imóveis a prazo.

Aquele Decreto-lei não trouxe nenhuma norma urbanística, mesmo assim poucos parcelamentos cumpriram suas determinações. Todavia, conseguiu coibir as perdas impostas aos promitentes compradores de baixa renda, como ocorrera, até então, com os contratos celebrados com respaldo no art. 1.080 do Código Civil.

Desta forma, se durante os anos 20 e até 1937, durante a gradual intensificação do processo de urbanização paulistano, a perda das parcelas das prestações do pagamento eram corriqueiras, a partir daí estas perdas se restringiram a compra de lotes em loteamentos grillados. Todavia, surgiram as figuras dos loteamentos irregulares e clandestinos, ou seja, aqueles que apresentam alguma irregularidade na sua aprovação, registro ou implementação e aqueles que não foram registrados.

O Decreto-Lei n. 58/37 conheceu algumas alterações trinta anos mais tarde através do Decreto-Lei n. 271/67. A grande mudança, no entanto, deu-se somente em 20 de dezembro de 1979, com a publicação da Lei n. 6.766.

Nos anos 70, a crise do petróleo trouxe o fim do denominado “milagre econômico” e possibilitaram o início do lento processo que acarretou o fim do regime autoritário, sob tutela militar (1964/88). O fim do modelo econômico imposto, a partir de 1964, enfraqueceu a “linha dura militar” e trouxe a volta dos movimentos populares. Estes, cujos participantes sentiam diretamente as conseqüências da explosão dos loteamentos irregulares e clandestinos, a partir dos anos 50, obtiveram profunda alteração do Decreto-Lei n. 58/37.

De fato, a Lei n. 6.766/79 apresentou muitas inovações. Determinou normas urbanísticas para a aprovação dos parcelamentos e criminalizou a conduta da venda de lotes de terreno sem prévia aprovação e registro. Além disso, criou a figura do loteamento popular e possibilitou a regularização fundiária pela Prefeitura Municipal dos parcelamentos feitos em desacordo com as normas jurídicas vigentes à época da sua implantação.

A possibilidade de aplicação de índices mais flexíveis para a aprovação e implantação de loteamentos populares e a de regularização de loteamentos irregulares e clandestinos desencadearam uma série de programas de regularização fundiária em vários Municípios brasileiros. Por outro lado, a criminalização da conduta do parcelador ilegal é apontada como o fator que levou à favelização das cidades brasileiras.

É difícil ligar a favelização somente à criminalização de uma dada conduta. Outros fatores certamente influíram na intensificação desse processo, especialmente a recessão econômica e o crescimento da inflação monetária verificados especialmente a partir dos anos 80. Todavia, a verdade é que, desde então, pelo menos

na Cidade de São Paulo, a oferta de lotes ilegais diminuiu consideravelmente, enquanto a população favelada aumentou 2,5 mil vezes entre 1973 e 1993.<sup>5</sup>

De qualquer forma, a Lei n. 6.766/79 foi parcialmente alterada pela Lei n. 9.785, publicada em 29.01.99. As alterações introduzidas são importantes. É interessante notar que, por exemplo, foram flexibilizados os índices urbanísticos dando poder aos Municípios para fixá-los. Desta forma, atendeu-se tanto aos preceitos da Constituição, de 1988, quanto às estratégias fixadas pela Agenda Habitat, ou seja, é o governo local que deve ter a autonomia para a gestão urbana. A nova Lei alterou, também, a Lei n. 6.015/73 para possibilitar o registro da cessão dos direitos possessórios quando da imissão provisória na posse, nas expropriações por interesse social promovidas por qualquer dos entes federados.

Não conhecemos qualquer estudo sobre o impacto da Lei n. 9.785/99 na ocupação do solo urbano brasileiro. Cumpre aqui observar que o acréscimo de uma alínea a um artigo da Lei n. 6.015/73 se de fato solicitou o problema da posse da terra dos ocupantes, enquanto não se chega a sentença final do processo desapropriatório, não alterou a essência daquela Lei. Desta forma, como as normas legais anteriores que dispuseram sobre o parcelamento do solo a estrutura das normas registrárias foi mantida.

### 2.3. A natureza jurídica das normas e as formalidades do Registro de Imóveis

As normas registrárias são basicamente procedimentais. A preocupação dessas normas é regulamentar como um título deve ser registrado, os livros que devem ser mantidos, protocolos e prenotações. Além disso essas normas se preocupam com outras formalidades, tais como: por quem e como o título deve ser lavrado para habilitá-lo ao registro, a quantidade de cópias que devem ser apresentadas, e, especialmente, quem e como será nomeado o responsável pelos Cartórios.

Tal é a preocupação do legislador com esta última questão que a Constituição Federal determina que os serviços notariais e registrários devem ser mantidos por pessoas físicas privadas, sob delegação do Estado (art. 236). Este artigo foi objeto da Lei Complementar n. 8.935, de 18.11.94. A Lei informou que os serviços notariais e registrários têm a função de garantir “publiCidade, autentiCidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos” (art. 1º). Aparentemente, entendeu o legislador que esta garantia será dada pelo estrito cumprimento de ritos.

---

5. A população favelada que era de cerca de 74 mil, em 1973, saltou para quase 2 milhões de pessoas, em 1993, segundo dados da FIPE.

De fato, a Lei de 1994 teve o escopo de determinar os mecanismos para operacionalizar a delegação de poderes aos agentes privados responsáveis pelo serviço, antes que o mérito e o conteúdo dos títulos passíveis de registro. A Lei n. 8.935 afirma que a delegação para operar aqueles serviços dão fé pública aos atos praticados pelos agentes delegados (art. 3º), traz responsabilidade civil e criminal para os mesmos (arts. 22 a 24), e, finalmente, determina que o agente tem a obrigação de respeitar as normas técnicas dadas pelo Poder Judiciário Estadual (art. 30, XIV).

De fato, cada Cartório de Registro está vinculado ao Poder Judiciário dos Estados-membros.<sup>6</sup> Isto significa que as regras prescritas pela Lei n. 6.015/73 são completamente desvinculadas dos cadastros fiscais mantidos pelo Município. De qualquer forma, tanto as normas trazidas pelo art. 30, XIV da Lei complementar, de 1994, quanto aquelas determinadas, em 1973, cingem-se às formalidades burocráticas que devem ser respeitadas para o registro de um título de transferência de domínio. Assim, passamos a examinar as regras burocráticas trazidas pela Lei dos Registros Públicos para o registro de títulos imobiliários.

### 2.3.1 – As normas jurídicas prescritas na Lei de Registros Públicos

As normas jurídicas prescritas na Lei de Registros Públicos são rígidas para o registro de qualquer ato jurídico. Determinam o que pode ser registrado, o Cartório competente para o registro e, sobretudo, como se deve proceder ao registro. Para o registro imobiliário, abandonadas as transcrições previstas pelo *Método de Torrens*, foi adotado o sistema alemão de matrículas.

O novo método não é ruim em si. Funciona muito bem em locais com ocupação do solo já consolidada e devidamente mapeada. Não é o caso do Brasil, onde justamente sempre foi evitada a vinculação entre o título e sua inserção na mapografia da Cidade. Desta forma, a intenção declarada da Lei - dar segurança aos atos jurídicos registrados - nem sempre ocorre para os imóveis.

A Lei n. 6.015 determina que o ato registrário deve ser transcrito em livro. Os livros devem ser mantidos no Cartório registrário responsável pela circunscrição onde está localizado o imóvel. O ato jurídico passível de registro deve conter a descrição do imóvel, sua situação com rua com o número dado pela Prefeitura Municipal, sua área ou metragens lineares de sua confrontações (dependendo de como já estiver descrito em registro anterior), e o nome dos confrontantes. Constará, também, o nome e qualificação do proprietário.

---

6. O Estado tem responsabilidade objetiva pelo registro.

Se o proprietário for pessoa jurídica, a Escritura de venda e compra do imóvel só será registrada se forem apresentadas as Certidões Negativas de Débito do INSS e da Receita Federal.<sup>7</sup> O número do cadastro na Prefeitura Municipal do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU ou, na União, do Imposto Territorial Rural - ITR tem inscrição obrigatória na matrícula (art. 176, II). Para o registro do ato jurídico, no Estado de São Paulo, deve ser apresentado o comprovante de pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI por ato inter-vivos ou *causa-mortis*.

Os atos jurídicos poderão ser objeto de registro ou de averbação. São averbados os atos que não se referem à transmissão do domínio, tais como modificação de nome de rua, número do imóvel na rua, alteração do estado civil do proprietário, etc. Se o que estiver averbado ou registrado prejudicar alguém, o prejudicado pode pedir sua retificação (art. 860, Código Civil). A diferença entre retificar um ato jurídico averbado ou registrado são relativas à forma e à autoridade a qual o pedido é dirigido.

As alterações relativas às averbações são requeridas através de petição dirigida ao Oficial Maior do Cartório, onde o título está registrado. À petição assinada pelo proprietário, pelo prejudicado ou por quem legalmente os represente, com firma reconhecida, é juntada a cópia autenticada ou original do documento que prova a alteração.

As retificações do registro propriamente dito só serão admitidas por determinação judicial. Assim, se qualquer aspecto da descrição do imóvel estiver incorreto caberá àquele que tiver legitimidade para requer sua retificação pleiteá-la em Juízo. Somente após o devido processo legal, citados pessoalmente os confrontantes, e o trânsito em julgado da sentença poderá ser obtido o mandado de retificação. Este mandado será, então, apresentado ao Cartório registrário para o registro da retificação.

Podemos dizer, portanto, que são averbadas as características do imóvel ou fatos jurídicos que a lei considera menos importantes. Enquanto, são registrados todos os atos jurídicos que se referem ao domínio. De qualquer forma, para ser registrado ou averbado o instrumento do ato jurídico apresentado precisa ser original ou sua cópia autenticada e firmas reconhecidas em Cartório.

Os instrumentos registráveis que envolvam transação do domínio ou do domínio útil sobre imóvel são aqueles, nos termos da Lei n. 6.015/77 (art. 221, I a IV), celebrados perante notário público no Brasil ou perante agente público de Consulado brasileiro no Exterior. Os instrumentos particulares admitidos por lei poderão ser

---

7. Determinação decorrente da Lei n.º 8.212/91, art. 47.

registrados desde que, além da descrição do imóvel idêntica a previamente registrada, tragam a qualificação de todos os contratantes, sejam celebrados perante pelo menos duas testemunhas, com todas as firmas reconhecidas por notários públicos.

Os atos jurídicos celebrados no Exterior, fora dos consulados, deverão primeiramente ser validados pelo Supremo Tribunal Federal. Finalmente, poderão ser registradas decisões judiciais. De qualquer forma, o instrumento jurídico para ser registrado deverá sempre trazer a descrição do imóvel exatamente igual a que já se encontra registrada.

Como já dissemos, tanto os Cartórios de Registro Imobiliário quanto os Cartórios de Notas são vinculados aos Poder Judiciário Estadual e não aos Municípios onde estão situados. Porém, enquanto cada Cartório de Registro de Imóveis tem uma circunscrição territorial específica, dentro de uma determinada Comarca, como limite de sua área de atuação, os atos jurídicos passíveis de registro poderão ser celebrados perante qualquer notário sediado em território brasileiro.

A criação de novos serviços de registro imobiliário estão ligados à expansão da Comarca onde estão situados, ou seja, apesar de sua desvinculação jurídica à estrutura Municipal, a criação de novos Cartórios de Registro de Imóveis está ligada à expansão territorial urbana.

Assim, a criação de uma nova Comarca, como também de novos serviços notariais ou registrários que são fruto de decisão do Poder Judicial do Estado-membro, derivadas tanto ao adensamento populacional quanto à expansão urbana e à criação de novos Distritos e Municípios.

Desta forma, o crescimento do número de Cartórios vinculados ao Poder Judicial Estadual decorre do processo de urbanização. A falta de controle sobre a expansão urbana verificada nos Municípios brasileiros, que assistiram impassíveis ao crescimento de suas periferias, com a ocupação da área rural e degradação do meio ambiente, é a mesma dos Cartórios vinculados ao Poder Judicial. Os Cadastros Municipais mantêm, ainda que muito precariamente, uma conexão com a ocupação do solo urbano, já os Cartórios são completamente alheios à realidade territorial sobre a qual atuam.

Esta questão é mais grave para os Serviços de Registro de Imóveis. Estes, como vimos, só podem atuar dentro de uma circunscrição territorial específica. Todavia, não mantêm mapa cadastral sobre suas respectivas circunscrições territoriais. Desta forma, quando muito terão a planta de um lote de terreno ou de uma gleba de terras. Nunca terão a representação gráfica e científica do todo constituído pela malha dos diferentes espaços ocupados dentro de suas circunscrições territoriais.

Assim, podemos afirmar que as normas e regras prescritas pela Lei n. 6.015/73, para o registro de um instrumento jurídico imobiliário, não passam de uma longa lista de prescrições burocráticas. Ora, o domínio imobiliário que só será transferido pelo seu registro, diz respeito diretamente a um direito real exercido sobre um território determinado. A Lei, no entanto, não se preocupa com o espaço físico e sim com o estrito cumprimento de todas as formalidades necessárias ao seu registro, presumindo-se que uma vez registrado este espaço exista de verdade.

Desta forma, qualquer dos instrumentos enumerados pelo art. 167, inciso I, alíneas 1 a 36, da Lei n. 6.015/73 poderão ser registrados, cumpridas as exaustivas formalidades legais, independentemente de sua realidade espacial. Conseqüentemente, possibilita-se a superposição de títulos de propriedade. É exatamente o que ocorreu no caso concreto que passamos a examinar.

### 3. O Estudo de Caso

#### 3.1. Os primeiros assentamentos

Para o entendimento da questão fundiária da zona leste da Cidade de São Paulo há a necessidade de recuarmos no tempo até praticamente a data da sua fundação. Entre os séculos XVI e XIX, as várias concessões de terras feitas na região, sem a devida demarcação cartográfica, permitiram que durante o século XX se desenvolvessem inúmeros conflitos fundiários.

Estes conflitos envolveram disputas judiciais entre a União, o Estado, o Município de São Paulo e particulares. Os conflitos sobre aquelas terras afetaram diretamente os adquirentes de boa-fé que compraram lotes e casas na região durante o processo de expansão urbana da Cidade.

Assim, já em 1580, os jesuítas obtiveram uma sesmaria da Coroa portuguesa em seus arredores. Esta sesmaria, como de costume, abrangia uma gleba de terras imensa, com cerca 270km<sup>2</sup>. Cobria toda a zona leste da Cidade até onde hoje se localiza o bairro da Móoca, e parte das municipalidades vizinhas hoje existentes, tais como Mogi das Cruzes, Guarulhos, Itaquaquecetuba e Santo André (Planta 2).<sup>8</sup> Esta sesmaria foi concedida à Companhia de Jesus para a catequese e aculturação dos índios Guaianáses que habitavam a região.

---

8. Não foi possível mapear o aldeamento. No entanto, a partir da planta da área metropolitana é possível perceber suas dimensões.



Os jesuítas pretendiam impedir a escravização daqueles índios e a expulsão de suas terras. De acordo com a legislação portuguesa, só os índios selvagens poderiam ser escravizados. Na verdade, a história do País mostra que eram justamente os índios cristianizados e aculturados os preferidos à servidão. Assim, os esforços da Companhia de Jesus foram em vão. Por volta de 1710, já não mais havia quaisquer índios no imenso aldeamento, que ficou conhecido como São Miguel-Guarulhos.

Os Guaianáses acabaram perdendo suas terras, porque no início do século XVII a Coroa permitiu que a Câmara de Vereadores passasse a conceder terras em sesmarias, para sua posterior ratificação. Durante aquele século e o início do seguinte, a Câmara de Vereadores de São Paulo concedeu inúmeras sesmarias sobre aquele aldeamento. Quando a Carta Régia chegou à São Paulo, em 1733, sem a ratificação das sesmarias concedidas e determinando que aquela, de 1580, deveria prevalecer e os Guaianáses deveriam voltar às suas terras, já era tarde. Neste sentido, a Câmara respondeu à Metrópole, dizendo que não poderia cumprir a determinação real pois não mais havia índios na região.<sup>9</sup>

O processo terminou em 1745, com a ratificação da Coroa das sesmarias dadas pela Câmara. Assim, em 1850, com a possibilidade dada pela Lei n. 601 para a regularização das sesmarias, as sesmarias dadas pela Câmara foram transformadas em propriedades pelos herdeiros e sucessores dos sesmeiros.

A mesma Lei, como vimos, criou a figura das terras devolutas e determinou que as terras não-regularizadas da forma que estabeleceu, voltariam ao patrimônio da nação. Estas terras devolvidas seriam leiloadas em hasta pública, e o dinheiro apurado seria utilizado para financiar a importação de mão-de-obra livre européia (arts. 18 e 19).

Ruy Cirne Lima relatou que, no final do Império, o Congresso Nacional percebeu que a *Lei de Terras* não havia atingido seu objetivo de desenvolvimento agrícola. Ainda, constatou que não se conhecia com precisão as terras devolutas que haviam sido vendidas. Assim, o Congresso Nacional propôs a alteração da Lei n. 601, na sessão de 1888. As modificações não foram aprovadas e, talvez, por isto mesmo, o regime republicano incorporou-as ao novo sistema jurídico brasileiro.

O primeiro Governo republicano permitiu, por Decreto, a criação de bancos agrícolas para fomentar esta atividade econômica e financiar colônias agrícolas e o assentamento da mão-de-obra livre dos colonos. Estas foram as bases da concessão

---

9. HOLSTON, James: *Legalizando o Ilegal*, São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 8, 1993, p. 81

dada ao engenheiro Ricardo Medina, em 1890. Em 1891, o engenheiro transferiu esta concessão para seu banco privado, o Banco Evolucionista absorveu os 50 mil hectares ao longo das margens do Rio Tiete.

Também, em 1891, a primeira Constituição republicana transformou o regime do Estado brasileiro, que assumiu o caráter de federação, e elevou as Províncias a Estados-membros. Assim, as antigas Províncias ganharam mais autonomia e para elas foram transferidas as terras devolutas localizadas em seus territórios.

Apesar da transferência das terras devolutas, quando, em 1892, o Banco Evolucionista apresentou a medição de apenas metade da área que lhe fora concedida, em uma das margens do Rio Tietê, a União decidiu cancelar a concessão sobre as terras localizadas na outra margem. Desta forma, aquelas terras retornariam ao patrimônio da União.

O Estado de São Paulo, que havia cedido os direitos sobre aquela metade de concessão, contestou a determinação da União. O Supremo Tribunal Federal decidiu a questão somente em 1928 para dizer que a metade da concessão, sobre a qual havia sido feita a medição, deveria ser havida como condomínio indivisível entre o Banco Evolucionista e o Estado de São Paulo.

Ocorre que, no meio tempo, o Banco Evolucionista, faliu em 1900. Antes da falência dera em garantia sua concessão confirmada ao Banco Real de Crédito. O Banco Real de Crédito faliu em 1909; a concessão dada em garantia foi à hasta pública e terminou arrematada por um de seus sócios.

O acórdão do Supremo, que determinou a propriedade em condomínio indivisível da metade da concessão, outorgada em 1890, também confirmou suas finalidades. Assim, tanto os sucessores do Banco Evolucionista quanto o Estado de São Paulo receberem a concessão sobre aquelas terras com o dever de usá-la para a fundação de colônias agrícolas. Todavia, nem o Estado nem os sucessores dos direitos do Banco cumpriram aquela determinação legal.

Ambas as partes utilizaram o acórdão de forma diversa. Enquanto os sucessores do Banco a utilizavam para vender suas terras a terceiros e fazer toda espécie de negócios jurídicos, o Estado de São Paulo opunha-se contra toda e qualquer regularização fundiária, através de ações de usucapião para terras localizadas na zona leste da Capital.

Uma vez que a descrição da área, cuja concessão foi confirmada pelo acórdão mencionado, era imprecisa, a transcrição que gerou também o foi. Desta forma, tanto os sucessores do Banco Evolucionista puderam comercializar muito mais do que

de direito poderiam, quanto o Estado de São Paulo sentia-se no direito de reclamar seus supostos interesses em Juízo contra qualquer regularização na zona leste.

Mesmo deixando de lado as oposições apresentadas em Juízo pela Municipalidade, face a outras concessões outorgadas ao Município na zona leste durante o Império, pode-se dizer que aquela vasta região da Cidade viveu uma série de conflitos de terras durante um século diante de um lado da oposição do Estado, e de outro de sua incapacidade de produzir um cadastro de imóveis confiável. De fato, a União só deixou de contestar as ações de usucapião naquela região no dia 7 de abril deste ano com a publicação da Súmula Administrativa n. 4, promulgada pelo Advogado Geral da União. O Estado de São Paulo havia abdicado de suas pretensões, em 1986.

A União que nunca havia deixado a disputa. Diante da decisão do Supremo Tribunal Federal sentia-se no direito de reclamar seus interesses pela metade da concessão que lhe fora devolvida. Teve sua posição fortalecida pela publicação do Decreto-lei n. 9.760, em setembro de 1946. O Decreto-lei deu uma arma poderosa à União para suas reclamações de direitos sobre a região.

Aquela norma jurídica elencou os bens de domínio da União, entre os quais os extintos aldeamentos indígenas (art. 1º, h). Como o extinto aldeamento de São Miguel-Guarulhos abrangia toda a zona leste da Cidade, melhor se sentia a União para se opor às ações de usucapião, mesmo se a jurisprudência majoritária da Justiça Federal, desde a década de 80, opinava pela inconstitucionalidade daquele Decreto-lei no que diz respeito aos extintos aldeamentos, uma vez que não foi recepcionado pela Constituição Federal, de 1946, publicada poucos meses depois.

Assim, o Município e o Estado de São Paulo desistiram de suas pretensões na década de 80 e a Procuradoria do Estado, em 1986, oficiou recomendando a publicação de Decreto presidencial para que a União fizesse o mesmo. No entanto, esta demorou 24 anos para reconhecer o óbvio, ou seja, não tinha qualquer respaldo jurídico para se opor às ações de usucapião sobre terras particulares naquela região.

O certo é que todos os litígios havidos entre os atores estatais e particulares sobre as terras da zona leste, até hoje, não conseguiram deslindar as questões dominiais sobre a região. Lá se sobrepõem títulos de domínio, havidos por concessões de uso mais antigas e mais recentes, dos quais derivaram nebulosos títulos de propriedade.

Desta forma, a história de títulos nebulosos, de legitimidade precária, dos assentamentos na zona leste da Cidade de São Paulo iniciou-se com a outorga de sesmarias pela Câmara Municipal, no século XVI, sobre área já concedida. Perpetuou-se ao longo dos séculos diante da ausência de mapas cadastrais em nossos Cartórios de

Registro de Imóveis. A ausência de mapas cadastrais gera obstáculos para a segurança da posse dos lotes comprados em parcelamentos, pois permite a sobreposição, real ou ficta, de títulos de propriedade e deixa o Poder Judiciário sem instrumentos adequados para resolver os conflitos de terra.

Portanto, mesmo com o novo entendimento da União Federal, os conflitos sobre as terras da zona leste da Cidade levarão gerações até serem dirimidos mantida a atual legislação registrária ou até que esta venha a ser alterada para que se obrigue a manutenção de mapas cadastrais atualizados pelos nossos Cartórios. Os conflitos ocorridos no loteamento denominado “*Novo Lar*”, em São Mateus, que examinamos a seguir, irão demonstrar a dimensão dessas questões jurídicas.

### 3.2. O Loteamento “*Novo Lar*”

No final dos anos 60, o loteamento, denominado “*Novo Lar*” (Planta 5),<sup>10</sup> foi anunciado pela mídia e divulgado, também, através da distribuição de belos panfletos por toda a zona leste da região metropolitana de São Paulo. O loteamento concebido e planejado pela empresa Lar Nacional oferecia à venda casas, com seus respectivos lotes, a preços muito convidativos.

O *marketing* de venda oferecia vários planos de pagamento, diferentes tipos de casas, e a opção dada ao comprador de recebê-las acabadas ou semiprontas. A empresa anunciava que linhas de crédito bancário do Sistema Financeiro de Habitação seriam obtidas para o pagamento das unidades e finalização das obras. Foram oferecidas ao mercado 10 mil unidades habitacionais no local.

Aquele empreendimento imobiliário, apesar de não ter sido aprovado pela Prefeitura Municipal e registrado nos termos do Decreto-lei n. 58/37, obteve enorme sucesso. A empresa Lar Nacional organizava visitas ao local, levando os interessados com peruas. Lá chegando, o interessado via os trabalhos de terraplanagem e o início da construção das casas, visitava uma fábrica de blocos, o lago de águas cristalinas e a execução do projeto de captação daquelas águas para as casas. Desta forma, o interessado, vendo um canteiro de obras em plena atividade, desconhecendo o descumprimento das determinações legais para a comercialização de lotes de terrenos e a edificação de casas, as de unidades foram vendidas.

Todavia, das 10 mil unidades colocadas à venda, somente 516 foram

---

10. Chegou-se a esta representação combinando-se um vôo de 1971 (GEGRAM) com o levantamento do Metrô de 1974.

entregues. Nenhuma delas foi acabada. Os compradores mais persistentes e com mais sorte conseguiram ao menos receber uma das 516 casas, mesmo que tenham tido que acabá-las com seus próprios recursos. Centenas de pessoas firmaram contrato, iniciaram seus pagamentos e nada receberam em troca.

Por outro lado, as importâncias a serem pagas não eram tão acessíveis como uma conta menos cuidadosa poderia levar a crer. Segundo os depoimentos prestados, ficava contratado que o comprador deveria fazer uma poupança por um prazo de tempo que variava de um ano e meio a dois anos, a partir de quando receberia sua unidade habitacional. Recebida a casa, com imissão provisória na posse, as parcelas de pagamento eram majoradas. Nos termos do contrato que examinamos, datado de 1967, o comprador deveria pagar mensalmente 1% do preço total, por um prazo de tempo não-determinado, todavia, até a imissão provisória na posse de sua residência. Imitido na posse, passaria a pagar mensalmente 1,5% do valor do contrato.

Os valores não eram fixos. As parcelas mensais de pagamento variavam de acordo com o salário mínimo, enquanto o valor remanescente do contrato era reajustado monetariamente pela variação dos preços da construção civil. Desta forma, mesmo aqueles que conseguissem pagar suas prestações em dia, nunca chegariam a quitar o valor total do contrato, cujo saldo remanescente era reajustado por outro critério que, historicamente, varia acima do salário mínimo.

Apesar de não fixar a data de recebimento da residência, o contrato examinado estabelecia que da data de sua assinatura o promitente comprador estava obrigado no pagamento dos impostos e taxas que incidissem sobre o imóvel. O contrato, também, estabelecia que, até a quitação total do preço, o promitente comprador ficaria provisoriamente na posse do imóvel. Desta forma, a empresa loteadora não tinha dificuldades em reaver e revender as residências daqueles que atrasavam os pagamentos, mesmo sendo o parcelamento clandestino.

De qualquer forma, completados os períodos de carência dos primeiros compradores, nenhuma das 516 casas estava acabada, tampouco haviam sido feitas ligações de luz, de esgotamento sanitário e águas pluviais, ou calçamentos. É claro que as prometidas linhas de crédito jamais foram obtidas, face à clandestinidade da ocupação. Mesmo assim, e ainda considerando a majoração das prestações mensais, os compradores preferiram tomar posse de suas residências.

Neste ínterim, enquanto o “bairro” ia precariamente se formando e novas vendas iam sendo feitas, o Sr. Humberto Reis Costa aproximava as cercas de sua

propriedade (Planta 6)<sup>11</sup> em direção ao *Novo Lar*. Costa era de fato proprietário de uma área de terras a alguns quilômetros do bairro.

Aparentemente, o sucesso daquele empreendimento imobiliário fez com que, de forma pouco ortodoxa, resolvesse dividir os lucros obtidos pela loteadora clandestina, obrigando que os promitentes compradores passassem a pagá-lo. De fato, quando suas cercas chegaram à vizinhança do “*Novo Lar*”, no início dos anos 70, o Sr. Costa começou a dizer no “bairro” que era o verdadeiro proprietário daquelas terras e procurava ganhar confiança dos adultos, tratando bem seus filhos, dando-lhes bolas e camisetas de futebol.

Naquela época, os moradores já tinham bons motivos para duvidar da honestidade e boas intenções da loteadora. Assim, não queriam mais fazer acordos e celebrar contratos com quem não apresentasse a documentação necessária para a final transferência da titularidade. Então, os moradores haviam aprendido que, além do título de propriedade, o pretense proprietário deveria apresentar o projeto de parcelamento aprovado.

Considerando que Costa não apresentava tal documentação e que se não pagassem a Lar Nacional acabariam por encarar uma reintegração de posse, continuavam os pagamentos para a loteadora, até a data em que esta fechou seus escritórios e seus sócios sumiram no tempo e no espaço pouco tempo depois.

Desaparecidos os sócios da Lar Nacional, Costa aumentou sua pressão sobre os moradores, jogando lixo para poluir o lago onde era captada a água para as residências e fazendo despejos forçados de algumas famílias. Assim, os pais saíam para trabalhar e quando voltavam encontravam seus móveis e filhos na rua e outra família em sua casa. A poluição da água não afetava todos os moradores, pois muitos já haviam construído poços artesanais em suas casas. No entanto, os despejos forçados assustaram a comunidade.

Desta forma, resolveram constituir uma Associação de Moradores, onde pudessem discutir e resolver os problemas comuns. Além disso, criaram uma rede de comunicação encarregando as donas de casa do “bairro” de avisarem seus maridos, quando os caminhões de Costa aparecessem no local para trazer novas famílias. Os maridos, por sua vez, haviam obtido autorizações de seus chefes para voltar para casa na hipótese de receberem telefonema. Assim, conseguiram resistir às evicções arbitrárias.

---

11. Esta é a planta de localização dos dois loteamentos como se encontram hoje registrados em CASE 3, na Prefeitura Municipal de São Paulo.

Por outro lado, além de terem um local para se reunirem precisavam constituir formalmente a Associação, portanto precisavam de um advogado. Mesmo porque, no início dos anos 70, muitos outros grupos de pessoas apareceram alegando ser os verdadeiros proprietários da área. Nesta época, um advogado apareceu no local, alegando querer comprar uma casa. Este advogado obteve a constituição formal da sociedade e defendeu vários moradores nas ações de reintegração de posse promovidas pela Lar Nacional.

No entanto, não os auxiliou no deslinde da questão fundiária propriamente dita. Ao longo do tempo, percebeu-se que o advogado prestava serviços para o Sr. Costa; logo seu trabalho consistia em resguardar seus interesses e não o de promover aqueles da comunidade. Na verdade, tal deslinde era mesmo tarefa difícil.

Muitos poderiam reclamar a propriedade sobre a área, inclusive o Estado de São Paulo, tão vagas são as descrições das glebas de terras nos títulos de propriedade. Não existe qualquer registro da maioria dos marcos apontados, impossibilitando a reconstrução dos perímetros. Desta forma, sem a representação cartográfica qualquer solução seria, na melhor das hipóteses, discricionária. E, discricionárias foram as decisões tanto do Poder Judiciário, quanto da Prefeitura Municipal de São Paulo nas disputas travadas entre Costa e a empresa loteadora que examinamos adiante.

### 3.2. Os Títulos de Propriedade

Antes de examinarmos as lides propriamente ditas devemos examinar os títulos de propriedade que as respaldaram. Todos os títulos conflitantes tiveram a mesma origem, a saber: a Fazenda Oratório. Esta fazenda, provavelmente recebida em sesmaria, chegou à propriedade de João Cardoso de Siqueira e sua mulher no século XIX.

Reis Costa alegava ter adquirido suas terras de alguém que, através de longa cadeia sucessória, seria o sucessor dos direitos dominiais de João Cardoso de Siqueira.<sup>12</sup> De qualquer forma, obteve o registro da transcrição, em 1951. A companhia Lar Nacional e sua sócia Pérola de Sá Franco, por sua vez, adquiriram suas glebas de um terceiro, João Boaventura, que alegava ser inventariante de André de Jesus. As aquisições tanto da loteadora, quanto de sua sócia ocorreram mais de uma década após

---

12. Até o momento, não localizamos os autos dos inventários alegados por Costa em ação demarcatória promovida por supostos sucessores de André de Jesus. De qualquer forma, o TJ-SP outorgou-lhe mandado de reintegração de posse sobre parte do antigo Sítio de André de Jesus.

o registro da transcrição obtido por Costa, pois se deram por volta de 1967. Todavia, também foram transcritas na forma da Lei então vigente.

André de Jesus comprou uma “sorte de terras” de João Cardoso de Siqueira e de sua esposa, em 1844, conforme declarou perante o Registro Paroquial em 1854. Ocorre que, segundo consta, enquanto a morte dos Siqueira teria originado inventários, tendo o último, devido pelo falecimento da esposa, encerrado em 1860, a sucessão de André de Jesus é nebulosa. A data do falecimento de André de Jesus teria ocorrido por volta de 1868, sendo certo que seu primeiro inventário só foi aberto em 1928.

Se, de fato, no que tange à filiação, aparentemente o título de Costa estava melhor respaldado que os títulos da loteadora, por outro lado estando todos registrados, nos termos do art. 530, inciso I, do Código Civil, não haveria que ser falado dogmaticamente que um título era melhor ou pior que os outros. Os títulos que respaldavam os direitos da loteadora são melhor descritos, já que fornecem ao menos as medidas lineares de suas confrontações. Mesmo sendo estas descrições desvinculadas da realidade cartográfica, dificultando a visualização e localização das terras que descreviam, ao menos trazem as medidas lineares. O mesmo não ocorre com a descrição das glebas transcritas por Costa, que segundo o registro perfazia um total de cerca de 150 acres de terra, nem com a descrição das terras deixadas por André de Jesus, que segundo seu segundo inventário, aberto em 1969, perfazia um total de cerca de 1.867 mil m<sup>13</sup>

Apesar das descrições nebulosas as terras adquiridas por Costa e a descrição feita, em 1969, das terras deixadas por André de Jesus é fácil verificar que se confrontam. Ambas mencionam a confrontação com o Córrego Anhumas e, mais relevante, um dos confrontantes mencionados no título de Costa aparece como herdeiro de André de Jesus no inventário aberto em 1969. Porém, das descrições havidas nos vários títulos não se pode afirmar que as terras da loteadora e as terras de Costa sequer se confrontassem. No entanto, as decisões administrativa e judicial perceberam não-só uma confrontação, mas até uma superposição de títulos.

### 3.3. As lides judiciais

Os moradores, como expusemos acima, estavam muito confusos e acabaram por se organizarem para poderem enfrentar seus problemas. Tinham toda a razão. Os conflitos se travaram, sem que tivessem sido informados oficial ou oficiosamente. Segundo relataram, souberam que para sua solução havia necessidade

---

13. Das petições constantes nos documentos examinados, não constam o número desse processo, nem a data da distribuição da petição inicial.



de ser decidido um processo que estava em Brasília. A Lar Nacional os havia informado, através de seus sócios, que instaurara o processo para a regularização do parcelamento. Os moradores nada sabiam dos conflitos entre a loteadora e Costa e só foram saber que havia um misterioso processo em Brasília após o sumiço dos sócios da Lar Nacional.

Não sabiam que os conflitos foram deflagrados tão- logo Costa chegou com suas cercas nas divisas do loteamento e muito menos que estes se operavam tanto no nível administrativo, quanto no nível Judiciário.

De fato, havia a ação de reintegração de posse distribuída à 6ª Vara Cível da Comarca da Capital<sup>14</sup>. que aguarda, para sua cabal execução, decisão de outra ação enviada ao Supremo Tribunal Federal, em 12 de março de 1973, até hoje não-solucionada. A ação que correu perante a 6ª Vara Cível foi uma reintegratória que João Boaventura (inventariante de André de Jesus nos títulos da Lar Nacional) moveu contra Costa e sua esposa. A sentença de Primeira Instância reconheceu a procedência da ação. Costa apelou e o Tribunal de Justiça modificou aquela decisão, reconhecendo os direitos de Costa, que fez executar o acórdão em 1972.

A execução da sentença foi contestada por embargos de terceiros da loteadora, em 18 de outubro de 1972, e de Pérola de Sá Franco, em 20 de outubro daquele ano. O mandado manda reintegrá-lo na posse de uma área de 1.422.094m<sup>2</sup> de área maior do “Sítio André de Jesus” O mandado de reintegração expedido, em 29 de agosto, não faz qualquer referência à Fazenda Oratório ou às terras deixadas por João Cardoso de Siqueira e sua esposa, de cujo sucessor Costa alega ter comprado em sua contestação, nos autos do processo n. 3.382/79, da ação ordinária de demarcação e divisão que correu perante a 16ª Vara Cível

Os embargos de terceiro distribuídos suspenderam o feito. Todavia, os embargos de terceiro promovidos pela Procuradoria do Patrimônio do Estado de São Paulo, em 14 de novembro de 1972, transferiram a competência do feito para a 3ª Vara da Fazenda Estadual, em 9 de março de 1973.<sup>15</sup> A Procuradoria do Estado alegava, em síntese, que o título de João Boaventura era espúrio, porque suas terras localizavam-se dentro de área maior, na margem esquerda do Rio Tietê que, nos termos da decisão do Supremo Tribunal Federal, cabiam em condomínio ao Banco Evolucionista e ao Estado

---

14. Também, para este processo, não foi possível localizar o número.

15. Este processo englobava uma parte da área comercializada, e não o total de 10 mil residências que estavam sendo compromissadas à venda.

de São Paulo. Ainda, alegou que do total de 25 mil hectares, os 12,5 mil hectares que couberam ao Banco já haviam se esgotado com a alienação de área superior a 15,353 mil hectares de terras.

Paralelamente, corria outra ação de reintegração de posse. A ação que a Companhia Melhoramentos e Urbanização Kiaja, na qualidade de sucessora do Banco Evolucionista, e um certo coronel José Paulini promoviam contra a empresa perante a 8ª Vara da Justiça Federal, em São Paulo. Naquela ação as Fazendas do Estado e da União apresentaram oposição.

A Fazenda do Estado, que havia sido chamada para integrar a lide como litisconsorte ativa e comunheira, havia ingressado com oposição, alegando o mesmo que na outra reintegratória. A oposição promovida pela União Federal, em 1972, requereu a exclusão do feito da autora, da ré e da oponente, tendo em vista a alínea h), artigo 1º, do Decreto-lei n. 9.760/46 que dava à União Federal o domínio sobre os extintos aldeamentos indígenas. De fato, a área em discussão encontra-se, de fato, dentro do perímetro do extinto aldeamento de São Miguel-Guarulhos e do perímetro de terras concedidas ao engenheiro Medina.

Em suas alegações a União desconheceu o acórdão, de 1928, do Supremo. Ainda, afirmava que não-reconhecia a legalidade da concessão feita pelo Estado de São Paulo ao Banco Evolucionista, em 1892, pois o título infringira o art. 11, da Lei n. 840, de 15 de setembro de 1855, que determinava a necessidade de escritura pública.

Nem vamos aqui considerar as outras questões de alta indagação jurídica levantadas pela União como, por exemplo, o fato de a área do extinto aldeamento indígena não ser terra devoluta. Desta forma, o Estado de São Paulo não teria qualquer direito sobre elas nos termos do art. 64, da Constituição Federal, de 1891. Percebemos, em uma primeira análise, que todas as questões jurídicas suscitadas tinham caráter formal, desconheciam o fato que as pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado tinham título de domínio registrado e absolutamente desconsideravam os reflexos das discussões que travavam na população diretamente envolvida.

O fato é que todos aqueles títulos de origem duvidosa e de descrição nebulosa, diante da ausência de representação cartográfica, foram registrados, o que os tornava válidos e oponível a terceiros, nos termos da legislação-pátria. Tanto assim é, que a ação originária n. 210-9 ainda se encontra no Supremo, transferida à relatoria do ministro Maurício Corrêa, em 1995.

A complexidade da lide perturbou, naquele momento, a Procuradoria do Estado. Esta, em 9 de abril de 1973, peticionou ao Juízo da 3ª Vara da Fazenda Estadual,

informando a existência do feito, discutindo sobre área maior que, diante do interesse da União e do Estado, fora remetido da 8ª Vara da Fazenda Federal ao Supremo Tribunal Federal. Outrossim, informou àquele Juízo que além da oposição naquele feito requerera medida acautelatória de seqüestro “*face ao problema social criado*” Mesmo assim, diante do interesse manifestado pela União no outro feito, requereu a remessa dos autos à Justiça Federal e o sobrestamento daquele processo até o final julgamento do outro feito pelo Supremo.

Assim, o Juízo da 3ª Vara da Fazenda Estadual decidiu, em 11 de agosto de 1973, pela suspensão do feito e dos seus respectivos embargos de terceiros até a data em o outro processo fosse julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Dos documentos examinados consta a inicial da oposição, distribuída em 28 de maio de 1982, promovida perante a 3ª Vara da Fazenda Estadual pelos moradores do loteamento “Novo Lar” na qualidade de compromissários compradores da Lar Nacional contra João Boaventura e Humberto Reis Costa e respectivas esposas, face à execução da sentença havida pela decisão da reintegração de posse.

Aquela oposição trouxe finalmente, após uma década, perante o Poder Judiciário a discussão sobre os direitos dos adquirentes de boa-fé e moradores do “bairro” A oposição fez-se necessária, pois Costa queria fazer cumprir o mandato de reintegração que obtivera contra a loteadora que estava, como expusemos acima, suspenso.

A sentença que decidiu esta oposição nada mencionou sobre os direitos dos moradores. Aquele Juízo entendeu, em 30 de junho de 1982, pelo indeferimento da oposição pois a execução da sentença reintegratória já havia transitado em julgado e que a Lar Nacional obtivera liminar de manutenção de posse sobre parte da área. Todavia, ambos os feitos estavam suspensos, logo a oposição era incabível. Mesmo tendo indeferido aquela ação e mesmo relevando os interesses dos moradores, a decisão foi para eles importante, porque impediu Costa de continuar com os despejos arbitrários que promovia.

Por outro lado, nos termos da certidão objeto e pé expedida pelo Supremo Tribunal Federal, em 06 de outubro de 1982, os autos da lide entre a União, o Estado de São Paulo, as empresas Kiaja e Lar Nacional, encontravam-se com o ministro relator. Até o momento, a única mudança processual foi a alteração do ministro relator.

### 3.4. A Disputa Administrativa

Enquanto as lides acima relatadas se travavam no Poder Judiciário, outro conflito, entre Humberto Reis Costa e a Lar Nacional, se desenrolou em procedimento

administrativo perante a Prefeitura Municipal de São Paulo. Esta disputa, iniciada em 1970, foi deflagrada pela apresentação nos autos do processo administrativo n. 104.190/69 do acórdão, autorizando a reintegração de posse de Humberto Reis Costa.

Através daquele processo administrativo a Lar Nacional Construtora e Administradora Ltda. pleiteava a aprovação do parcelamento, que de fato já fizera e comercializava.<sup>16</sup> Costa informou sobre a existência do litígio esclarecendo que a lide versava sobre apenas cerca 69 mil m<sup>2</sup> do total de 278.449,00m<sup>2</sup> que a Lar Nacional pretendia arruar.

Apesar de Costa reconhecer, naquele procedimento administrativo, a propriedade da Lar Nacional sobre a área de cerca de 221 mil m<sup>2</sup> aquele processo durou mais de dez anos. Foi resolvido independentemente da resolução judicial das lides perante o Supremo e a 3ª Vara da Fazenda Estadual ou da representação cartográfica das áreas.

Parecer, datado de 14 de julho de 1970, informava que o Código de Obras em vigor determinava que o arruador deveria apresentar os títulos de propriedade da área que parcelava provando o domínio e que provasse a ausência de litígio sobre a gleba. O parecer sugeria que a Lar Nacional apresentasse novo pedido de aprovação de arruamento sobre a área de 221 mil m<sup>2</sup> sobre a qual não havia litígio.

A Lar Nacional seguiu o parecer. Todavia, as certidões negativas dos distribuidores deveriam ser apresentadas também em relação aos antecessores da arruadora. Ocorre que havia uma ação demarcatória e divisória, perante a 20ª Vara Cível da Comarca da Capital contra um dos antecessores da loteadora. E, quando, em 1972, a Cia. de Melhoramentos e Urbanização Kiaja distribuiu a ação de reintegração de posse perante a Justiça Federal, a apresentação de Certidão Negativa dos Distribuidores Federais restou irremediavelmente impossível.

De qualquer forma, em 1971, a loteadora havia recebido parecer favorável para a obtenção do Alvará, pois apresentara toda a documentação necessária. O Alvará “Termo de Compromisso e Autorização” - foi expedido em 10 de janeiro de 1972. Porém, entre março e abril daquele, ano o setor de engenharia descobriu, através de estudo de campo, sem aparelhos, com base em planta da Light, que o Alvará concedido não correspondia a gleba inscrita nos 221 mil m<sup>2</sup> de propriedade da loteadora. Mesmo assim, foi autorizada, pelo engenheiro chefe da divisão, a lavratura de Alvará de

---

16. A propriedade imóvel reconhecida como Direito Humano, em 1789, trouxe outros problemas, que começam a ser atacados através da função social da propriedade.

*“regularização de arruamento e loteamento”*

O processo seguiu para o Departamento de Patrimônio para a doação das ruas à Municipalidade. Em 09 de novembro de 1972, foi enviada equipe técnica ao local que constatou que *“o loteamento em questão encontrava-se em fase adiantada de execução”*, prédios com alvará de construção e *“habite-se”* outros clandestinos com autos de infração, multas e embargos. Constatou, ainda, que a Prefeitura Municipal de São Paulo intimara a Lar Nacional, em 16 de março de 1970, para regularizar o loteamento no prazo de 45 dias. Deste episódio, relatado nos autos de regularização na Empresa Municipal de Urbanização – Emurb, em 12 de março de 1981, fica clara a total falta de integração entre os diferentes órgãos da Prefeitura Municipal de São Paulo.

Ainda, em 1980, a Prefeitura Municipal constatou que a empresa Lar Nacional não mais existia e que seu procurador residia em local incerto e desconhecido. Em novembro daquele ano, fora realizada nova vistoria no local e a regularização fora novamente autorizada. Segundo os moradores, de fato, várias equipes da Municipalidade estiveram no local. Todavia, ninguém se lembra de ter visto equipes com aparelhos topográficos.

Desta forma, o processo administrativo foi resolvido, em 1984, sem qualquer respaldo técnico. A Prefeitura Municipal decidiu que os títulos de propriedade se sobrepujam em parte. Deliberou que cerca de um terço da área seria integrada ao loteamento Sapopemba de Reis Costa e reconheceu que cerca de dois terços era de fato da Lar Nacional (Planta 6). Finalmente, autorizou a regularização pela Prefeitura, nos termos da Lei n. 6.766/79, da parte que reconheceu como sendo de propriedade da loteadora.

A parte que passou a integrar o “Jardim Sapopemba” obteve regularização fiscal. Os impostos são, até hoje, lançados em nome de Costa e seus filhos. Os calçamentos, a ligação, a canalização das águas e o esgotamento sanitário à rede pública, foram integralmente custeados pelos moradores. As ligações à rede pública de luz e força fora obtida anteriormente.

Na verdade, a decisão administrativa respaldou-se em um acordo fora dos autos do processo, e que não o integrou. Por este acordo, fomentado pelo então presidente da Emurb, os sócios da loteadora e Reis Costa acordaram naquela divisão da área.

Os moradores não foram consultados para opinar sobre o acordo officioso. Assim, os moradores que compraram seus lotes e casas da Lar Nacional, há trinta anos, promovem ações de usucapião urbano para terem reconhecido o domínio sobre

seus imóveis. Nestas ações, sofriam a oposição da União e a contestação dos sucessores de Reis Costa.

Aquelas ações seguem sendo contestadas por Reis Costa. Há cerca de um mês foi julgada uma de suas apelações, para indeferi-la. Os autos ainda não retornaram ao Cartório. Quando retornarem, será a primeira confirmação do domínio no “bairro” para cerca de cem desses ações propostas a partir de 1992.

#### 4. Conclusão

A ocupação ilegal do solo urbano paulistano volta ao debate. Segundo as entrevistas e reportagens que vêm sendo publicadas pela mídia, o governo democrático, que será instalado em janeiro de 2001, promoverá a regularização fundiária da Cidade. Já não era sem tempo que houvesse uma gestão municipal que priorizasse a inclusão social e espacial dos moradores desta Cidade.

Hernando De Sotto apontou a importância que o reconhecimento do direito de propriedade privada teve para o desenvolvimento da economia europeia no século XVIII. Então, foram quebradas as relações existentes desde a Idade Média sobre a terra e admitida a existência da propriedade privada como um direito do cidadão.<sup>16</sup> No entanto, a maioria dos estudos internacionais mostra que antes que o domínio pleno é muito importante obter a segurança na posse como instrumento de combate à pobreza urbana nos países em desenvolvimento.

No Brasil, devido nossa legislação sobre propriedade, é difícil pensarmos em segurança na posse sem o registro do título. Assim, seja a ocupação do solo assentada em área de propriedade pública ou privada a segurança só será obtida, através da aquisição do domínio útil ou pleno. Este reconhecimento pressupõe o registro dos instrumentos de aquisição da propriedade, plena ou-não.

A insegurança na posse afeta a vida de milhões de brasileiros. Uma pesquisa bastante conservadora<sup>17</sup> estima que metade da população da Cidade de São Paulo viva em assentamentos informais. Isto significa que, só nesta Cidade, pelo menos 5 milhões de pessoas vivam precariamente, sem segurança sobre a posse de suas moradias.

Estes dados já são sérios por si-só. Mais sérios ficam quando percebemos que tampouco o registro do título trará a almejada segurança. Esta foi precisamente a situação enfrentada pelos adquirentes dos lotes e casas oferecidos ao mercado pela *Lar*

---

17. Pesquisa feita pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe) em 1994, publicada pelo jornal *Folha de S.Paulo*, domingo, 4 de junho, 2000, p. C1.

*Nacional Construtora e Administradora Ltda.*, em São Mateus. Ora, apesar de não ter aprovado e registrado o loteamento anteriormente ao oferecimento dos lotes e casas, em cumprimento à determinação legal, aquela empresa tinha um título registrado.

Tendo um título registrado na região, com área suficiente para abrigar os cerca de 500 lotes que primeiramente implantava e vendia, mesmo que um pretense adquirente contratasse um advogado para examinar a documentação disponível, o máximo que o experto poderia dizer é que se tratava de um parcelamento clandestino. Ninguém poderia afirmar, a partir do exame da certidão de propriedade, que a área registrada não abrangesse a área loteada. Da mesma forma, as glebas registradas em nome de Pérola de Sá Franco, para onde estavam planejadas a implantação das demais 9,5 mil residências

Não poderia e não-pode. É impossível fazer o levantamento mapográfico, a partir dos marcos dados na descrição daquela certidão de propriedade para saber se a área abrangia todo o loteamento (Plantas 4 e 5). Como não se obtém qualquer resultado, tentando-se lançar os marcos dados da área registra de Humberto Reis Costa demonstra. Desta forma, a decisão da Prefeitura Municipal de São Paulo ao dividir a área (Planta 6) foi totalmente arbitrária.

No último mês de maio, o Partido dos Trabalhadores (PT) publicou e divulgou seu programa nacional de moradia. Lá, quando abordada a questão da discriminação das áreas públicas é dito que: *“os exemplos que mostram ambas confusões, entre proprietários e os limites de suas propriedades, são infinitos (...) causados principalmente pela ausência de cadastro confiáveis e bem organizados em nossos Cartórios de Registro de Imóveis.”*<sup>18</sup> Na verdade, nossos estudos demonstram que a pouca confiabilidade dos títulos registrados, no que tange os limites da propriedade originando infinitos confrontos entre proprietários, é sim um problema de estrutura organizacional, todavia de outra ordem.

A questão diz respeito à legislação federal que normatiza a organização funcional dos Serviços Imobiliários. Desta forma, ao vincular tais serviços ao Poder Judiciário e não ao Município e ao desobrigar a necessária correspondência entre o mapa da Cidade e o título registrado, não existe maneira possível de dar total segurança aos títulos registrados e, conseqüentemente, evitar os constantes litígios.

Por outro lado, a estrita ligação entre os mapas cadastrais e o título registrado pode não ser suficiente para resolver o caos registrário hoje existente. Para

---

18. *Projeto Moradia*, coordenado por Erminia Maricato, Lúcio Kowarick & outros, S. Paulo, Instituto Cidadania, 2000, n. 4.5.1.d, p. 34.

tanto, há necessidade premente de haver uma unificação entre os vários cadastros imobiliários. Percebemos que é impossível, ou pelo menos muito difícil, promover uma ampla reforma urbana, através da regularização fundiária sem unificá-los.

Como pode o Governo municipal cumprir suas obrigações constitucionais se desconhece os proprietários do solo que deve administrar, nos termos do art. 182? A União mantém seu próprio cadastro dos imóveis urbanos, que integram seu patrimônio, nos Serviços do Patrimônio da União. Cada Estado-membro, através de seus respectivos Poderes Judiciais é responsável pela gerência de todos os serviços registrários dentro de seu território.<sup>19</sup>

Finalmente, cada um dos quase 6 milhões de Municípios brasileiros mantém o seu cadastro imobiliário. O problema não é só o número de diferentes cadastros existentes, o que representa pouca economicidade e dificuldade de controle de quem quer que seja. A questão é que não existe qualquer conexão entre estes cadastros.

O programa nacional para moradia, acima mencionado, afirma que não é por falta de normas jurídicas que a ocupação do solo urbano brasileiro é caótica.<sup>20</sup> De fato, não faltam normas jurídicas. O problema, portanto, não é a quantidade e, sim, da qualidade das normas jurídicas. O conjunto legal regulamentador do espaço urbano não é eficaz à produção de uma Cidade que cumpra sua função social.

A legislação urbanística, aliada à prática da política clientelista, propiciou a visível exclusão espacial das cidades brasileiras. Todavia, não se trata somente da legislação urbanística. Esta encontra respaldo no ordenamento jurídico nacional, especialmente na concepção da propriedade como reserva de valor e no cadastramento que é feito desta propriedade.

Cime Lima disse que as descrições imprecisas dadas às sesmarias eram propositais. Desta forma, a Coroa portuguesa manteve os sesmeiros brigando entre si para definir os limites de suas terras e não com a metrópole. A afirmação é bastante razoável. De fato, se tinham os portugueses os instrumentos de navegação necessários para cruzar oceanos, certamente dominavam a tecnologia para mapear precisamente as terras que concediam. O que não é razoável é a manutenção, *mutatis mutandi*, do mesmo princípio colonialista quinhentos anos após sua implementação.

O País independizou-se há quase duzentos anos. Há mais de cem anos é um Estado laico independente da Igreja Católica. No entanto, a imprecisão dos títulos

---

19. Somente para a Comarca e Município de São Paulo existem 18 Cartórios de Registro de Imóveis.

20. *Ib.*, p.34



de propriedade é uma constante. Do aval da Coroa à concessão das sesmarias, dos Registro Paroquiais aos nossos atuais Serviços de Registro de Imóveis pouco mudou. Certamente, não houve qualquer modificação ao longo destes cinco séculos no que tange a vinculação entre a representação gráfica do imóvel, o título de propriedade e sua real inserção no mapa cadastral da Cidade.<sup>21</sup>

Publicada a Constituição Federal, de 1988, a grande maioria da doutrina pátria reconhece as profundas modificações trazidas ao conceito de propriedade. Hoje, não mais podemos dizer a propriedade seja um instituto do Direito Privado. A função social da propriedade urbana, não só limita seu exercício, através de normas urbanísticas, mas integra o próprio Direito.

A extensão da função social altera o conceito de propriedade imóvel, oriunda do Código de Napoleão, de 1804, favorecendo o exercício da moradia e a real ocupação do imóvel. Protege os ocupantes até contra o proprietário que não cumpra sua função social. Ao ponto de Fábio Konder Comparato, por exemplo, afirmar que nenhum direito à propriedade resta àquele que não a faz cumprir sua função social.

Esta percepção é correta. Todavia, seu reconhecimento é difícil na prática, quando verificamos a grande maioria das decisões judiciais. O Poder Judiciário brasileiro tende ao positivismo. Desta forma, enquanto não houver a positivação do novo conceito de propriedade a jurisprudência majoritária continuará impondo o velho conceito.

De qualquer forma, a questão não é o Poder Judiciário, nem sequer modificações legislativas para a mudança de conceitos. A questão é mais profunda. Trata-se da necessidade de uma mudança na própria estrutura em que se respalda o direito de propriedade, ou seja, na forma como se dá seu registro.

Somente um registro de propriedade unificado, que vincule o título à sua representação gráfica na malha urbana (ou rural) tornará, além da segurança ao registro, possível obrigar o cumprimento da função social da propriedade. A desconexão hoje existente, no mínimo, dificulta a missão constitucional dada ao Poder Municipal de implantação de uma Cidade que cumpra sua função social.

A apontada desvinculação perpetua a necessidade de regularização fundiária. Assim, conforme o discutido durante a 7ª Conferência do IRGLUS, em julho deste ano, no Cairo, a necessidade da regularização fundiária é um tema permanente. Será, de fato, perene, enquanto não enfrentarmos as modificações estruturais que se fazem necessárias.

---

21. A mesma observação é válida para as áreas rurais.

Para o País, no que tange ao direito de propriedade imobiliária, entendemos que a primeiríssima modificação a ser feita é na forma pela qual se dá seu registro. Sem esta alteração, dificilmente a propriedade atingirá sua função social e jamais deixaremos de necessitar a periódica regularização fundiária.

São Paulo, dezembro de 2000.

## Bibliografia

AMARAL Júnior, Alberto do: *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

AZUELA, Antonio: *La Ciudad, la Propiedad Privada y el Derecho*, Cidade do México, México, El Colegio de Mexico, 1999.

BARRUFINI, José Tosetti: *Usucapião Constitucional Urbano e Rural*, São Paulo, Editora Atlas, 1997.

CASTELLS, Manuel: *Cidade, Democracia e Socialismo*. São Paulo, Editora Paz e Terra, 1989.

CENEVIVA, Laura Lúcia e SILVA, Helena Barreto, in *La Regularisation des Etablissements Irreguliers dans le Villes des Pays en Developpements*, coordenação de Alain Durand-Lasserve, apoio do Banco Mundial, seminário no México, 1993.

CENEVIVA, Walter: *Lei dos Registros Públicos Comentada*, São Paulo, Editora Saraiva, 1988.

CIRNE LIMA, Ruy: *Pequena História Territorial do Brasil*, Brasília, DF, Escola de Administração Fazendária (ESAF), 1988.

COMPARATO, Fábio Konder: Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade in *O Cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, organizado por Alberto do Amaral Júnior e Cláudia Perrone-Moisés, São Paulo, Edusp - Editora da Universidade de São Paulo, 1999

DEÁK, Csaba: O Processo de Urbanização no Brasil: Falas e Façanhas in *O Processo de Urbanização no Brasil*, organizado por Csaba Deák e Sueli e Sueli Ramos Schiffer, São Paulo, Edusp - Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

FARIA, José Eduardo: *Direito e Economia na Democratização Brasileira*, São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

FARIA, José Eduardo: *O Brasil Pós-Constituinte*, Rio de Janeiro, Edições Graal Ltda., 1989.

FARIA, José Eduardo: *Sociologia Jurídica - Crise do Direito e Práxis Política*, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1984.

FERNANDES, Edésio: Direito e Urbanização no Brasil, in *Direito Urbanístico, Belo Horizonte*, Livraria Del Rey Editora, 1998.

FERNANDES, Edésio: A Regularização de Favelas no Brasil: O Caso de Belo Horizonte, in *Direito Urbanístico*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1998.

FERNANDES, Edésio e ROLNIK, Raquel: *Law and Urban Change in Brazil*

in *Illegal Cities - Law and Urban Change in Developing Countries*, editado por Edésio Fernandes e Ann Varley, Londres, Inglaterra, Zed Books Ltd., 1998.

FERRAZ Júnior, Tércio Sampaio: *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Editora Atlas SA, 1987.

FURTADO, Celso: *Formação Econômica do Brasil*, São Paulo, Editora Nacional, 1975.

GOMES, Orlando: *A Crise do Direito*, São Paulo, Max Limonad, Editor de Livros de Direito, 1955.

GOMES, Orlando: *Direitos Reais*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1980.

IMPARATO, Ellade: O Usucapião Constitucional Urbano, in *Direito à Cidade*, São Paulo, Editora Max Limonad, 1999.

LACERDA, M. Linhares de: *Tratado das Terras do Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Alba Ltda., 1960.

KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979.

MALUF, Carlos Alberto Dabus: *Limitações ao Direito de Propriedade*, São Paulo, Editora Saraiva, 1997.

MARGARIDO, Antônio Benedito: *Sobre a Aplicabilidade da Função Social da Propriedade*, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tese de doutorado, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes: *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

PINHO, Evangelina Bastos: Regularização Fundiária em Favelas, in *Direito Urbanístico* - coordenação de Edésio Fernandes, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1998

REALE, Miguel: *Liberdade e Democracia*, São Paulo, Editora Saraiva, 1987.

RENNER, Karl: *Gli Istituti de Diritto Privato e la loro Funzione Sociale*, Bolonha, Itália, Società Editrice il Mulino, 1981.

RODOTÀ, Stefano: *El Terrible Derecho Estudios sobre la Propriedad Privada*, Madri, Editorial Civitas S.A., 1986.

RODRIGUES, Sílvio: *Direito Civil, Direito das Coisas - Volume V*, São Paulo, Saraiva S. A. - Livreros Editores, 10ª Edição, 1980.

ROLNIK, Raquel: *A Cidade e a Lei*, São Paulo, Studio Nobel e Fapesp, 1997.

ROLNIK, Raquel: Para Além da Lei: Legislação Urbanística e Cidadania (São Paulo 1886-1936), in *Direito Urbanístico* - coordenação de Edésio Fernandes, Belo Horizonte, Editora del Rey, 1998.

SAULE JÚNIOR, Nelson: *Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

SILVA, José Afonso da: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

SILVA, José Afonso da: *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo, Malheiros Editores, 1995.

SOTO, Hernando de: *The Other Path The Invisible Revolution in the Third World*, com colaboração do *Instituto Libertad y Democracia*, Nova York, EUA, Haper & Row Publishers, 1989.

TASCHENER, Suzana Pasternak: *Compreendendo a Cidade Informal, in Desafios da Cidade Informal*, Nairobi, Kenya, *United Center for Human Settlements*, 1996.

WARAT, Luís Alberto: *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, Porto Alegre, Editora Síntese Ltda., 1979.

#### Artigos:

FARIA, José Eduardo: O Judiciário e seus Dilemas *in Revista do Advogado n.º 56*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, setembro, 1999.

HOLSTON, James: Legalizando o Ilegal, São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 8, 1993.

VIANA, Rui Geraldo Camargo: Usucapião Popular Urbano, São Paulo, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP)* n. 101, Editora Lex, 1986.

WERNA, Edmundo: *Urban Management and Intra-Urban Differentials in São Paulo*, Londres, Inglaterra, *Elsevier Science Ltda.*, *habitat Int.*, v. 19, n. 1, 1995.

#### Publicações:

*Projeto Moradia*, coordenado por Ermínia Maricato, Lúcio Kowarick & outros, São Paulo, Instituto Cidadania, 2000, n. 4.5.1.d

*The Istanbul Declaration and The Habitat Agenda*, Nairobi, Kenya, UNCHS (Habitat), 1997

*Report of the Recife Internacional Meeting on Urban Poverty*, Nairobi, Kenya, UNCHS (Habitat), 1996

#### Jornal:

*Folha de S. Paulo* de 06.04.2000



## ACESSO A RECURSOS GENÉTICOS HUMANOS: UMA ABORDAGEM CONSENSUAL

*Roberto Chacon de Albuquerque*

Doutorando pelo Departamento de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

O artigo analisa as questões éticas e jurídicas relacionadas à coleta de recursos genéticos humanos. Enfatiza-se a importância de obter-se consentimento informado dos indivíduos ou grupos que forem objeto de pesquisas biomédicas.

### Abstract:

The article analyzes the ethical and legal questions related to the collection of human genetic features. It emphasize the importance to get informed assent of the individuals or groups that will be object of biomedical research.

**Unitermos:** genética; privacidade; patente; consentimento.

### Introdução:

Muitas pessoas ou grupos acreditam que os genes revelam sua essência mais íntima, atribuindo-lhes um enorme valor espiritual e comercial. A manutenção da propriedade sobre o patrimônio genético, a atualidade profunda de nossa vida, pode constituir um fator fundamental para que um indivíduo, uma família ou um grupo étnico mantenha controle sobre seus recursos intelectuais, científicos e culturais.

Uma abordagem consensual pode evitar a discussão espinhosa sobre a existência ou-não de direitos de propriedade sobre o ADN<sup>1</sup>

---

1. O ADN – o ácido desoxirribonucléico -, o “portador da mensagem genética”, pode ser imaginado “como uma longa fita em que estão ‘escritas’, em letras químicas, as nossas características (por exemplo, cabelo claro ou escuro, encaracolado ou liso, tendência à calvície, altura maior ou menor, até mais ou menos tendência à introspecção, etc.)” (Cf. Espinosa, Jaime. São Paulo: Quadrante, 1998, p. 71).

humano<sup>2</sup> <sup>3</sup> Por outro lado, uma abordagem consensual também apresenta seus inconvenientes, caso um pesquisador transfira amostras de ADN humano para uma instituição que não tenha assinado nenhuma espécie de acordo de transferência. Mesmo neste caso, uma empresa farmacêutica, tendo em vista os riscos de publicidade adversa, antes de gastar milhões de reais no desenvolvimento de um fármaco, preferirá provavelmente obter o consentimento de quem forneceu o ADN.<sup>4</sup> O consentimento informado deveria assumir a natureza de um contrato que vinculasse as partes.<sup>5</sup> Qualquer pessoa interessada em ter acesso a recursos genéticos de origem humana,<sup>6</sup> estejam eles registrados numa base de dados ou armazenados num depósito, deveria subscrever um acordo de acesso ou um acordo de transferência.<sup>7</sup>

Conforme o precedente *Moore v. Regents of University of California*<sup>8</sup> indivíduos que forem objeto de uma pesquisa genética não teriam necessariamente direito a obter qualquer espécie de compensação financeira.<sup>9</sup>

## 1. Privacidade

A pesquisa tendo como objeto uma família ou um grupo de famílias com uma alta incidência de uma doença genética pode revelar que tal família ou grupo

2. A Lei n. 10.205/01 proíbe a venda de sangue e seus derivados no País. A nova lei estabelece uma política formal para o setor, define metas de auto-suficiência na produção e constitui o Sistema Nacional de Sangue (Sinasan), órgão que controla a exceção das políticas voltadas para a produção e distribuição do produto. Como se proíbe a venda de sangue e seus derivados, talvez se pudesse argumentar que se proíbe também a venda de ADN, que constituiria um bem fora do comércio, insuscetível de apropriação privada.

3. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between" *Houston Law Review*, 33(5):1419, 1997.

4. *Idem, ibidem*, p. 1419.

5. *Idem*, Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):494, 1998.

6. Com a expressão "recursos genéticos humanos", abrangem-se tanto genes quanto proteínas e outras moléculas humanas.

7. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between". *Houston Law Review*, 33(5):1419, 1997.

8. *Moore v. Regents of Univ. of Cal.*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990).

9. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between" *Houston Law Review*, 33(5):1420, 1997: "On the other hand, individual research subjects may not have the legal ability under *Moore v. Regents of University of California*, or the practical ability under the conditions of research, to garner any financial return from their role in the research."



de famílias têm mais probabilidade de carregar um alelo defeituoso de um gene.<sup>10</sup> Esta informação terá conseqüências para todos os membros da família. Cada membro saberá que ele, seus pais, seus filhos, bem como todos seus parentes, terão uma grande probabilidade de desenvolver uma doença genética específica. Uma família conhecida por ser portadora de uma doença genética pode ter dificuldades em associar-se a planos de saúde. A mesma dinâmica aplica-se a grupos étnicos, com implicações extremamente significativas.<sup>11</sup>

A Dra. Nancy Wexler e outros cientistas, a partir de pesquisas com uma família na Venezuela, identificaram o gene responsável pela doença de Huntington<sup>12</sup> <sup>13</sup> O estudo Tuskegee<sup>14</sup> sobre sífilis, estimulou nos EUA a adoção de um extenso mecanismo de regulamentação da pesquisa biomédica.<sup>15</sup> Da mesma maneira que os indivíduos, os grupos objeto de pesquisas genéticas também podem desejar preservar sua privacidade. Todavia, sobretudo no caso de populações reduzidas, isto não constituirá uma tarefa fácil.<sup>16</sup> Tal discussão também deveria fazer

---

10. *Idem, ibidem*, p. 1411.

11. *Id., ib.,* p. 1411.

12. Quem tivesse doença hereditária, na Alemanha nazista, podia ser esterilizado cirurgicamente quando, de acordo com parecer médico, houvesse grande probabilidade de que seus descendentes sofreriam de severas doenças congênitas de natureza física ou psíquica. Doente hereditário, no sentido da Lei para Prevenção do Nascimento de Descendentes com Doenças Hereditárias (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14 Juli 1933. Reichsgesetzblatt*, 25 Juli 1933, n. 86, Seção 1, pp. 529-531), era quem sofresse de uma dessas doenças: "1. Fracos de espirito (*sic*); 2. Esquizofrenia; 3. Maníaco-depressivos; 4. Epilepsia hereditária; 5. Coréia de Huntington; 6. Cegueira hereditária; 7. Surdez hereditária; 8. Séria deficiência física hereditária"

13. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between". *Houston Law Review*, 33(5):1428, 1997: "For example, Dr. Nancy Wexler and others used an extended family in Venezuela to locate the gene for Huntington's disease."

14. "Nos anos 30, ainda não se sabia ao certo se a sífilis tinha os mesmos efeitos em brancos e negros. Para dilucidar o assunto, o Serviço de Saúde Pública dos EUA criou um centro de assistência médica em Macon, no Alabama, oficialmente dedicado ao tratamento gratuito da população carente. Dentre os trabalhadores da área rural que assinaram um documento em que concordavam em participar de um programa gratuito de ajuda médica proposto pelo governo, selecionaram-se 399 negros nos quais se diagnosticara sífilis, embora nenhum deles tivesse consciência de sofrer dessa doença. Enquanto se simulava um tratamento – na realidade, recebiam apenas placebos ('remédios' com a aparência normal de pílulas, comprimidos em gotas, mas sem princípio ativo, isto é, sem qualquer efeito curativo) –, estudavam-se os progressos da sífilis no seu organismo. E isso perdurou mesmo depois de descoberta a penicilina, que permite curar essa doença." (Cf. Espinosa, Jaime. São Paulo: Quadrante, 1998, p. 64).

15. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between". *Houston Law Review*, 33(5):1400, 1997.

16. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1463, 1997.

parte do processo de obtenção do consentimento informado. Caso o grupo desejar manter, sob qualquer circunstância, sua privacidade, o pesquisador deveria, ao verificar a impossibilidade de atender a esta exigência, desistir da coleta de ADN desse grupo.<sup>17</sup>

Também se deveria discutir em que medida tanto os indivíduos quanto o grupo desejam ser informados das doenças, hereditárias e não-hereditárias, que forem detectadas a partir do exame das amostras de ADN. Tal discussão também deveria fazer parte do processo de obtenção do consentimento informado. Em princípio, apenas os indivíduos deveriam ser informados das doenças, hereditárias e não-hereditárias, que forem detectadas a partir do exame das amostras de seu ADN. A divulgação de tais resultados, especialmente no caso de doenças infecciosas de alto risco, pode levar, em situações extremas, ao assassinato. Tampouco se pode descartar que os próprios indivíduos acometidos de doenças hereditárias jamais desejem ficar a par desta situação.<sup>18</sup>

Nem sempre será possível eliminar toda espécie de informação que identifique o doador<sup>19</sup> da amostra de ADN, o que tampouco seria desejável em todas as circunstâncias. Muitas vezes, para que se analise uma amostra de ADN, será preciso que se conheçam várias características individuais do doador, como, por exemplo, seus vínculos de parentesco.<sup>20</sup> Todo pesquisador deveria comprometer-se a manter em segredo tais informações, só as revelando a terceiros pesquisadores que também se comprometam a mantê-las em segredo.<sup>21</sup>

A utilização de ADN pela Medicina Legal, com a criação de bancos de dados com o ADN de supostos criminosos, também pode colocar em risco a proteção à privacidade. O primeiro caso de teste de ADN num contexto penal ocorreu numa área rural inglesa, após um estupro seguido de assassinato. Solicitou-se a jovens de aldeias vizinhas que fornecessem amostras de seu ADN, que seriam confrontadas com o ADN do criminoso, encontrado no corpo da vítima. Um homem pagou a um conhecido

---

17. *Ibidem*, p. 1.464.

18. *Ib.*, p. 1.459: "Others may find such knowledge an unbearable burden."

19. Doadores, na maioria das vezes, serão identificados a partir de seus nomes.

20. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.462, 1997.

21. *Ibidem*, pp. 1.462-1.463.

para que este fornecesse uma amostra de ADN em seu nome. O conhecido relatou este pedido à polícia, o que levou à prisão e condenação do suspeito.<sup>22</sup>

Se um indivíduo ou um grupo desejar, deveria ser-lhes facultada a possibilidade de serem destruídas as amostras de ADN que foram coletadas com sua participação, bem como os respectivos dados. Caso os dados houverem sido publicados, eles não poderão ser destruídos.<sup>23</sup>

## 2. Eugenia

Em quase todos os seres humanos, a imensa maioria dos genes são praticamente idênticos.<sup>24</sup> Existe uma enorme diversidade genética dentro de todos os grupos étnicos, e uma pequena diversidade genética entre eles.<sup>25</sup> Geneticamente, os seres humanos constituem uma espécie bastante homogênea.<sup>26</sup>

Muitos países, como a Alemanha, os EUA, a Suécia e o Reino Unido esterilizaram coercitivamente, sobretudo na primeira metade do século XX, indivíduos que apresentavam supostamente predisposição genética para a criminalidade ou a debilidade mental. A Corte Suprema dos EUA pronunciou-se<sup>27</sup>, uma vez, em finais da década de 20, no sentido de que “*três gerações de imbecis é o suficiente*”<sup>28</sup> A experiência alemã, durante o Terceiro Reich, desacreditou a eugenia, reforçando a compreensão crescente da importância do meio, não apenas das características hereditárias, sobre o desenvolvimento físico e mental do indivíduo.<sup>29</sup>

22. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):476-477, 1998.

23. Brasil, Conselho Nacional de Saúde. Normas de Pesquisa em Saúde (Resolução n. 01/88): “Art. 6º Nas pesquisas com seres humanos proteger-se-á a privacidade do indivíduo objeto da pesquisa, identificando-o somente quando os resultados o requerirem e este o autorizar.” (Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, pp. 245-270).

24. Greely, Henry T. The Human Genome Diversity Project: Ethical, Legal, and Social Issues. In: *Genetics; Issues of Social Justice*. Cleveland, The Pilgrim Library of Ethics, p. 72.

25. *Idem*, The Control of Genetic Research: Involving the “Groups Between”. *Houston Law Review*, 33(5):1.418.

26. *Id.*, *ibidem*, p. 1.418: “*Genetically, humans are a fairly homogenous species.*”

27. *Buck v. Bell*, 274 US 200 (1927).

28. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):483, 1998: “*The US Supreme Court, in an opinion by Justice Holmes, upheld one such statute (Buck v. Bell 1927) with the famous words ‘three generations of imbeciles are enough. [...]*”

29. *Idem*, *ibidem*, p. 484.

Jamais se comprovou que um grupo étnico, em virtude de suas características genéticas, tenha qualquer espécie de vantagem ou desvantagem em relação a outros grupos étnicos.<sup>30</sup> Todavia, de acordo com as circunstâncias políticas, um grupo étnico pode ser considerado racialmente inferior ou superior<sup>31</sup> em virtude de suas características genéticas.<sup>32</sup> A falta de argumentos científicos em favor da eugenia não quer dizer que outros argumentos políticos não sejam levantados em seu favor, em detrimento de minorias étnicas.<sup>33</sup>

Algumas variedades de alelos são mais comuns em alguns grupos étnicos do que em outros.<sup>34</sup> Uma boa parte das pesquisas genéticas sobre o diabetes foi feita com a tribo Pima, do Arizona,<sup>35</sup> que sofre bastante desta doença.<sup>36</sup> Uma maior incidência de características genéticas consideradas negativas num grupo étnico pode levar seguradoras de saúde a recusar sistematicamente seus membros.

A imensa maioria da variedade genética na Humanidade, cerca de 85%, concentra-se dentro de qualquer grupo étnico. Sendo assim, dois finlandeses têm maior probabilidade de serem mais diferentes geneticamente do que um finlandês “mediano” de um coreano “mediano”<sup>37</sup> O conceito de “raça pura” é um conceito exclusivamente cultural, e não-científico.<sup>38</sup>

Apenas raramente, no caso de sérias doenças hereditárias, a vida de um

30. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1465, 1997.

31. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):478, 1998.

32. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.465, 1997: “In all but the most literally superficial ways, humans are just not very different genetically.”

33. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):484, 1998.

34. *Idem, ibidem*, p. 483.

35. *Id.*, Patents, and Indigenous Peoples. *Cultural Survival Quarterly* (Summer 1996), p. 5.

36. *Id.*, Mapping the Genome. *The Utne Reader* (Mar. 1996), p. 2.

37. *Id.*, Iceland’s Plan for Genomics Research: Facts and Implications. *Jurimetrics Journal of Law, Science and Technology*, 40(2):160, Winter 2000.

38. *Id.*, The Human Genome Diversity Project: Ethical, Legal, and Social Issues. In: *Genetics: Issues of Social Justice*. Cleveland, The Pilgrim Library of Ethics, p. 73.

ser humano é determinada por sua herança genética. Para a imensa maioria, a história de vida de cada um é que influencia preponderantemente o curso de sua existência.<sup>39</sup> Doenças hereditárias, com frequência, podem ser o resultado não de um gene específico, mas de uma combinação de genes.

O Código Brasileiro de Ética Médica, art. 122, veda ao médico participar de qualquer tipo de experiência no ser humano com fins eugênicos.

### 3. Patenteamento

O resultado de pesquisas genéticas já possibilitou o desenvolvimento de medicamentos, bem sucedidos sob o ponto de vista comercial, destinados ao tratamento de doenças hereditárias. Como dividir os benefícios comerciais, o lucro, de medicamentos desenvolvidos a partir do resultado de pesquisas efetuadas, tendo por base o estudo das características genéticas de indivíduos, famílias ou grupos étnicos? Nada teria sido descoberto, caso não se tivesse levado em consideração o contexto familiar ou grupal. Desta maneira, dificilmente um indivíduo isolado teria direito, *per se*, a *royalties*. Os benefícios comerciais, em tese, deveriam ser compartilhados entre os pesquisadores e a família ou grupo étnico objeto da pesquisa. Todavia, este princípio pode tornar-se inexecutável, caso membros dispersos de uma família ou de um grupo étnico tenham, desde o princípio, participado isoladamente da pesquisa.<sup>40</sup>

Instituições governamentais talvez não constituam o beneficiário ideal da utilização comercial, bem como do patenteamento, de recursos genéticos humanos.<sup>41</sup> Existem várias associações, muitas vezes sem fins lucrativos, que apóiam tanto a pesquisa quanto o tratamento de várias doenças, como o diabetes, cardiopatias, etc. Tais associações poderiam constituir o beneficiário ideal da utilização comercial, bem como do patenteamento, de recursos genéticos humanos. Assim, não se estimularia a exploração comercial de ADN humano.<sup>42</sup>

Muitos argumentam que nenhum indivíduo deveria beneficiar-se da

---

39. *Id.*, Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):496, 1998.

40. *Id.*, The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between". *Houston Law Review*, 33(5):1.413, 1997.

41. *Id.*, *ibidem*, p. 1.420.

42. *Id.*, *ib.*, p. 1.423.

utilização comercial, bem como do patenteamento, de recursos genéticos humanos.<sup>43</sup> O ADN humano deveria constituir um bem fora do comércio. Talvez o direito devesse proibir que se pagasse qualquer indivíduo pela participação em pesquisas genéticas, seja direta ou indiretamente, mediante uma repartição dos benefícios advindos da utilização comercial, bem como do patenteamento, de recursos genéticos humanos,<sup>44</sup> desde que ninguém pudesse patentear genes, proteínas e outras moléculas humanas, bem como medicamentos derivados de recursos genéticos humanos.

A questão da propriedade de tecidos humanos é uma questão extremamente delicada. No Brasil, nenhum indivíduo pode ser considerado proprietário de seu próprio corpo. Se o fosse, estaria autorizado a vender partes dele, seus órgãos. Também nos EUA, tampouco se admite a venda de órgãos humanos.<sup>45</sup> Por outro lado, o Direito americano admite, com variações de Estado para Estado, a venda de sangue, de óvulos e de esperma.<sup>46</sup>

Quem deveria ser considerado proprietário do material genético humano,<sup>47</sup> já coletado? O precedente *Moore v. Regents of University of California* rejeitou a tese de que um paciente era proprietário de um segmento celular derivado de um tecido que lhe fora removido cirurgicamente, embora se tenha reconhecido o direito de o paciente, John Moore, provar que não dera seu consentimento informado a esta espécie de procedimento, a extração de um segmento celular a partir de um tecido removido cirurgicamente. A Suprema Corte da Califórnia decidiu que John Moore, cujo baço fora retirado cirurgicamente, não era proprietário de um segmento celular proveniente desse seu órgão.<sup>48</sup> Tal precedente não constitui um *leading case*, não tendo

---

43. *Id.*, *ib.*, p. 1.429.

44. *Id.*, *ib.*, p. 1.429.

45. *Id.*, Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):488, 1998. "Thus, in the United States, competent adults are not legally able to exercise one of the prime characteristics of a property right with respect to their organs: They are not allowed to sell them."

46. *Id.*, *ibidem*, p. 488.

47. A expressão "material genético humano", neste texto, é utilizada com o mesmo significado de "recurso genético humano".

48. Greely, Henry T. The Ethics of the Human Genome Diversity Project: The North American Regional Committee's Proposed Model Ethical Protocol. In: *Human DNA: Law and Policy; International and Comparative Perspectives*. The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, p. 248: "In that case, the California Supreme Court held that a patient whose spleen had been surgically removed could not claim a property interest in a cell-line developed from the spleen."

vido seguido por outros tribunais.<sup>3</sup> A importância do precedente *Moore v. Regents of University of California* concentra-se na discussão levantada por John Moore, a distribuição equitativa do lucro proveniente da exploração comercial de recursos genéticos humanos.

Atualmente, a questão mais controversa é o patenteamento de invenções derivadas da análise científica de material genético humano. O patenteamento de genes humanos, de proteínas humanas e de outras moléculas humanas, bem como de medicamentos derivados de genes, proteínas e moléculas provenientes de seres humanos, constitui um assunto sobre o qual ainda não se atingiu um consenso internacional.<sup>4</sup>

O patenteamento de invenções derivadas da análise científica de material humano não-implica a concessão de patentes sobre seres humanos. São invenções derivadas de materiais genéticos humanos, que foram descobertos, purificados e para os quais se encontrou alguma utilização comercial. Ainda não se patenteou um ser humano modificado geneticamente, tampouco uma quimera, um ser parcialmente humano, parcialmente animal.

Stuart A. Newman, biólogo celular no New York Medical College em Valhalla, solicitou a concessão de uma patente sobre um método para criar criaturas que são parcialmente humanas e parcialmente animais,<sup>5</sup> supostamente para chamar atenção sobre a concessão de patentes sobre formas de vida.<sup>6</sup> Já se concederam patentes nos EUA sobre animais com componentes humanos, incluindo camundongos com genes cancerígenos humanos ou com células do sistema imunológico humano.<sup>7</sup> Não se concedem patentes nos EUA sobre seres humanos, em função da 13ª Emenda à Constituição, que proíbe a escravidão. Mas ainda não se decidiu quão humano um animal tem de ser para ser considerado digno de receber tal proteção.<sup>8</sup>

---

49. *Idem*, Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):488, 1998.

50. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1466, 1997.

51. Weiss, Rick. Doctor Seeks Patent for Process Merging Human and Animal DNA. <http://www-tech.mit.edu/V118/N16/cdoc.16w.html> (17/02/00).

52. *Idem*, *ibidem*.

53. *Id.*, *ib.*

54. *Id.*, *ib.*

O corpo humano e a descoberta de seus elementos não podem ser patenteados, mas um elemento isolado<sup>55</sup> do corpo humano pode. O titular de uma patente pode controlar toda utilização comercial que se conferir a uma seqüência de ADN humano.<sup>56</sup> Não podem ser patenteadas invenções que forem contra os bons costumes e a ordem pública.<sup>57</sup>

Caso se obtenham ganhos a partir da exploração comercial do ADN coletado, os lucros respectivos deveriam ser eqüitativamente distribuídos entre o pesquisador e a população pesquisada.<sup>58</sup> Doadores individuais de ADN raramente conseguirão comprovar que sua contribuição, per se, desempenhou um papel fundamental, já que a maioria das pesquisas com material genético humano depende da contribuição de vários indivíduos. Qualquer pesquisador que tivesse acesso às amostras de ADN, após elas serem coletadas, também deveria comprometer-se contratualmente a distribuir eqüitativamente os lucros obtidos com a exploração comercial do ADN coletado. Como mencionado anteriormente, a partir de amostras de ADN, podem-se patentear genes, proteínas e outras moléculas humanas, bem como medicamentos derivados de genes.<sup>59</sup>

Dois abordagens poderiam ser adotadas. Primeiro, ninguém deveria patentear genes, proteínas e outras moléculas humanas, bem como medicamentos derivados de genes, sem a autorização expressa da população objeto da coleta de ADN. Segundo, quem quer que obtivesse lucro com a exploração comercial de ADN coletado, pagaria *royalties* a um órgão designado, que seriam utilizados em benefício da população objeto da coleta de ADN. À população objeto da coleta de ADN deveria ser dada a opção de escolher entre estas duas alternativas.<sup>60</sup> Caso não se distribuam eqüitativamente os lucros obtidos com a exploração comercial do ADN coletado, esta modalidade de pesquisa genética pode terminar sendo desacreditada.<sup>61</sup>

---

55. Por exemplo, uma seqüência de um gene.

56. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):489, 1998.

57. Por exemplo, clones de seres humanos, embriões humanos e modificações genéticas de animais que impliquem sofrimento para os mesmos sem um ganho substancial para o ser humano ou animal.

58. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.466, 1997.

59. *Ibidem*, p. 1.466.

60. *Ib.*, p. 1.467.

61. *Ib.*, p. 1.467.



A concessão de patentes sobre genes pode estimular o surgimento de oligopólios no seio da indústria biotecnológica.<sup>62</sup> Custa cerca de US\$ 100 mil a US\$ 500 mil manter uma patente nos EUA e em outros países industrializados, durante seu período de validade, de 10 a 20 anos. Defender uma patente de infratores custa ainda mais. Nos EUA, estima-se que custe em média US\$ 1.600 mil, por patente contestada. Litígios envolvendo patentes sobre genes, devido à sua complexidade biológica e jurídica, devem custar ainda mais.<sup>63</sup>

EMPRESAS QUE MAIS OBTIVERAM PATENTES SOBRE GENES HUMANOS		
EMPRESA	QUANTIDADE DE PEDIDOS DE PATENTES	QUANTIDADE DE PATENTES NOS EUA
Incyte Genomics	7000+	560
Human Genome Sciences	7500+	162
Celera Genomics	Desconhecida	Espera obter de 100 a 300
Hyseq	5500	0
Millenium	500+	50+

Fonte: Science, (291):1194, 16 Feb. 2001.

Tanto os EUA quanto a União Européia e o Japão já patentearam invenções que incluíam informações sobre material genético humano. Tais patentes encaixam-se usualmente na categoria de patentes químicas de origem orgânica. Embora o componente químico possa ser encontrado na natureza, um processo destinado à produção de uma substância com maior grau de pureza ou maior eficácia do que a

---

62. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):490, 1998.

63. - Will a Smaller Genome Complicate the Patent Chase? *Science*, (291):1194, 16 Feb. 2001: "Patent experts estimate it costs \$ 100,000 to \$ 500,000 simply to maintain a single patent over its 10- to 20-year life-span in the United States and other industrialized nations. And actively preventing other companies from infringing is far more costly; in the United States, for instance, legal defenses typically cost \$ 1.6 million per contested patent, according to statistics compiled by the U.S. Patent and Trademark Office (PTO). Gene patent fights, PTO officials say, are likely to be even more expensive because of their biological and legal complexity."

encontrada na natureza pode ser patenteado. O ADN humano tem sido patenteado como qualquer outro componente químico de origem orgânica.<sup>64</sup>

O Comitê Internacional de Bioética, com sua Declaração Universal de Direitos no Genoma Humano, rejeita a idéia de que alguns, em detrimento de outros, deveriam extrair lucros do genoma humano.<sup>65</sup> Os argumentos contra o patenteamento de genes, sobretudo os de origem humana, incluem afirmações com substrato religioso, como o de que não se pode patentear a vida.<sup>66</sup> Também se sustenta que os genes são descobertos, e não-inventados.<sup>67</sup>

O Governo da Islândia autorizou que uma empresa privada, a deCODE, desenvolvesse uma base de dados com informações genéticas obtidas da população islandesa. Tais informações genéticas poderão ser exploradas comercialmente. As informações genéticas da população islandesa foram transformadas numa *commodity*.<sup>68</sup> O governo será compensado por tal exploração, mas não sob a modalidade de *royalties*.<sup>69</sup>

#### 4. Consentimento informado

Depois da Segunda Guerra Mundial, com o Tribunal de Nurembergue, as potências aliadas promoveram o julgamento de vários médicos e cientistas nazistas, envolvidos em atrocidades na prática de experiências médicas com seres humanos.<sup>70</sup> O Código de Nurembergue para pesquisa médica nasceu dentro deste contexto. O Código

64. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):489, 1998: "For the patent offices, human DNA has largely been just another complex organic chemical."

65. *Idem, ibidem*, p. 490.

66. Ver Declaration of Indigenous Peoples of the Western Hemisphere Regarding the Human Genome Diversity Project <http://www.indians.org/wclker/genome.htm> (17/02/00): "We oppose the patenting of all natural genetic materials."

67. Greely, Henry T. The Ethics of the Human Genome Diversity Project: The North American Regional Committee's Proposed Model Ethical Protocol. In: *Human DNA: Law and Policy; International and Comparative Perspectives*. The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, p. 248.

68. *Idem*, Iceland's Plan for Genomics Research: Facts and Implications. *Jurimetrics Journal of Law, Science and Technology*, 40(2):177, Winter 2000.

69. *Id.*, *ibidem*, pp. 187-188: "Nothing in the Act provides the government of Iceland with any ownership in deCODE or any royalties from the licensee's use of the Health Sector Database."

70. *Id.*, The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between" *Houston Law Review*, 33(5):1.407, 1997.

de Nurembergue<sup>71</sup> acentua a importância fundamental do consentimento informado,<sup>72</sup> o contrário do que ocorreu durante as experiências médicas nazistas.<sup>73</sup> As vítimas de tais experiências não poderiam jamais ser consideradas voluntárias, muito menos voluntárias informadas.<sup>74</sup> A Declaração de Helsinque<sup>75</sup> também exige o consentimento informado, à semelhança do Código Brasileiro de Ética Médica<sup>76</sup> 77

---

71. Código de Nurembergue (Tribunal Internacional de Nurembergue - 1947): "1. O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial. Isso significa que as pessoas que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente. (...) 4. O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais." (Cf. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, pp. 271-272).

72. A Convenção da Biodiversidade, art. 15, § 5º, discorre sobre consentimento informado.

73. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between". *Houston Law Review*, 33(5):1407, 1997.

74. *Idem, ibidem*, p. 1407, nota de rodapé n. 62.

75. Declaração de Helsinque (Associação Médica Mundial – 1964/1989): "3. [...] A responsabilidade sobre o ser humano deve recair sempre sobre a pessoa com qualificação médica e nunca sobre o indivíduo submetido a pesquisa mesmo que esse indivíduo tenha dado seu consentimento. (...) 5. [...] Os interesses do indivíduo devem prevalecer sobre os interesses da ciência e da sociedade. (...) 9. Em qualquer pesquisa com seres humanos, cada participante em potencial deve ser adequadamente informado sobre as finalidades, os métodos, os benefícios esperados, os possíveis riscos e sobre o desconforto que a pesquisa possa trazer. O participante em potencial deve ser informado de que tem plena liberdade para se abster de participação na pesquisa e de que é livre para suspender o consentimento sobre sua participação a qualquer momento. O médico deve obter então o consentimento informado, dado de forma livre e preferentemente por escrito. 10. Na obtenção de consentimento informado para projeto de pesquisa o médico deve ser particularmente cuidadoso com o indivíduo que, de alguma forma, dependa dele ou possa ter concordado sob pressão. Nesse caso o consentimento esclarecido deve ser obtido pelo médico que não esteja envolvido na pesquisa e que seja completamente independente nesse relacionamento oficial. 11. No caso de incompetência legal, o consentimento esclarecido deve ser dado pelo responsável, estabelecido segundo a legislação do país. Se a capacidade física e mental tornar impossível obter consentimento informado ou se o participante for menor de idade, a permissão dada por um parente responsável substitui a do participante de acordo com a legislação de cada país." (Cf. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, pp. 272-275).

76. Brasil, Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica (Resolução C.F.M. n. 1.154, de 13.04.84), Capítulo XII (Pesquisa Médica): "É vedado ao médico: Art.122 - Participar de qualquer tipo

Além de obter a permissão do governo,<sup>78</sup> os pesquisadores deveriam obter o consentimento informado tanto da família ou do grupo étnico quanto do indivíduo que forem objeto de pesquisa genética.<sup>79</sup> A informação sobre os genes de um membro de uma família proporciona necessariamente alguma informação sobre os genes dos outros membros dessa família.<sup>80</sup> Os pesquisadores estrangeiros deveriam, antes de coletar amostras de ADN, solicitar autorização do governo.<sup>81</sup> O estereótipo da coleta de amostras “*bleed and run*”<sup>82</sup> deve ser repudiado.<sup>83</sup> A utilização de recurso genético humano coletado sem a obtenção do consentimento informado deveria ser proibida legalmente.

Ao buscar o consentimento informado, o pesquisador deve informar tanto ao grupo quanto ao indivíduo o objetivo e a natureza da pesquisa, os riscos da participação na pesquisa e os benefícios que se esperam alcançar com sua participação.<sup>84</sup>

---

de experiência no ser humano com fins bélicos, políticos, raciais ou eugênicos. Art. 123 Realizar pesquisa em ser humano, sem que este tenha dado consentimento por escrito, após devidamente esclarecido sobre a natureza e a consequência da pesquisa. Parágrafo único: Caso o paciente não tenha condições de dar seu livre consentimento, a pesquisa somente será realizada, em seu próprio benefício, após expressa autorização legal de seu responsável. (...) Art. 125 Promover pesquisa médica na comunidade sem o conhecimento dessa coletividade e sem que o objetivo seja a proteção da saúde pública, respeitadas as características locais.”

77. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.442, 1997.

78. Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial de Saúde (OMS), Genebra - 1993. Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Envolvendo Seres Humanos. “Diretriz 15: Obrigações dos países patrocinador e anfitrião [...] - Após a aprovação ética e científica no país da agência patrocinadora, as autoridades competentes do país anfitrião, incluindo o comitê nacional ou local de revisão ética, ou seu equivalente deve satisfazer suas próprias exigências com relação à pesquisa proposta.” (Cf. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, pp. 275-280).

79. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1437, 1997.

80. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the “Groups Between”. *Houston Law Review*, 33(5):1.426, 1997.

81. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.441-1.442, 1997.

82. A expressão “*bleed and run*” designa o hábito de alguns pesquisadores de abandonar a comunidade, logo após coletar amostras sanguíneas. Muitas vezes, pesquisadores coletam amostras sanguíneas sob o pretexto de fazerem exames de malária, anemia ou verminose.

83. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.438.

84. *Ibidem*, p. 1.448.

Embora não se possa transmitir uma explicação aprofundada de genética humana e biologia molecular, os pesquisadores deveriam explicar, numa linguagem compreensível, o objeto da pesquisa.<sup>85</sup> A explicação fundamental deveria centrar-se na idéia de que os seres humanos herdaram características de seus antepassados.<sup>86</sup>

Os pesquisadores têm a obrigação de fornecer à população informações honestas e significativas.<sup>87</sup> Ao buscar o consentimento informado, os pesquisadores não deveriam assegurar que a pesquisa genética, por exemplo, curará a doença hereditária que afeta, por exemplo, toda uma família.<sup>88</sup> Também se deveria informar que as amostras podem ser utilizadas para uma variedade de projetos diferentes no futuro, incluindo projetos cujas conseqüências, atualmente, não podem ser previstas.<sup>89</sup> As amostras podem ser utilizadas com variados objetivos, sendo que o mais importante é a análise do funcionamento das doenças genéticas.<sup>90</sup>

Mesmo se as amostras de ADN não forem consideradas propriedade dos indivíduos que as forneceram, deve-se exigir a obtenção do consentimento informado para sua coleta.<sup>91</sup> O consentimento informado, em algumas culturas, deveria assumir uma forma escrita, sendo devidamente assinado.<sup>92</sup>

Caso um indivíduo ou um grupo concordar em participar de uma pesquisa genética sob pagamento, sérias dúvidas podem surgir sobre a licitude deste procedimento. Se o pagamento for muito significativo, talvez se suspeite de coerção.<sup>93</sup> Tanto o indivíduo quanto o grupo não poderiam dizer não. A cada indivíduo ou grupo

---

85. *Ib.*, p. 1.437.

86. *Ib.*, pp. 1.448-1.449.

87. *Ib.*, p. 1.450.

88. *Ib.*, p. 1.453.

89. *Ib.*, p. 1.448.

90. *Ib.*, p. 1.448.

91. Greely, Henry T. The Ethics of the Human Genome Diversity Project: The North American Regional Committee's Proposed Model Ethical Protocol. In: *Human DNA: Law and Policy; International and Comparative Perspectives*. The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, p. 249.

92. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*. 33(5):1.451., 1997: "The United States, for example, generally requires signed consent forms from all individuals participating in federally funded research who are subject to a risky procedure."

93. *Ibidem*, pp. 1.454-1.455.

deveria ser dado o direito de escolher se quer ou não-participar de uma pesquisa genética.<sup>94</sup> Se o conceito “informação genética” for concebido de uma maneira excessivamente abrangente, ele poderia incluir toda espécie de informação médica.<sup>95</sup>

A obtenção de consentimento informado para uma pesquisa, cujas amostras de ADN já foram coletadas, pode constituir um procedimento dispendioso.<sup>96</sup> Nem todos os que forneceram as amostras poderão ser facilmente localizados. Como, para patentear seqüências de ADN, não se exige que se comprove a obtenção do consentimento informado para a coleta de amostras de ADN, muitos pesquisadores negligenciam a importância de se obter o já referido consentimento informado dos indivíduos ou grupos objeto de pesquisas genéticas. Para amostras não-identificadas, o consentimento informado não seria exigido.<sup>97</sup> A não-identificação de amostras pode constituir, no entanto, um mecanismo sorrateiro para que os lucros ganhos com a exploração comercial do ADN coletado não sejam eqüitativamente distribuídos entre o pesquisador e a população pesquisada.

Os indivíduos ou grupos precisam ser avisados que o material coletado poderá dar ensejo a alguma modalidade de exploração comercial. A possibilidade de ganhos com esta modalidade de exploração comercial do material coletado pode induzir indivíduos ou grupos a participar da pesquisa. Pesquisas com material genético humano podem levar à fabricação de produtos que valham milhões ou mesmo bilhões de dólares.<sup>98</sup> Cerca de 10% dos lucros poderiam ser distribuídos entre os indivíduos ou grupos que participaram da pesquisa, com amostras de ADN. Vastas somas de recursos costumam ser investidas, por exemplo, na produção de medicamentos derivados de genes. Todavia, uma distribuição de 10% dos lucros não parece constituir, necessariamente, uma alternativa justa, caso os ganhos advierem especificamente do patenteamento de uma seqüência de ADN, enquanto tal.

---

94. Greely, Henry T. The Ethics of the Human Genome Diversity Project: The North American Regional Committee's Proposed Model Ethical Protocol. In: *Human DNA: Law and Policy; International and Comparative Perspectives*. The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, p. 245.

95. *Idem*, Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):491, 1998.

96. *Id.*, Breaking the Stalemate: A Prospective Regulatory Framework for Unforeseen Research Uses of Human Tissue Samples and Health Information. *Wake Forest Law Review*, 34(3):740, Fall 1999.

97. *Id.*, *ibidem*, p. 749.

98. *Id.*, *ib.*, p. 757.

O precedente *Norman Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Lab.*<sup>99</sup> prevê que a utilização de amostras de sangue para a obtenção de informações médicas de natureza íntima, como, por exemplo, gravidez, infecção sífilítica, sem consentimento específico para tal, pode constituir uma infração à lei.<sup>10</sup>

## 5. Consentimento individual

Um membro de uma família ou de um grupo étnico pode recusar-se a participar de uma pesquisa genética, mas os resultados da pesquisa revelarão algo sobre ele, à família, ao grupo étnico ou mesmo ao mundo exterior. Na melhor das hipóteses, será revelado que ele, ou seus descendentes, terão uma probabilidade maior de desenvolver uma doença genética específica. Sua decisão de não-participar da pesquisa genética terá pouco significado. A pesquisa genética fornecerá informação sobre a família ou o grupo étnico, bem como sobre os indivíduos que fazem parte dessa família ou desse grupo étnico. Com o consentimento informado de apenas alguns indivíduos, obtêm-se informações sobre todos os indivíduos que fazem parte de uma família ou de um grupo étnico.<sup>101</sup>

A autonomia individual pode, portanto, revelar-se artificial. A pesquisa será efetuada sobre um grupo, bem como sobre os indivíduos que fazem parte desse grupo. O grupo – seja uma família, um grupo de famílias ou um grupo étnico – constitui efetivamente o objeto da pesquisa.<sup>102</sup>

A pesquisa sobre um grupo proporciona efetivamente informação sobre todos os membros do grupo. Os membros do grupo podem ter sua reputação prejudicada. Eles podem encontrar dificuldades em encontrar trabalho, bem como em associar-se a uma seguradora médica, independentemente de terem ou não conferido seu consentimento para a realização da pesquisa. Se forem estabelecidos vínculos entre características genéticas e orientações comportamentais, os membros do grupo podem terminar sendo considerados geneticamente violentos, emocionalmente instáveis ou imbecilizados.<sup>103</sup>

---

99. *Norman Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Lab.*, 135 F. 3d 1260 (9th Cir. 1998).

100. Greely, Henry T. Legal, Ethical, and Social Issues in Human Genome Research. *Annu. Rev. Anthropol.*, (27):491, 1998.

101. *Id.*, The Control of Genetic Research: Involving the “Groups Between”. *Houston Law Review*. 33(5):1.412, 1997.

102. *Id.*, *ibidem*, p. 1.412.

103. *Id.*, *ib.*, p. 1.412.

Como a pesquisa genética proporciona informação sobre todos os membros da família ou do grupo étnico, eles podem sofrer conseqüências em sua reputação. Alguns podem ter dificuldades em casar-se, associar-se a um plano de saúde, encontrar trabalho, tenham ou-não manifestado seu consentimento em benefício da pesquisa genética.

Os resultados da pesquisa genética, todavia, podem trazer benefícios. Dependendo da atitude a ser tomada pelo indivíduo, tratamentos médicos poderão ser iniciados, para que se combata o surgimento dos sintomas da doença genética diagnosticada, quando isto for possível.<sup>104</sup>

#### 6) Consentimento coletivo

Ao buscar-se o consentimento informado, deve-se pedir, portanto, ao grupo que decida se quer permitir a utilização comercial, bem como a obtenção, e em que termos, de patentes derivadas de seu material genético. O grupo pode decidir que deseja apenas uma dessas modalidades, ou nenhuma delas. O grupo também pode decidir que permitirá a utilização comercial, bem como o patenteamento, somente em função de acordos expressos a serem negociados subseqüentemente.<sup>105</sup>

Os pais têm poderes jurídicos sobre seus filhos. Todavia, unidades familiares maiores, que incluem vários membros adultos, geralmente não costumam dispor de uma unidade central de poder. Cada membro adulto decide, por si próprio, se deseja ou não-participar de uma pesquisa biomédica. Os membros de uma família extensa, que não seja mononuclear, não dispõem de poderes jurídicos uns sobre os outros. Alguns membros podem controlar ou influenciar, devido ao seu prestígio, as decisões do grupo em participar ou-não de uma pesquisa biomédica que terá implicações para toda a família.<sup>106</sup>

Distinguir qual é o centro de autoridade numa família extensa pode ser praticamente impossível. A distribuição dos benefícios da exploração comercial, bem como do patenteamento, pode tornar-se, portanto, uma tarefa extremamente complexa.<sup>107</sup> Também membros já falecidos de uma família constituem objeto de uma

---

104. *Id., ib.*, p. 1.413.

105. *Id., ib.*, p. 1.419.

106. *Id., ib.*, p. 1.427.

107. *Id., ib.*, p. 1.429.



pesquisa genética, à medida que os pesquisadores indagarão se eles sofriam ou-não de uma doença transmissível geneticamente.

Além do consentimento individual, também se deve buscar o consentimento coletivo da população objeto da pesquisa genética, a despeito das dificuldades operacionais que possam surgir. Muitas vezes, a coleta de ADN será efetuada em populações marginalizadas, tanto política quanto economicamente, em seu próprio país. Elas podem ter sido submetidas a discriminação, opressão ou até mesmo a genocídio.<sup>108</sup> Sendo assim, não se deveriam coletar amostras de ADN de um grupo de indivíduos, sem que o próprio grupo se tenha manifestado favoravelmente à realização da pesquisa genética.<sup>109</sup> Antes de iniciar a coleta de ADN, os pesquisadores deveriam obter o consentimento informado das autoridades que representam a população objeto da pesquisa.<sup>110</sup> Conselhos de anciães, lideranças religiosas constituem geralmente autoridades representativas.<sup>111</sup> O consentimento coletivo só pode ser conferido, depois que os pesquisadores tiverem explicado aprofundadamente o objeto de sua pesquisa.<sup>112</sup>

Se um grupo indígena, como os Karitiana, decidir que não quer ser objeto de uma pesquisa genética, nenhum indivíduo pertencente a este grupo deveria ser pesquisado;<sup>113</sup> não se deveria colher nenhuma amostra individual de ADN. Como esta espécie de pesquisa genética tem uma base grupal, o consentimento informado coletivo é essencial.<sup>114</sup> Algumas vezes, não será facilmente identificada uma autoridade habilmente constituída capaz de fornecer o consentimento informado em nome seja de uma família, seja de um grupo étnico.<sup>115</sup>

Caso uma pesquisa genética tiver como objeto a população de uma cidade,

---

108. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.443, 1997.

109. *Ibidem*, p. 1.443.

110. *Ib.*, pp. 1.443-1.444.

111. *Ib.*, p. 1.446.

112. *Ib.*, p. 1.444.

113. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between". *Houston Law Review*, 33(5):1416, 1997.

114. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.444, 1997.

115. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the "Groups Between". *Houston Law Review*, 33(5):1417, 1997.

de uma aldeia ou de um grupamento religioso, dever-se-ia buscar o consentimento coletivo das respectivas autoridades. Quando tais autoridades não dispuserem de legitimidade, perante a opinião pública, para conceder esta espécie de consentimento, dever-se-ia buscar o consenso da população em benefício da pesquisa genética.<sup>116</sup> Tal consenso poderia ser atingido mediante campanhas de esclarecimento. Mesmo se tendo obtido o consentimento informado das autoridades que representam a população objeto da pesquisa, também se deveria buscar autorização para coleta de ADN junto à própria população.<sup>117</sup>

Cada população objeto de uma pesquisa genética deveria ter o direito de manifestar-se contra ou a favor do patenteamento de invenções derivadas de seu material genético. Caso se manifeste a favor do patenteamento, os lucros obtidos com o respectivo patenteamento de invenções derivadas de seu material genético deveriam ser distribuídos eqüitativamente entre ela e o pesquisador.<sup>118</sup> Também se deveriam distribuir eqüitativamente os lucros obtidos com a exploração comercial de tal material genético, que pode ser, por exemplo, incluído numa base de dados genética e comercializado com terceiros, até mesmo online.

O consentimento coletivo deveria ser procurado preferencialmente junto a populações bem definidas culturalmente.<sup>119</sup> A consulta com antropólogos e outros especialistas geralmente será essencial.<sup>120</sup> Os pesquisadores devem aprender o máximo possível sobre a população que será objeto da coleta de amostras de ADN.<sup>121</sup> Eles precisam descobrir quais grupos da população têm legitimidade para autorizar a realização da pesquisa.<sup>122</sup>

Grupos vulneráveis devem ser especialmente protegidos, como menores

---

116. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.444, 1997.

117. *Ibidem*, p. 1.445.

118. Greely, Henry T. Informed Consent, Stored Tissue Samples, and the Human Genome Diversity Project: Protecting the Rights of Research Participants. In: *Stored Tissue Samples; Ethical, Legal and Public Policy Implications*. University of Iowa Press, p. 95.

119. *Idem, ibidem*, p. 95.

120. -. Proposed Model Ethical Protocol for Collecting DNA Samples. *Houston Law Review*, 33(5):1.436, 1997.

121. *Ibidem*, p. 1.438.

122. *Ib.*, p. 1.439.

de idade e deficientes mentais. Não se deveriam realizar pesquisas genéticas com tais grupos, devido às sérias questões éticas envolvidas nesta espécie de pesquisa.<sup>123</sup>

#### Conclusão:

A legislação brasileira exige que os pesquisadores submetam propostas para estudo de seres humanos a comitês de especialistas, que precisam analisar se tais propostas se coadunam com a legislação de proteção aos direitos humanos. Declarações internacionais também protegem o ser humano submetido a pesquisas biomédicas.<sup>124</sup> Tanto a legislação brasileira quanto declarações internacionais exigem que o indivíduo ou o grupo sujeito a pesquisa biomédica seja plenamente informado sobre a natureza, o objetivo e os riscos da pesquisa, bem como que concorde formalmente em participar da mesma.<sup>125</sup> Exige-se, fundamentalmente, que os riscos aos quais serão submetidos os indivíduos sejam justificados em função dos benefícios potenciais da pesquisa, que o consentimento informado seja obtido e que grupos vulneráveis<sup>126</sup> sejam especialmente protegidos.<sup>127</sup>

---

123. *Ib.*, p. 1.443.

124. "A Itália, em seu projeto de Novo Código Penal, sob o título de: 'Os delitos contra o meio ambiente', prevê um tipo preventivo de exercício abusivo de atividades de investigação ou experimentação, sem autorização, ou violando-as, pela inobservância de normas prescritas e/ou subtração aos controles prescritos." (Cf. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 172)

125. Brasil, Sociedade Brasileira de Medicina Tropical e Associação Brasileira de Antropologia, 1986. Código de Direitos de Saúde das Comunidades, "Art. 1º: É essencial para a comunidade ser organizada pois assim poderá participar, através de suas lideranças e organizações, ao longo das investigações; Art. 2º: A comunidade tem o direito de ser plenamente informada sobre a natureza, objetivos, vantagens e eventuais riscos da pesquisa a ser realizada; e Art. 3º: Ninguém poderá ser submetido a investigação sem que tenha sido previamente informado e concordado." (Cf. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, pp. 280-281).

126. Índios estão sendo o alvo central das empresas especializadas, pela característica de maior homogeneidade genética, em reduzido grupo humano. O objetivo é o mercado de genes identificados com potencial de patente para exploração industrial. É uma área de negócios milionários. No ano passado, nos Estados Unidos, os direitos sobre um único gene útil para pesquisas sobre obesidade teriam sido vendidos por R\$ 70 milhões (Cf. Casado, José. Amazônia, o paraíso da biopirataria. In: O Estado de S. Paulo. Seção Ciência, 15/11/96, p. A-17, *apud* Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, pp. 172-173).

127. Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS), em colaboração com a Organização Mundial de Saúde (OMS), Genebra, 1993. Diretrizes éticas internacionais para pesquisas envolvendo seres humanos. "Diretriz 4: Indução a participação. Os indivíduos poderão ser pagos pela inconveniência e pelo tempo gasto, e devem ser reembolsados das despesas decorrentes da sua participação na pesquisa; eles podem receber, igualmente, serviços médicos gratuitos. Entretanto, os pagamentos não

A Constituição Federal, art. 225, caput, determina: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético” (art. 225, § 1º II).

O Projeto de Lei de Acesso à Biodiversidade (PL n. 306/95), art. 8º, determina, por sua vez, que o mesmo não se aplica: “I – aos materiais genéticos e quaisquer componentes ou substâncias dos seres humanos, ficando toda coleta ou uso desses recursos, componentes ou substâncias dependente de aprovação do Poder Executivo, após o consentimento prévio fundamentado do indivíduo, até que entre em vigor lei específica sobre esta matéria.”

A Convenção de Biodiversidade não dá sinais de que regulou a exploração do ADN humano.<sup>128</sup> A Medida Provisória n. 2.126-11, de 26 de abril de 2001, determina, expressamente, que: “Esta Medida Provisória não se aplica ao patrimônio genético humano” (art. 3º).

Quando se patenteia um recurso genético humano, por outro lado, não se analisa sua origem, tampouco se exige a obtenção de qualquer espécie de consentimento informado.

A Diretiva Européia de Biotecnologia, que até julho de 2000 deveria ter sido transplantada para o direito interno dos respectivos países-membros, dispunha inicialmente de uma emenda, a Emenda n. 76, cujo objetivo era limitar a biopirataria, a qual terminou sendo completamente removida pela Comissão. Quando se solicitasse uma patente sobre material vegetal ou animal, o pedido deveria comprovar que se havia obedecido a legislação do país de origem no que diz respeito ao acesso e exportação desse material. Quando o pedido versasse sobre material humano, o pedido deveria comprovar o consentimento informado da pessoa, cujo material genético se

---

devem ser tão grandes ou os serviços médicos tão abrangentes a ponto de induzirem os possíveis sujeitos a consentirem participar na pesquisa contra o seu melhor julgamento (‘indução excessiva’). Todos os pagamentos, reembolsos e serviços médicos propiciados aos sujeitos da pesquisa devem ser aprovados por um Comitê de Ética.” (Cf. Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone Editora, 1998, p. 276).

128. Greely, Henry T. The Control of Genetic Research: Involving the “Groups Between”. *Houston Law Review*, 33(5):1.404, 1997.

pretendesse patentear.<sup>129</sup> Sem tal emenda, recursos genéticos humanos<sup>130</sup> podem ser patenteados na União Européia sem a comprovação de obtenção de consentimento informado.<sup>131</sup>

São Paulo, setembro de 2001.

129. -. EU hard at work on a bio-piracy patent directive. <http://platon.cc.duth.gr/data/maillist-archives/deukalion/1998ao/msg00023.html> (17/02/00).

130. Pesquisadores teriam recebido um catálogo da Coriell Cell Repositories, banco de células, com sede em Nova Jersey, anunciando a venda de células de 17 (dezesete) povos indígenas dos cinco continentes. Entre as amostras de material genético (ADN) da América do Sul à venda, duas seriam de tribos Karitianas e Suruís, de Rondônia (Cf. Casado, José. *Amazônia, o paraíso da biopirataria*. In: O Estado de S. Paulo. Seção Ciência, 15/11/96, p. A-17. *apud* Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite. *O equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais*. São Paulo: Ícone Editora, 1998, pp. 172-173).

131. -. EU hard at work on a bio-piracy patent directive. <http://platon.cc.duth.gr/data/maillist-archives/deukalion/1998ao/msg00023.html> (17/02/00).



# **DIREITO DO TRABALHO**





# FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

*Otávio Pinto e Silva*

Professor Assistente do Departamento de Direito do Trabalho da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente estudo identifica as várias fontes de produção de normas jurídicas trabalhistas, demonstrando que o Direito do Trabalho é um ramo do Direito que se caracteriza pelo pluralismo.

## Abstract:

This study identifies various sources of production of labor rules, demonstrating that labor law is a branch of law characterized by pluralism.

**Unitermos:** Fontes do Direito, Direito do Trabalho, Pluralismo.

*“la conoscenza di un ordinamento giuridico (e anche di un particolare settore di questo ordinamento) comincia sempre dalla enumerazione delle sue fonti”*

Norberto Bobbio<sup>1</sup>

## 1. Conceitos: Fontes Materiais e Fontes Formais

*“Fonte material”*: conjunto dos fenômenos sociais que contribuem para a formação da matéria do Direito, ou seja, os fatores ou elementos que determinam a substância das normas jurídicas e o conteúdo de todo um sistema jurídico. O homem ao buscar nos fatos sociais as bases para a construção de um ordenamento jurídico - está sempre formulando decisões políticas, que nada mais são do que os frutos da correlação de forças existentes no meio em que vive.

---

1. Bobbio, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Torino, G.Giappichelli Editore, 1960, p. 35.

“*Fonte formal*”: maneira pela qual o Direito se revela socialmente; os processos de manifestação do Direito, através dos quais um ordenamento jurídico adquire existência, atuando de maneira válida e eficaz dentro de um determinado contexto social. É preciso lembrar que um ordenamento jurídico não se limita a regular o comportamento dos indivíduos em sociedade, mas vai mais além, tratando, também, de fixar o próprio modo pelo qual se devem produzir e modificar as normas.

Há a necessidade de uma opção política que envolve a decisão sobre os mecanismos admitidos como válidos para “criar” o Direito; questão de grande repercussão para o Direito do Trabalho, pois este é um ramo do Direito que se caracteriza justamente pela sua pluralidade de fontes “formais”

Conforme lição de Miguel Reale, as fontes do Direito são estruturas normativas que implicam a existência de alguém dotado de um poder de decidir sobre o seu conteúdo, o que equivale a dizer um poder de optar entre várias vias normativas possíveis.<sup>2</sup>

Desse modo, as fontes do Direito se diversificam em tantas modalidades ou tipos quantas são as formas do poder de decidir na experiência social.

Podem ser assim classificadas:

- a. Legal: resultante do poder estatal de legislar, editando leis e seus corolários normativos;
- b. Consuetudinária: expressão do poder social inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento (poder decisório anônimo do povo);
- c. Jurisdicional: que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensões;
- d. Negocial: ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem.<sup>3</sup>

Há um aspecto *procedimental* da fonte do Direito: uma norma jurídica precisa satisfazer ao conjunto de requisitos concernentes à sua elaboração. Somente têm vigência e são dotadas de validade objetiva as normas que obedeçam a esses requisitos, previstos pelo ordenamento jurídico de cada país para cada tipo de fonte. O conceito de fonte é inseparável da idéia de obrigatoriedade das normas por ela

2. Reale, Miguel. *Fontes e Modelos de Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Editora Saraiva, 1994, p. 11.

3. Idem, p. 13.

enunciadas e essa obrigatoriedade inexistiria se não houvesse um poder (legislativo, costumeiro, judicial e negocial) capaz de instaurar vínculos de caráter coercitivo.

Se uma lei ou um contrato obrigam, cada um a seu modo e alcance, tal fato se dá justamente porque à fonte do Direito é inerente um poder de decidir, sem o qual não haveria norma vigente, ou seja, aquela posta com exclusão de qualquer outra.

## 2. O Pluralismo de Fontes do Direito do Trabalho

O Direito do Trabalho é um ramo do Direito que se caracteriza por admitir uma pluralidade de fontes de normas jurídicas (“fontes formais”).

O pluralismo jurídico se manifesta pela diversificação dos processos de manifestação do Direito, de forma que um ordenamento possa admitir não-somente normas de origem estatal, mas também aquelas criadas pelos grupos sociais.

Conforme explica Amauri Mascaro Nascimento,<sup>4</sup> segundo esta visão pluralista o Direito positivo se revela multiforme, na medida em que não se encerra com a Lei estatal: a esta se acrescenta a ação do grupo social particular, que dá origem a uma ordem jurídica própria, total ou parcialmente desvinculada do Estado, e em alguns casos até mesmo contrária à ordem jurídica estatal.

As fontes “formais” do Direito do Trabalho podem ser divididas em dois grandes grupos:

a. “heterônomas” (aquelas que produzem normas sem a participação direta dos sujeitos que a elas deverão se submeter); e

b. “autônomas” (aquelas que produzem normas com a participação dos sujeitos interessados que, portanto, autodisciplinam as suas relações jurídicas).

A idéia de que existem ordens jurídicas diversas dentro da sociedade é hoje admitida pela Ciência do Direito, pois o reconhecimento deste pluralismo - como demonstra Norberto Bobbio<sup>5</sup> não significa negar a unidade do ordenamento jurídico como um todo, na medida em que este se compõe de normas superiores e inferiores, que se articulam dentro de uma estrutura hierárquica.

Dessa forma, não importa se uma determinada norma provém de fonte “autônoma” ou de “heterônoma”, pois ela sempre fará parte de um ordenamento jurídico unitário, assumindo uma posição na hierarquia que este estabelece.

---

4. Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo, Editora Saraiva, 1987, pp. 126-127.

5. Bobbio, Norberto. *Teoria dell'Ordinamento Giuridico* (ob. cit.), pp. 25-67.

O importante papel do pluralismo jurídico para o Direito do Trabalho é o de abrir o campo de produção das normas trabalhistas para os próprios entes sociais interessados, reconhecendo que a figura do “legislador” não é suficiente para regular as relações entre eles.

Isso representa a valorização da organização dos indivíduos em grupos, onde possam tratar da defesa de seus interesses comuns.

Certo é que, num sistema pluralista, podem surgir problemas de hierarquia, diante de eventual conflito entre as diversas normas jurídicas existentes. Assim, para o Direito em geral, entre normas de hierarquia diferente considera-se aplicável a de grau superior; entre as de igual hierarquia, prevalece a mais recente.

Mas para o Direito do Trabalho, essa matéria encontra solução diferenciada, por meio da aplicação do princípio da “norma mais favorável”: no caso de conflito, entre normas oriundas de fontes de produção de diferente hierarquia, prevalece a que for mais favorável ao trabalhador, salvo disposição proibitiva de norma derivada de fonte superior.

### 3. Classificação das Fontes do Direito do Trabalho: Fontes Estatais, Não- Estatais e Internacionais

Para fins didáticos, pode-se efetuar uma classificação das fontes de Direito do Trabalho que leve em consideração apenas a *origem* das normas produzidas: se tratar de uma norma proveniente de um órgão componente da estrutura do Estado, a fonte é *estatal*; ao contrário, se provém do poder dos particulares ou de órgãos que não façam parte da estrutura do Estado, a fonte é *não-estatal*; por fim, se a norma tem sua origem nas Conferências da Organização Internacional do Trabalho ou em tratados celebrados entre Estados, a fonte é *internacional*.

#### 3.1. Fontes Estatais

##### 3.1.1. A Constituição

É a mais importante fonte formal de produção estatal do Direito do Trabalho.

A ampliação do objeto das constituições é um fenômeno que vem se verificando com o passar dos anos, a partir da constatação de que os fins e objetivos do Estado se incluem entre os elementos essenciais que o constituem. Com efeito, quanto mais se passou a discutir a finalidade do Estado, mais se ampliou o objeto das constituições.

Em conseqüência, há um constante e crescente processo de *constitucionalização* do Direito do Trabalho, que reflete a valorização obtida pelo trabalho dentro das sociedades contemporâneas: este passou a ser considerado como um dos fundamentos do Estado, o que trouxe como conseqüência a inclusão entre as normas constitucionais de diversas formas de garantia dos direitos dos trabalhadores.

Esse fenômeno é facilmente constatado pelo exame da Constituição brasileira, em especial o Capítulo II (Direitos Sociais) do Título II (Direitos e Garantias Fundamentais).

Trata-se de um aspecto que é valorado de modo positivo pela doutrina, tanto que Amauri Mascaro Nascimento,<sup>6</sup> lembrando Paul Durand, afirma com propriedade que “*a prática mostra que a constitucionalização do Direito do Trabalho garante mais completamente a liberdade social e provoca a sua evolução*”

### 3.1.2. A Lei

É uma fonte “heterônoma” do Direito do Trabalho, visto que as regras nela contidas são produzidas pelo Poder Legislativo e não pela vontade própria dos entes sociais.

A produção da lei está reservada a um órgão externo à relação social (que é o Legislativo), segundo todo um processo adrede estabelecido e de acordo com os preceitos constitucionais de organização do Estado e dos poderes.

Ressalte-se que cada vez mais o processo legislativo vem se aprimorando para buscar refletir a “vontade” dos que serão atingidos pelas normas dele provenientes, por meio de debates com representantes da sociedade civil, audiências públicas, etc.

Mas é inegável que todo sistema político que se caracterize por um intervencionismo nas relações econômicas vale-se preferencialmente das leis como fontes do Direito do Trabalho.

O jurista italiano Renato Scognamiglio<sup>7</sup> afirma que as leis são (depois da Constituição) as principais fontes estatais do Direito do Trabalho e destaca o papel histórico que estas representaram na formação de tal ramo do Direito. No entanto, adverte que podem resultar inadequadas para a função reguladora em senso estrito do trabalho dependente, na medida em que os dados e problemas concretos propostos

---

6. Nascimento, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho* (ob. cit.), p. 144.

7. Scognamiglio, Renato. *Diritto del Lavoro*. Bari, Cacucci Editore, 1987, pp. 273-274.

nesta área são diferenciados, o que traz dificuldades para uma disciplina tecnicamente bem elaborada, pois esta se baseia sempre em uma caracterização tipológica das relações sociais.

Assim, acena com a necessidade de se buscar alternativas à ação da lei, sobretudo com o recurso às fontes extraestatais, que exprimem a vontade das categorias interessadas.

Estas colocações me parecem muito interessantes, pois demonstram a necessidade de se repensar o papel da lei como fonte do Direito do Trabalho.

Não há dúvida de que a lei continua a ser uma fonte importante; no entanto, é preciso ter em mente que as sociedades contemporâneas já admitem outros mecanismos que, sendo mais flexíveis, se mostram mais úteis para regular situações específicas.

### 3.1.3. O Regulamento

No Brasil, o Executivo desenvolve intensa atividade normativa, mediante os seus diferentes órgãos: decretos da Presidência da República, bem como portarias, circulares, resoluções e instruções normativas do Ministério do Trabalho, que regulamentam leis e se consubstanciam como fontes específicas do Direito do Trabalho.

Todas as normas contidas nesses tipos de instrumentos estão relacionadas com alguma lei, mas não são criadas pelo Parlamento e sim por órgãos técnicos, conforme regras de competência, possuindo bastante relevância, por exemplo, as de segurança e medicina do trabalho e de inspeção trabalhista.

### 3.1.4. As Medidas Provisórias

Normas que são elaboradas pelo Poder Executivo, mas que não têm o mesmo caráter do regulamento; ao contrário, possuem força de lei.

Previstas na Constituição brasileira (art. 62), podem ser adotadas pela Presidência da República em casos de relevância e urgência, gerando efeitos imediatos.

Trata-se de normas evidentemente anômalas, a partir da própria exigência de excepcionalidade. As graves conseqüências que podem advir de uma norma jurídica estatal que tem efeitos imediatos (e que não é fruto de uma decisão amadurecida no Parlamento, mas sim de uma escolha de quem está à frente do Poder Executivo) não recomendam o uso freqüente de instrumentos como as “Medidas Provisórias”

No entanto, têm sido largamente utilizadas para regular questões trabalhistas, em matérias tão-variadas como o valor do salário mínimo, a participação

nos lucros ou resultados das empresas e até mesmo a jornada de trabalho e o chamado “banco de horas”

### 3.1.5. A Jurisprudência

Dizer que “*o juiz não cria Direito, mas simplesmente aplica aquele preexistente*”, significa negar todo um caráter criativo que está implícito nas suas funções.

O exemplo do papel criativo do juiz está na previsão - contida na generalidade dos ordenamentos jurídicos - da possibilidade de se utilizar a equidade para decidir determinadas questões, nos casos de lacunas da lei.

Ao proferir qualquer sentença, o juiz sempre estará criando Direito, pois - mesmo fora das hipóteses de lacunas da lei - muitas vezes se mostra possível a utilização de um dispositivo legal em detrimento de outro, para solucionar uma situação concreta. Ou seja, trata-se de ato de criação “dentro da lei”

É clara a influência dos precedentes jurisprudenciais na definição do Direito: não se pode negar a repercussão das chamadas súmulas ou enunciados na atividade jurisdicional brasileira.

Embora inexista o efeito vinculante e o juiz seja livre para adotar a sua decisão (bastando fundamentá-la), a tendência é a de que venha a seguir as diretrizes fixadas nos precedentes, de tal forma que a sociedade os recebe como direito posto, criando a justa expectativa de que devam ser respeitados.

No processo do trabalho, a própria lei processual (art. 896, § 5º CLT) autoriza o ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a denegar seguimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver em consonância com enunciado de súmula adotado por aquela Corte.

Além disso, ao julgar um dissídio coletivo, o juiz brasileiro não aplica Direito preexistente, mas sim cria as normas que deverão ser observadas nos contratos individuais de trabalho, no uso do poder normativo previsto no art. 114, §2º, da Constituição Federal.

## 3.2. As Fontes Não-Estatais

### 3.2.1. A Contratação Coletiva

Por meio de uma atividade de negociação os grupos sociais exercem o poder de auto-regulamentação, elaborando contratos coletivos, cujas cláusulas devem ser aplicadas às relações individuais de trabalho.

Os trabalhadores e os empregadores, organizados em suas respectivas

associações, buscam a solução dos conflitos relativos ao trabalho na empresa valendo-se do processo de negociação coletiva.

A contratação coletiva, como fruto desse processo, significa então o contrato coletivo intensamente praticado, pois o sufixo “ão” é indicativo de ação intensa.

Aqui reside a grande vantagem sobre as fontes estatais do Direito do Trabalho: a contratação coletiva adapta-se melhor ao dinamismo do mundo do trabalho, um mundo onde as situações se modificam com muita rapidez, com repercussão direta nos interesses das coletividades.

O interesse coletivo é algo em constante mutação, justamente porque as necessidades de uma coletividade estão sempre sujeitas a variações, de acordo com o contexto social em que ela se insere.

O interesse coletivo é o interesse de uma pluralidade de pessoas a um bem que seja idôneo a satisfazer uma necessidade comum. Não se trata da soma de interesses individuais, mas sim da sua combinação, realizada de forma a compor uma totalidade indivisível: um interesse coletivo só pode ser satisfeito por um único bem, apto a atender às necessidades de toda a coletividade.

A contratação coletiva representa uma tendência contemporânea dos grupos a se dar sua própria lei; se a relação individual de trabalho se dá entre partes economicamente desiguais, aquela mais fraca deve compensar a sua condição utilizando-se do seu poder de união com os outros indivíduos que, compondo um grupo, estão em situação idêntica.

No Brasil, a contratação coletiva consubstancia-se fundamentalmente em dois tipos de instrumentos jurídicos: a. as *convenções coletivas de trabalho* (celebradas entre categorias profissionais e econômicas)<sup>8</sup> ou b. os *acordos coletivos de trabalho* (firmados entre um sindicato profissional e uma ou mais empresas).<sup>9</sup>

### 3.2.2. O Regulamento de Empresa

É o conjunto de normas que objetivam regular a organização técnica e disciplinar do trabalho em uma determinada empresa.

Sua origem é *unilateral* (quando elaborado unicamente pelo empregador e imposto aos trabalhadores, que não têm participação no seu processo de formação) ou *bilateral* (quando os trabalhadores participam da sua elaboração, discutindo as suas condições com o empregador).

---

8. Art. 611 da CLT.

9. § 1º do art. 611 da CLT.



O regulamento de empresa é tido como uma fonte do Direito do Trabalho na medida em que, ao buscar organizar a atividade produtiva, estabelece algumas condições que terão de ser observadas nos contratos individuais dos trabalhadores que prestam os seus serviços no âmbito empresarial.

No País é uma fonte de escassa utilização, porque facultativo: cabe às empresas a decisão sobre criar ou não o seu regulamento, de forma que muitas delas não o fazem.

Mas não há dúvida que o regulamento de empresa pode ser um instrumento importante para a criação de normas jurídicas trabalhistas, se considerada a sua elaboração como uma forma de participação dos trabalhadores na gestão da empresa.

Com efeito, são diversos os ordenamentos que propugnam esta idéia, como expressão da democratização das relações de trabalho, dentro da organização empresarial. Com esse intuito, talvez fosse o caso de buscar incentivar a adoção do regulamento de empresa no Brasil.

### 3.2.3. Os Usos e os Costumes

São regras de conduta observadas de maneira uniforme e constante pelos membros de um determinado grupo social, que as consideram como juridicamente obrigatórias.

O costume é uma norma jurídica não-escrita, é o resultado da consciência coletiva de um grupo social; assim, um determinado comportamento humano se constitui em costume, quando é uniforme, geral e praticado com continuidade.

Simultaneamente convivem o elemento *objetivo* (prática de longa data) e o *subjetivo* (sentimento de que é obrigatório, “*opinio necessitas*”).

Quando a lei se refere expressamente ao costume, este tem uma função de integração da norma escrita (é o chamado costume “*secundum legem*”); já quando a lei nada dispõe sobre determinadas matérias, a norma consuetudinária assume então uma função supletiva, preenchendo a lacuna do Direito escrito (costume “*praeter legem*”). Em princípio não se admite um costume que seja contrário a uma disposição legal (“*contra legem*”).

Conforme ressalta Mozart Victor Russomano<sup>10</sup> os usos e os costumes ainda têm relevância no Direito do Trabalho, mais do que nos demais ramos do Direito,

---

10. Russomano, Mozart Victor. *Comentários à CLT* (v. I). Rio de Janeiro, Editora Forense, 1990, p. 44.

porque se trata de uma disciplina em constante transformação, onde os hábitos coletivos continuam a presidir a realização de muitos atos que lhe dizem respeito.

#### 3.2.4. O Contrato Individual de Trabalho

Na grande generalidade dos casos, o trabalhador simplesmente adere às condições de trabalho impostas pelo empregador, inexistindo então uma atividade negocial capaz de gerar normas jurídicas.

Mas a própria lei (art. 444 da CLT) autoriza empregado e empregador a estipularem livremente as relações contratuais de trabalho, em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes. Uma das partes pode até vir a se arrepender de uma cláusula assim convencionada, mas não poderá deixar de cumpri-la.

Condições especiais de trabalho, inseridas em contrato individual, não são comuns na realidade brasileira, mas podem ser encontradas em algumas situações específicas, como as de cargos de direção, de gerência, de confiança.

Pedro Vidal Neto, citando Ferruccio Pergolesi, assevera que a autonomia da vontade pode ser interpretada de dois modos diferentes: ou a vontade privada é autônoma e criadora de normas jurídicas, ou é subordinada à lei e opera como uma condição jurídica, um elemento dos fatos constitutivos de efeitos jurídicos.

Nessa visão, a autonomia privada autoriza os particulares a regular a própria conduta por meio do autocomando que é o contrato, nada lhe faltando para ser uma fonte normativa, pois “*o contrato constitui uma relação jurídica, mas isto não impede que também a regulamente*”<sup>11</sup>

#### 3.3. Fontes Internacionais

As fontes “internacionais” do Direito do Trabalho são os tratados firmados entre dois ou mais Estados, bem como as convenções e recomendações emanadas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), frutos das decisões tomadas em suas conferências.

Os tratados podem gerar normas trabalhistas, como se deu, por exemplo, com o instrumento celebrado entre Brasil e Paraguai para a construção da hidroelétrica

---

11. Vidal Neto, Pedro. *Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho*. São Paulo, Editora LTR, 1983, pp. 84-85.

de Itaipu e que continha regras acerca da contratação de trabalhadores para a obra. Também o tratado que criou o Mercosul prevê a necessidade de harmonização das leis trabalhistas de cada um dos Estados signatários.

Registre-se que, de acordo com o art. 84, inciso VIII, da Constituição, o tratado é celebrado pelo presidente da República, mas precisa ser referendado pelo Congresso Nacional. Esse requisito não-inviabiliza a inclusão do tratado entre as fontes do Direito, pois é este que gera as normas jurídicas; a eficácia destas, no entanto, fica condicionada ao ato que deve ser praticado pelo Congresso.

Em relação às convenções e recomendações, muito já se discutiu se seriam ou-não fontes do Direito, na medida em que as regras nelas contidas não são imediatamente aplicáveis nos Estados-membros da OIT, pois precisam ser ratificadas, em conformidade com as previsões dos respectivos ordenamentos internos.

A necessidade desse “ato de recepção” leva Pedro Vidal Neto a afirmar que não as considera como fontes do Direito do Trabalho.<sup>12</sup>

É certo que os Estados não são obrigados a efetuar a ratificação das convenções e recomendações; no entanto, precisam necessariamente submetê-las aos órgãos competentes para a devida apreciação.

No caso do Brasil, por exemplo, as convenções da OIT precisam ser ratificadas pelo Congresso Nacional, o que se dá pela via do decreto-legislativo, instrumento que prescinde da promulgação pelo presidente da República, como bem lembra Cassio Mesquita Barros Júnior, acrescentando que “*uma vez ratificadas têm o efeito de revogar as leis internas que eventualmente venham a contradizê-las*”. Dessa maneira, prossegue o professor, “*as convenções ocupam forma peculiar de incorporação ao Direito interno; as não-ratificadas e as recomendações têm o mesmo valor da doutrina*”<sup>13</sup>

Sendo assim, não se pode negar a importância da ação da OIT para a criação do Direito do Trabalho: as suas convenções e recomendações são chamadas de “Direito Internacional do Trabalho”, que é supraestatal, mas que sem dúvida representa um papel importante para as transformações dos ordenamentos de cada um dos Estados-membros, sobretudo em função dos princípios que estabelece.

---

12. idem, pp. 85-86.

13. Barros Jr, Cassio Mesquita. *Perspectivas do Direito do Trabalho no Mercosul*. São Paulo, 1993. Dissertação (para o concurso de Professor Titular do Departamento de Direito do Trabalho da FDUSP), pp. 276-277.

Consoante, assinala Wagner Giglio, as convenções emanadas da OIT impõem certas obrigações aos Estados-membros, derivadas do simples fato de pertencerem àquela entidade supranacional: assim, todos os países que subscrevem uma convenção se obrigam a submetê-la, internamente, ao órgão ratificador, o que já constitui um efeito que independe da ratificação propriamente dita. E ainda - assevera o autor -, o Direito Internacional do Trabalho é parte integrante do Direito do Trabalho e tem como fonte precípua a convenção internacional.<sup>14</sup>

Arnaldo Sussekind afirma que as convenções e recomendações da OIT, uma vez ratificadas, constituem fontes formais de Direito, gerando direitos subjetivos individuais; já aquelas não-ratificadas constituem fonte material, pois servem de inspiração e modelo para a atividade legislativa nacional, os atos administrativos de natureza regulamentar, os instrumentos de negociação coletiva e a solução dos conflitos coletivos.<sup>15</sup>

Assim, as convenções e recomendações da OIT devem ser consideradas fontes do Direito do Trabalho, de modo a assinalar o significativo fenômeno da formação material de um conjunto de princípios a ser submetido aos diversos Estados.

Exatamente por isso é que se afirma a existência de um Direito Internacional do Trabalho, cuja importância é ressaltada em face da globalização e da formação de comunidades econômicas (Mercosul, União Européia).

Essas fontes internacionais constituem então um ordenamento especial, supranacional, que só adquire validade no território de um Estado se este procede à ratificação dos respectivos textos, de acordo com as previsões contidas no seu próprio ordenamento interno.

Mas os princípios decorrentes dessas fontes internacionais podem ser considerados uma aspiração de unificação e integração internacional do Direito do Trabalho, medida oportuna diante da globalização da Economia.

São Paulo, março de 2001.

---

14. Giglio, Wagner. *Fontes do Direito do Trabalho*. Revista LTr, S.Paulo, v. 42, maio de 1978, pp. 570-572.

15. Sussekind, Arnaldo. *Convenções da OIT* São Paulo, Editora LTr, 1994, pp. 27-28.

# NOVAS E VELHAS QUESTÕES EM TORNO DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA

*Estêvão Mallet*

Professor Associado de Direito do Trabalho da Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

A prescrição constitui tema de repleto de controvérsias no Direito do Trabalho. Importa, por isso, considerá-lo mais detidamente, especialmente em dois pontos. O primeiro relaciona-se com a recente alteração da Constituição, que tornou suscetível de prescrição, durante a vigência do contrato de trabalho, os créditos do trabalhador rural. A inovação suscita interessantes questões de direito transitório. O segundo diz respeito à prescrição da pretensão executiva, até hoje malresolvido pela jurisprudência, e que tem recebido tratamento não-harmônico em doutrina.

## Abstract:

Labor law prescription constitutes a theme replete with controversy. It therefore should be considered more closely particularly concerning two items: The first one relates to the recent alteration of the Constitution which rendered susceptible to prescription during labor contract validity, credits of rural workers. This novelty engenders interesting inquiries of transitory jurisprudence. The second item relates to the prescription of executive arrogation which until the present date has been badly dealt with by jurisprudence and that has received non-coherent handling in precept.

**Unitermos:** prescrição; contrato de trabalho; trabalhador rural; execução; prescrição intercorrente.

## Sumário:

1. Introdução;
2. Nova regulamentação da prescrição aplicável à relação de emprego rural;

3. Transcurso da prescrição durante a vigência do contrato de trabalho;
4. Constitucionalidade da Emenda n. 28;
5. Aplicação no tempo da nova regra sobre prescrição;
6. Prescrição e execução;
7. Prescrição da pretensão executiva em matéria trabalhista;
8. Prescrição da pretensão executiva e prescrição intercorrente;
9. Prazo de prescrição da pretensão executiva trabalhista.

## 1. Introdução.

Poucos temas em matéria trabalhista suscitaram e ainda suscitam tantas e tão-prolongadas controvérsias como a prescrição. O passar do tempo, que, no instituto da prescrição, serve para dotar de maior segurança as relações jurídicas, só ampliou e aprofundou essas controvérsias, e isto por diferentes razões.

De um lado, pouca atenção dedicou o legislador à matéria, considerando-a de modo esparso, tópico e mal-sistematizado, deixando lacunas em toda parte. Como se não bastasse, a intervenção legislativa, quando se manifesta, apresenta-se oscilante e até mesmo contraditória. Alguns prazos são ampliados, como se deu, após a Constituição de 1988, com a prescrição aplicável à relação de emprego do trabalhador urbano, durante a vigência do contrato de trabalho, enquanto outros são encurtados, como acaba de ocorrer com a prescrição na relação de emprego rural. Ademais, a jurisprudência não-raro mostra-se incerta e vacilante. Soluções consagradas, como a prescrição de trinta anos para as contribuições do FGTS ou a possibilidade de argüir a prescrição mesmo após a defesa, são postas em causa.

Em síntese, muitos aspectos da prescrição trabalhista mereceriam ser aqui considerados. Abordar todos, porém, ultrapassaria os limites propostos para o presente estudo. Em conseqüência, apenas dois serão tratados. O primeiro relacionado com a Emenda Constitucional n. 28, por sua atualidade. O segundo atinente à prescrição da pretensão executiva, diante de sua importância prática e, ao mesmo tempo, escassa consideração teórica.

## 2. Nova regulamentação da prescrição aplicável à relação de emprego rural.

Com a Emenda Constitucional n. 28, de 25 de maio de 2000, modificou-se o regime da prescrição aplicável à relação de emprego rural. Se antes não fluía a

prescrição durante a vigência do contrato de trabalho, apenas facultando-se ao empregador comprovar periodicamente o cumprimento das obrigações trabalhistas,<sup>1</sup> agora a prescrição se consuma após cinco anos, enquanto em vigor o vínculo de emprego, de acordo com a nova redação dada ao art. 7º, inciso XXIX, da Constituição, de teor seguinte: “ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho” Essa alteração deve ser considerada não apenas sob o ponto de vista de sua oportunidade e validade como, igualmente, sob o ponto de vista de sua aplicação no tempo, enfrentando-se os delicados problemas de direito transitório dela decorrentes.

### 3. Transcurso da prescrição durante a vigência do contrato de trabalho.

A fluência do prazo prescricional faz supor possa o titular do direito “exigir o ato, ou a omissão”<sup>2</sup> Antes da exigibilidade não há prescrição,<sup>3</sup> como evidencia, aliás, a regra do art. 149, da CLT.

Em matéria trabalhista, porém, ainda que formalmente possa o empregado, verificada a lesão, de pronto exigir a reparação correspondente, se o fizer, colocará em risco, não sendo estável, a continuidade de seu contrato de trabalho. Por isso, melhor se amolda às peculiaridades da relação de emprego comum, inclusive e especialmente no meio rural, a fluência da prescrição somente depois de extinto o vínculo, como já dispunha a Lei n. 5.889/83,<sup>4</sup> em diretriz mantida pela Constituição de 1988.

É a conclusão que se tira, aliás, do Direito Comparado. Em Portugal, por exemplo, dispõe o art. 38º, n. 1, da Lei do Regime Jurídico do Contrato Individual de Trabalho: “*Todos os créditos resultantes do contrato de trabalho e da sua violação ou cessação, quer pertencentes à entidade patronal, quer pertencentes ao trabalhador, extinguem-se por prescrição, decorrido um ano a partir do dia seguinte àquele em que cessou o contrato de trabalho...*” Interpretando esse dispositivo, ressaltou a Relação de Lisboa que o termo inicial do prazo, vinculado à extinção do contrato de

---

1. Arts. 7º, inciso XXIX, alínea “b” e 233, da Constituição.

2. Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, v. 6, p. 114.

3. Jossrand, *Cours de Droit Civil positif français*, Paris, Sirey, 1933, II, p. 571.

4. Art. 10.

trabalho, coincide com “a cessação da situação de subordinação que implicaria o receio do trabalhador, limitativo do livre exercício dos seus direitos”<sup>5</sup> Nessa linha, a doutrina assinala que, durante a vigência do contrato, “a situação de dependência do trabalhador não lhe permite, presumivelmente, exercer em pleno os seus direitos”<sup>6</sup>

A idêntico resultado se chegou no Direito italiano, mesmo sendo preciso, para tanto, suplantando a regulamentação legal positivada. De fato, com a Sentença n. 63, de 10 de junho de 1966, a Corte Constitucional italiana afirmou a inconstitucionalidade da regra do art. 2.948, n. 4, do Código Civil, que, de modo expresso, estabelecia o transcurso da prescrição durante a vigência do contrato de trabalho. Considerou-se esse critério incompatível com a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, afirmada pelo art. 36, da Constituição.<sup>7</sup> Em conseqüência, com o julgamento da Corte Constitucional, apenas depois de extinto o contrato passou a iniciar-se o prazo prescricional, salvo em se tratando, como explicitou ainda a mesma Corte Constitucional, na sentença n. 174, de 12 de dezembro de 1972, de relação de emprego insuscetível de denúncia imotivada pelo empregador. A despeito de toda controvérsia suscitada por tais pronunciamentos,<sup>8</sup> reconheceu a doutrina a coerência da solução que acabou se impondo, pois, como nota Luisa Galantino, “è certamente incongruo che il legislatore, durante il rapporto di lavoro, tuteli il lavoratore in caso di rinuncia ad un proprio diritto (art. 2113 c. c.) e non per un atto di disposizine indireta del diritto steso, quale è il suo mancato esercizio nel termine prescrizionale”<sup>9</sup>

Deve-se registrar, finalmente, que, modificação próxima da que ora se fez na legislação brasileira, quando promovida na legislação uruguaia, foi criticada pela doutrina, sendo considerada nociva.<sup>10</sup>

Em síntese, não se mostra positiva a inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 28.

5. Acórdão no Recurso n. 84, de 25.07.84 in Abílio Ncto, Contrato de Trabalho – notas práticas, Lisboa, Petrony, 1990, p. 159.

6. António Lemos Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Lisboa, Almedina, 1999, p. 464.

7. Cf. Vezio Crisafulli e Livio Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 244.

8. A propósito, com vasta indicação de doutrina sobre o tema, Renato Corrado, *Trattato di Diritto del Lavoro*, Torino, UTET, 1969, volume terzo, p. 1.021 e segs., e Carlo Smuraglia, *La prescrizione dei crediti di lavoro in Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, Padova, CEDAM, 1971, v. II, p. 788 e ss.

9. *Diritto del Lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 689. Analogamente, Luisa Riva Sansaverino, *Diritto del Lavoro*, Padova, CEDAM, 1971, p. 517.

10. Américo Plá Rodriguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2000, pp. 219-238.



#### 4. Constitucionalidade da Emenda n. 28

De todo modo, não há como afirmar a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 28. Mesmo reconhecida a possibilidade de controle de constitucionalidade de norma de revisão constitucional ou de emenda à Constituição, como já é hoje largamente aceito,<sup>11</sup> aos direitos sociais, ainda que considerados fundamentais, não se conferiu a particular rigidez atribuída aos direitos individuais, insuscetíveis de abolição.<sup>12</sup> Por isso, a redução dos prazos de prescrição durante a vigência do contrato de trabalho - indesejável que seja - não ofende a regra limitativa do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição. Ofensa haveria, isso sim, se se estabelecesse prazo excessivamente curto, de modo a inviabilizar o efetivo direito de tutela jurisdicional, em desacordo com a garantia do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição,<sup>13</sup> o que não é o caso.

Torna-se necessário, portanto, definir os limites de aplicação no tempo do novo regime de prescrição incidente sobre o contrato de trabalho do empregado rural.

#### 5. Aplicação no tempo da nova regra sobre prescrição

Alterado apenas o prazo prescricional aplicável aos contratos de trabalho em curso, é evidente que os contratos extintos antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 28 ficam sujeitos apenas ao direito anterior. Ainda que tenham os contratos vigorado por período superior ao que, de acordo com o direito novo, tornaria consumada a prescrição, será a matéria regulada inteiramente pelos arts. 7º, inciso XXIX, alínea “b” e, se for o caso, 233, da Constituição. A lei nova não apanha relação

---

11. Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.)”(STF - Pleno, ADIn n. 939-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, julg. em 15.12.93 in DJU de 18.03.94, p. 5.165). Em doutrina, entre tantos, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, tomo II, p. 316 e segs., Vezio Crisafulli, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Padova, CEDAM, 1974, II, 2, p. 82 e segs. c, ainda mais amplamente, o conhecido texto de Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Coimbra, Atlântida, 1977, *passim*.

12. Constituição, art. 60, § 4º, inciso IV.

13. Foi justamente por ofender a garantia de acesso à jurisdição que a Corte Constitucional italiana repleliu, com a Sentença n. 85, de 1968, o prazo excessivamente curto estabelecido no Real Decreto n. 1765, de 1935, para apresentação de pedido de recebimento de prestação decorrente de acidente do trabalho. Sobre o tema, com indicação ainda de outros desdobramentos da garantia de acesso à jurisdição, no tocante a prazos para exercício de direitos, Ferruccio Tommasco, *Appunti di Diritto Processuale Civile*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 195/199.

jurídica já exaurida ao tempo de sua edição,<sup>14</sup> consoante sublinhou o Tribunal Superior do Trabalho, ao negar a exigibilidade da multa de 40% sobre o saldo do FGTS para as dispensas imotivadas ocorridas antes da promulgação da Constituição de 1988.<sup>15</sup>

Do mesmo modo, os contratos de trabalho celebrados após a Emenda Constitucional n. 28 desde logo ficam sujeitos à nova regra sobre prescrição, nenhuma relação guardando com o direito anterior.

Já para os contratos em vigor ao tempo da promulgação da Emenda Constitucional n. 28 diversas alternativas se apresentam.

De um lado haveria a possibilidade de excluí-los simplesmente da nova disciplina legal, fazendo com que apenas os contratos de trabalho celebrados após a Emenda Constitucional n. 28 ficassem expostos à prescrição quinquenal. Os contratos em vigor, ao contrário, continuariam sujeitos ao critério anterior, iniciando-se o transcurso da prescrição somente depois de extinta a relação de emprego. Essa solução, fundada na idéia de que “*soumettre le contrat à la loi nouvelle ce serait modifier les bases sur la foi desquelles les parties ont édifié leur accord*”<sup>16</sup> não se mostra, todavia, aceitável. Nada há na Emenda Constitucional n. 28 restringindo sua aplicação apenas aos novos contratos de trabalho. Ademais, o contrato de trabalho, como contrato de trato sucessivo que é, fica sujeito à lei nova que se edite durante sua vigência, nos termos do art. 921, da CLT, salvo no que toca aos direitos já adquiridos, aos atos jurídicos perfeitos e à coisa julgada, não gerando o mero prazo prescricional, enquanto não exaurido, aquisição de direito.<sup>17</sup> Nas palavras de Aubry e Rau, “*la prescription ne donne de droit acquis que lorsqu'elle est définitivement accomplie*”<sup>18</sup> Tanto é verdade que, ampliado o prazo prescricional para o trabalhador urbano, com a Constituição de

---

14. Oscar Tenorio, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 200.

15. Cf., a propósito, TST – 4ª T., RR 217.150, Rel. Min. Galba Veloso, Ac. n. 3.470 in D.J.U. de 21.06.96, p. 22.604 c, ainda, de modo mais explícito, o seguinte acórdão: “FGTS. Multa. Irretroatividade. Decisório regional que fere o princípio da irretroatividade das leis ao determinar a incidência de dispositivo constitucional art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em relação a direito já satisfeito sob a égide da legislação vigente à época em que levantado valor do FGTS - março de 1987” (TST – 4ª T., RR n. 45.250/92, Rel. Min. Galba Veloso, Ac. n. 3.112 in D.J.U. de 17.12.93, p. 28.304).

16. François Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 1998, p. 458.

17. Amplamente, Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, p. 297.

18. *Cours de droit civil français*, Paris, Marchal & Billard, 1935, tome deuxième, § 215 bis, p. 497. No mesmo sentido, Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1937, v. I, p. 54.

1988, mesmo os contratos já em curso passaram a observar a nova disciplina normativa, apenas não se apagando a prescrição já consumada.<sup>19</sup>

Solução oposta consistiria em aplicar de imediato a nova regra, considerando-se, para definição do lapso prescricional a ser observado, inclusive o tempo transcorrido antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 28. Tal solução, sobre envolver aplicação retroativa de norma legal,<sup>20</sup> algo condenado desde o Direito Romano,<sup>21</sup> não pode ser adotada, quando se reduz o prazo prescricional ou se faz suscetível de prescrição o que, até então, não o era. De fato, sujeitar às regras da lei nova o tempo transcorrido, durante a vigência da lei antiga, significaria atribuir a esse tempo valor que não lhe era conferido antes,<sup>22</sup> possibilitando, outrossim, se consumasse instantaneamente a prescrição de toda e qualquer pretensão exigível em prazo superior ao da nova regulamentação, o que evidentemente se deve afastar.

Solução intermediária consistiria em aplicar a lei nova apenas para regular o tempo transcorrido após a reforma legislativa, subordinando à lei anterior todo o lapso de tempo transcorrido antes dessa reforma. Contudo, tendo em vista não haver, no sistema anterior à Emenda Constitucional n. 28, prescrição durante a vigência do contrato de trabalho, a adoção desse critério, que combina duas diferentes legislações para reger a mesma relação jurídica, levaria a inaceitável paradoxo. Isso faria com que pretensões exigíveis há mais tempo, quando em vigor a legislação anterior, não prescrevessem, ao passo que outras pretensões, exigíveis há menos tempo, depois de editado o novo direito, poderiam já estar prescritas.

Na verdade, a melhor solução para as dificuldades suscitadas pela Emenda Constitucional n. 28 está em aplicar o novo prazo a todos os contratos em vigor, considerando-se, no entanto, apenas o tempo transcorrido após a reforma legislativa, critério preconizado, aliás, pela doutrina, nacional<sup>23</sup> e estrangeira,<sup>24</sup> bem como pela

---

19. Enunciado n. 308, do Tribunal Superior do Trabalho.

20. Planiol e Ripert, *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris, LGDJ, 1932, *tome premier*, p. 103.

21. A propósito, Rudolf von Jhering, *L'esprit du droit roman*, Paris, Marcesq, 1836, *tome deuxième*, p. 75.

22. Francesco Ferrara, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Roma, Athenacum, 1921, p. 275.

23. Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1943, v. 1o, p. 479 e Luiz Frederico Carpenter, *Manual do Código Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1929, v. IV, p. 596.

24. Paul Roubier, *Le Droit Transitoire cit.*, p. 300.

jurisprudência da Corte de Cassação francesa.<sup>25</sup> Assim, o tempo passado antes da Emenda Constitucional n. 28 não será considerado, evitando-se aplicação retroativa de norma legal. Somente a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 28 terá início o prazo de cinco anos da prescrição incidente sobre a relação jurídica em vigor. Passado esse prazo, porém, estarão prescritas todas as pretensões, cuja exigibilidade haja nascido há mais de cinco anos, ainda que antes da Emenda Constitucional n. 28.

Delimitado o âmbito de aplicação no tempo da Emenda Constitucional n. 28, resta agora tratar do segundo tema proposto, atinente à prescrição da pretensão executiva.

## 6. Prescrição e execução.

A execução não constitui mera fase do processo de conhecimento. Afirmção em contrário, por vezes ainda encontrada em doutrina<sup>26</sup> e mesmo em um ou outro julgado,<sup>27</sup> constitui reflexo do menor prestígio que no passado se tributava à execução,<sup>28</sup> sem qualquer correspondência, no entanto, com o desenvolvimento hoje alcançado pela ciência processual.

De fato, a execução é ação autônoma, e não mero desdobramento ou continuação do processo de conhecimento. Em primeiro lugar, a atividade desenvolvida na execução não se confunde com a que é desenvolvida no processo de conhecimento. Neste o direito é reconhecido e declarado, em atividade preponderantemente intelectual; naquela é realizado, com transformação do estado de fato. A natureza do litígio é, portanto, diversa num e noutro caso: no primeiro contesta-se a existência do direito; no segundo nega-se a sua satisfação. As lides, para utilizar a terminologia de Carnelutti, são, em decorrência, distintas.<sup>29</sup> Em segundo lugar, tanto pode haver processo de conhecimento sem subsequente execução (ação declaratória e ação constitutiva), quanto execução sem prévio processo de conhecimento (execução de título extrajudicial), mesmo no processo do trabalho (CLT, art. 877-A) e, ainda, processo de conhecimento

---

25. Cf. Jacques Héron, *Principes du Droit Transitoire*, Paris, Dalloz, 1996, p. 135.

26. Assim, por exemplo, Isis de Almeida, *Manual da prescrição trabalhista*, São Paulo, LTr, 1990, p. 65.

27. TRT – 2ª Reg., 3ª T., Proc. 37.810/91-6, Rel. Juiz Francisco Antonio de Oliveira in DJSP de 17.12.92.

28. A propósito, Andrea Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovenc, 1994, p. 776.

29. Amplemente, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, CEDAM, 1936, pp. 350/351.

com simultânea execução (execução provisória de sentença). Em terceiro lugar, evidenciando instaurar-se com a execução nova e verdadeira relação processual, tem início o processo respectivo sempre mediante citação (CPC, arts. 621, 629, 632, 652, etc.), inclusive em matéria trabalhista (CLT, art. 880).

Por tudo isso, proclama-se, sem divergência relevante, a autonomia da ação de execução, fazendo-o tanto a jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal,<sup>30</sup> quanto a doutrina, quer a estrangeira,<sup>31</sup> quer a nacional.<sup>32</sup> Aliás, mesmo autores mais antigos, mas com espírito mais aguçado, como Ramalho e Almeida e Sousa, já se referiam, em meados do século passado, à execução respectivamente como “um novo juízo”<sup>33</sup> ou como ação “que nasce da sentença”<sup>34</sup> E Pontes de Miranda foi enfático, assinalando, mesmo diante da deficiente redação do art. 196, do Código de Processo Civil, de 1939, que parecia conspirar contra a afirmação da autonomia do processo de execução: “a ação de execução de sentença, seja qual for o nome que se lhe dê, ainda que algum legislador de idéias um tanto estapafúrdias redigisse lei em que a execução das sentenças de condenação se colasse à sentença mesma, não desapareceria. Seria o mesmo processo para duas ações! Mais: para duas pretensões, uma das quais somente se faz valer com a sentença sobre a outra. Vestir de calças uma mulher não é fazê-la homem”<sup>35</sup>

30. STF - 1a T., RE n. 63873/SP, Rel. Min. Aliomar Balceiro, julg. em 12.09.69 in DJU de 071169.

31. Entre tantos basta mencionar, como mera ilustração, Ugo Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, UTET, 1959, IV, p. 83, Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1957, III, p. 101, Salvatore Pugliatti, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 1935, p. 139, Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1943, tomo III, p. 43 e Goldschmidt, *Derecho procesal civil*, Barcelona, Editorial Labor, 1936, p. 538. A proposta em sentido contrário, de Crisanto Mandrioli, de construção de teoria unitária da ação e do processo, encontrou reduzida aceitação (*L'azione esecutiva*, Milano, Giuffrè, 1955, *passim*).

32. Mais uma vez apenas a título ilustrativo, cf. Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Dirito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. IV, p. 43 e segs., José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. III, p. 117, Alfredo Buzaid, *Do concurso de credores no processo de execução*, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 25, José da Silva Pacheco, *Ações executivas e execução de sentença*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1957, p. 32, Humberto Theodoro Júnior, *Curso de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1990, v. II, p. 715, Cândido Rangel Dinamarco, *A execução na Teoria Geral do Direito Processual Civil*, São Paulo, s. c. p., 1972, p. 93, José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 228 e Araken de Assis, *Manual do processo de execução*, São Paulo, RT, 1998, p. 96.

33. Praxe brasileira, São Paulo, Typographia do Ypiranga, 1869, p. 629.

34. *Tratado encyclopedico pratico e critico sobre as execuções*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1865, pp. 16/17.

35. Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1949, v. VI, pp. 43-44.

Pois bem, se a execução constitui ação autônoma e distinta, o efeito interruptivo decorrente da citação na ação de conhecimento desaparece com o encerramento desta mesma ação,<sup>36</sup> nos termos do art. 173, do Código Civil, *verbis*:

“A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último do processo para a interromper”

Chegando o processo de conhecimento ao seu termo, com o acolhimento da pretensão ou, não-importa, com a celebração de acordo, a prescrição, que se havia interrompido, volta a fluir. Não fica indefinidamente interrompida, porque praticado o último ato do processo, sendo certo que a execução, que poderá ou-não se seguir, constituirá outro processo, e não mero prolongamento do que se encerrou.

Já era assim no direito anterior, das Ordenações do Reino, em que, mesmo não havendo prescrição alguma durante a pendência do processo,<sup>37</sup> se reconheciam a prescrição entre o término do processo de conhecimento e o início do processo de execução, denominando-a Almeida e Sousa prescrição “*do direito executivo, que produz a sentença*”<sup>38</sup> Também é assim no Direito Comparado, anotando Chiovenda que “*l’actio iudicati è, come ogni azione, prescrivibile*”<sup>39</sup> É ainda assim no Direito brasileiro atual, em que o art. 741, inciso VI, do CPC, consagra exatamente a prescrição da pretensão executiva.

## 7. Prescrição da pretensão executiva em matéria trabalhista.

Tal como a pretensão executiva nascente de sentença civil, também a pretensão executiva oriunda de sentença trabalhista sujeita-se a prescrição.

É o que se pode inferir da regra do art. 884, § 1º, da CLT, que, ao tratar dos embargos à execução, estatui:

“A matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida”

A referência a prescrição, no dispositivo transcrito, só pode ser

36. A propósito, Lodovico Mortara, *Manuale della procedura civile*, Torino, UTET, 1926, *Volume Secondo*, n. 593, pp. 18-19.

37. Enquanto pendente a ação, o efeito interruptivo da prescrição se prolongava indefinidamente, como mostram os Títulos IX e XVIII, n. 12, das Ordenações Filipinas, no que a doutrina denominava de “perpetuação da ação” (Clovis Bevilacqua, *Código Civil*, São Paulo, Francisco Alves, 1944, v. I, p. 477).

38. Tratado encyclopedico pratico e critico sobre as execuções cit., p. 171.

39. *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1965, p. 146.

interpretada de dois modos: ou indica a prescrição ocorrida antes da propositura da ação de conhecimento ou a prescrição da pretensão executiva, verificada depois de firmada a condenação. Não existe terceira hipótese. Pois bem, diante dessas duas possibilidades de interpretação, a última é a que melhor se ajusta à garantia constitucional da coisa julgada. Admitir pudesse ser suscitada em execução a prescrição ocorrida antes da sentença condenatória diminuiria sensivelmente a estabilidade da coisa julgada, reduzindo em muito o significado do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição.<sup>40</sup> Só isso já é suficiente para que, de acordo com o critério de interpretação conforme à Constituição,<sup>41</sup> se prestigie solução interpretativa em que a prescrição passível de arguição em execução passa a ser a relacionada apenas com a própria pretensão executiva. Conforme consignado pela Suprema Corte norte-americana, em *American Power & Light Co. v. Securities & Exchange Commission*, de 1946: “Wherever possible, statutes must be interpreted in accordance with constitutional principles”<sup>42</sup>

Exata, pois, a observação de Coqueijo Costa, no sentido de que “a execução, que é ação, também prescreve, mesmo na Justiça do Trabalho”<sup>43</sup> na linha de expressivos precedentes, dos quais se cita, a título ilustrativo, o seguinte:

“O processo de execução é autônomo em relação ao processo de conhecimento e se inicia a partir do trânsito em julgado da decisão cognitiva. O direito

---

40. O Tribunal Superior do Trabalho teve ocasião de considerar o ponto, fazendo-o nos seguintes termos: “Se da parte dispositiva da decisão executiva não constou a limitação prescricional, é vedado o seu acréscimo na fase de execução, sob pena de ofensa à coisa julgada”(TST - SDI, ROAR n. 602/89, Rel. Juiz Convocado Marco Aurélio Giaomini in DJU de 06.07.90, p. 6.555).

41. É vasta a bibliografia sobre a interpretação conforme à Constituição, tema que escapa completamente ao âmbito do presente estudo. Basta mencionar, entre as obras que cuidam do assunto, mesmo não sendo específicas, Konrad Hesse, Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, Porto Alegre, Sergio Fabris, 1998, p. 70 e seg., Karl Larenz, Metodologia da Ciência Jurídica, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1983, p. 416 e ss., Karl Englich, Introdução ao pensamento jurídico, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1988, p. 147 e ss., Jorge Miranda, Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade, Coimbra, Coimbra Editora, p. 250 e, posteriormente, do mesmo autor, Manual de Direito Constitucional cit., tomo II, p. 264 e ss., além de André Tunc e Suzanne Tunc, *Système constitutionnel des États-Unis d'Amérique*, Paris, Domat Montchrestien, 1954, II, p. 290, nesta última obra havendo vasta indicação de precedentes da Corte Suprema norte-americana.

42. 329 U.S. 90. Antes dessa decisão, em *U. S. Ex Rel Attorney General v. Delaware & Hudson Co.*, 213 U.S. 366, de 1909, a mesma Suprema Corte norte-americana assentou: “It is elementary when the constitutionality of a statute is assailed, if the statute be reasonably susceptible of two interpretations, by one of which it would be unconstitutional and by the other valid, it is our plain duty to adopt that construction which will save the statute from constitutional infirmity”

43. Direito Processual do Trabalho, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 232.

do autor à execução é prescritível (CLT, art. 884, § 1º, da CLT)''(TRT 2ª Reg., 5ª T., AP n. 35460/90, Rel. Juíza Maria Doralice Novaes).<sup>44</sup>

Não custa notar que o fato de poder a execução trabalhista instaurar-se de ofício (CLT, art. 878, *caput*) não prejudica em nada o que se disse. O que interrompe a prescrição é a efetiva propositura da ação, com citação do réu. A mera possibilidade de instauração da relação processual, se não se transforma em ato, não se concretizando, nenhum efeito produz.

### 9. Prescrição da pretensão executiva e prescrição intercorrente.

A afirmação da prescritibilidade da pretensão executiva trabalhista, formulada no item anterior, não estaria em contradição com os termos do Enunciado n. 114, do Tribunal Superior do Trabalho?

Muito se tem criticado a orientação inscrita no Enunciado n. 114,<sup>45</sup> contestada inclusive por parte expressiva da jurisprudência,<sup>46</sup> inclusive do Supremo Tribunal Federal, cuja Súmula n. 327 adota orientação diametralmente oposta.<sup>47</sup> Como quer que seja, a prescrição da pretensão executiva, mencionada no art. 884, § 1º, da CLT, nada tem com prescrição intercorrente.

Com efeito, intercorrente é a prescrição que se verifica durante a

44. Revista LTr 58-09, p. 1.071. Sempre no mesmo sentido: "O reclamante tem prescrito seu direito de executar a ação quando permanece inerte, deixando transcorrer mais de 2 (dois) anos sem promovê-la"(TRT 1ª Reg., 4ª T., AP n. 1.999/85, Rel. Juiz Joaquim Ignácio Morcira) e "Não tendo início a execução no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da decisão, opera-se a prescrição pura e simples, da execução"(TRT - 9ª Reg., AP n. 178/84, Ac. n. 10/85, Rel. Juiz George Christófiés)

45. Cf. Mozart Victor Russomano, Comentários à CLT, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pp. 59-60, Arnaldo Sussekind, Délio Maranhão e Segadas Viana, Instituições de Direito do Trabalho, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1987, vol. II, pp. 1.233-1.234, Valentin Carrion, Comentários à CLT, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 78, Wilson de Souza Campos Batalha e Sílvia M. L. Batalha de Rodrigues Netto, Prescrição e decadência no Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 1998, p. 47 e Eduardo Gabriel Saad, Direito Processual do Trabalho, São Paulo, LTr, 1998, p. 124.

46. Confirmam-se os seguintes paradigmáticos acórdãos: "A Súmula n. 114 do C. TST encontra-se em dissonância com a doutrina dominante, bem como com a Súmula n. 327 do C. Supremo Tribunal Federal...Prescrição intercorrente admitida"(TRT - 15ª Reg., 4ª T., AP n. 2.024/94, Rel. Juíza Iara Alves Cordeiro Pacheco *in* Revista Genesis, junho de 1996, p. 887) e "É aplicável à Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente. A lei não se revoga por entendimentos jurisprudenciais"(TRT - 2ª Reg., 8ª T., AP n. 24.575/85, Rel. Juiz Valentin Carrion *in* Revista LTr 52-5/566).

47. Dispõe a Súmula n. 327, do Supremo Tribunal Federal: "O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente".

48. Alice Monteiro de Barros, Aspectos jurisprudenciais da prescrição trabalhista *in* Curso de Direito do Trabalho - Estudos em Memória de Célso Goyatá, São Paulo, LTr, 1993, v. I, p. 201.



tramitação da ação.<sup>48</sup> Extinto o processo, com o acolhimento do pedido ou a celebração de acordo, não há mais possibilidade de prescrição intercorrente. Não há mais ação em tramitação. Por isso, não cumprindo o reclamado a obrigação que lhe é imposta, se não é, mesmo assim, ajuizada a ação de execução - que é ação diversa, e não mero prolongamento da ação de conhecimento, como se buscou evidenciar acima, no item 6 -, pode verificar-se não a prescrição intercorrente, mas a prescrição da pretensão executiva, prescrição pelo transcurso do lapso de tempo entre uma ação (de conhecimento) e outra ação (de execução), algo completamente diverso de prescrição no curso de uma mesma ação.<sup>49</sup> A diferença já foi bem evidenciada em decisões que enfrentaram com todo acerto o tema, como a que se reproduz abaixo:

*“Na sistemática atual do processo, a execução é uma ação, tragável pela ocorrência prescricional. O caso não é de prescrição intercorrente, mas de prescrição do próprio remédio jurídico, como prevê o art. 884 da CLT” (TRT 5ª Reg., 1ª T., AP n. 808/86, Rel. Juiz Rosalvo Torres).<sup>50</sup>*

Como se vê, a diretriz firmada no Enunciado n. 114 não-prejudica em nada a afirmação de que a pretensão executiva sujeita-se a prescrição. E tanto é verdade que nada obsta acolha o sistema jurídico a prescrição da pretensão executiva, sem que dê guarida à prescrição intercorrente. Foi o que ocorreu, inclusive, no direito anterior, das Ordenações do Reino, em que, como já mencionado, não prescrevia a pretensão ajuizada, o que nunca impediu o reconhecimento da prescritibilidade da pretensão

49. A resposta à indagação de Manoel Antonio Teixeira Filho (“se não é a intercorrente, então de que prescrição se trata a que o § 1o do art. 884 da CLT permite o devedor alegar no ensejo dos embargos que vier a oferecer à execução?” in Execução no processo do trabalho, São Paulo, LTr, 1998, p. 269) é, portanto, bastante simples: a prescrição a que alude o art. 884, § 1o, do art. 884, da CLT, é a da pretensão executiva. Nada mais.

50 São Paulo, LTr, 1998, p. 47. Nessa mesma obra encontra-se ainda o seguinte acerto: “Agravo de petição. Prescrição da execução. Não se confunde prescrição da execução e prescrição intercorrente. Esta se daria depois de instaurada a execução e não tem sido acolhida pela jurisprudência. Aquela decorre da inércia do Exequente que, após o trânsito em julgado da sentença, não se interessa em dar início ao processo de execução...” (TRT - 15ª reg., 4ª T., Proc. n. 9.834/95, Rel. Juíza Iara Alves Cordeiro Pacheco). Vale mencionar igualmente outra decisão “A prescrição da ação de execução trabalhista, que não se confunde com a prescrição intercorrente, está escrita no § 1º do art. 884 da CLT...” (TRT - 2ª Reg., 10ª T., Ac. n. 02980126858, RO 02970370284-SP, Rel. Juíza Vilma Capato in Boletim ADCOAS 8160699). Confira-se, finalmente, o seguinte acórdão: “Prescrição da execução trabalhista. Inerte o credor na apresentação dos cálculos de liquidação por 3 anos, cabível a prescrição da execução nos termos da Súmula 150 do STF. Tal não destoa do Enunciado n. 114/TST, que trata da prescrição intercorrente (dentro de um mesmo processo), pois a prescrição da execução é a superveniente (entre um e outro processo - cognição e execução), como indicam os arts. 884, § 1o, da CLT, e 741, VI, do CPC. Por fim, o impulso oficial na execução laboral é faculdade do juízo (art. 878, CLT), assim como a oferta de cálculos pela executada é faculdade desta (art. 605, CPC), que pode também aguardar o prazo da prescrição executiva” (TRT 15ª Reg., 4ª T., Ac. n. 42.253/2000, Rel. Flávio A. de C. Cooper in DJSP de 06.11.2000, p. 37).

executiva. É preciso, pois, não confundir prescrição intercorrente com prescrição da pretensão executiva.

#### 8. Prazo de prescrição da pretensão executiva trabalhista.

Antes de concluir é preciso, depois de haver firmado que a pretensão executiva, mesmo emergente de sentença trabalhista, sujeita-se a prescrição, indicar o prazo em que isso se dá.

No Direito comum encontram-se duas soluções. Uma consiste na aplicação, à pretensão executiva, do prazo geral estabelecido no art. 177, do Código Civil, para as ações pessoais. Outra na aplicação do mesmo prazo estabelecido para a pretensão do direito que motivou o ajuizamento da ação condenatória. A primeira solução, que prepondera em doutrina,<sup>51</sup> não prevalece em jurisprudência, havendo a Súmula n. 150, do Supremo Tribunal Federal, firmado:

*“Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”*<sup>52</sup>

A diretriz consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a que melhor se harmoniza com a legislação trabalhista, em que a prescrição é estabelecida por norma constitucional, com fixação de prazo de caráter geral, idêntico para os mais diversos direitos e pretensões, variando apenas em função da subsistência ou-não do contrato de trabalho. Assim, a regra do art. 177, do Código Civil, que leva parte da doutrina a sujeitar a prazo mais longo a prescrição da pretensão executiva em Direito comum, tem como correspondente, em matéria trabalhista, o art. 7º, inciso XXIX, da Constituição. Daí que, prazo diverso do fixado pela Constituição, mesmo quando expressamente mencionado pelo legislador ordinário, não pode prevalecer, consoante já teve ocasião de ressaltar a jurisprudência.<sup>53</sup>

Em consequência, não se verificando o adimplemento espontâneo da

51. CF., por exemplo, Liebman, Embargos do executado, São Paulo, Saraiva, 1952, p. 167, Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil cit., p. 43, Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile cit.*, p. 146, Lodovico Mortara, *Manuale della procedura civile cit.*, Volume Secondo, n. 593, p. 18, e Almeida e Sousa, Tratado encyclopedico pratico e critico sobre as execuções cit., p. 171.

52. Na linha da jurisprudência sumulada, Carlo Fadda, *Sopra un altra pretesa novazione processuale em Rivista di diritto commerciale*, v. VII, 1909, pp. 125-127 e, na literatura nacional, Amílcar de Castro, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1941, v. X, p. 426, bem como Evaristo de Moraes Filho e Antonio Carlos Flores de Moraes, Introdução do Direito do Trabalho, São Paulo, LTr, 1993, p. 186.

53. É o que se tem decidido a propósito da prescrição aplicável ao FGTS: “Por tratar-se de crédito de natureza trabalhista, tem o empregado apenas cinco anos para reclamar contra o não-recolhimento de sua

prestação fixada em sentença ou estabelecida em acordo homologado judicialmente, consuma-se a prescrição da pretensão executiva trabalhista passados dois anos, se não houver contrato de trabalho em vigor, ou cinco anos, na hipótese contrária.

São Paulo, março de 2001.

---

contribuição, e dois anos após a extinção do contrato de trabalho, conforme disciplina o art. 7º, XXIX, "a", da CF/88"(TST - 5ª T., RR n. 256.477, Rel. Min. Armando de Brito in DJU de 21.08.98). De modo ainda mais expressivo: "FGTS. Efetivamente, toda e qualquer norma legal, com previsão de prazo prescricional diferente daquele previsto na Constituição Federal, art. 7º, inciso XXIX, se antecedente, está derrogada; se posterior, é inconstitucional. Conseqüentemente, neste feito, o direito de ação está atingido pela prescrição, impossibilitando o acolhimento do pleito. Recurso não provido" (TRT 18ª R Ac. N. 0503/94. Rel. Juiz Saulo E. dos Santos in DJGO de 16.05.94 p. 54) e "Prescrição. FGTS. Contribuições. Prescrição. FGTS. O FGTS é uma contribuição social, de natureza tributária (CF, 149), regendo o prazo prescricional de cinco anos (CTN, 174), limitado a dois anos da rescisão (CF, 7º, XXIX), contra os quais não rivaliza a disposição hierarquicamente inferior (L. 8036/90, 23, parágrafo 5º)." (TRT- 2ª Reg., 6ª T., RO n. 02980347587, Rel. Rafael E. Pugliese Ribciro, Ac. n. 02990315424 in DOESP, de 06/07/99).



# A SISTEMATIZAÇÃO DA PREVIDÊNCIA PRIVADA BRASILEIRA E UMA ABORDAGEM DE ASPECTOS PREVIDENCIÁRIOS NO EXTERIOR

*Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub*

Mestre em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente estudo tem por escopo apresentar uma breve sistematização da Previdência Privada brasileira, esboçando uma abordagem de aspectos previdenciários da Itália, do Chile e dos EUA.

Abstract:

The present essay is about a brief systemisation of Brazil's private retirement plans, drafting an approach of social security in Italy, Chile and USA.

**Unitermos:** Previdência Privada brasileira; aspectos previdenciários da Itália, do Chile e dos EUA.

Sumário:

1. Sistematização da Previdência Privada brasileira;
2. A Previdência Complementar na Itália;
3. Previdência Social Chilena;
4. Os 401(k) americanos;
5. Bibliografia

## ***1. Sistematização da Previdência Privada brasileira***

Até a instituição da Previdência Pública, em 23 de janeiro de 1923, a Previdência Privada brasileira não podia ser tida como complementar, haja vista a inexistência de uma previdência principal básica.

Não houve uma sistematização legislativa, até 1977, que organizasse essas entidades privadas, que acabaram se submetendo ao Código Civil ou a outras normas comerciais ou de seguro privado.

A Previdência Complementar só veio a ser regradada com o surgimento da Lei n. 6.435/77. Essa Lei foi regulamentada pelos Decretos n. 81.240/78 (entidades fechadas) e n. 81.402/78 (entidades abertas), além de outras resoluções da Secretaria de Previdência Complementar (SPC) e da Superintendência de Seguros Privados (Susep).

Para os efeitos da Lei n. 6.435/77, as entidades de Previdência Privada são aquelas que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social, mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos. Considera-se participante o associado, segurado ou beneficiário incluído nos planos privados.

A Lei n. 6.435/77, em seu art. 4º classifica as entidades de Previdência Privada de acordo com a relação entre a entidade e os participantes dos planos de benefícios:

- “I - a) fechadas, quando acessíveis exclusivamente aos empregados de uma só empresa ou de um grupo de empresas, as quais, para os efeitos desta Lei, serão denominadas patrocinadoras;
- b) abertas, as demais”

Em relação aos objetivos, a classificação legal se faz entre entidades de fins lucrativos e entidades sem fins lucrativos. Pela Lei n. 6.435/77 (art. 4º, 1º), as entidades fechadas não poderão ter fins lucrativos. São equiparáveis aos empregados de empresas patrocinadoras os seus gerentes, os diretores e conselheiros ocupantes de cargos eletivos, bem como os empregados e respectivos dirigentes de fundações ou outras entidades de natureza autônoma, organizadas pelas patrocinadoras (Lei n. 6.435/77, art. 4º, 2º).

As entidades de Previdência Privada (art. 5º da Lei n. 6.435/77) serão organizadas como:

- I - sociedades anônimas, quando tiverem fins lucrativos;
- II sociedades civis ou fundações, quando sem fins lucrativos.

A Lei n. 6.435/77 (art. 6º), não considera atividade de Previdência Privada a simples instituição, no âmbito limitado de uma empresa, de uma fundação ou de outras entidades de natureza autônoma, de pecúlio por morte, de pequeno valor, desde que administrado exclusivamente, sob a forma de rateio entre os participantes.

Finalmente, a Lei n. 6.435/77 (art. 7º) dispõe que as entidades abertas integram-se ao Sistema Nacional de Seguros Privados, e serão reguladas pelas disposições da referida Lei e, no que couber, pela legislação aplicável às entidades de seguro privado (art. 10).

A terminologia envolvendo Previdência Complementar foi influenciada pelos *private pension funds* norte-americanos. Isso não impediu a adoção no Brasil de um jargão próprio de muitos institutos.

É importante diferenciar a Previdência Privada, a Previdência Oficial e o Seguro Privado. A Previdência Oficial diz respeito ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS). O Seguro Privado possui até uma existência paralela à Previdência Privada, como nos caso das entidades abertas de previdência complementar que mantêm, além dos planos previdenciários privados, planos de seguro de vida ou contra acidentes automobilísticos.

Algumas denominações utilizadas na Previdência Pública não são aplicadas na Previdência Privada. Contingência da Previdência Pública tem sentido de risco da Previdência Privada (que é o fato da vida que enseja a concessão de algum benefício ou auxílio). E a contribuição previdenciária, que tem a característica de tributo, na Previdência Privada se baseia no prêmio pago a seguradoras.

Todavia, não há que se confundir Previdência Privada com seguro privado, estrito senso, mesmo porque a própria palavra indenização, muito empregada no seguro privado, não é utilizada no contexto de previdência.

Alguns nuances terminológicos existem, inclusive entre as entidades abertas de Previdência Privada e as entidades fechadas de Previdência Privada.

Não-obstante, grosso modo, todos aqueles que sejam contratantes de planos de Previdência Privada serem vistos como segurados, o enquadramento mais técnico do segurado no segmento de Previdência Privada é o de participante (denominação mais preponderante nas entidades fechadas).

O regime de Previdência Privada é previsto pelo art. 202 da Constituição, previsão derivada da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. De caráter complementar e organizada de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social, a Previdência Privada é facultativa.

A Previdência Privada está submetida à Lei n. 6.435/77 (que sofreu alterações com a Lei n. 6.462/77, com o Decreto-Lei n. 2.053/83 e com a Lei n. 8.020/90), sendo que os arts. 8/33 referem-se à Previdência Privada aberta, e os arts. 34/50 referem-se à fechada. Outra norma significativa consiste no Decreto-Lei n. 73/66, regulamentado pelo Decreto n. 60.459/67, e alterado pelos Decretos-Leis n. 168/67 e n. 296/67. O Decreto-Lei n. 73/66, que em seu art. 3º parágrafo único, dentro das disposições sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, exclui taxativamente o Regime Geral da Previdência Social de suas previsões.

A Lei n. 6.435/77 foi regulada por dois Decretos: Decreto n. 81.240/78 (Regulamento da Previdência fechada); Decreto n. 81.402/78 (Regulamento da Previdência aberta). Prevê a Lei n. 6.435/77, em seu art. 10, que: “*as entidades abertas serão reguladas pelas disposições da presente lei e, no que couber, pela legislação aplicável às entidades de seguro privado*” Aplica-se às entidades abertas com fins lucrativos o disposto no art. 25 da Lei n. 4.595/64, com a nova redação dada pelo art. 1 da Lei n. 5.710/71.

Sérgio Pinto Martins (*Direito da Seguridade Social*, 2000, p. 296) caracteriza a Previdência Privada Complementar, seja ela aberta ou fechada, como “*significativo método de proteção social, com a complementação da previdência oficial*” (grifos nossos). Esse caráter protetivo enalteece o âmbito privado da Previdência, sem sustar sua base econômica não-estatal.

As entidades abertas de Previdência Privada são, normalmente, companhias seguradoras ou sociedades anônimas que oferecem planos de previdência, sob a fiscalização da Susep (Superintendência de Seguros Privados). Os planos de Previdência Privada aberta são muito mais flexíveis do que os planos de Previdência Privada fechada, apesar do caráter contratual de ambos.

As entidades de Previdência fechada (organizadas, grosso modo, na forma de sociedades civis ou de fundações) são conhecidas como “fundos de pensão”, criados entre uma ou mais empresas de um mesmo grupo econômico, onde os beneficiários são seus funcionários. Na Previdência Privada aberta, normalmente, o contratante é chamado de segurado, enquanto na Previdência Privada fechada o contratante é chamado de participante.

No que tange às contribuições do empregador, os benefícios que as condições contratuais previstas no estatuto, regulamentos e planos de benefícios das entidades de Previdência Privada, não integram o contrato de trabalho dos participantes.

A entidade empregadora pode contribuir com até 50% em relação à



contribuição do funcionário, sendo denominada “patrocinadora” Esse limite é, inclusive, ressaltado para as entidades ligadas ao Estado, pelo § 3º, do art. 202, da CF/88, que dispõe:

“É vedado o aporte de recursos a entidades de Previdência Privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.”

De acordo com determinação do art. 43 da Lei n. 6.435/77, a cada balanço, os planos de benefícios deverão ser apreciados por atuário ou instituto habilitado. O Instituto Brasileiro de Atuária (IBA) é o órgão responsável pela apuração da responsabilidade dos profissionais dessa área, em caráter administrativo.

Os percalços enfrentados no quadro da Previdência Privada são semelhantes aos da Previdência estatal, porém não são idênticos. Existe certa independência científica no estudo da matéria, além de uma submissão ao Direito Privado.

## 2. A Previdência Complementar na Itália

Nesse ponto do trabalho, é significativo apresentar um breve apanhado da situação da Previdência Privada no Exterior, para que tenhamos uma visão previdenciária de outros países.

Os fundos de previdência complementar foram instituídos na Itália por uma lei de 1993, que pouco efeito causou, já que somente 5% do total de trabalhadores italianos fazem parte desses fundos. Não-obstante, na Alemanha, esse percentual vai para 46%; na Grã-Bretanha, 48%; e na Irlanda, 40% dos trabalhadores. Outros países têm uma adesão pouco menor, mas ainda assim expressiva, tal como a Bélgica (31%), Portugal e Espanha (ambos com 15%) (Fonte: *Corriere della Sera*, 01.09.00, p. 10).

O lema da reforma da previdência italiana é “*anziani, siate meno egoisti*” (idosos, sejam menos egoístas). A idéia do atual Governo é a passagem imediata do regime de repartição para o regime de capitalização (programa *Forza Italia*). A manutenção do regime de repartição em vigor na Itália acarreta uma marginalização da previdência pública, pois diante do envelhecimento populacional e baixa taxa de fecundidade, os recursos para pagamento de aposentadorias vão escasseando, com uma tendência a garantir exclusivamente um sustento mínimo ao aposentado. O principal argumento governamental paira na assertiva de que sem reforma, a previdência não

tutelará os mais jovens (quando esses se aposentarem), dentro do atual regime de repartição. Contudo, a previdência complementar na Itália ainda está num estágio embrionário (Fonte: *Corriere della Sera*, 01.09.00, p. 10).

É interessante notar que em nenhum país da União Européia, o homem se aposenta com menos de 65 anos, a não ser proporcionalmente (e mesmo assim, França, Grã-Bretanha, e Holanda não permitem a aposentadoria proporcional). Para a mulher, o limite é de 60 anos para a aposentadoria, sendo que na maioria dos países da UE não há diferenças entre limites etários na aposentadoria de homens e mulheres (Fonte: *Banco Mundial*).

A Itália possui a idade média de aposentadoria mais baixa da UE: 61,4 anos. Em outros países europeus essa idade média é mais elevada, como na Espanha (65,3), na Holanda (65), e na Alemanha (62,6). Na Itália existe a pensão por velhice (*pensioni di anzianità*), semelhante ao nosso amparo social-LOAS, que não existe na Alemanha ou na França, por exemplo. E a despesa pública para aposentadorias na Itália absolve 15% do PIB. (Fonte: *Corriere della Sera*, 01.09.00, p.10).

### 3. *Previdência Social chilena*

Pela razão das citações da doutrina especializada sobre a Previdência chilena, é relevante à presente pesquisa um sintético apanhado desse tema.

O atual sistema de Previdência Social chileno entrou em vigor em 1981. Desde então, todos aqueles que ingressaram no mercado de trabalho passaram a contribuir compulsoriamente com 10% de seus salários brutos em fundos de pensão privados de sua eleição.

Em 1 de maio de 1981, entrou em vigor no Chile o Decreto-Lei n. 3.500, que reformou o Sistema de Pensões existente no país, uniformizados os distintos regimes previdenciários (dos trabalhadores do setor público e privado). A legislação chilena passou a estabelecer que os trabalhadores que estavam no antigo sistema poderiam optar por incorporar-se ao novo ou manterem-se no antigo (*incorporación voluntaria*).

Desde 1981, o sistema previdenciário chileno está embasado no regime de capitalização, onde cada segurado possui uma conta individual e pessoal onde deposita suas aplicações previdenciárias obrigatórias com o objetivo de formar um capital, fruto dos aportes financeiros e dos juros gerados. Após o cumprimento dos requisitos exigidos pelo sistema, o capital aplicado é devolvido ao segurado, ou aos seus sobreviventes, na modalidade de benefício previdenciário (*pensión previsional*).

O sistema previdenciário do Chile é administrado por entidades de Previdência Privada. Nesse contexto, o trabalhador possui a liberdade de escolher livremente a entidade à qual se filiar, podendo mudar de uma administradora para outra, quando achar conveniente aos seus interesses (é a chamada portabilidade, que não existe no Brasil, mas já é objeto de proposta de mudança legislativa).

O Estado chileno, perante o atual sistema previdenciário, possui um papel fundamentalmente controlador e a subsidiário, significando a existência de um controle estrito sobre as Administradoras de Fundos de Pensão. A lei chilena permite às administradoras efetuar o chamado resseguro (ou contra-seguro), para que os benefícios sejam honrados. Essas administradoras são fiscalizadas pela *Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones*. Por outro lado, cabe ao Governo assegurar uma rentabilidade mínima das aplicações nos fundos previdenciários dos trabalhadores, além de assegurar aos filiados ao sistema uma aposentadoria mínima, quando os fundos acumulados por cada um não forem suficientes. Isto é, caso não haja uma rentabilidade mínima pré-estabelecida dos recursos previdenciários aplicados, o Estado complementa a diferença.

Não-obstante, mesmo que o trabalhador possua várias atividades, só poderá haver filiação a uma Administradora de Fundos. A filiação ao sistema previdenciário chileno é obrigatória para os trabalhadores que começaram a trabalhar a partir de 1º de janeiro de 1983.

Os trabalhadores que se filiaram ao fundo de Previdência Privada receberam um bônus reajustado correspondente às suas contribuições do antigo sistema, que foi depositado na administradora de suas preferências, resgatável de forma diferida com a saída do mercado de trabalho. O sistema é gerido pelas Administradoras de Fundos de Pensão, conhecida pela sigla AFP.

O atual sistema privado de Previdência Social do Chile começou com a adesão de 25% de força de trabalho chilena. Hoje, 93% do total da massa de trabalhadores contribui em relação a 22 fundos privados que competem entre si. O patrimônio destas instituições chega hoje a US\$ 22,2 bilhões, alcançando 41% do PIB que é de ordem aproximada de US\$ 54 bilhões (Fonte: *Escritório Comercial do Chile no Brasil*).

Caso o trabalhador não se sinta satisfeito, há total liberdade de troca de fundo (portabilidade), possibilitando aos segurados um controle da eficiência do sistema. O Governo chileno garante aposentadoria mínima de US\$ 130, caso tenha havido por parte do trabalhador contribuições para o sistema privado por no mínimo vinte anos.

Sem a contribuição mínima, pode haver complementação pelo Governo (uma forma de assistência social).

Porém, há deméritos quanto a esse sistema chileno. Existe o problema do desconto para depósitos no fundo de pensão, sem o devido recolhimento (apropriação indébita). Entretanto, a maior crítica consiste na vulnerabilidade do sistema privado diante da vinculação mercados de capitais do Chile, cuja estrutura pode ser abalada. Havendo uma crise no mercado financeiro, com a quebra dos fundos de pensão, o Tesouro Nacional chileno terá de arcar com o prejuízo de todos os segurados, por meio de intervenção nos fundos de pensão.

Além disso, critica-se a linha de privatização previdenciária chilena total pelo fato de haver redução do número de pessoas protegidas, causando uma reversão na tendência à universalização da proteção social.

Sobre a adoção de modelos de sistemas e estrangeiros de previdência, Sérgio Pinto Martins (*Direito da Seguridade Social*, 2000, p. 297) adota a seguinte postura: “*não adianta querermos importar para o Brasil sistemas como o chileno ou outros. Se a Previdência Privada chilena fosse boa, os militares não se teriam excluídos de imediato do referido sistema*”

Realmente, existe notória exclusão dos militares das Forças Armadas, e dos *carabineros*, fato que também configura um aspecto negativo chileno, pois fere a isonomia.

Outros fatores que causam insatisfação sobre o sistema previdenciário chileno são: baixa adesão dos trabalhadores autônomos e informais; grande número de pessoas sem condições de se aposentar (similares aos problemas do Brasil); e alto custo de administração dos fundos privados.

Então, o sistema previdenciário chileno possui os seus deméritos, não devendo figurar como paradigma irrefutável para os países da América do Sul. Se vem causando ainda insatisfação, após vinte anos de vigência, a confiabilidade do referido sistema fica deveras comprometida.

#### **4. Os 401(k) americanos**

O Plano Gerador de Benefícios Livres é típico das entidades abertas de Previdência Privada e Seguradoras brasileiras. Esse plano foi inspirado nos chamados 401(k) americanos, que concentram hoje US\$ 1,7 trilhão em investimentos nos EUA. Os planos de Previdência Privada mais populares nos EUA são justamente os 401(k) (número do instituto legal que permite a existência do plano) e o IRA (*Individual*

*Retirement Account*). Os IRA são planos individuais de aposentadoria, enquanto que os 401(k) são planos oferecidos pelas empresas (coletivos). Esses planos têm características semelhantes às do Plano Gerador de Benefícios Livres brasileiro, tais como flexibilidade e ingerência do participante nas aplicações.

Os planos 401(k) surgiram com uma descoberta de R. Theodore Beuna, ex- consultor de planos de aposentadoria. Beuna descobriu, analisando o Ato de Reforma Tributária de 1978 (seção 401, parágrafo k), uma forma de poupança que beneficiasse a todos, dentro de um modelo de plano de aposentadoria.

Nesse tipo de plano, o empregado aplica parte do salário, sendo que a empresa pode ou não contribuir também.

O presidente George Walker Bush tomou posse no dia 20 de janeiro de 2001, prometendo a privatização parcial da previdência social americana. A proposta notória de Bush consiste em disponibilizar 25% da contribuição previdenciária para aplicação na Previdência Privada (contas pessoais de aposentadoria). Essa é uma medida que só será possível diante dos abissais superávits alcançados pelos EUA nos últimos anos. Isso pela razão da diminuição conseqüente de 25% da arrecadação de contribuições previdenciárias, verba que fará falta no momento do pagamento dos benefícios.

Todavia, enquanto no nosso País os fundos de Previdência Privada aberta propiciam ao participante um benefício fiscal que permite o abatimento de até 12% de sua renda bruta tributável no ajuste da declaração anual do imposto de renda; nos EUA, as contribuições para os planos 401(k) e IRA podem ser deduzidas, integralmente, na declaração de IR. Esse exemplo poderia ser adotado pelo Brasil para incentivar o aumento da previdência complementar (e aliviar o encargo estatal da Previdência oficial).

São Paulo, março de 2001.

## 5. Bibliografia

MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito da Seguridade Social*. Editora Atlas, 13ª edição. São Paulo, 2000.

ORTEGA, Leonor, *A Experiência Chilena na Previdência Social*. (Escritório Comercial do Chile no Brasil). Obtido no site [www.ufsc.br/latinidad/artigos/prevchil.html](http://www.ufsc.br/latinidad/artigos/prevchil.html).

## **DIREITO DO ESTADO**





## PREÂMBULOS DAS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

*Dalmo de Abreu Dallari*

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Vice-Presidente da Comissão Internacional de Juristas

### Resumo:

O Estado exerce influência fundamental na vida de todas as pessoas e de todos os grupos humanos. Esse é um fato do nosso tempo, independente da vontade de cada, não havendo uma só pessoa, rica ou pobre, poderosa ou humilde, que possa ficar totalmente livre da influência do Estado. Por esse motivo, o Estado é tema de extraordinária relevância em todos os estudos e pesquisas, de caráter teórico ou visando objetivos práticos, relativos aos comportamentos humanos. Assim, também, para a tomada das decisões de maior importância, de caráter político, econômico ou social, é absolutamente necessário considerar o Estado, como atender às suas determinações ou subtrair-se delas, como usá-lo para auferir benefícios ou para se defender de ameaças ou agressões de muitas espécies. Por todos esses motivos, é constante a preocupação com a evolução do Estado, com o papel que ele poderá representar na história da Humanidade, em futuro próximo ou remoto. Assim sendo, este trabalho é baseado em experiência histórica e considerando as circunstâncias presentes, levando em conta os dados resultantes de estudos e pesquisas em múltiplas áreas científicas que se ocupam dos comportamentos humanos, é um esforço de predição quanto ao futuro do Estado. Não é uma proposta para o futuro nem uma especulação abstrata, mas, diferentemente disso, é uma tentativa de predição do futuro do Estado com bases científicas.

### Abstract:

The State exerts primordial influence in the life of all the people and all the human groups. This is a fact of our time, independent of the will of each one, not having anyone, rich or poor, powerful or humble person, who can be total free of the influence of the State. For this reason, the State is subject of extraordinary relevance in all studies and researches, of character theoretical or aiming practical purpose, concerning to the human behaviors. Thus, also, for the taking of the decisions of bigger importance, of political, economic or social character, it is absolutely necessary to consider the State, as to take care of to its determination or to deduct themselves from them, as to

use it to gain benefits or to defend of threats or aggressions of many species. For all these reasons, the concern with the evolution of the State is constant, with the paper that it will be able to represent in the history of the Humanity, in next or remote future. Thus being, this work is based on historical experience and considering the actual circumstances, leading in account the resultant data of studies and research in multiple scientific areas which occupy of the human behaviors, are an effort of prediction about the future of the State. It is not a proposal for the future nor an abstract speculation, but, differently of this, it is an attempt of prediction of the future of the State with scientific bases

**Unitermos:** Preâmbulo; Constituição; História Constitucional Brasileira; Brasil: constituições; Eficácia das normas constitucionais

### I . *Preâmbulos* reveladores

A simples leitura dos *Preâmbulos* das constituições que o Brasil já teve é suficiente para revelar, em suas linhas fundamentais, a história constitucional brasileira. Essa revelação já resulta clara pelo fato de que no início de cada *Preâmbulo* se encontra a identificação da instituição, do órgão ou do personagem que fez a Constituição, por onde já se tem a idéia das circunstâncias políticas em que cada uma das constituições brasileiras foi gerada.

Pelo exame dos *Preâmbulos* verifica-se que das oito constituições que o Brasil já teve apenas quatro foram elaboradas por uma Assembléia Constituinte. É também expressivo e revelador, demonstrando certa coerência e contribuindo para a percepção das circunstâncias políticas, a peculiaridade de que só os *Preâmbulos* daquelas constituições feitas por método democrático fazem referências à democracia e à liberdade como objetivos a serem atingidos com apoio na Constituição.

Quem tiver como referência apenas o texto dos *Preâmbulos* poderá chegar a conclusões equivocadas. Com efeito, aquele dado - a referência expressa à democracia e à liberdade - poderia ser tomado como indicador da autoridade e da relevância que as lideranças políticas predominantes no momento da edição pretendiam dar a cada uma das constituições ou que estas adquiriram em seguida. Entretanto, o exame da evolução dos acontecimentos não permite que se generalize essa ligação, considerando-a válida para todos os casos. Na realidade, como será esclarecido com mais pormenores quando for feita a análise do conteúdo dos *Preâmbulos*, ressaltando alguns pontos básicos das

circunstâncias políticas em que surgiu cada Constituição e das que se seguiram a elas, houve constituições que foram igualmente decretadas por lideranças democráticas ou antidemocráticas e que, no entanto, influíram de modo diferente quanto ao reconhecimento e respeito dos direitos fundamentais ou a alguns deles.

Assim, também, a origem democrática ou autoritária revelada pelo *Preâmbulo* não tem ligação com a duração das constituições. Basta assinalar que a Constituição de 1824, imposta por um decreto imperial, durou 65 anos, em contraste com a de 1934, elaborada por uma Assembléia Constituinte eleita pelo povo, que durou apenas três anos. A de 1891, também produzida por uma Assembléia eleita pelo povo, foi mantida por 39 anos, ao passo que a de 1967, feita por método antidemocrático, teve duração de apenas dois anos.

Como última observação preliminar, é interessante assinalar que no Brasil somente agora, depois da elaboração da Constituição de 1988, é que se começou a dar importância ao *Preâmbulo* da Constituição, reconhecendo seu caráter de preceito jurídico e, portanto, a exigência jurídica de respeitá-lo e de tê-lo em conta na interpretação dos artigos da Constituição e no controle da constitucionalidade das leis e dos atos jurídicos. Na realidade, os *Preâmbulos* sempre foram vistos como simples fórmula retórica, desligada do corpo da Constituição e sem qualquer eficácia jurídica. Nas ocasiões de decretação autoritária de uma nova Constituição o *Preâmbulo* foi utilizado como uma espécie de manifesto político, por meio do qual se procurou justificar a imposição de uma nova Carta Constitucional, tomando como pretexto o interesse do povo.

A exceção a essa prática ocorreu com a Constituição de 1967, o que se explica pelo fato de que ela foi, na realidade, uma imposição autoritária mas com a pretensão de simular uma decisão democrática, tendo contado com a participação, embora muito restrita, de quase todo o Parlamento nacional. Por esse motivo, ninguém quis assumir a responsabilidade de explicar no *Preâmbulo* a razão pela qual a Constituição democrática vigente até então, a de 1946, que poderia ser aperfeiçoada, através de emendas constitucionais, estava sendo substituída por outra.

Um sinal muito expressivo da pouca autoridade atribuída aos *Preâmbulos* e de sua irrelevância na prática jurídica brasileira é o fato de que as inúmeras obras publicadas por constitucionalistas, comentando as constituições brasileiras, nunca incluíram comentários ou análises dos *Preâmbulos*. O mesmo se verifica nas obras doutrinárias de Direito Constitucional brasileiro, que sistematicamente ignoraram os *Preâmbulos*. Isso demonstra que mesmo para os constitucionalistas o *Preâmbulo* não

era considerado parte da Constituição ou pelo menos uma diretriz para a interpretação e aplicação dos artigos da Constituição.

Essa concepção começou a mudar a partir da vigência da Constituição de 1988, como expressão de um novo constitucionalismo, que já chegou também ao País, devendo ser reconhecida, para essa mudança, a grande influência exercida, sobretudo, pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho. Outros juristas eminentes também contribuíram para essa atualização do pensamento constitucional brasileiro, mas a obra de Canotilho foi, sem dúvida, a de maior influência, provavelmente pela grande repercussão que teve no Brasil a nova Constituição de Portugal, de 1976, como também pelo fato de ter sido publicada em língua portuguesa.

## II. Os *Preâmbulos* das constituições passadas

### 1. *Constituição de 1824*

A primeira Constituição brasileira é do ano de 1824. Proclamada solenemente a independência do Brasil, em 7 de setembro de 1822, rompendo os laços coloniais com Portugal, assumiu o Governo brasileiro o então príncipe regente Dom Pedro, filho do rei português Dom João VI. Influenciado por líderes políticos brasileiros, como também pelo fato de que em Portugal havia ocorrido uma revolução liberal, tendo como resultado a conversão da Monarquia Absoluta portuguesa em Monarquia Constitucional, Dom Pedro definiu o Brasil como Império, fez-se coroar com o título de Dom Pedro I, imperador do Brasil, e pouco depois convocou uma Assembléia Constituinte.

Eleita a Constituinte em 1823, logo se verificou que ela adotava rumos bem diferentes daqueles desejados pelo imperador, que tinha nascido e sido educado numa Corte absolutista. Não tolerando as divergências, sobretudo quanto à extensão dos seus poderes, e considerando-se desrespeitado, o imperador dissolveu a Constituinte, mas preocupado em manter o compromisso de dar uma Constituição ao Brasil mandou que um grupo de políticos eminentes, de sua inteira confiança e mais afinados com seu pensamento, elaborasse um projeto.

Para atenuar o caráter de imposição antiliberal, o imperador pediu e obteve a aprovação de algumas Câmaras Municipais e depois disso, em 25 de março de 1824, publicou um decreto pondo em vigor o projeto elaborado a seu pedido. Nesse

projeto estavam presentes alguns preceitos liberais, inclusive uma declaração de direitos e a separação de poderes, ao mesmo tempo em que eram assegurados amplos poderes ao imperador, que em relação a determinadas matérias teria poder absoluto. Assim nasceu a primeira Constituição brasileira, com o seguinte:

### Preâmbulo

*Dom Pedro I, Por Graça de Deus, e Unânime Aclamação dos Povos, imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil: Fazemos saber a todos os Nossos Súditos, que tendo-Nos requerido os Povos deste Império, juntos em Câmaras, que Nós quanto antes jurássemos e fizéssemos jurar o Projeto de constituição, que havíamos oferecido às suas observações para serem depois presentes à Nova Assembléia Constituinte; mostrando o grande desejo, que tinham, de que ele se observasse já como constituição do Império, por lhes merecer a mais plena aprovação, e dele esperarem a sua individual, e geral felicidade Política: Nós Juramos o sobredito Projeto para o observarmos e fazermos observar, como constituição, que d'ora em diante fica sendo deste Império; a qual é do teor seguinte: Em Nome da Santíssima Trindade.*

Como se verifica, Dom Pedro I assume a autoria do projeto, mas o *Preâmbulo* contém uma ambigüidade, quando afirma que os povos do Império “*juntos em Câmaras*” pediram que o imperador jurasse o projeto que ele havia oferecido para receber observações, para serem depois apresentadas à nova Assembléia Constituinte. Diz também o *Preâmbulo* que as Câmaras aprovaram integralmente o projeto e pediram que ele fosse imediatamente convertido em constituição do Império, para “*geral felicidade Política*”. As Câmaras aí referidas de modo muito vago foram apenas algumas Câmaras Municipais, que, sem outra perspectiva, decidiram manifestar sua concordância com os termos do projeto, sugerindo que ele fosse logo publicado e posto em vigor como Constituição.

Na realidade, não havia outra possibilidade para a limitação do poder absoluto do imperador e a conversão do Brasil em Monarquia Constitucional, o que, naquela circunstância, era uma aspiração política generalizada entre as lideranças políticas brasileiras. A referência a uma “Nova Assembléia Constituinte”, à qual teria a intenção de submeter o novo projeto, era apenas um artifício para sugerir o espírito democrático do imperador, pois tendo em conta o péssimo desfecho da primeira Assembléia ninguém poderia acreditar que o imperador corresse o risco de convocar uma nova.

Finalmente, é importante notar que no final do *Preâmbulo* se diz que a constituição será “do teor seguinte”, ou seja, terá a redação que vem depois, o que deixa evidente que o *Preâmbulo* não faz parte da Constituição, não podendo, assim, ser invocado como norma constitucional, vinculante e dotada de eficácia jurídica. Esse procedimento seria adotado em todas as constituições brasileiras que vieram depois. Note-se, afinal, que o imperador decreta a Constituição “em nome da Santíssima Trindade”. Aí também se contém uma ambigüidade, pois tal afirmação não foi o sinal de uma intensa religiosidade do imperador, que, na realidade, nunca demonstrou grande fervor religioso. Pode-se interpretar essa invocação à Santíssima Trindade como artifício político, pois agradaria à Igreja católica, que exercia forte influência no panorama político brasileiro, mas, ao mesmo tempo, aquela referência lembraria que ao decretar a Constituição o imperador estaria exercendo um “direito divino” o que estaria de acordo com sua formação absolutista e seria um forte apelo à obediência incondicional pelo povo, afirmando o “caráter sagrado” da Constituição.

Apesar dessa retórica, o imperador encontrou grande resistência entre as lideranças políticas brasileiras, devendo-se observar que a imensidão do território brasileiro; cuja ocupação se fez a partir de pontos isolados, favorecendo uma grande diversidade econômica e social, sem a possibilidade da presença efetiva do Governo central, resultou na formação de muitos núcleos políticos regionais, com interesse próprio. Tais circunstâncias dificultaram muito a afirmação da autoridade nacional de Dom Pedro I, que em 1831 foi obrigado a abdicar, deixando em seu lugar seu filho com apenas oito anos de idade, que alguns anos depois assumiu o Governo do Império com o título de Dom Pedro II. Apesar dessas graves perturbações, a Constituição foi mantida e em grande parte foi efetivamente aplicada, tendo sofrido algumas emendas significativas, visando fortalecer as lideranças políticas regionais e estabelecer o equilíbrio entre os poderes do imperador e os do Parlamento. Não obstante as limitações, pode-se dizer que houve coerência entre o *Preâmbulo*, a Constituição e as circunstâncias políticas.

## 2. A Constituição de 1891

No dia 15 de novembro de 1889, em consequência de um conjunto de circunstâncias políticas, econômicas e sociais e por decisão de uma coligação de forças extremamente heterogêneas, foi proclamada a República no Brasil. Nesse mesmo dia assumiu o poder um Governo Provisório, que publicou uma proclamação anunciando a eleição de uma Assembléia Nacional Constituinte, que deveria elaborar uma

Constituição “*republicana e federativa*”, refletindo as idéias de um movimento político de expressão nacional.

Embora com sérias limitações, a Assembléia Constituinte foi eleita pelo povo. Não foi dado o direito de voto às mulheres nem aos analfabetos, cujo número era muito elevado na população brasileira, utilizando-se o sistema de voto aberto, não-secreto, o que facilitou a intimidação dos eleitores mais pobres e criou constrangimento para os que, do ponto de vista econômico ou ainda para terem acesso a posições sociais mais elevadas, dependiam de lideranças políticas. Apesar dessas e de outras limitações, os constituintes foram eleitos e houve liberdade para que as convicções políticas fossem manifestadas, devendo-se ressaltar que as divergências de caráter político eram, basicamente, a expressão de conflitos de interesses. De um lado estavam os conservadores, na grande maioria ligados à propriedade da terra e a privilégios que vinham dos tempos coloniais ou tinham sido adquiridos durante o período monárquico. De outro lado estavam os que se qualificavam como liberais, influenciados pelos autores que haviam inspirado as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, bem como pela experiência política dos EUA.

Desde o ano de 1870 vinha sendo desenvolvida uma campanha a favor da República, tendo sido criados núcleos republicanos em várias Províncias brasileiras, nunca se tendo chegado a uma integração nacional desses núcleos. Essa impossibilidade de unificação era o reflexo de interesses regionais, diferenciados e muitas vezes conflitantes, o que ficou muito evidente pelas divergências, muito agudas e expressamente manifestadas, quanto à adoção do Federalismo. Em várias Províncias foram publicados Manifestos Republicanos, mas enquanto as Províncias do Sul propunham a organização federativa, de modelo norte-americano, como a solução natural e conveniente para a integração brasileira, nas regiões Norte e Nordeste, mais atrasadas e com organização social semifeudal e também mais dependentes do Governo central, a proposta federalista era repudiada com grande veemência. Os republicanos dessas regiões consideravam o Federalismo um risco para a unidade brasileira e uma forma de outorgar plena liberdade às Províncias mais ricas e desenvolvidas, comprometendo a solidariedade nacional.

Nesse ambiente de divergências foi eleita e instalada a Assembléia Nacional Constituinte, que debateu amplamente as principais propostas para a Constituição e, no ano de 1891, concluiu sua tarefa. Nasceu, assim, a primeira Constituição republicana brasileira, que foi promulgada e publicada com o seguinte:

## Preâmbulo

Nós, os Representantes do Povo Brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

O primeiro ponto a ressaltar nesse *Preâmbulo* é a afirmação da legitimidade dos constituintes, por terem sido eleitos pelo povo brasileiro. Aí está implícito o reconhecimento da soberania popular, pois foi em nome do povo e como seus representantes que os constituintes elaboraram a Constituição. Coerente com os ideais republicanos, o Congresso Constituinte “*estabeleceu, decretou e promulgou*” a Constituição, exercendo um direito cujo titular é o povo, do qual os membros do Congresso eram representantes. Ao mesmo tempo em que há esse reconhecimento de que os constituintes eram apenas representantes e não elaboraram a Constituição em seu próprio nome ou no exercício de um direito individual de cada um, há também, nesse *Preâmbulo*, a lembrança de que a Constituição era expressão da vontade do povo e daí vinha sua autoridade. O principal interessado na obediência à Constituição era o povo, cuja vontade ela expressava.

Outro ponto fundamental desse breve *Preâmbulo* é a afirmação de que os representantes tinham sido eleitos “*para organizar um regime livre e democrático*” Nessa afirmação está a rejeição à monarquia, ao absolutismo e a todas as formas de tirania, mas também a afirmação da opção por um tipo de sociedade na qual os indivíduos deveriam ter plena liberdade individual, ao lado da liberdade econômica, sem riscos e limitações para a propriedade privada e para o uso dos bens. Isso tudo fazia parte do ideário liberal e republicano. É importante lembrar, também, que o Brasil tinha mantido legalmente a escravatura até 13 de maio de 1888, o que tinha contribuído para que os ex-proprietários de escravos, apesar de serem conservadores, se aliassem aos republicanos, especialmente porque não tinham sido indenizados pela perda dos escravos.

A par disso, deve-se observar que, embora com divulgação apenas entre alguns intelectuais e sem grande aceitação, já tinham chegado ao Brasil as idéias socialistas e anarquistas. Essas idéias não chegaram a ser debatidas na Constituinte, mas provavelmente sua lembrança também exerceu alguma influência para que alguns constituintes quisessem fazer a afirmação expressa da liberdade como fundamento da sociedade. Lembre-se, a propósito, que era recente a publicação da encíclica “*Rerum novarum*” do papa Leão XIII, o que havia despertado em amplos setores da Igreja católica, muito influente no Brasil, o temor de que a “*questão social*” pudesse despertar idéias revolucionárias inconvenientes para a liberdade econômica e religiosa.



Outro ponto muito significativo desse *Preâmbulo* é a referência à Constituição da “República dos Estados Unidos do Brasil”, por onde fica patente a grande influência exercida pelos EUA. Essa influência foi expressamente mencionada por vários constituintes em muitas oportunidades. Foi especialmente importante, a esse respeito, o desempenho do constituinte Ruy Barbosa, advogado de grande prestígio que havia participado ativamente da campanha abolicionista e que era profundo conhecedor da história política e da Constituição dos EUA. Em sua opinião, a riqueza e o poderio dos EUA, visíveis apesar de seu pouco envolvimento no plano internacional, deviam-se, em grande parte, à sua Constituição, republicana, com separação dos Poderes, e federativa.

Quanto à opção republicana havia amplo consenso, o que se confirma pelo fato de que não chegou a ocorrer luta no Brasil para a implantação da República, não tendo havido também qualquer movimento significativo, buscando restaurar a monarquia. No tocante à opção federativa, houve alguns debates mas os federalistas tinham grande maioria na Constituinte. Ao lado disso, existe o fato de que o manifesto publicado por expressivas lideranças civis e militares, em 15 de novembro de 1889, proclamando a República no Brasil, já dizia que a futura Constituição seria “republicana e federativa”. condicionando, desse modo, a ação dos constituintes.

O que se decidiu, então, foi transformar as antigas Províncias brasileiras em Estados autônomos e dizer que estes se uniam para formar o Estado brasileiro. Era uma ficção, porque o Brasil já existia como Estado, mas foi uma forma de tornar mais evidente a utilização do modelo norte-americano. Na opinião de muitos constituintes a fórmula “Estados Unidos do Brasil” era a que mais convinha para a organização política de uma sociedade livre e democrática. Desse modo, embora muito sintético o *Preâmbulo* expressou as idéias políticas básicas predominantes na Constituinte, devendo-se admitir que aquelas eram as idéias predominantes entre os brasileiros que tiveram o direito de votar para eleger os constituintes.

### 3. A Constituição de 1934

A Constituição de 1891 durou até 1930, quando um golpe de Estado pôs fim à Primeira República brasileira. Nos primeiros anos de vigência essa constituição só foi aplicada em parte, pois embora a Constituição estabelecesse que o presidente da República seria eleito pelo povo, os constituintes decidiram, no final dos trabalhos, que o primeiro presidente seria eleito pela Constituinte e no final de seus trabalhos escolheu o general Deodoro da Fonseca, que havia sido signatário da Proclamação da República, para presidente.

Por motivo de fortes divergências políticas, manifestadas em vários pontos do país, o presidente da República, inexperiente e sem força para embates políticos, renunciou ao mandato antes de ter chegado à metade do período presidencial e quem assumiu a Presidência foi o vice-presidente, Floriano Peixoto, também militar, mas com bastante energia e com vocação para o exercício do poder. Foi contestada a constitucionalidade de sua permanência no cargo, uma vez que, naquela circunstância, era prevista na Constituição a realização de novas eleições e o vice-presidente só deveria ficar no cargo até a escolha, pelo povo, do novo presidente. Mas Floriano Peixoto permaneceu na chefia do Governo, caracterizando-se formalmente, quanto ao Poder Executivo, uma ditadura. Isso restringiu bastante a aplicação da Constituição, mas não impediu que o Legislativo continuasse funcionando e fizesse várias leis necessárias à instalação do regime republicano.

No final do mandato de Floriano Peixoto realizaram-se eleições, encerrando-se o que foi chamado de “período militar” da Primeira República. Esta foi bastante conturbada, pois nos primeiros anos do século XX teve início a criação de um parque industrial no Brasil, especialmente no Estado de São Paulo. Já no final do século XIX haviam chegado ao Brasil muitas famílias de imigrantes europeus, contratados para substituir os trabalhadores escravos na agricultura. Com essas famílias chegaram novas idéias e novos costumes, sendo especialmente importante assinalar que muitos desses imigrantes, sobretudo italianos e espanhóis, passaram a viver nas cidades e a trabalhar na indústria. Com eles chegou a noção de direito dos trabalhadores.

A Primeira República brasileira foi marcada por muitos conflitos, tendo havido várias intervenções federais em alguns Estados-membros, chegando-se a afirmar no Parlamento nacional que alguns Estados estavam confundindo autonomia com soberania. Cada Estado adotou sua própria Constituição e várias constituições estaduais continham dispositivos que eram contrários à Constituição federal. Havia a novidade da organização federativa, gerando problemas, ou pela inexperiência ou porque as antigas lideranças provinciais, convertidas após 1891 em lideranças estaduais, queriam mais liberdade de ação e não aceitavam restrições e sacrifícios impostos pelo Governo central para proteger os Estados menos desenvolvidos.

A primeira experiência brasileira de federalismo, que durou de 1891 a 1930 revelou aspectos positivos e negativos. Os Estados das regiões Sul e Centro-Sul aproveitaram a autonomia para acelerar seu desenvolvimento econômico e social. A influência dos imigrantes foi significativa nessas regiões, em vários sentidos. Assim, por exemplo, foi inevitável o estabelecimento de novas condições nas relações de

trabalho e apesar da repressão policial surgiram os sindicatos e se desenvolveu a noção de direitos dos trabalhadores.

A par disso, em poucas décadas os descendentes dos imigrantes começaram a ter acesso a cargos públicos e conseguiram uma ascensão social que lhes permitiu ocupar posições que anteriormente eram reservadas às elites tradicionais. Desse modo, nos Estados mais desenvolvidos foi inevitável certa modernização, favorecendo a mobilidade social, enquanto nos outros Estados a autonomia favoreceu a manutenção de grupos oligárquicos privilegiados, com absoluto domínio da vida política. Nessa perspectiva pode-se dizer que o federalismo contribuiu para a preservação dos desníveis regionais e para a ampliação dos desníveis sociais.

Nos centros em que era maior a concentração de trabalhadores urbanos, como Rio de Janeiro e São Paulo, surgiram no início do século XX várias organizações de trabalhadores e com elas as primeiras greves, violentamente reprimidas pelas forças policiais, tornando-se palavra de ordem dos governos a expressão “*a questão social é questão de Polícia*”. Assim, a liberdade e a democracia, previstas no *Preâmbulo* da Constituição, sofreram sérias restrições, especialmente quanto às camadas mais modestas da população e para aqueles que falavam e pretendiam agir em favor da liberdade e da democracia.

A manutenção do sistema de voto aberto, com a manutenção da marginalização das mulheres e dos analfabetos, além de outros vícios eleitorais, tudo isso tornou bem precária a democracia. No final da década de 20 os graves problemas sociais e políticos levaram à aglutinação de forças políticas heterogêneas, incluindo aspirações à moralidade pública, à autenticidade eleitoral e à Justiça social. E assim, em 1930, um golpe de Estado encerrou essa fase republicana e constitucional.

Instalado um Governo provisório, chefiado por Getúlio Vargas, teve início um período de Governo ditatorial, que logo começou a ser contestado por muitas das forças políticas que haviam colaborado para sua implantação. A contestação à ditadura foi mais forte no Estado de São Paulo, onde já havia um significativo desenvolvimento industrial e uma liderança política muito ativa. Começou-se a exigir a realização de eleições e a convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte, tendo havido, inclusive, um movimento armado que foi denominado “Revolução Constitucionalista”, através do qual o Estado de São Paulo, com um exército de voluntários e o apoio de sua Força Policial estadual, enfrentou o Governo federal. Esse movimento acabou sendo dominado pelas forças federais, mas o resultado desejado foi conseguido e no ano de 1933 foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte e seus membros foram eleitos pelo povo.

A Constituinte, de 1934, apresentou várias inovações de grande importância, a começar pelo novo sistema eleitoral implantado pelo Governo provisório e que já foi utilizado para a eleição dos constituintes. As mulheres receberam o direito de votar e de serem eleitas e o voto passou a ser secreto, o que deu enorme independência ao eleitorado. Pela primeira vez o Brasil teve uma Assembléia Constituinte, na qual estava presente a mulher, ao lado de representantes dos operários, declaradamente a favor do socialismo. Ao mesmo tempo, refletindo as propostas políticas em voga na Europa, havia corporativistas, influenciados sobretudo pelos acontecimentos da Itália, e adeptos de um nacionalismo elitista que fazia lembrar o nazismo. Mas estavam presentes também os representantes das elites tradicionais, apoiadas no latifúndio e na atividade rural, bem como representantes do capitalismo industrial e financeiro.

Essa Assembléia Nacional Constituinte aprovou, em 1934, a nova Constituição do Brasil, que foi apresentada com o seguinte:

#### Preâmbulo

Nós, os representantes do Povo Brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a Justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.

Esse *Preâmbulo*, embora sintético, é revelador da heterogeneidade de forças políticas presentes na Assembléia e mostra que houve um esforço para conciliar idéias, crenças, interesses e objetivos bastante diferenciados. O ponto comum, em relação ao qual todos estavam de acordo e que se considerou importante ressaltar desde logo, foi a afirmação da legitimidade da Assembléia Nacional Constituinte, que reunia representantes do povo brasileiro. Isso deveria assegurar a autoridade da Constituição e sua supremacia, o que naquele momento era importante deixar expresso, porque a Assembléia Constituinte tinha sido, pode-se dizer, imposta ao governo provisório chefiado pelo presidente Getúlio Vargas, que se considerava intérprete legítimo dos interesses nacionais porque tinha chegado ao Governo com o apoio de um leque de opiniões muito amplo e diversificado.

A expressão “*confiança em Deus*” que se encontra no *Preâmbulo* foi inserida, muito provavelmente, por influência dos constituintes católicos tradicionalistas, mas também daqueles que já estavam temerosos do crescimento do comunismo, do

avanço “da Rússia” como diziam no Brasil os padres católicos e também a Imprensa conservadora, que expressava o pensamento e o temor dos grandes proprietários. É oportuno lembrar que naquele momento já existia no Brasil um Partido Comunista, que estava crescendo e começava a entrar em conflito com os militantes da Ação Integralista, versão abasileirada do nazismo.

Conforme consta do *Preâmbulo*, os constituintes tinham recebido do povo brasileiro a incumbência de organizar um regime democrático, o que deixava clara a rejeição da ditadura. Entretanto, refletindo e procurando conciliar as diferentes correntes de pensamento político e os diferentes interesses representados na Constituinte, o *Preâmbulo* faz uma enumeração de objetivos específicos, compreendidos na idéia de regime democrático. A referência expressa à “unidade” é um reflexo das lutas políticas que tinham descambado para a luta armada. As lideranças do Estado de São Paulo tinham sido acusadas de “separatistas”, havendo quem afirmasse que a exigência da convocação de uma Assembléia Constituinte tinha sido apenas um pretexto, pois o objetivo era separar o Estado de São Paulo do resto do Brasil. Em tais circunstâncias, a afirmação da unidade como objetivo nacional era importante.

A liberdade continuava sendo o primeiro dos direitos para a burguesia liberal, mas todos estavam de acordo quanto à sua necessidade. As referências à Justiça e ao bem-estar social e econômico são, de um lado, o reflexo de novas influências que haviam despertado novas aspirações e, de outro lado, tinham a intenção de demonstrar que não era necessário fazer uma revolução comunista para que houvesse Justiça e bem-estar social e econômico. Pretendia-se mostrar ao povo que todos, inclusive as elites tradicionais, estavam de acordo quanto a esses objetivos e que se dispunham a trabalhar para sua realização, tanto assim que eles estavam expressos no *Preâmbulo* da Constituição. Essa referência abstrata a tais objetivos, feita no *Preâmbulo*, não gerava direitos nem obrigações e poderia ter efeito político, acalmando os insatisfeitos.

Finalmente, a reiteração da expressão “Estados Unidos do Brasil” repetindo o que tinha sido feito, em 1891, era uma reafirmação da opção pela organização federativa e, ao mesmo tempo, uma confirmação da união de todos os Estados brasileiros sob a mesma Constituição.

#### 4. A Constituição de 1937

Os fatos políticos ocorridos no Brasil depois de 1934 mostram que a Assembléia Nacional Constituinte pode ter sido, efetivamente, muito mais a exigência de algumas lideranças políticas poderosas do que do povo brasileiro. Na realidade, o

povo, em sua grande maioria, tinha mais razões para estar satisfeito com o Governo provisório do que para lamentar a queda do anterior Governo constitucional. O que todos sabiam é que havia corrupção administrativa, favorecimento de amigos e correligionários, falsidade eleitoral, além de muitos privilégios estabelecidos por lei em benefício das elites sociais e econômicas, que representavam não mais do que dez por cento da população. As relações de trabalho eram injustas e não havia proteção para os direitos dos trabalhadores. Além disso, as mulheres não tinham o gozo de direitos políticos e estavam impedidas de ter acesso aos cargos públicos de maior importância. Tudo isso começava a ser mudado e o Governo encontrava facilidade para introduzir as inovações, porque o Parlamento tinha sido dissolvido e não havia oposição ativa, a não ser por meio de alguns jornais que atingiam pequeníssima parte do povo.

Um fato político de grande importância, com graves conseqüências no futuro imediato, foi a decisão da Assembléia Constituinte de eleger o primeiro presidente da República a ser escolhido depois de promulgada a Constituição, repetindo o que tinha feito a Constituinte de 1891. O presidente eleito pelos constituintes foi justamente o chefe do Governo provisório, Getúlio Vargas, o que demonstra que ele gozava de prestígio popular e estava sendo considerado um bom governante. É evidente que essa decisão dos constituintes foi produto, também, da habilidade política de Getúlio Vargas, que seria várias vezes comprovada até sua trágica morte, por suicídio, em 1955, quando ele ocupava outra vez a Presidência da República, eleito pelo povo.

Após a promulgação da Constituição de 1934, o Parlamento e os partidos políticos voltaram a funcionar normalmente. Na seqüência do ambiente de euforia política provocado pela Constituinte, duas organizações políticas radicais passaram a agir intensamente: o Partido Comunista e a Ação Integralista. Houve conflitos violentos nas ruas e foi sendo criado um clima de temor e insegurança. No ano de 1935, o Governo federal anunciou ter descoberto e desmantelado um plano dos comunistas para o assassinato simultâneo de chefes militares, em vários pontos do País, e para a imediata tomada do poder pelas armas. Houve muitas prisões e o presidente da República obteve a concordância do Congresso Nacional para assumir poderes excepcionais e suspender garantias constitucionais. No ano de 1937, valendo-se da situação de instabilidade e supervalorizando o “perigo comunista” que aterrorizava as elites sociais, os grandes proprietários e a Igreja católica, Getúlio Vargas conseguiu o apoio de praticamente todos os governadores dos Estados para implantar um sistema ditatorial, que denominou “Estado Novo”

Para formalizar a implantação do novo sistema, o presidente Getúlio Vargas publicou um decreto, revogando a Constituição de 1934 e publicando uma nova, preparada em segredo por juristas de sua confiança, contendo o seguinte:

#### Preâmbulo

O presidente da República dos Estados Unidos do Brasil: atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

Atendendo ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente;

Atendendo a que, sob as instituições anteriores, não dispunha o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Com o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País: Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

Antes de tudo, o texto publicado pelo decreto de Getúlio Vargas não era, evidentemente, uma autêntica e legítima constituição, não sendo mais do que uma imposição ditatorial. A última frase do *Preâmbulo* deixa evidente esse caráter, quando determina o cumprimento imediato das regras contidas naquele texto, que só representava a vontade do ditador. Além disso, num dos últimos artigos dessa falsa constituição estava disposto que ela seria submetida ao povo, para que fosse referendada, o que, na realidade, jamais ocorreu, embora Getúlio Vargas tenha permanecido no Governo até 1945, quando foi destituído por um movimento político-militar.

Esse *Preâmbulo*, em síntese, é apenas um manifesto político, por meio do qual o ditador procura convencer o povo, sobretudo as camadas superiores que tinham interesse na conservação de seus privilégios e temiam a perda de seu patrimônio, de que as violências políticas tinham criado o risco de uma guerra civil. Denunciando a infiltração comunista crescente, chama a atenção para o “perigo comunista” - o mesmo argumento que seria utilizado em 1964 para a implantação de outra ditadura - e conclui que se tornava indispensável o estabelecimento de novas instituições, porque as que existiam não davam ao Estado os meios necessários para garantir a paz e o bem-estar do povo.

Note-se que o *Preâmbulo* não faz referência aos partidos políticos, dando como justificativa para o decreto ditatorial as “*inspirações da opinião nacional*” expressão vaga que procura ocultar o fato de que não houve consulta a qualquer órgão representativo ou entidade que expressasse a vontade e os interesses da população. Houve, sim, o apoio das forças armadas, expressamente mencionado no *Preâmbulo*, mas isso, evidentemente, não pode ser confundido com a manifestação da concordância do povo nem legitima um golpe de Estado. Apesar dos artifícios retóricos, o *Preâmbulo* deixa claro que estava sendo implantada uma ditadura e que esta procurava disfarçar sua verdadeira natureza escondendo-se atrás de um texto que foi chamado impropriamente de Constituição.

## 5. A Constituição de 1946

A ditadura de Getúlio Vargas foi a confirmação de que “*todas as ditaduras se parecem*”. Recebida sem entusiasmo e também sem qualquer manifestação vigorosa de oposição, teve um início tranquilo, entre outras razões pelo fato de que o Congresso Nacional tinha sido fechado no mesmo dia da publicação do decreto implantando a ditadura, os partidos políticos deixaram de existir, foram proibidas as manifestações públicas de caráter político e o Poder Judiciário estava impedido de assegurar os direitos fundamentais.

Durante esse período ditatorial foi modernizada a Administração Pública, introduziu-se o planejamento no setor público, procurou-se racionalizar o sistema tributário e o Estado começou a ter presença mais forte na sociedade brasileira, inclusive dando apoio às atividades econômicas básicas. A par disso, desenvolveu-se uma organização sindical, protegida pelo Estado. Entretanto, como sempre acontece nas ditaduras, todas as formas de oposição foram proibidas, criando-se um aparato de vigilância e segurança, que agia arbitrariamente, sem regras nem limitações legais. Foi criada uma Polícia Especial para dissolver manifestações públicas de caráter



oposicionista, praticando-se violências, prisões ilegais e tortura, instalando-se um tribunal especial para os casos de segurança nacional. Os governos dos Estados foram entregues a Interventores, que eram meros agentes do Governo central, sem autonomia. Na Administração Pública instalou-se uma casta privilegiada, comandada por amigos e fiéis seguidores do ditador. O sistema sindical descambou para um sindicalismo controlado pelo Ministério do Trabalho.

Adotando uma atitude populista, Getúlio Vargas procurava aparecer perante a opinião pública como “pai dos pobres”, preocupado com o bem-estar dos trabalhadores e a assistência às camadas mais pobres da população. Desenvolveu-se o culto da personalidade e em todas as repartições públicas era obrigatória a colocação de uma fotografia do ditador em lugar de destaque. Nas escolas os estudantes eram treinados para elogiar “o presidente Getúlio Vargas” como o grande benfeitor da Pátria. Coroando tudo isso, foi estabelecido um rígido sistema de censura da Imprensa, comandado pelo Departamento de Imprensa e Propaganda.

Após a eclosão da segunda guerra mundial, Getúlio Vargas tomou atitude ambígua, deixando intervir que tinha mais simpatia pelo nazifascismo. Entretanto, o afundamento de alguns navios mercantes brasileiros, atribuído a submarinos alemães que visavam impedir que o Brasil suprisse os Aliados anti-nazistas e anti-fascistas de bens essenciais e matéria-prima de caráter estratégico, tornou inevitável a entrada do Brasil na guerra, ao lado dos Aliados. Nesse ambiente, favorecido pelas circunstâncias, Getúlio Vargas construiu uma grande usina siderúrgica, que foi de grande importância para o desenvolvimento do parque industrial brasileiro, e iniciou a exploração do petróleo, o que também favoreceu muito a economia brasileira.

Terminada a guerra, os militares brasileiros que tinham convivido com os militares dos países que defendiam a democracia juntaram-se à oposição democrática, que, embora impedida de se organizar e de manifestar se publicamente, já era muito forte no Brasil. Assim, em 1945, Getúlio Vargas foi tirado do Governo, sem que houvesse luta, iniciando-se a redemocratização do país. Um Governo provisório convocou uma Assembléia Nacional Constituinte, partidos Políticos foram rapidamente organizados sem qualquer restrição ideológica, num espectro que incluía partidos ultraconservadores, outros moderados e também adeptos da esquerda mais extremada, como o Partido Comunista. Adotou-se um sistema eleitoral democrático, com voto secreto e ampla extensão dos direitos políticos, ficando excluídos, entretanto, os analfabetos.

Instalada a Assembléia Constituinte, seus trabalhos foram desenvolvidos num ambiente de entusiasmo pelo restabelecimento da liberdade e pela possibilidade

de implantação de uma ordem jurídica democrática. Desse modo, no ano de 1946, após alguns meses de intensa atividade, foi aprovada a nova Constituição, com o seguinte:

### *Preâmbulo*

Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos sob a proteção de Deus, em Assembléia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

Como se verifica, os constituintes de 1946 optaram por um breve *Preâmbulo*, reproduzindo, quase na íntegra, o *Preâmbulo* da Constituição de 1934. Foi lembrada a condição de representantes do povo, que dava legitimidade aos constituintes e à Constituição por eles aprovada. Mais uma vez foi invocada a proteção de Deus, sendo oportuno lembrar que já se iniciava a disputa entre o sistema capitalista e o comunismo soviético, continuando a existir no Brasil o pavor do comunismo, apresentado como o anti-cristo, o inimigo da liberdade e da propriedade privada. Reafirmou-se que a Assembléia Constituinte tinha sido convocada para organizar um regime democrático, mas a predominância de conservadores e liberais burgueses, contrários à intervenção do Estado e à extensão dos direitos sociais, fez com que não se fizesse a enumeração de objetivos específicos. Afirmou-se que a liberdade estava implícita na afirmação do caráter democrático do regime, considerando-se, por outro lado, que a referência à “Justiça e o bem-estar social e econômico” seria uma concessão às propostas socialistas e, em última análise, poderia servir de apoio a um avanço comunista.

Finalmente, foi adotada a fórmula “Estados Unidos do Brasil” para reafirmar a opção pela organização federativa. Não houve menção à República nesse *Preâmbulo*, porque se considerou que, sendo democrático o regime, estaria implícita a preservação do sistema republicano, além do que naquela Constituinte não houve reivindicações monarquistas. Direitos e garantias fundamentais foram suspensos e se instalou uma ditadura, parecida com todas as outras, com violências, prisões arbitrárias, tortura, corrupção e favoritismo. Na realidade, a constituição deixou de existir como verdadeira Constituição com a publicação do Ato Institucional, pois já não tinha a eficácia de norma superior. Vieram depois outros comandos militares, denominados Atos Institucionais ou Atos Complementares, determinações arbitrárias sem qualquer legitimidade impostas como leis superiores.

Com a intenção de criar uma aparência de legitimidade e de normalidade constitucional, o general, que ocupava a Presidência da República, enviou ao Congresso

Nacional um projeto de Constituição. É importante esclarecer que o Congresso Nacional tinha sido fechado pela força e foi depois reaberto, mas muitos de seus membros, eleitos pelo povo, tiveram arbitrariamente caçados seus mandatos e o Congresso, órgão do Poder Legislativo, estava proibido de “contestar o regime” e de discutir os Atos Institucionais e Complementares, devendo subordinar-se a eles.

Como se pode imaginar, o Congresso aprovou formalmente o texto enviado pelo general-presidente e assim foi aprovada e publicada a Constituição de 1967, com o seguinte:

#### Preâmbulo

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil.

Os próprios termos do *Preâmbulo* deixam expressa a falta de legitimidade da Constituição aprovada em 1967. Se estava em vigor a Constituição de 1946, como foi dito no Ato Institucional, não tinha base jurídica um ato do Congresso Nacional que só tinha competência para fazer leis ordinárias e complementares e para aprovar emendas constitucionais, mas sempre subordinado às normas da Constituição. O Congresso Nacional não tinha sido eleito com os poderes de Assembléia Constituinte e assim tanto o *Preâmbulo* quanto a pretensa constituição a que ele se refere, não têm consistência e não valem juridicamente.

Assim, pois, esse é um falso *Preâmbulo* de uma falsa Constituição. A referência expressa ao Congresso Nacional é uma confissão da ilegitimidade, a invocação à proteção de Deus é simples fórmula retórica, pois naquele momento

#### 6. A Constituição de 1967

Embora no *Preâmbulo* da Constituição de 1946 não houvesse menção à Justiça e ao bem-estar social e econômico, durante sua vigência houve consideráveis avanços no sentido da democratização da sociedade brasileira, bem como da maior eficácia da Constituição. Assim, foi restabelecida a autonomia dos Estados-membros e dos Municípios, os direitos trabalhistas tiveram aplicação efetiva e em vários aspectos importantes foram ampliados, em grande parte graças ao surgimento de um sindicalismo autêntico, livre do controle do Governo. O dado político mais ambíguo foi a extinção do Partido Comunista por um ato do Governo, fortemente influenciado pela Igreja católica. O argumento que se usou para justificar esse ato foi que a existência de um Partido Comunista seria incompatível com o regime democrático, identificado com o

capitalismo. Esse argumento foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, devendo-se também assinalar que grande parte da população tinha pavor do comunismo e concordou com as ações do Governo, visando coibir qualquer manifestação comunista.

A partir do final da Segunda Guerra Mundial, em grande parte sob influência da propaganda e das tentativas de expansão da União Soviética, a questão dos direitos sociais e econômicos passou a ter grande ênfase nos debates sobre democracia e Justiça social. A aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, em 1948, foi o ponto de partida para uma intensificação das ações em favor daqueles direitos, bem como de outros direitos fundamentais, como a liberdade e a igualdade. Esses movimentos tiveram repercussão no Brasil, onde surgiram várias organizações católicas tendo por objetivo lutar pela superação das injustiças, tendo sido criadas com esse propósito, entre outras, uma organização denominada Juventude Universitária Católica, JUC e outra chamada Juventude Operária Católica, JOC. No quadro do sindicalismo operário surgiram lideranças socialistas e comunistas que também seguiam essa linha.

A partir de 1959, com o êxito da Revolução Cubana, esse debate foi intensificado no Brasil, onde muitos estavam convencidos de que a interferência do capitalismo internacional, especialmente dos EUA, era um obstáculo à Justiça social. Aplaudidos com entusiasmo, Fidel Castro e o “Che” Guevara estiveram no Brasil e foram condecorados pelo Governo Federal brasileiro, o que foi recebido com entusiasmo por muitos militantes políticos, inclusive por pessoas ostensivamente contrárias ao comunismo. Houve, entretanto, reações indignadas de parlamentares dos partidos de direita ou conservadores, bem como de militares convencidos de que o comunismo ameaçava a liberdade e a soberania nacional, de empresários que viam ameaçadas a liberdade econômica e a propriedade privada e, sobretudo, dos bispos mais influentes na hierarquia católica, o que repercutiu fortemente entre os católicos de todo o País.

Em setembro de 1961 o presidente da República, Jânio Quadros, que tinha sido eleito no final de 1960 com grande maioria de votos, mas enfrentava forte oposição no Congresso Nacional, renunciou ao mandato sem ter sofrido qualquer coação para isso, tudo levando a crer que sua intenção era provocar a ida do povo para as ruas pedindo sua volta, dando-lhe condições para assumir plenos poderes. O povo ficou indignado com a renúncia do presidente e não foi para as ruas. Em consequência, assumiu a Presidência da República o vice-presidente, João Goulart, afilhado de Getúlio Vargas, ligado ao trabalhismo, mas sem grande preparo e sem autoridade política, acusado de ser muito ligado às lideranças sindicais comunistas. Num primeiro momento

os militares se opuseram à posse de Goulart na Presidência, mas acabaram concordando desde que o sistema presidencial de Governo fosse substituído pelo parlamentarismo, o que foi feito mediante emenda constitucional, havendo uma acomodação apenas aparente.

No dia 1º de abril de 1964 um golpe militar destituiu João Goulart e a Presidência da República foi entregue a um militar, o general Castelo Branco. Nesse mesmo momento os chefes militares publicaram um documento intitulado Ato Institucional, declarando que continuava em vigor a Constituição de 1946, mas que em caso de conflito de normas deveria sempre prevalecer o Ato Institucional. Direitos e garantias fundamentais foram suspensos e se instalou uma ditadura, parecida com todas as outras, com violências, prisões arbitrárias, tortura, corrupção e favoritismo. Na realidade, a constituição deixou de existir como verdadeira Constituição com a publicação do Ato Institucional, pois já não tinha a eficácia de norma superior. Vieram depois outros comandos militares, denominados Atos Institucionais ou Atos Complementares, determinações arbitrárias sem qualquer legitimidade impostas como leis superiores.

Com a intenção de criar uma aparência de legitimidade e de normalidade constitucional, o general, que ocupava a Presidência da República, enviou ao Congresso Nacional um projeto de Constituição. É importante esclarecer que o Congresso Nacional tinha sido fechado pela força e foi depois reaberto, mas muitos de seus membros, eleitos pelo povo, tiveram arbitrariamente caçados seus mandatos e o Congresso, órgão do Poder Legislativo, estava proibido de “contestar o regime” e de discutir os Atos Institucionais e Complementares, devendo subordinar-se a eles.

Como se pode imaginar, o Congresso aprovou formalmente o texto enviado pelo general-presidente e assim foi aprovada e publicada a Constituição de 1967, com o seguinte:

#### Preâmbulo

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição do Brasil.

Os próprios termos do *Preâmbulo* deixam expressa a falta de legitimidade da Constituição aprovada em 1967. Se estava em vigor a Constituição de 1946, como foi dito no Ato Institucional, não tinha base jurídica um ato do Congresso Nacional que só tinha competência para fazer leis ordinárias e complementares e para aprovar emendas constitucionais, mas sempre subordinado às normas da Constituição. O

Congresso Nacional não tinha sido eleito com os poderes de Assembléia Constituinte e assim tanto o *Preâmbulo* quanto a pretensa constituição a que ele se refere, não têm consistência e não valem juridicamente.

Assim, pois, esse é um falso *Preâmbulo* de uma falsa Constituição. A referência expressa ao Congresso Nacional é uma confissão da ilegitimidade, a invocação à proteção de Deus é simples fórmula retórica, pois naquele momento nem o povo nem a Igreja católica tinham condições para influenciar uma decisão política do comando militar, verdadeiro autor do novo texto apresentado como Constituição. E a referência sintética à “Constituição do Brasil” deixou evidente que não se pretendia respeitar os preceitos do federalismo, pois todos os governantes, órgãos e administradores públicos estavam subordinados às determinações arbitrárias do comando militar superior.

## 7. A Constituição de 1969

Como é regra nas ditaduras, em 1969 a Imprensa estava rigorosamente censurada, qualquer manifestação pública de caráter político que pudesse ser interpretada como crítica ao Governo seria enquadrada como crime e as decisões do comando militar superior eram tomadas em segredo. Por todos esses motivos, embora muita gente tivesse a convicção de que havia divergências entre os militares que dominavam politicamente o Brasil, foi com surpresa que o povo brasileiro recebeu do comando militar a informação de que o Brasil passava a ter uma nova Constituição.

Na realidade, o que se comunicou foi que o texto da Constituição de 1967 estava sendo substituído por outro, que recebeu a denominação de “Emenda Constitucional número 1” e que, na realidade, alterava grande parte do texto de 1967, restringindo ainda mais os direitos e alterando outros pontos substanciais. O novo texto, que na prática é geralmente referido como Constituição de 1969, foi publicado com o seguinte:

### Preâmbulo

Os ministros da Marinha, de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o artigo 3º. do Ato Institucional número 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o parágrafo 1º do artigo 2º do Ato Institucional número 5, de 13 de dezembro de 1968,e,

Considerando que, nos termos do Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968, foi decretado, a partir dessa data, o recesso do Congresso Nacional;

Considerando que, decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo Federal fica autorizado a legislar sobre todas as matérias, conforme o disposto no § 1º do art. 2º. do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968;

Considerando que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo (art. 49, I), está na atribuição do Poder Executivo Federal;

Considerando que a Constituição de 24 de janeiro de 1967, na sua maior parte, deve ser mantida, pelo que, salvo emendas de redação, continuam inalterados os seguintes dispositivos;

Considerando as emendas modificativas e supressivas que, por esta forma, são ora adotadas quanto aos demais dispositivos da Constituição, bem como as emendas aditivas que nela são introduzidas;

Considerando que, feitas as modificações mencionadas, todas em caráter de Emenda, a constituição poderá ser editada de acordo com o texto que adiante se publica,

Promulgam a seguinte Emenda à Constituição de 24 de janeiro de 1967:

O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Os termos do *Preâmbulo* não deixam dúvida de que se trata de um ato ditatorial, desprovido de valor jurídico, contendo mesmo alguns absurdos que vale a pena ressaltar. Em primeiro lugar, os três ministros militares que assinam texto invocam, como fundamento para o seu ato, os Atos Institucionais, isto é, comandos militares arbitrários anteriores e não a Constituição, o que, obviamente, significa uma autolegitimação, ou seja, nenhuma legitimação.

A segunda pérola é a afirmação de que, tendo um Ato Institucional determinado o fechamento do Congresso Nacional, em 1968, o Poder Executivo Federal ficava autorizado a legislar sobre todas as matérias. Essa atribuição de competência legislativa plena ao Poder Executivo, como decorrência do ato de força que determinou o fechamento do Congresso, já seria um absurdo, mas o absurdo é ainda maior quando pretendem confundir três ministros militares com o Poder Executivo. Em seguida se diz que a elaboração de emendas à Constituição, compreendida no processo legislativo, está na atribuição do Poder Executivo Federal. O que a Constituição estabelecia era que o presidente da República, não o Poder Executivo ou os ministros militares, poderia fazer o encaminhamento de propostas de emenda constitucional ao Congresso Nacional. Como é evidente, encaminhar uma proposta de emenda é bem diferente de elaboração de emendas e imposição delas sem discussão nem votação no Congresso.

Afinal, reconhecendo que eram tantas as emendas que o resultado era um texto novo, o Preâmbulo acrescenta, ambigüamente, que “*a Constituição poderá ser editada de acordo com o texto que adiante se publica*” Qualquer pessoa que tenha algum conhecimento de Direito Constitucional sabe que, aprovada uma emenda constitucional, ela se incorpora ao texto existente, não sendo necessária nova publicação formal da íntegra do texto constitucional. Em resumo, esse *Preâmbulo* é importante por ser um reconhecimento expresso de que o texto da constituição de 1969 era apenas uma farsa, procurando ocultar, sem sucesso, a realidade da ditadura.

### III . A Constituição brasileira de 1988

As violências e arbitrariedades, a corrupção, o favoritismo e outras práticas antidemocráticas que caracterizaram o regime militar implantado em 1964 levaram ao seu esgotamento. No final da década de 70 já não havia condições políticas para a manutenção daquele regime, pois grande parte da população que o apoiara no início já reconhecia que a alegação da necessidade de proteção da liberdade, dos direitos fundamentais e dos valores cristãos tinha sido enganosa. As imposições ditatoriais, a negação dos direitos, as prisões ilegais, as invasões arbitrárias de residências de oposicionistas, a prática de tortura, bem como a criação de uma casta privilegiada envolvida em corrupção, nada disso confirmava o propósito de salvar o Brasil do perigo do comunismo e resguardar os direitos e valores fundamentais do povo brasileiro. Por tudo isso foi crescendo internamente um movimento, unindo no mesmo propósito muitas organizações de espécies diferentes e envolvendo quase todo o povo, exigindo a redemocratização do País. A repercussão internacional negativa de tudo o que vinha acontecendo no Brasil também influiu para que ficasse insustentável o regime militar.

Assim, no final da década de 60 teve início o retorno à normalidade constitucional. O Congresso Nacional, acrescido de mais algumas pessoas ocupantes de altos cargos públicos, compôs um colégio eleitoral, que elegeu um civil para a Presidência da República e este, depois de superadas algumas dificuldades imprevistas, enviou projeto de emenda constitucional ao Congresso, propondo que o Congresso Nacional a ser eleito logo em seguida tivesse poderes para elaborar uma nova Constituição. Não era a fórmula ideal, pois o que muitos queriam era uma Assembléia Nacional Constituinte, que seria eleita pelo povo com a finalidade exclusiva de elaborar uma Constituição. Mas as condições políticas ainda eram difíceis e o povo e as lideranças políticas queriam que o Brasil retornasse à normalidade democrática e constitucional o mais rápido possível. Por isso foi aceita e aplicada a fórmula proposta e o povo elegeu



deputados e senadores que integrariam o Congresso Nacional, que antes de começar a atuar como Poder Legislativo teria a função de Assembléia Nacional Constituinte.

Houve ampla liberdade para a organização de partidos políticos, o processo eleitoral desenvolveu-se com ampla liberdade, procedendo-se à eleição e sendo imediatamente iniciado o trabalho de elaboração da nova Constituição. Um dado muito importante e altamente positivo foi o intenso envolvimento do povo nos trabalhos da Constituinte, que, entre outras coisas, admitiu que um certo número de eleitores apresentasse emendas ao Projeto de Constituição, tendo havido muitas propostas de origem popular, influenciando nas decisões dos representantes. Além disso, muitas organizações representativas dos mais diversos interesses e de todas as camadas da população mantiveram permanente contacto com os constituintes, oferecendo sugestões, fazendo críticas, defendendo certas propostas e manifestando oposição a outras. Afinal, em 1988, foi aprovada a nova Constituição do Brasil, atualmente em vigor, com o seguinte:

#### Preâmbulo

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

O *Preâmbulo* começa ressaltando o fato de que a Constituição foi elaborada por representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, o que era muito importante, naquela circunstância, para deixar bem evidente que era o povo quem estava decidindo, através de seus representantes e pelo método reconhecido como essencialmente democrático, que é a Assembléia Nacional Constituinte.

O que vem em seguida é uma afirmação muito clara de compromisso com as exigências dos Direitos Humanos, constantes da Declaração Universal de 1948, dos Pactos de Direitos Humanos aprovados pela ONU, em 1966, e de muitos outros documentos básicos que compõem o acervo normativo dos Direitos Humanos que hoje vem determinando os rumos para a criação de uma nova sociedade, livre, justa e regida pelo Direito. Assim é que, depois de ressaltar que o objetivo da Assembléia Nacional

Constituinte era instituir um Estado Democrático, o *Preâmbulo* faz duas enumerações, uma referente aos direitos e valores fundamentais e outra relativa ao tipo de sociedade que os constituintes, expressando a vontade do povo, tiveram em mira.

Na primeira enumeração indica-se como objetivo “*assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça*”. É muito importante notar que o *Preâmbulo* fala em assegurar o exercício dos direitos, o que tem significação mais concreta do que uma simples declaração dos direitos, sem preocupação com seu exercício. A segunda enumeração refere-se ao tipo de sociedade que se pretende atingir e manter com base na Constituição, ou seja, “*uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*”. A esses direitos, valores e objetivos característicos de uma sociedade democrática se acrescenta o comprometimento, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, rejeitando-se os métodos violentos a que muitas vezes recorrem os Estados ou grupos organizados, quando usam a guerra, a repressão violenta ou a prática de terrorismo como instrumentos de superação de conflitos, de controle social ou de preservação de interesses, o que, na realidade, leva sempre ao aumento da violência e não à preservação dos direitos e à conquista da paz.

Depois disso, invocando a proteção de Deus, o que é um sinal de que a maioria dos constituintes estava convencida de que o povo brasileiro rejeita ambas as espécies de materialismo de que fala o papa João Paulo II na encíclica “*Laborem Exercens*” isto é, o materialismo teórico do marxismo e o marxismo prático inerente ao capitalismo. Por último, o *Preâmbulo* insere a expressão “*República Federativa do Brasil*” deixando expressas as opções pelo sistema republicano e pela organização federativa do Estado.

O *Preâmbulo* da atual Constituição brasileiro é bem adequado a uma Constituição democrática, segundo as modernas concepções. Ele ressalta que a Constituição foi elaborada por processo democrático, mas acrescenta que a Constituição é um instrumento para a consecução de objetivos fundamentais da pessoa humana e de toda a Humanidade. Um dado final que tem grande importância é que na obra de vários constitucionalistas brasileiros contemporâneos, assim como na jurisprudência, já é referido o *Preâmbulo* como norma constitucional, de eficácia jurídica plena e condicionante da interpretação e da aplicação das normas constitucionais e de todas as normas que integram o sistema jurídico brasileiro.

Uma constatação preocupante é que os principais órgãos do Estado brasileiro responsáveis pela guarda e aplicação dos mandamentos constitucionais, aí

incluindo o Congresso Nacional, a Presidência da República e o Supremo Tribunal Federal, não vêm mantendo estrito respeito à constituição e várias vezes, por ação ou omissão, tomaram posição contrária ao que ela determina. Mas a constatação, indiscutível, de que essa é uma constituição verdadeiramente democrática, a mais democrática que o Brasil já teve, alimenta a esperança de que ela resista às agressões e tenha plena e efetiva aplicação, atuando eficazmente como instrumento de garantia da liberdade, de proteção da dignidade humana, de promoção de Justiça, de consecução da paz.

São Paulo, maio de 2001.

## Bibliografia

BARBALHO, João, *Constituição Federal Brasileira*, Rio de Janeiro, F.Briguiet, 1924.

CAVALCANTI, Themístocles B., *A Constituição Federal Comentada*, Rio de Janeiro, José Konfino, 1951.

DUARTE, José, *A Constituição Brasileira de 1946*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1948.

FERREIRA, Pinto, *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno (2vols)* São Paulo, Saraiva, 1983.

HORTA, Raúl Machado, *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

LEAL, Aurelino, *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1915.

PIMENTA BUENO, José Antônio, *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília, Senado Federal, 1978

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1991.

SOARES, Orlando, *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

# O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA E A MISSÃO CONSTITUCIONAL DO JUIZ NA ELABORAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

*Custodio da Piedade U. Miranda*

Professor Associado do Departamento de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado  
em São Paulo.

## Resumo:

O artigo sustenta que o que se pode, nas decisões judiciais, na atual ordem constitucional em que vivemos, é procurar alcançar o justo posto por *convenção*, nas normas legais e não o justo *natural*, segundo o sentimento individual e o sentido subjetivo de Justiça do juiz ainda que em contrário do que dispõem as normas legais. Mais: enfoca o Direito, predisposto nas normas que constituem o ordenamento, como o instrumento necessário da realização da Justiça, entendida esta como a atribuição do bem, objeto de disputa num pleito judicial, a um dos sujeitos dessa disputa, de acordo com a decisão a que o juiz chegar mediante o cumprimento e a aplicação regular ao caso de todas as normas legais imperativas, sejam de Direito Público, sejam de Direito Privado, de direito material ou processual, atendidas as circunstâncias concretas. É essa a missão que lhe foi imposta na Constituição. Não basta, porém, a mera observância das normas legais na decisão judicial. Ela há de resultar da aplicação dos princípios gerais postos a descoberto pela Ciência do Direito.

## Abstract:

The article upholds that one may, in judicial decisions, under the current constitutional order, attempt to reach fairness brought by *convention* in legal rules and not *natural* fairness, according to individual feeling and the Judge's subjective feeling of Justice even though contrary to the provisions of legal rules. Further: it focuses law, set forth in the rules which make up the legal system, as the instrument necessary to do justice, which is construed as the attribution of a good, which is the object of dispute in a judicial controversy, to one of the subjects of such dispute, according to the decision which the Judge reaches through compliance with and the regular enforcement to the case of all imperative legal

rules, whether of public or private law, or of material or procedural law, with due regard to the concrete circumstances. That is the mission which has been imposed upon him by the Constitution. It is not enough, however, to merely comply with the legal rules in the judicial decision. The decision must result from the enforcement of general principles laid open by the science of law.

**Unitermos:** Direito; Justiça e elaboração de decisões judiciais.

I

Muito se tem debatido ao longo dos tempos sobre os conceitos de Direito e de Justiça pelo que pode parecer pretensioso o título deste artigo, como que a sugerir um discurso original sobre tão antigos quanto renovados temas. Mas o propósito é outro. O que se quer é tecer algumas reflexões em torno do Direito e da Justiça, enquanto elementos, não propriamente de *utensilagem* conceitual, mas de instrumentos de disciplina da vida em sociedade. O que nos leva a analisar, por um lado, o Direito, como instrumento da realização da Justiça e o conceito de Justiça, enquanto objetivo das decisões judiciais, que será o justo por *convenção* e não o justo por *natureza* e, pelo outro, o modo conseqüente como elas devem orientar-se, pela observância obrigatória de normas imperativas e dos princípios gerais, postos a descoberto pela Ciência do Direito, tudo ao serviço daquele fim último, que é a ordenação e distribuição dos bens da vida, sempre limitados, em função da satisfação dos ilimitados interesses humanos.

As considerações que se seguem não representam evidentemente uma tomada de posição definitiva sobre as questões que aqui se abordam, mas uma espécie de pausa, no percurso de uma longa caminhada<sup>1</sup>, de quem tendo de lidar no dia a dia com os mais variados tipos de controvérsias que são debatidas no foro, em todas as instâncias, sente a necessidade de olhar as coisas de um modo crítico, no melhor sentido da palavra, sem qualquer arrogância ou submissão, mas com toda a objetividade possível, começando por indagar-se, de modo introdutório, do alcance de expressões muito em voga, nos dias atuais, tais como *crise do Direito*, *crise da Justiça*, *crise do Judiciário*.

---

1.O autor já exerceu as funções de promotor de Justiça, juiz de Direito e de advogado que ainda exerce, no Brasil, em São Paulo, nos sistemas da *civil law* e da *common law* e em três países, com legislações obviamente diferentes.

E, sem dúvida, há uma grande parcela de verdade em tudo isso.

Há uma crise no *Direito*: a) pelo descompasso cada vez maior e mais rápido entre o Direito e a Vida, pois a variedade, multiformidade e novidade dos fatos desafia qualquer atividade legislativa, tanto mais precária e insuficiente quanto é certo que não se descobriu ainda, na elaboração das normas jurídicas, nenhum outro método que não seja pelo recurso à formulação da hipótese de fato e da respectiva estatuição; b) pelo próprio formalismo da atividade legislativa, com o seu sistema bicameral, de gestação lenta, que torna praticamente impossível a regulação imediata das questões da vida, carecedoras de tratamento e que explicam entre nós, as medidas provisórias e a sua permanente reedição, contrariando a letra e o espírito da Constituição; c) pelo sistema da elaboração das leis que, não-obstante passarem pelo crivo das Comissões, encarregadas de depurarem-nas de vícios formais e substanciais,<sup>2</sup> deixam muito a desejar no aspecto da isenção desses vícios, até porque tais Comissões, na sua constituição, atendem mais aos interesses político-partidários do que propriamente aos da boa técnica legislativa, como deveria ser.

Há uma crise na *Justiça*: a) da *justiça social*, com a péssima distribuição de renda, e o conseqüente baixo poder aquisitivo da maioria da população, em função de um aviltante salário mínimo, de um desemprego inquietante, devido, entre outros fatores, aos *males* da globalização e da própria consciência cívica das camadas mais altas da população; b) da *justiça laboral*, com a grande concentração da riqueza produzida com o fruto do trabalho humano nas mãos dos detentores do capital, a grave questão social de sempre, nunca superada e pouco resolvida, não obstante o *sangue, suor e lágrimas* de tantos que por ela lutaram no tempo e no espaço e que não mereceu mais do que tímidas intervenções legislativas, pelo menos em países como o Brasil; c) da *justiça previdenciária*, com os permanentes rombos nos fundos públicos da previdência social, não obstante as suas fabulosas arrecadações, mais devidos à insensatez, à falta de escrúpulos e de um mínimo de senso de honestidade dos que têm acesso aos seus cofres ou aos que lidam com o dinheiro público, com o conseqüente flagelo para a população de trabalhadores que consumiram as suas energias e renunciaram ao lazer, numa vida inteira de infatigável labuta, para, ao fim, nos anos que ainda lhes restam, não terem sequer direito a uma justa remuneração do capital, empatado com as contribuições; etc.

---

2. Tais como a violação da Constituição, a má, por vezes, péssima formulação das normas, quer na sua redação, quer na sua interpretação, sem preocupação, por outro lado, de qualquer coerência sistemática. Volta-se a dizer aqui que toda a regra tem as suas exceções.

Há uma crise no *Judiciário*, não-só limitada aos desmandos dos que detêm as rédeas da administração dos seus recursos, que nos parece não se tratar de uma questão generalizada, mas que tem sido a tônica da CPI respectiva, o que só por si revela de antemão o fraco sucesso que terá na solução da *crise* desse Poder, crise essa que se estende também à quase falência da administração da Justiça em razão do acúmulo dos processos e da inevitável e anormal demora nas decisões judiciais, mas que envolve também outros gravíssimos males, estes sim, que se constituem, em nosso entender, no cerne da crise, tais como a liberalização da idade mínima para os candidatos a concurso, já formados em faculdades deficientes, a não-exigência de qualquer experiência prévia, digna desse nome, desses candidatos, adquirida no exercício efetivo e frutuoso da advocacia, a elaboração de decisões por assessores de magistrados, sem a necessária qualificação à altura das tarefas que se lhes exigem, tudo com reflexos muito sérios no *nível* dessas decisões, na maioria das vezes mal redigidas, mal *fundamentadas*, quando o são, do ponto de vista legal e científico e quando o são parcialmente, tornam-se irremediáveis já que o remédio legal, dos embargos de declaração, é, em regra, totalmente infrutífero, porque é o próprio magistrado visado - juiz na 1ª instância ou o relator do processo, na 2ª - que julga, neste último caso, passivamente acompanhado, na decisão, pelos seus pares (passividade que, aliás, já se tornou regra na apreciação dos recursos em geral, o que converte o colegiado recursal num juiz singular, contrariando a própria razão de ser do recurso), sem nenhuma preocupação pela oportunidade que lhes dão os embargos, de aprimorarem a prestação jurisdicional, parecendo que se vê neles uma afronta à sua *sabedoria e infalibilidade*.<sup>3</sup>

É no contexto dessa *crise*, referida em último lugar, que têm valimento as considerações que se passam a desenvolver.

## II

Quando falamos em Direito não nos referimos, para efeitos desta análise, à jurisprudência, embora seja esta uma autêntica fonte de Direito, mas principalmente ao

---

3. Tudo o que se está dizendo é fruto da experiência profissional do autor e se faz com todo o respeito, sem a mínima intenção de ofender ou agredir quem ou o que quer que seja, apenas no intuito de constatar a dura realidade que se enfrenta no Judiciário. Está-se falando aqui, por outro lado, da regra que, por definição comporta exceções, embora tão honrosas quanto escassas. A crise derivada do acúmulo dos processos tem-se pretendido obviar com expedientes que podem ser de grande valia, como por exemplo, a introdução da súmula vinculante, que achamos válida, em princípio, embora com certas restrições, mas que não enfrenta as questões mais profundas dessa crise, referidas no texto, e às quais tem sido totalmente alheia a nossa Ordem dos Advogados.



Direito posto, isto é, às leis e demais atos normativos, vigentes no País e à doutrina, mais precisamente à Ciência do Direito, utilizada, na forma de princípios gerais, como instrumento indispensável de solução de questões jurídicas, resolvidas em decisões judiciais.

A preocupação aqui é a de sinalizar tudo o que possa contribuir para enfrentar a dispersão caótica das leis e das decisões judiciais, de modo a reconduzi-las a um sentido de unidade que possa garantir a certeza do Direito nas relações jurídicas, numa sociedade multiracial, culturalmente compósita e com grandes desníveis de riqueza e de educação, o que nos leva a repensar alguns *conceitos*, tais como os da Justiça, da missão constitucional do juiz, da necessidade de se alcançar a uniformização da jurisprudência, etc.

Cada vez mais, põe-se em causa o método tradicional da solução das questões submetidas à apreciação do Judiciário, que se fundava em critérios de pura lógica formal e do raciocínio dedutivo-silogístico, fruto da teoria subsuntiva, que via na sentença judicial a resolução de um silogismo em que a premissa maior era a lei, a menor, os fatos e a conclusão, a dedução que se seguia da aplicação da lei aos fatos: *dura lex, sed lex*. A solução se obtinha pela operação da *subsunção* dos fatos concretos à hipótese fática prevista na lei para, a partir daí, aplicar-se a norma que disciplinava tais fatos.

Cedo se viu que as coisas não são tão simples assim; o juiz não pode ser um mecânico operador de subsunções para encontrar no quadro normativo uma solução pronta e acabada para o caso concreto; já não se fala no caso omissis, não previsto nas normas legais para o efeito de a lei dar-lhe um tratamento, que para isso o próprio ordenamento preveria a solução: analogia, costume e princípios gerais de Direito (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil). O juiz – diz-se – não se limita a aplicar a lei, ele *realiza* o Direito, há todo um processo criativo inerente à elaboração da sentença, corrigindo as distorções que resultam da aplicação fria dos textos legais ao caso concreto, numa situação em que se debatem, palpantes, interesses humanos, em que a maior parte das vezes se jogam e se comprometem, em toda a medida, sentimentos, afetos, emoções... Donde ter de se substituir a lógica formal pela lógica *emocional* na decisão judicial.

Também aqui há uma grande parcela de verdade em tudo isso e, não obstante o problema ser muito mais complexo, só podendo, no entanto, versar-se agora numa pequena dimensão, compatível com o âmbito deste trabalho, é mister dizer-se alguma coisa sobre o modo como essas posições extremas (subsunção ou total

liberdade na apreciação do caso concreto) devem situar-se na atividade judicante, ou seja, em que limites, cada uma delas, deve contribuir para o pronunciamento das decisões judiciais.

A operação de subsunção é indispensável na elaboração da sentença, não propriamente para se chegar a uma decisão no caso concreto, com o recurso à dedução silogística da lógica formal, como o queria a teoria subsuntiva, mas para a *identificação* da lei (da norma ou das normas) aplicável ao caso, mais precisamente para se saber em que normas legais estão previstas as hipóteses de fato a que, com maior ou menor aproximação, se ajustam os fatos concretos, objeto da controvérsia, que terá de ser decidida à luz dessas mesmas normas. A subsunção é necessária, indispensável mesmo, para a determinação do material normativo com que o julgador terá de operar no caso concreto e termina ali a sua função.

A identificação das normas em que estão abstratamente previstas as situações do tipo das que são objeto de análise, para o efeito da solução da controvérsia, constitui-se numa atividade indispensável ao julgador, porque as normas, elaboradas pelos representantes do povo, do qual emana todo o Poder (parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal), é que contêm, em vista da própria estrutura que as torna aptas a serem o instrumento da disciplina da vida social, tal como de há muito é examinada pela Ciência do Direito, o *esboço* da solução a ser dada a toda a controvérsia em que duas ou mais partes disputam entre si um bem de vida e em relação ao qual se posicionam numa atitude de afirmação e negação.

Quer isso dizer que não é dado ao juiz *criar*<sup>4</sup> a norma jurídica que irá reger o caso concreto, precisamente porque, dentre outras razões, a independência e a harmonia dos diversos Poderes da República (art.2º da Constituição) supõem que um não invada a esfera da atuação do outro, fato que certamente ocorreria se se atribuísse ao juiz o poder de criar normas.

Entender-se o contrário, implicaria em impor aos jurisdicionados,

---

4. Ainda que se possa falar, numa atividade de *criação*, por delegação do legislador, em situações excepcionais e em limites preestabelecidos, por exemplo, na determinação do sentido e alcance de cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, na fixação de um máximo e de um mínimo de penalidade, na adaptação da norma extraída de um caso previsto para um caso análogo ou a ser extraída dos princípios gerais de direito, e, enfim, na própria solução da controvérsia pela aplicação das normas ao caso concreto, pela necessidade de *particularizar a norma ao caso*, ao invés de resolver o caso pela aplicação da norma. Se a norma é a sua interpretação, como disse Miguel Reale (Filosofia do Direito, 5ª edição, Parte II, Título X, Capítulo XXXVIII), o juiz, cada vez que interpreta, dir-se-ia, em certo sentido, que *recria* a norma na sua aplicação ao caso concreto, etc.

cidadãos que desfrutam de direitos e garantias individuais, inerentes à ordem democrática instituída pelo Poder Constituinte do qual emanou a Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, e nesta previstos, algo que começa por violar o próprio Preâmbulo da Constituição, porque o exercício desses direitos sociais e individuais só pode ficar assegurado se não houver essa arbitrária invasão das respectivas esferas de atuação, atribuindo-se ao Poder Legislativo o de elaborar as leis e ao Judiciário o de aplicá-las da melhor maneira possível na resolução de controvérsias submetidas à sua apreciação.

Não se está com isto a dizer que é esse o melhor sistema, mas é o que se constitui nos fundamentos básicos da ordem em que vivemos, não se tendo descoberto ou posto em prática, até hoje, já neste terceiro milênio, outro que, melhor do que a democracia representativa, assegure a Paz e a Justiça social. Se não-obstante esse sistema, a que é inerente - repita-se - o princípio da independência e a harmonia dos Poderes, os objetivos a que ele se propõe não foram alcançados é outro problema, cuja discussão, que se situa no campo da filosofia da política, escapa ao âmbito do nosso tema.

Dadas essas premissas é que há que discorrer sobre o cerne do nosso tema que não podia prescindir das considerações preliminares até aqui feitas.

### III

Ainda que o ponto de partida das nossas reflexões seja considerar-se limitado o mister do juiz a julgar as controvérsias que lhe são submetidas à apreciação, em face do que dispõem as normas jurídicas, trazidas à colação mediante operações de subsunção, não se pode ver aqui o *termo* de sua atividade na apreciação do caso concreto, nos moldes do que proclamava a teoria subsuntiva, mas o seu início, o começo de um laborioso percurso pelo ordenamento jurídico, encarado como um *sistema*, na busca da melhor solução para o caso à luz desse sistema.

Todo o texto jurídico, como se sabe, para ser aplicado, há de ser interpretado e a interpretação é que vai revelar de que modo ele se articula no sistema, começando por ter de se examinar qual o sentido que comporta no contexto da Constituição (interpretação conforme à Constituição), no conjunto de todos os atos normativos que integram o ordenamento e no próprio ato normativo de que se trata (interpretação sistemática). É que, há que investigar em última hipótese o sentido lógico do texto, para além do seu sentido literal, o qual, aliás, terá de ser o seu ponto de partida.

Goffredo Telles Júnior é quem o diz, magistralmente:

“Queremos aqui ressaltar uma conclusão importante. Se a aplicação da *letra* da lei a um caso concreto puder produzir efeito contrário ao que a própria lei pretende, *aplicá-la* equivale a violá-la, porque seria contrariar o seu *pensamento*, o seu *espírito*.

O juiz que a tenha aplicado assim, não soube interpretá-la; apegou-se à letra rígida da lei, desconhecendo o seu espírito. Ao juiz não é permitido julgar *violando* a lei; não é permitido julgar “*contra legem*” O que lhe compete é julgar em conformidade com o que manda *a lei corretamente interpretada*”

E mais adiante:

“Na interpretação das leis, mais importante do que o rigor da lógica racional é o entendimento razoável dos preceitos, porque o que se espera inferir das leis não é, necessariamente, a melhor conclusão lógica, mas uma *justa e humana* solução. O que se espera é uma solução atenta às *variegadas condições* de cada caso concreto a que a lei interpretada se refere”<sup>5</sup>

Muito se tem insistido ultimamente em que os fatos, cada fato ou conjunto dos fatos do real, adquirem *colorações* diversas em função das circunstâncias concretas do caso, não podendo considerar-se sua similaridade como algo de imutável só porque a hipótese de fato que constitui a previsão da norma é a mesma. Isto implicaria em que o juiz, na sua atividade de busca de uma solução para o caso, teria de enveredar por um penoso percurso que passa dos fatos à norma, volta aos fatos, passa destes outra vez à norma, quantas vezes necessário, por não se sentir satisfeito ou seguro com a solução provisória que encontrou, até chegar à decisão final. Neste processo, dir-se-ia que os fatos é que são decisivos na realização da Justiça, a solução é o juiz que a encontra de acordo com os fatos, tendo a norma um sentido de orientação, embora obrigatória, na busca dessa solução. Seria como que a bússola a nortear o caminho a ser seguido para se encontrar uma adequada solução para o caso.

Todavia, esse pensamento só pode partir de uma premissa que para nós é inaceitável: a de que não há quaisquer limites para a atuação do juiz, na realização da *justiça do caso concreto*, o que supõe que ela pode variar, caso por caso, *infinidamente*, diga-se com algum exagero, necessário para melhor ilustração das coisas, de acordo

---

5. Iniciação na Ciência do Direito, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 366 e 367.

com os valores do momento<sup>6</sup> próprios da comunidade de que se trata e do sentido subjetivo de justiça do juiz que tem a sua própria concepção do mundo e da vida, na qual desde logo se incluem as suas convicções políticas, morais e, por vezes, religiosas, do que pode resultar, e com frequência resulta, uma decisão de gosto individual, sem base objetiva e com total descaso da certeza e segurança jurídicas.<sup>7</sup>

E não é só. A própria expressão *justiça do caso concreto* já nos causa um certo arrepio. O que se quer dizer com esta expressão? As partes recorrem ao Judiciário para solucionar uma controvérsia, a disputa de um bem de vida e não compete ao juiz declarar *do nada* se é justo ou não que esse bem de vida fique com A ou com B, e em que condições. Isso é algo que já está resolvido em tese pelo legislador; as normas jurídicas é que dispõem sobre a distribuição desses bens, estabelecendo-lhes não-só a pertinência e as condições em que serão atribuídos aos respectivos titulares, mas também as vicissitudes dessa relação de pertinência, desde a sua constituição até o seu término.

Ao juiz não compete mais do que *declarar*, em caso de controvérsia, o destino do bem no âmbito da relação jurídica de que se trata, tornando *concreta* uma solução já abstratamente esboçada nas normas legais, atendendo a todas as particularidades do caso. A Justiça que ele realiza consiste precisamente em dizer de que modo a comunidade entende que é justo que o bem fique com A ou com B; ela já fez as suas opções, através dos seus representantes que as externaram nas leis que

---

6.O termo *valor* foi usado no texto, não no seu sentido verdadeiro e próprio, mas num sentido peculiar. Valor naquele primeiro sentido é um bem, moral ou espiritual, não importa, mas em si mesmo valioso, digno de ser buscado e alcançado, algo que interessa a todos e insusceptível de ser afastado ou ignorado e corre linhas paralelas com o sentimento universal de Justiça. Assim, a vida, a saúde e a segurança, a liberdade, a dignidade da pessoa, a honra, etc. Valores no segundo sentido são os que têm a ver com interesses humanos imediatos, que variam com o tempo e que agradam a uns e podem não agradar a outros, dependendo também da comunidade de que se trata. Tem a ver com um peculiar sentimento de Justiça, próprio de uma pessoa ou de um certo círculo de pessoas. Assim, uma modalidade desportiva, o lazer de uma pessoa sem grandes recursos, etc. Um “valor” desta natureza foi o decisivo para um juiz, adepto do chamado Direito Alternativo, numa ação em que contendiam o vendedor de um televisor e o consumidor, aquele pleiteando a reintegração de posse no aparelho, por falta do pagamento das prestações do preço e este opondo-se à reintegração com a alegação de que ele havia sido comprado para o seu novo dono desfrutar dos jogos do futebol da copa do mundo e que não era *justo* que ele fosse privado do televisor sem ver esses jogos até o fim do torneio só porque ele estava em atraso no pagamento das prestações. O juiz sentenciou com esta frase magistral: “Reintegrar-se, mas após a copa do mundo”.

7.Certeza e segurança, dizem os adeptos dessa corrente, como falar-se nisso num mundo de incertezas, do desconhecido, de permanente adaptação a situações novas e em que é indispensável que o homem saiba e possa conviver com todas estas coisas? “É idiotice pensar em segurança”- declara um juiz do Rio Grande do Sul. “A segurança não existe” (Goffredo Telles Júnior, O chamado Direito Alternativo, Revista da Faculdade de Direito, v. 94, p. 73).

regem a vida da mesma comunidade. É esse mesmo sentimento de Justiça da comunidade, que não autoriza que fatos do mesmo tipo, ocorridos embora em momentos distintos, tenham soluções *substancialmente* diferentes. A justiça do caso concreto tem de estar assim em harmonia com a justiça *dos casos concretos*, de todos os casos do mesmo tipo. Se não for assim, qual o valor que teria o princípio de isonomia, de igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*), que é uma garantia expressa na Constituição Federal?

Com a expressão *justiça do caso concreto* só pode ou deve querer significar-se (e não mais do que isso) que o juiz, na declaração do direito, levará em consideração todas as *circunstâncias* concretas do caso, havendo que particularizar as normas para esse caso já que elas foram concebidas de modo geral e abstrato, hipoteticamente, sem qualquer consideração de circunstâncias. Não quer com essa expressão dizer-se que se deva abstrair do que de modo abstrato e geral disse o legislador acerca de tal justiça, porque esta é muito mais profunda, teve de atender a um pano de fundo muito mais abrangente, aos anseios, não de duas partes que disputam um bem de vida, mas de toda uma comunidade e no modo como ela encara que essa distribuição deva ser feita.

É por isso que repudiamos visceralmente o chamado Direito Alternativo, cujo retrato foi dado assim por um juiz<sup>8</sup>: “Em princípio obedeco a lei. Só não a obedeco quando ela se revela injusta. A lei injusta não deve ser aplicada. O papel de um juiz é o de buscar o justo, no caso concreto, com a superação do legalismo<sup>9</sup> O juiz que só obedece a lei vira instrumento do legislador. Deixa de ser um Poder. Nesse caso não há necessidade de juízes. Para que juiz, se o juiz tem de se submeter, sempre e sempre, ao legislador? Nós queremos trazer o humano para dentro do processo. O processo tem de refletir a angústia das pessoas”<sup>10</sup>

8. Trata-se de um juiz ao tempo da 2ª vara cível da comarca de Porto Alegre, de nome Amilton Bueno de Carvalho que, pelas suas declarações arrepiava o próprio jornalista-repórter, como se pode ver do seguinte trecho: O juiz gaúcho Amilton Bueno de Carvalho, 43 anos, titular da 2ª vara cível do Foro de Porto Alegre, tem um orgulho que faria corar de vergonha a imensa maioria dos juizes brasileiros: o de julgar eventual, mas deliberadamente contra o que manda a lei. Pode parecer chocante mas o juiz Amilton diz que “joga a lei às favas, sem nenhum problema de consciência, todas as vezes que considera injusta a aplicação dela, num caso concreto”. (Revista, cit. p. 74).

9. Superação, ou seja violação do que dispõe o inciso II do art. 5º da Constituição Federal: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Imaginem! Um juiz apregoando a necessidade de se violar a Constituição no pronunciamento de decisões judiciais. Um juiz que manda a lei “aos quintos dos infernos”, como ele próprio declarou. (Revista, cit. p. 74). Como se pode levar a sério um tal Direito?

10. Revista, cit., pp. 74/ 75.

A propósito do chamado Direito Alternativo, já tivemos a oportunidade de escrever<sup>11</sup>:

“Que dizer do chamado Direito Alternativo? Que é uma aberração e se trata de uma concepção que não pode de modo algum ser adotada. Não se nega o louvável intuito dos que a ele recorrem na preocupação de fazer a Justiça no caso concreto, mas se é bom o fim, não são bons os meios e certamente podem não ser bons (e geralmente não o serão) os resultados. E há vários argumentos que nos levam a rejeitar de pronto essa orientação.”

O primeiro deles é, sem dúvida, o da *certeza e segurança* jurídicas. Já acima se viu como e porque constituem-se num valor a ser alcançado e tão caro ao Direito como a própria Justiça, havendo até quem dê prevalência àquele<sup>12</sup>. Com efeito, se cada juiz julgasse à sua maneira, interpretando a lei com o sentido que melhor satisfizesse o seu sentimento subjetivo de Justiça, não haveria segurança jurídica alguma, não se teria um Direito certo, não podendo cada um saber de antemão em que lei vive, com que bens de vida contar, de que modo traçar os seus planos de vida e do futuro. Não haveria a indispensável paz social, a ordem, que só se podem alcançar com um Direito certo, seguro, predeterminado. Seria o reino do arbítrio, de um Poder, do Judiciário.

Por outro lado, e ainda no domínio da certeza e da segurança jurídicas, o juiz deve interpretar a lei de modo a extrair dela uma solução, não apenas para o caso concreto, mas que seja razoável para todos os casos daquele tipo, pois só assim se garantirá o princípio da igualdade de todos perante a lei. Uma interpretação individual, válida apenas para aquele caso, situação a que certamente conduziria o Direito Alternativo, atentaria não apenas contra a certeza e a segurança jurídicas, mas também contra o princípio de isonomia, de igualdade de todos perante a lei, pelo que uma tal interpretação seria frontalmente inconstitucional e, como tal, inaceitável.

---

11. Apostila de aulas proferidas ao 1º ano da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 1999 sobre: “Interpretação da Lei. Objeto da Interpretação. Métodos de Interpretação. Espécies de Interpretação. O Direito Alternativo e a Equidade”.

12. V. Francisco Amaral, Direito Civil, na sua excelente obra, escreve este autor: “Valor fundamental é a justiça (p. 14). E mais adiante, tratando da segurança: “A segurança jurídica significa a paz, a ordem e a estabilidade e consiste na certeza da realização do direito. Os sistemas jurídicos devem permitir que cada pessoa possa prever o resultado de seu comportamento, o que ressalta a importância do aspecto formal das normas jurídicas, a sua forma de expressão. O Direito tem, por isso, como um dos valores fundamentais para muitos o primeiro na sua escala, a segurança, que consiste, precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança da sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza do seu exercício e cumprimento”.

O segundo argumento é o que concerne à realização da própria *Justiça*. Administrar a Justiça é dar a cada um o que é seu, o *suum cuique tribuere* dos romanos. Ora, é só a lei que vai dizer o que é meu e o que é seu, só a lei, predispondo as regras sobre as titularidades dos bens, é que pode estabelecer e definir essas titularidades de modo a garantir, por outro lado, a ordem e a paz social. Mais: assegurando-se a igualdade de todos perante as leis é que se assegura a realização da Justiça. Ora ao Judiciário compete dizer, num dado caso concreto, dentre dois interesses conflitantes, de que são sujeitos duas pessoas que disputam um bem, qual deles deve prevalecer. O juiz declara o Direito no caso concreto, abstratamente predisposto nas normas jurídicas. A missão do juiz é fazer Justiça desse modo, declarando o Direito e não criando a norma que ele próprio julga adequada para o caso concreto, afastando a regra que um outro Poder - o Legislativo - criou, nos termos da Constituição.

Daqui se vê - e é este um terceiro argumento - que qualquer decisão nos termos do Direito Alternativo é também frontalmente *inconstitucional* porque viola, antes de mais, o princípio da separação de poderes, estabelecido no art. 2º da Constituição Federal. O juiz que decide segundo a equidade<sup>13</sup> cria a norma que julga adequada ao caso concreto, afastando a que porventura exista, para regular o caso a decidir. Viola também o princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei (art. 5, II). Se o juiz pode decidir segundo a equidade e não segundo a legalidade, pode decidir contra aquele que tenha agido nos termos da lei, ou de acordo com ela. Basta que, segundo a sua convicção pessoal, a norma aplicável ao caso lhe pareça injusta ou inoportuna.”

#### IV

De tudo o que fica exposto se conclui que a missão do juiz é a de declarar o Direito para o caso concreto, já que ele está só abstratamente previsto nas normas legais para uma generalidade de casos, sem qualquer particularização. A particularização da norma ao caso concreto pode demandar e geralmente requer uma atividade *criadora*, do juiz de modo a compatibilizar com o espírito da norma o caso com as suas circunstâncias concretas. Mas isto, de modo algum, permite que o juiz ignore, em nome da Justiça do caso concreto, o que dispõem leis imperativas, quer de direito

---

13. Salvo quando isto é autorizado pela própria lei, em casos determinados. Assim, por exemplo, na aplicação da pena da perda do direito ao seguro, art. 1.456 do CC, na arbitragem, art. 2º da Lei n. 9.307/96, na defesa do consumidor, art. 7º, 51-V, na divisão de águas comuns, CA art. 73, parágrafo único.



material, quer de direito processual. E quanto a estas últimas também em função de uma suposta “inferioridade” dessas normas, em razão da cada vez mais decantada *instrumentalidade* do processo.

Esta colocação leva a perguntar de que modo o juiz há de realizar o justo do caso concreto, sabido que, na busca desse tipo do justo, ele tem, muitas vezes, que ignorar leis imperativas que chocam o seu sentimento subjetivo de Justiça, fundado provavelmente no justo natural. Mas o justo natural pode não coincidir com o justo convencional, aquilo que a comunidade, através de seus representantes, entende como justo. Será que, nestas condições, poderá o juiz rejeitar o justo convencional para ficar com o justo natural?<sup>14</sup>

Ouçamos o que tem a dizer o já citado e eminente professor Goffredo Telles Júnior que dispensa apresentação e que no artigo já referido, após as palavras com que o inicia (“Estávamos em outubro de 1990. Eu vinha lidando com a Justiça com os problemas do justo e do injusto - havia mais de meio século”), escreve literalmente: “Fascinante devo dizê-lo o sonho de colocar, por cima do *justo* por *convenção*, o soberano *justo* por *natureza*. Sinto-me irmanado com os juízes do Direito Alternativo enquanto permaneço na pura esfera do sonho”...<sup>15</sup>

Voltando à indagação feita, o juiz há de pretender alcançar o justo concreto a partir do justo *convencional* e não do justo *natural*, o que desde logo quer dizer que pouco importarão as suas convicções pessoais para esse efeito<sup>16</sup>, ainda que elas possam ser, e normalmente o são, importantes na medida em que permeiam a interpretação da

---

14. Um exemplo muito sugestivo poderá ser dado. O aborto é uma violência e certamente contrário ao justo por natureza. Suponhamos que uma mulher, ao abrigo das leis do país, que permitem o aborto, em certas condições, pretende realizá-lo, num Hospital Público, cujo diretor, por convicções próprias, recusa-se a executá-lo. A mulher recorre ao Judiciário para fazer valer o seu direito. Poderá o juiz, em nome do justo natural, negar à mulher o direito que pleiteia? Decerto que não.

15. E prossegue o mesmo eminente jurista: “Esse é o sonho. Mas é um sonho de todos nós. Todos nós temos um compromisso com a Justiça concretizada. Todos nós precisamos fazer Justiça concretizada, nos atos comuns da vida. E todos nós de fato buscamos praticá-la, em nossas casas, em nossos ambientes de trabalho, no clube, na rua”. E mais incisivamente ainda: “Mas, no caso de *conflito* entre aparências diferentes de Justiça concretizada, que fazemos? Vamos ao Juiz, para que ele diga quem tem razão, de acordo *com as leis*. O que pedimos ao juiz não é, certamente, que ele nos revele a sua doutrina e suas aspirações sobre o caso concreto. O que pedimos é que o juiz nos diga o que *a lei manda*, no caso concreto. O que queremos é nos submeter à lei, não ao juiz, não à teoria do juiz, à revelia da lei” (Revista da Faculdade de Direito v. 94 p. 76, 1999).

16. Assim, e voltando ao exemplo dado anteriormente em nota, pode o juiz, pessoalmente, ser contra o aborto, incondicionalmente, mas se as leis do país o permitem, em certas condições, não terá como deixar de aplicar a lei, quando a mulher o requer, nas condições em que a mesma lei o permite.

lei e conseqüentemente a *particularização* dela ao caso concreto, mas sem que isso implique, seja em que medida for, na sua violação.

“O justo *por convenção* é aquilo que é *tido como justo* porque assim se convencionou...

“Esta é uma contingência de que os seres humanos, que vivem em sociedade, não se podem livrar. Sem uma *convenção básica* sobre o quê, de modo geral, *deve ser tido como justo*, impossível seria a convivência. Não há quem não entenda que ela é *condição da convivência, condição da sociedade humana*.

Essa convenção básica tem um nome: ela é o contrato de ética social”<sup>17</sup>

A observância das leis imperativas, de todo e qualquer ramo de direito, público ou privado, em que se exprime o justo, pactuado nesse *contrato de ética social* é assim, por esse motivo, obrigatória na elaboração da sentença judicial e porque estamos num sistema de lei escrita (*civil law*), onde os conflitos de interesses são resolvidos em tese pelo legislador, como o afirma Philip Heck<sup>18</sup>, com maior razão do que num sistema do direito dos casos (*case law*) e da obrigatoriedade do precedente (como ocorre no sistema da *common law*), pode dizer-se que *cada caso é um caso*, diferente do outro.<sup>19</sup> Fato que não dá ao juiz o direito de ignorar a lei, ou de distorcê-la, a seu talante, no anseio de realizar o *seu* justo concreto. Há de procurar o justo abstrato, convencional, refletido nas leis, que melhor possa ser realizado no caso

17. Goffredo da Silva Telles Júnior, obra citada, p. 361, em que se lê ainda: “Notemos que essa convenção não é uma fantasia do espírito humano. Aquilo que é *tido como justo* é tido como justo por força de uma experiência de vida, após um processo de convivência e de relacionamento humano. Para muitas circunstâncias, a própria vida normal, a própria vida pacífica da sociedade acaba apontando para o que é *mais conveniente* à ordem na coletividade. Indica os comportamentos que, de modo geral, *devem ser tidos como justos*.” E mais adiante: “O que verificamos é que ela (referindo-se à *ética social*) nada tem de universal, nem de imutável. Ela não é *universal*, pois cada coletividade tem a sua própria ética; e não é imutável porque a ética de uma coletividade vai mudando, como bem sabemos, ao sabor de mil influências diversas. A ética social se exprime por meio de *normas*, que são indicações e sinais de *normalidade* vigente, para a necessária informação das pessoas, em sua atividade diária.”

18. Philip Heck, Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses, tradução de José Osório, São Paulo, Saraiva, 1947.

19. Não se ignora que, cada vez mais, há uma interpenetração dos dois sistemas de modo que no sistema da *civil law* recorre-se aos precedentes na decisão das questões concretas, enquanto no sistema da *common law* se legisla de modo a uniformizar-se a jurisprudência existente. O que é condenável é que, como tem vindo ocorrendo entre nós, cada vez mais, não obstante o sistema ser da lei escrita, os tribunais, por comodidade ou outras razões, alheiam-se totalmente das particularidades do caso concreto, invocando um precedente do mesmo Tribunal ou do Tribunal Superior, que, por vezes, se distancia consideravelmente do caso em tela.

concreto. Isto só se alcançará se se tiver em conta uma certa idéia de Justiça que nos parece conveniente referir aqui.

Cumprindo o que dispõem as leis, de direito material e de direito processual, o juiz chega a uma conclusão que, num conflito de interesses entre duas ou mais partes que disputam um bem, leva-o a dar prevalência ao interesse de uma/s e a sacrificar correspondentemente o interesse de outra/s. A realização da Justiça no caso concreto consiste precisamente nisso: na fiel observância e no regular cumprimento do que as leis, devidamente interpretadas, prescrevem e que levam a um ou outro resultado, independentemente de quaisquer considerações pessoais do juiz sobre como ele entende e vê a situação a ser resolvida, segundo o seu sentimento subjetivo de Justiça.

É nessa medida que se diz aqui que o Direito é o instrumento da realização da Justiça; ele acha-se predisposto na lei, no ordenamento e ao juiz não cabe mais do que declará-lo no caso concreto. É a lei que diz de que modo deve operar a *distribuição* dos bens e serem satisfeitos os interesses de cada um; ela é disposta de modo geral e abstrato, em tese, e é mister do juiz, diante de um conflito de interesses, dizer de que modo a lei entendeu dever fazê-la no caso concreto. Tarefa árdua, por vezes mais difícil do que a do próprio legislador, uma vez que a interpretação supõe um labor que em criatividade pode superar o da geração da lei.

## V

Dir-se-á, em face das afirmações que aqui se fazem, que se trata de idéias superadas, pois ninguém ignora que hoje, mais do que nunca, em face dos progressos da técnica, as rápidas transformações da sociedade, que já no passado foram responsáveis pela assim designada *revolta dos fatos contra os Códigos*, exigem técnicas legislativas diferentes, mediante a elaboração de micro-sistemas<sup>20</sup>, só compatíveis com a atribuição de poderes cada vez maiores aos juizes como por exemplo os de determinar o sentido das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, o que supõe uma evidente atividade complementar à do legislador.

Não se nega, mas também aqui há que insistir em que se trata de parâmetros e de limites prefixados pelo legislador e que o juiz acaba por ter sempre de caminhar por veredas de pensamento que, por mais largas e inovadoras, encontrem

---

20. Temos entre nós alguns deles, como o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Mulher Casada, a Lei de Locações de Imóveis Urbanos, etc.

uma *substancial* ressonância no que foi querido e pensado pelo legislador. Pode se manifestar inconformismo com esse estado de coisas e afirmar-se que as exigências do mundo moderno, com toda a complexidade dos seus problemas e os requintes da sua técnica, responsável pelas rápidas transformações sociais e a inerente defasagem entre o Direito e a Vida, não se compadecem com o velho sistema, em que se tolhe a desenvoltura do Juiz e não se lhe permite que excogite soluções não previstas no quadro normativo, e que podem ser muito mais ricas como resposta *adequada* às questões que se debatem num pleito judicial.

O que não se pode é, como frequentemente se faz, subverter as coisas e, num estado democrático de Direito, em que vigora a independência e a harmonia dos Poderes, atribuir-se ao juiz o papel do legislador ou ao Executivo o papel do Judiciário<sup>21</sup>. Que se altere, em primeiro lugar, o sistema de autolimitação dos Poderes, acolhido na Constituição Federal, abolindo-se o sistema de legalidade, de igualdade perante a lei e tantos outros, que situam cada um deles na esfera própria de modo que não se admita a invasão de um pelo outro. É claro que ninguém faria isso porque seria a anarquia, o caos. É bom o sistema que temos, enquanto não for descoberto um outro, melhor. Mas, enquanto o tivermos, não sejamos hipócritas.

O que se faz necessário é que os tribunais decidam bem, proferindo despachos, sentenças e acórdãos que, não só sejam sustentáveis em face do que dispõem as normas do ordenamento, mas também tenham base científica, utilizem no percurso do pensamento intelectual que os conduz à conclusão, os princípios gerais da Ciência do Direito. Só assim é que imprimirão às suas decisões a necessária credibilidade e no raciocínio que os leva a dar prevalência a um dos interesses conflitantes, em face do outro, mediante a aplicação das normas do ordenamento, chamadas à colação por uma operação de subsunção, acabam por convencer a parte que sucumbiu de que era essa a única solução possível, a atribuição do bem, objeto de disputa, ao autor e não ao réu, ou vice-versa. É nisto que consistirá afinal a realização da Justiça.<sup>22</sup>

São Paulo, abril de 2001.

21. Basta lembrar os poderes que se atribuem, cada vez maiores, a certos órgãos administrativos - o Cade, os Procons, o Decon - de instruir e julgar, em processos administrativos, infrações diversas, com a aplicação a final de severíssimas penalidades, ainda que posteriormente sujeitos ao crivo do Judiciário. Tal subversão, aliás, é feita sem rebuços pelos juizes, adeptos do chamado Direito Alternativo.

22. Não é isto que ocorre na maioria das vezes. Para ilustração do que aqui se afirma remetemos o leitor para o nosso artigo "A Certeza e a Segurança como Valores Fundamentais na Declaração do Direito e na realização da Justiça, e o modo de atingi-las" (Revista da Faculdade de Direito 94/ 349 - 1999).

## Bibliografia

Amaral, Francisco, *Direito Civil, Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, 2ª edição.

Heck, Philip, tradução de José Osório, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, São Paulo, Saraiva, 1947.

Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução de José de Sousa Brito e José António Veloso, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978;

Reale, Miguel, *O Direito Como Experiência*, São Paulo, Saraiva, 1967.

Tepedino, Gustavo, Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, em *Temas do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1991;

Sichès, Luis Recasens, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 1973.

Telles Júnior, Goffredo,

\_\_\_\_\_. *O Direito Quântico, Ensaio sobre o Fundamento da Ordem Jurídica*, São Paulo, Max Limonad, s/d;

\_\_\_\_\_. *Iniciação na Ciência do Direito*, São Paulo, Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *O chamado Direito Alternativo*, Revista da Faculdade de Direito, fasc.94, p.74, 1999.



# BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O FUTURO DO PROFISSIONAL DO DIREITO: A CRISE DO ESTADO, AS ALTERAÇÕES DE ORDEM INTERDISCIPLINAR E A CRISE DO ENSINO JURÍDICO<sup>1</sup>

*Antonio Carlos Morato*

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP  
Professor de Direito Civil e Direito do Consumidor da Faculdade de  
Direito da Universidade São Marcos e de Direito Civil, Direito Ambiental  
e Direito do Consumidor da UniFMU

## Resumo:

A finalidade do presente trabalho é levantar algumas questões que envolvem o operador do Direito no mundo contemporâneo e que talvez venham a influenciar o futuro desse mesmo profissional. Questões como a crise do Estado e a necessidade de conhecimentos interdisciplinares em novos ramos da ciência jurídica (tal como o Direito do Consumidor), bem como as respostas apresentadas até aqui pelo ensino jurídico a tais demandas serão analisadas. Tal estudo desenvolver-se-á sem perder de vista a permanência de algumas críticas às Faculdades de Direito, repetindo argumentos que já eram invocados no século XIX e que continuam a ser apresentados freqüentemente como se estivessem surgindo em pleno século XXI.

## Abstract:

The target of the present work is to confront a few questions in the life of the law professional today and maybe will be present in the future of this professional. Questions like the crisis of the State and the interconnection of theory in the other sciences and the new Law camps (like the Consumer Law), as well the answers until now by the law teaching system, whose most relevant aspects are analyzed here, namely. This study makes a demonstration of "new" arguments to analyze the Law Schools of the 21<sup>st</sup> century who repeats the same argumentation of the 19<sup>th</sup> century.

---

1. Trabalho que representou a Faculdade de Direito da Universidade São Marcos e que foi apresentado no *XXVIII Encontro Nacional de Faculdades de Direito: O Ensino do Direito no Século XXI*, realizado na Faculdade de Direito da UFRS, em Porto Alegre, RS, de 25 a 27 de outubro de 2000.

**Unitermos:** Crise do Estado, Ensino jurídico, o futuro do profissional do Direito

Sumário: I. Introdução; II: A crise do modelo jurídico centrado no Estado; III: Perplexidades do profissional do Direito diante das transformações contemporâneas; III.1. Os interesses metaindividuais; III.2. Necessidade de aquisição de um conhecimento interdisciplinar; IV. O ensino jurídico; V. Conclusões.

**I. Introdução**

Queremos iniciar nossa exposição esclarecendo que não pretendemos aqui mais do que apontar algumas tendências nas carreiras jurídicas, com base nas reflexões doutrinárias desenvolvidas até o momento por diversos juristas, analisando ainda alguns dispositivos legais que confirmariam a veracidade de tais constatações.

Pretendemos ainda situar historicamente as discussões acerca do conflito do Direito com os demais ramos do conhecimento, bem como demonstrar que muitas das críticas e sugestões, feitas atualmente, para um aprimoramento do ensino jurídico, já eram realizadas em meados do século passado, estando longe de constituir alguma novidade.

Todavia, advertimos desde logo que o próprio título do trabalho parece excessivamente pretensioso e, por essa razão, é importante deixar claro que as conclusões decorrentes do mesmo nada mais são do que humildes contribuições para uma visão inicial sobre a questão, na condição de um simples observador interessado no tema.

Qualquer ciência humana, pela mutabilidade constante da própria sociedade, não está submetida às mesmas regras de comprovação imediata de uma ciência exata, pois só fatos supervenientes é que poderão comprovar ou não o acerto das conclusões que necessariamente apresentam um caráter de provisoriedade em tal campo.

Assim, desenvolveremos nossa exposição em três eixos básicos, ligados entre si, a serem analisados: a crise de um modelo jurídico centrado no Estado; a perplexidade do profissional do Direito em face de novos conhecimentos que lhe são exigidos para interpretar a própria legislação e as respostas do Ensino Jurídico às transformações que já ocorreram e às que estão em vias de ocorrer.

Lembramos, também, que a expressão operador do Direito, que basicamente equivale à do profissional do Direito, será utilizada em diversos pontos, até porque mencionada com frequência nas diversas universidades do País e familiar, portanto, ao público a que se destina esse trabalho.



## II. A crise de um modelo jurídico centrado no Estado

Não constitui nenhuma novidade a afirmação de que o Estado se encontra imerso em uma grave crise que refletiria no próprio ensino jurídico, já que este teria no estudo da norma produzida por esse mesmo Estado o seu principal fundamento.

É fato que o Estado tem ocupado um papel central não só na produção, mas também na aplicação da norma jurídica e que a norma posta, nessa ordem de raciocínio, deixaria de ser apenas um reflexo da necessidade de eliminação de um determinado conflito para constituir uma verdadeira afirmação de soberania do Estado-Nação.

Com a ascensão do Direito Público, como aponta Louis Assier-Andrieu “*desenvolvida no século XIX e no início do século XX, devido à exaltação da função estatal, o Direito é encarnado pelo Estado e o Estado supõe o Direito. Sua unidade é a tal ponto indissociável que, falando de um, fica em geral implícito que se fala também do outro*”<sup>2</sup>

A soberania de um Estado, nesse contexto, seria expressa por meio da norma, o que explica desde uma compreensível preocupação com a vigência desta em seu território, diante de normas elaboradas por Estados estrangeiros até uma tradicional visão de que, mesmo em tratado no qual é parte, esse Estado só deveria permitir o ingresso da norma oriunda do mesmo, em um nível hierárquico inferior ao da norma constitucional.

Essa discussão é particularmente significativa na União Européia, onde se discute a questão do grau de importância da Constituição diante das Diretivas Comunitárias, sendo que os constitucionalistas apoiam-se na prevalência das constituições, enquanto os internacionalistas europeus normalmente vêm sustentando que os tratados é que deveriam prevalecer sobre aquelas.<sup>3</sup>

---

2. Cf. Louis Assier-Andrieu. *O Direito nas Sociedades Humanas*. tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 20.

3. Na verdade, as Diretivas da União Européia, ao contrário dos regulamentos, não são auto-aplicáveis, como adverte Pietro Perlingieri, mas “*se elas contêm, por exemplo, cláusulas gerais que caracterizam uma determinada matéria regulada pelo Direito Estatal, podem ser utilizadas como integrativas e explicativas de tal disciplina. Uma interpretação em conformidade com a diretiva não atuada, todavia, pode ser adotada pelo intérprete somente se a norma interna não se apresenta em aberto e insanável contraste e, ao mesmo tempo, permita ao juiz nacional um certo poder de avaliação discricionário (que deve ser distinto da avaliação arbitrária), que possa ser exercido em conformidade com a diretiva*” (Cf. Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 86).

Um outro desafio enfrentado no âmbito da União Européia é a transparência das decisões, já que a importância dos parlamentos nacionais é reduzida. Tal fato é descrito por Noam Chomsky, pensador e lingüista norte-americano, ao dizer que os europeus, em relação ao comércio internacional (citando o Gatt, na época), “*estão preocupados com a distância crescente entre as decisões executivas (secretas) e as instituições democráticas (ou ao menos parcialmente democráticas) tais como os parlamentos, cada vez menos capazes de influenciar as decisões tomadas no nível da comunidade*”<sup>4</sup>

Redução da soberania e ausência de transparência das decisões - porque por vezes a pressão econômica das grandes empresas suplanta os interesses nacionais - são problemas que envolvem necessariamente a integração econômica em grandes blocos.

Não precisamos nos aprofundar tanto na questão, basta lembrar que o conflito entre norma oriunda de tratado e legislação nacional sempre provoca acirrados debates, ainda que os objetivos sejam os mais nobres possíveis.

No caso brasileiro, um bom exemplo é a discussão acerca da aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, que excluía a possibilidade de prisão do depositário infiel; pois, em que pese o fato do art. 5º. § 2º da Constituição Federal visar justamente a ampliação de direitos (no caso o direito à liberdade), possibilitando a inserção de norma mais favorável relativa à proteção de direito humano fundamental em nível *constitucional*, a solução foi a mais conservadora possível, ainda que essa interpretação alternativa fosse viável mesmo diante do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>5</sup>

4. Cf. Noam Chomsky. *A Minoria Próspera e a Multidão Inquieta*. 2ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 38.

5. Interessante e inovadora Doutrina foi desenvolvida tanto por Antonio Cançado Trindade quanto por Flávia Piovesan, defendendo que o § 2º do art. 5º da Constituição Federal emprestava um *status* de norma constitucional a qualquer tratado que ampliasse norma relativa a direitos humanos fundamentais, pois o escopo do § 4º do art. 60 da mesma Constituição (as chamadas cláusulas pétreas que impossibilitariam mudanças nos direitos e garantias fundamentais previstos no art. 5º) seria antes de mais nada proteger os direitos fundamentais de arroubos autoritários e não estagnar esses mesmos direitos, pois os direitos fundamentais previstos ali são apenas um mínimo, que pode ir se ampliando mais e mais no futuro (consultar, para uma análise aprofundada da questão, a obra de Flávia Piovesan intitulada “*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*”, publicada pela Editora Max Limonad e já em sua 4ª edição).

O Supremo Tribunal Federal, em um primeiro momento não examinou tal teoria, discorrendo apenas acerca do eventual conflito infraconstitucional entre a norma do tratado e as normas internas (como no caso da alienação fiduciária em garantia), no recurso extraordinário n. 207.532/SP, que teve como relator o ministro Moreira Alves, e para quem “*esta corte, por seu plenário (HC 72131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna, de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário*

Assim, um Estado tenta afirmar-se diante dos demais não-só por seu idioma, sua cultura, ou mais tradicionalmente até pelo seu poder bélico mas, também, por meio de suas normas e ainda pela interpretação de seus tribunais, mesmo nos países em que prevalece o Direito Consuetudinário -

Contudo, o interesse econômico pela integração supera, na maioria das vezes, os argumentos jurídicos - normalmente criados em torno da idéia de um Estado soberano invocados pela Doutrina e pelos tribunais.

Não devemos esquecer que, mesmo no plano interno, argumentos de ordem econômica acabam por suplantar, também, direitos assegurados pela própria Constituição, como pudemos testemunhar nos sucessivos planos econômicos dos anos 80 e 90.

A rigor, o debate não é novo, pois a Economia - e os agentes econômicos, que muitas vezes influenciam o Estado em um determinado sentido sempre é um dado relevante nessa análise.

Basta recordar que, em 1955, San Tiago Dantas, em aula inaugural da Faculdade Nacional de Direito, já afirmava que “o Direito, como técnica de controle

---

*infiel em se tratando de alienação fiduciária, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do art. 5º, LXVII da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel”.*

Posteriormente, o ministro Celso Mello, no RE n. 269.661-7-SP examinou a questão e alinhou-se também a um entendimento mais conservador, alegando inexistir “na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o Direito Positivo interno, sobretudo em face das cláusulas inscritas no texto da Constituição da República, eis que a ordem normativa externa não se superpõe, em hipótese alguma, ao que prescreve a Lei Fundamental da República. Impende salientar, por isso mesmo, que a cláusula inscrita no art. 7º, n. 7, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – que omite qualquer referência normativa à possibilidade de decretação da prisão civil do depositário infiel não vincula o legislador constituinte, que sempre poderá dispor em sentido contrário no próprio texto da Constituição. Sempre reconhecendo a necessária submissão hierárquico-normativa dos tratados internacionais à ordem jurídica subordinante consubstanciada na Lei Fundamental da República (ADI 1.480-DF. Rel. Min. Celso de Mello) impõe-se acentuar, neste ponto, que não há como emprestar à cláusula inscrita no art. 5º, § 2º, da Carta Política um sentido exegético que condicione, ou que iniba, ou, até mesmo, que virtualmente impossibilite o Congresso Nacional de exercer, em plenitude, as típicas funções institucionais que lhe foram deferidas pelo documento constitucional, especialmente quando este outorga ao Poder Legislativo expressa autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel. A ordem constitucional vigente no Brasil não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante convenção internacional, ter-se-ia interditado a possibilidade de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Os tratados internacionais não podem transgredir a normatividade emergente da Constituição, pois além de não disporem de autoridade para restringir a eficácia jurídica das cláusulas constitucionais, não possuem força para conter ou para delimitar a esfera de abrangência normativa dos preceitos inscritos no texto da Lei Fundamental”

*da sociedade, vem perdendo terreno e prestígio para outras técnicas, menos dominadas pelo princípio ético, e dotadas de grau mais elevado de eficiência. A ciência da administração, a ciência econômica, as ciências que procuram sistematizar as diversas formas de controle social, fazem progressos que algumas vezes colocam os seus métodos e normas em conflito com as normas jurídicas. E o Direito assume, nesse conflito entre um critério ético e um critério puramente pragmático, o papel de força reacionária, de elemento resistente, que os órgãos de governo estimariam contornar para poderem promover por meios mais imediatos e diretos o que lhes parece ser o bem comum”*<sup>6</sup>

No Brasil diversos problemas tornam extremamente complexa a discussão acerca do papel do Estado, pois os tribunais resistem à aplicação da norma oriunda de tratado ao mesmo tempo em que o Poder Executivo, impulsionado pelas forças do mercado, insiste em uma integração em bloco e invoca a todo instante a inevitabilidade do fenômeno da globalização, ao mesmo tempo os tribunais têm sua atuação contestada e defende-se, constantemente, uma mudança no ensino jurídico, visando adaptá-lo a um sistema próximo do consuetudinário, e em soluções alternativas como a via arbitral.

A própria via arbitral cria uma alternativa que coloca em xeque a idéia de Estado, pois se entendermos que a língua é um dos elementos de identidade de um povo, a própria Lei n. 9.307/96 não impede que a sentença arbitral seja redigida em língua estrangeira.

Embora a via judicial continue a exigir que a decisão seja prolatada em língua portuguesa, Carlos Alberto Carmona salienta que a via arbitral possibilita a redação da sentença arbitral em língua estrangeira, pois embora parte da Doutrina discorde, a Lei n. 9.307/97 “*não determina que a sentença arbitral seja necessariamente redigida em idioma nacional, e também não obriga a utilização do vernáculo durante o processo arbitral (e para a prática dos atos processuais)*” e “*enquanto o Código de Processo Civil determinou peremptoriamente (art. 156) que ‘em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo a Lei de Arbitragem não estabeleceu esta limitação, e não poderia mesmo fazê-lo, na medida em que podem as partes estipular que os atos processuais da arbitragem sejam todos processados no Brasil, mas a sentença seja proferida fora do território nacional (art. 10, V da Lei): seria*

---

6. Cf. San Tiago Dantas. “A Educação Jurídica e a Crise Brasileira” *Encontros da UNB: Ensino Jurídico*. Brasília: UNB, 1978-1979, p. 53.

*pouco prático, em tal hipótese, que a língua empregada fosse necessariamente a portuguesa!”*<sup>7</sup>

Lembramos que, até recentemente, o Compromisso Arbitral previsto no Código Civil e, posteriormente, no Código de Processo Civil, era apontado como absolutamente inócuo e deslocado da realidade pois polemizava-se acerca da utilização prática do instituto por não contar com a tradicional tutela estatal.

Logo após a Constituição de 1988, invocava-se o art. 5º, XXXV daquele diploma legal, a fim de inviabilizar a arbitragem, sob a alegação de que o princípio da inafastabilidade da tutela judicial e o princípio do juiz natural não admitiriam a via arbitral, posicionamento este que foi revisto por boa parte da Doutrina em face da Lei n. 9.307/96.<sup>8</sup>

O Estado brasileiro (e certamente não só ele, já que há uma crise global do Estado que, como veremos, ocorre ciclicamente), dessa forma, encontra-se diante de basicamente dois dilemas, um de ordem externa e outro de ordem interna, na produção de norma e na aplicação do Direito.

No plano externo há a expectativa de maior competitividade internacional por meio da integração em um grande bloco econômico, o Mercosul, que exige uma produção legislativa condicionada por interesses nem sempre convergentes, enquanto no plano interno há uma demanda significativa por maior celeridade do Judiciário, tanto pelas grandes empresas como pela população.

Por sua vez, o Legislativo defronta-se com a complexidade crescente dos problemas sociais que exigem, na produção das normas, a utilização constante de

---

7. Cf. Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros. p. 161.

8. Nélson Nery Júnior afirma que *“o que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à Justiça estatal, mas a lide será resolvida pela Justiça arbitral. Em ambas há, obviamente, a atividade jurisdicional”* (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 511).

Em período anterior à edição da Lei n. 9.307/96, em que o juízo arbitral necessitava de homologação, o mesmo autor já sustentava que o art. 1.078 do Código de Processo Civil havia equiparado o juízo arbitral ao juízo estatal e que *“a sentença arbitral deverá ir ao juiz estatal para homologação, imune de defeitos intelectivos e formais, de sorte que as partes possam entendê-la para poder cumpri-la. O juiz estatal nada poderá acrescentar ao laudo arbitral, quer para corrigir-lhe error in judicando, tampouco para consertar-lhe error in procedendo, sua função é pura e simples, devendo homologar ou-não o laudo. Entender-se o contrário seria admitir-se o exercício de jurisdição plena estatal pelo juiz togado, que não se limitaria a homologar a sentença arbitral”* (Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 86).

terminologia própria de áreas estranhas ao Direito tradicional, tais como a Química, a Física, a Biologia e outras, além da crescente insegurança gerada pela violência cada vez maior na sociedade brasileira.

Internamente, a Economia contemporânea exige que os conflitos sejam dirimidos em tempo real, enquanto o Estado, via Poder Judiciário, não consegue ir além de soluções apresentadas em tempo diferido, vez que acostumou-se a uma maior maturação das decisões, sem mencionar a sobrecarga de feitos a que é submetido constantemente. Salienta-se que é a situação na qual a própria Administração Pública apresenta considerável parcela de culpa.

Comentando uma série de artigos publicados por José Eduardo Faria no jornal *O Estado de S. Paulo*, em que este cuida da dicotomia tempo real e tempo diferido, Luiz Sérgio Fernandes de Souza diz que o surgimento de novas esferas de composição dos conflitos parte “*também de organismos financeiros internacionais, que reconhecendo o descompasso entre o ‘tempo real’ da economia e o ‘tempo diferido’ dos tribunais, procuram investir recursos na modernização do Judiciário brasileiro*” e “*estes investimentos, para além de suprir as necessidades materiais, buscam uma nova orientação da ideologia jurídica, que tende a se aproximar cada vez mais da common law*”

Longe de serem desinteressadas, o autor ressalta que a ajuda de organismos internacionais (inclusive, como podemos observar, na promoção de diversos seminários realizados em universidades norte-americanas, para os quais são convidados diversos membros das Cortes superiores brasileiras), tem como escopo “*otimizar os resultados da transnacionalização dos mercados*” sem esquecer que ainda “*desenvolvem-se mecanismos de arbitragem que passam ao largo do Poder Judiciário*” e que “*esta prática, que vinha sido desenvolvida informalmente pelas empresas transnacionais, foi objeto da Lei Federal n. 9.307/96*”<sup>9</sup>

Logo, as grandes empresas, ao optarem por buscar soluções fora do Estado, retornam ao antigo modelo da *Lex Mercatoria*,<sup>10</sup> visando com isso atingir a rapidez decisória imprescindível à atividade empresarial.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona ensina que a *Lex Mercatoria* contemporânea “*desenvolve-se a partir de três circunstâncias bem distintas: a afirmação*

9. Cf. Luiz Sérgio Fernandes de Souza. “Globalização e Direitos Humanos: em busca da racionalidade perdida” RT-757, novembro de 1998, p. 60.

10. José Eduardo Faria, em tese apresentada no concurso para professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada “*O Direito na Economia Globalizada*” (pp. 4-5, nota de

*crecente de práticas contratuais uniformes no comércio internacional, a consolidação de regras autônomas relativamente às legislações nacionais (o que ocorreu especialmente nas relações entre empresas e Estado, pois este raramente aceita submeter-se à lei daquelas – e vice-versa – de tal sorte que os contratos acabam submetidos a princípios de Direito Internacional e princípios gerais de Direito) e a crescente conscientização dos operadores do comércio internacional da inadequação das leis nacionais para responder os problemas decorrentes de contratos transnacionais”*<sup>11</sup>

Basta observar que, internacionalmente, os litígios são resolvidos na Organização Mundial de Comércio (OMC) e não na Corte Internacional de Justiça, um órgão que acaba por ser simplesmente decorativo.

Passaríamos então a ter novamente não mais um monismo, mas sim um pluralismo jurídico, porque diversas as fontes de produção da norma.

Contudo, devemos afastar qualquer conclusão apressada e lembrar que a História funciona como um pêndulo, retornando a uma situação semelhante acrescida de novas variáveis.

Nesse sentido, insistimos que o fenômeno do pluralismo não é novo, pois a História oscila entre períodos de centralização e descentralização em torno da figura do Estado.

Para tanto, lembramos que após o período de descentralização ocorrido na Idade Média ocorreu, também por necessidade econômica, o reagrupamento em torno da autoridade estatal.

---

rodapé n. 10), relata que a *Lex Mercatoria* foi “forjada a partir dos séculos XI e XII com base nas necessidades dos comerciantes europeus e navegadores empenhados em abrir novos mercados e de contar com uma ordem jurídica que servisse aos seus interesses onde quer que atuassem”, pois a mesma vem a ser “um conjunto de regras e princípios costumeiros reconhecido pela comunidade empresarial e aplicado nas transações comerciais internacionais independentemente de interferências governamentais”

Anterior ao Estado Contemporâneo, tais normas lidam “com um grupo particular de pessoas (os mercadores) em locais específicos (feiras, mercados, portos, etc.)”, sendo diferentes “dos direitos locais, feudais, reais e eclesiásticos; tem um caráter auto-regulador em escala transnacional; é administrado não por juízes profissionais, mas pelos próprios comerciantes, utilizando como critério básico o princípio da equidade (no sentido medieval de *fairness*); e se destaca pela vinculação e segurança propiciada aos contratos, pela diversidade de procedimentos para o estabelecimento, a transmissão e o recebimento dos créditos e pela rapidez e informalidade da adjudicação”.

A perda da previsibilidade e transparência que estavam na origem da *Lex Mercatoria*, com a expansão da economia internacional e a diversificação das práticas e costumes do comércio fizeram com que o Estado Contemporâneo incorporasse, de forma progressiva esse “Direito dos Mercadores” e, finalmente, “a evolução do comércio mundial abriu caminho para o aparecimento do Direito Internacional Privado”.

11. Cf. Carlos Alberto Carmona. *op. Cit.*, p. 69.

Gérard Lebrun frisava esse aspecto, ao relatar que “*desde o fim da Idade Média, o desenvolvimento da tecnologia comercial e das transações era pouco compatível com o fracionamento dos poderes locais. É no fim do século XIV que nasce um complexo institucional dotado de poder próprio (os primeiros exércitos profissionais aparecem no final do século XIII), encarregado de garantir a segurança e a Justiça, e que se arroga o monopólio da determinação dos direitos e deveres de cada um*”<sup>12</sup>

Assim como sabemos que o período medieval se caracterizou pela ausência de um poder central, com a divisão deste entre diversos senhores feudais, tal período também caracterizou-se como aquele em que a população transferiu-se maciçamente dos centros urbanos para o campo.

Durante o Império romano, a antiga capital do Império era uma verdadeira metrópole; mas a ausência de segurança, com a invasão de Roma por sucessivas hordas de bárbaros, motivou os habitantes a abandonar a cidade, preferindo locais isolados e fortificados, onde estavam sob a proteção de pequenas autoridades regionais, que durante a Idade Média tornariam-se os conhecidos senhores feudais.

José Reinaldo Lima Lopes descreve bem essa época, ao afirmar que “*muito embora os testemunhos da época romana falassem da corrupção dos juízos, da violência dos poderosos sobre os fracos, da venalidade da Justiça, reconhecia-se que uma estabilidade garantia, por exemplo, as viagens, os deslocamentos dentro do Império. Esta rede de comunicações desaparece, como desaparece a moeda*”<sup>13</sup>

A par disso, a Idade Média caracterizou-se como um período de pluralismo jurídico, porque as autoridades eclesiásticas dispunham de normas distintas para aplicação aos seus membros e não podíamos deixar de voltar a esse ponto, não se cogitava da autoridade estatal nos domínios de um senhor feudal pois, quando muito, reconhecia-se a força vinculante do costume naquela localidade e o monarca acabava por ser apenas mais um senhor feudal.

Paulatinamente, passou a existir novamente a centralização em torno da figura do monarca e, em consequência disso, o Estado passou a produzir novamente o Direito, tal como ocorria na antiga Roma, na Grécia, na Babilônia e em outros povos da antiguidade.

---

12. Cf. Gerard Lebrun. *O que é Poder?* São Paulo: Brasiliense, 1984. p. 30.

13. Cf. José Reinaldo Lima Lopes. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 67.



Afirma-se que atualmente vivemos em uma nova Idade Média, porque o Estado não se encontra mais capacitado a fornecer a segurança esperada e, por isso, proliferam os condomínios fechados, aumenta-se a demanda pela segurança particular, como podemos testemunhar, no caso da Cidade de São Paulo, os exemplos de Alphaville ou de Tamboré.

Aliás, essa situação não ocorre unicamente no Brasil, pois o termo Nova Idade Média foi cunhado por pensadores italianos e reexaminado pelo jurista argentino Ricardo Lorenzetti, que constataram situações idênticas em seus respectivos países.

Para o jurista citado, a feudalização do Direito decorre de uma tentativa do indivíduo de desvincular-se do Estado, exemplificando com a situação das classes mais favorecidas economicamente, que *"vivem em condomínios onde o município tem pouco o que fazer"*, pois *"a polícia é substituída por vigilância contratada; a escola pública, pela privada, o sistema de saúde, pelos planos de assistência médica pré-contratada; o crédito estatal, pelo crédito privado"*, concluindo sua análise afirmando que *"assistimos, atualmente, a pior das deformações: a Justiça estatal é substituída pela Justiça privada, as pessoas se armam e se defendem por si mesmas ou contratam policiais privados"*.

Dessa forma, o indivíduo *"não necessita do Estado porque tem o seu próprio feudo e por isso dizemos que estamos assistindo a uma nova Idade Média"*<sup>14</sup>

A conclusão de Lorenzetti, abordando a verdadeira ojeriza que esse grupo social tem aos tributos pode ser associada à análise de Walter Vieira do Nascimento, citando Gabriel Ardant, pois é curioso constatar o quanto a noção de tributação associa-se à idéia de Estado, já que com o *"aperfeiçoamento do sistema tributário romano já se fazia a distinção entre imposto direto e indireto"* e *"quando Carlos Magno (742-814) na tentativa de dotar um Estado sem imposto, acabou por abrir as portas para o feudalismo, a partir daí processou-se a rápida desintegração do sistema fiscal romano, então ainda vigente"* e, só bem depois *"no período que vai do século XIII ao princípio do século XVIII, é que teve curso um movimento no sentido da reconstrução dos Estados e da conseqüente adoção de uma política tributária capaz de acompanhar e atender às necessidades dessa dinâmica"*<sup>15</sup>

---

14. Ricardo Lorenzetti clabora tal análise tendo em vista o trabalho dos pensadores italianos Umberto Eco, Furio Colombo e Francesco Alberoni na obra *La Nueva Edad Media* (em tradução espanhola da Editora Alianza, 1984) (Cf. Ricardo Luis Lorenzetti. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 53-54).

15. Gabriel Ardant *apud* Walter Vieira do Nascimento. *Lições de História do Direito*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pp. 108-109.

Anteriormente, é bom lembrar que “*entre os romanos, a arrecadação tributária estava estreitamente ligada a uma política de guerra*” e uma antiga prática seguida pelos governantes das províncias romanas “*consistia em submeter um questionário às pessoas mais influentes das localidades, a fim de se saber das condições econômicas de cada região com vistas à cobrança de tributos*”<sup>16</sup>

A História, como se sabe, demonstrou também que nem sempre as hordas de bárbaros que invadiam as províncias romanas eram malrecebidas, até porque os bárbaros não cobravam tributos e, se tais tributos apresentavam aspectos positivos (embora mais visíveis em Roma, como as grandes construções públicas, os aquedutos), também eram vistos freqüentemente de forma negativa, pois alimentavam a corrupção na capital do Império.

A crise do Estado, conseqüentemente, é cíclica e o grande dilema é que os períodos de retomada da centralização do Poder trazem consigo uma série de abusos para que esse mesmo poder possa se consolidar.

Logo, não foi por acaso que a Revolução Francesa, e o próprio liberalismo, foram a resposta ao absolutismo monárquico, mas a própria Revolução que pregava a liberdade só se consolidou em um período centralizador como o de Napoleão Bonaparte.

Aqui, passamos a discutir um novo aspecto da crise do Estado, aspecto este que também é discutido ciclicamente e que pode ser expresso em uma pergunta: como conjugar liberdade e segurança?

No período pós-revolucionário, a França possuía liberdade, mas não possuía segurança e Napoleão Bonaparte teve sua memória reverenciada não-só pelos feitos militares, mas também por ter restituído a segurança das estradas que ligavam Paris às províncias ao colocar efetivos militares que garantiam a segurança ao longo das mesmas.

Também no plano jurídico a contribuição de Napoleão Bonaparte foi importante, pois de acordo com R. C. Van Caenegem “*o idealismo ou utopismo do período revolucionário desaparecera*” e “*o Code Civil constitui o testemunho de uma reação sóbria e realista. Depois de dez anos de regime revolucionário, liquidava-se finalmente a ilusão de uma nova sociedade de homens honestos, em que as normas do Direito seriam substituídas por prescrições morais que determinassem uma conduta cívica, e os tribunais e julgamentos, por reconciliações amistosas*” existindo porém alguns benefícios, pois apesar do Código Napoleônico restabelecer “*o Direito e os*

---

16. Gabriel Ardant *apud* Walter Vicira do Nascimento. *op. Cit.*, p. 108.

*tribunais em seu pleno rigor”, “agora o sistema era mais racional e seu funcionamento mais controlável e previsível do que no ancien régime”* <sup>17</sup>

Um fenômeno idêntico ocorreu durante o período da Revolução Russa, pois a resposta ao absolutismo czarista concedeu um período de relativa liberdade durante o período inicial daquela Revolução seguido do despótico Governo de Stalin, que paradoxalmente implementou uma série de reformas preconizadas por seus rivais políticos, como era o caso de Trotsky.

Obviamente, podemos argumentar que, tanto na Revolução Russa quanto na Revolução Francesa tais mudanças ocorreram no seio do próprio Estado, mas o raciocínio permanece válido no que tange à constatação de que o poder, e as revoluções, consolidam-se mediante o sacrifício da liberdade humana em troca da segurança proporcionada pelo Estado.

Aliás, o próprio contrato social de Rousseau em um certo sentido já trazia essa idéia, confirmando que todo ser humano abriria mão de parte de sua liberdade para obter a segurança almejada, por meio do Contrato Social, em que *“cada um de nós põe sua pessoa e poder sob uma suprema direção da vontade geral e recebe ainda cada membro como parte indivisível do todo”* <sup>18</sup>

Porém, o próprio Rousseau afirmava ainda que *“renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da Humanidade e mesmo aos próprios deveres. Não há indenização possível para aquele que renuncia a tudo. Tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, é privar de toda moralidade os próprios atos e de toda liberdade a vontade. Enfim, é uma convenção vã e contraditória estipular por um lado uma autoridade absoluta, doutro, uma obediência sem limites”* <sup>19</sup>

O pensador italiano Norberto Bobbio analisou o pensamento de Rousseau da seguinte forma: *“Como não recordar as primeiras célebres palavras com que se inicia o Contrato Social de Rousseau, ou seja: ‘O homem nasceu livre e por toda a parte encontra-se a ferros’?”* isso porque os seres humanos *“de fato, não nascem nem livres nem iguais”*, pois *“são livres e iguais com relação a um nascimento ou natureza ideais, que era precisamente a que tinham em mente os jusnaturalistas quando falavam*

---

17. Cf. R. C. Van Caenegem. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. tradução de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 9.

18. Cf. Jean-Jacques Rousseau. *O Contrato Social*. tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1971, p. 49.

19. Cf. Jean-Jacques Rousseau. *op. cit.*, p. 43.

*em estado da natureza. A liberdade e a igualdade dos homens não são um dado de fato, mas um ideal a perseguir; não são uma existência, mas um valor; não são um ser, mas um dever ser”*

Porém, a positivação de tais valores muda completamente a questão, porque a partir do momento “*em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa*” é a certeza de que os direitos do ser humano não são apenas a “*expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de direitos no sentido estrito da palavras, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos*”<sup>20</sup>

Tradicionalmente, a regra da maioria é apontada como satisfatória para que se entenda consolidada a democracia e, nesse sentido, afirma Celso Fernandes Campilongo que “*hoje, tanto o eleitorado quanto o parlamento dão seguidas mostras de serem corpos políticos pouco estimulados ao uso intensivo e proveitoso da regra da maioria. As fontes da legalidade também parecem ser outras. Conseqüentemente, as práticas e os locais para a utilização da regra da maioria mudam ao ritmo das transformações sociais. A regra da maioria é exata em sua dimensão matemática e formal. Mas é também dinâmica e mutável do prisma ético, político e social. Assim como a democracia, o critério do maior número está sempre em construção. Descrever os limites e aporias da regra da maioria, do princípio da legalidade e do Estado de Direito não significa argumentar contra a democracia. Ao contrário, tais descrições funcionam como uma advertência e um alerta: a democracia exige a vigilância constante de suas formas e seus princípios*”<sup>21</sup>

Na verdade, o conflito segurança x liberdade só pode deixar de existir também por meio de uma participação direta da população, pois como frisava André Franco Montoro, “*para enfrentar o grande desafio da injustiça e assegurar a liberdade real, cultores da ciência política passaram a elaborar um novo conceito de democracia. Não se trata apenas de eleger ‘representantes’ para tomar decisões, legislar ou administrar ‘em nome’ dos cidadãos, mas de assegurar aos múltiplos setores da população meios de ‘participar’ na medida do possível da discussão e solução dos problemas que lhe dizem respeito*”<sup>22</sup>

---

20. Cf. Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. 11<sup>a</sup> ed. tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 29.

21. Cf. Celso Fernandes Campilongo. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad. p. 123.

22. Cf. André Franco Montoro. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 213,

No Brasil contemporâneo, José Eduardo Faria lembra que “o fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, exponenciado pelas tradicionais dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma progressiva desconfiança tanto na objetividade das leis, como critério de Justiça, quanto na sua efetividade, como instrumento de regulação e direção da vida sócio-econômica. Decorre daí uma certa banalização da ilegalidade e da impunidade que passou a caracterizar a ‘imagem do Brasil contemporâneo – a imagem de que os códigos teriam sido convertidos em simples ficção e de que sua violação sistemática teria sido convertida em regra geral, expressando a falência de instituições jurídico-judiciais, tornadas anacrônicas por não terem sabido renovar-se”<sup>23</sup>

A Democracia é constantemente ameaçada, porque como já lembrava Cesare Beccaria em “numa reunião de homens, percebe-se a tendência contínua para concentrar no menor número os privilégios, o poder e a ventura e restando à maioria miséria e debilidade” necessariamente, só “através de boas leis se podem impedir esses abusos. Mas, freqüentemente, os homens deixam a leis provisórias e à prudência ocasional o cuidado de organizar os negócios mais importantes, quando não os confiam à vontade dos que tem interesse em se oporem às melhores instituições e às leis sábias”<sup>24</sup>

Operadores do Direito existem mesmo em regimes de exceção e a histeria relativa à segurança presente nos últimos tempos leva muitos a defenderem a instalação de um regime de exceção, forte e supressor das liberdades.

Esse discurso, comum entre a população, paradoxalmente também encontra eco em quem tem uma formação cultural razoável e acredita que a democracia não poderia manter a segurança da coletividade, podemos indagar, com Fábio Konder Comparato, se “é razoável sustentar-se que o regime democrático enfraquece a segurança coletiva, como querem alguns?”<sup>25</sup>

Ensina o ilustre professor que o vocábulo segurança “liga-se à etimologia (se, prefixo provativo = sine + cura): é a tranqüilidade de ânimo, a isenção de

---

23. Cf. José Eduardo Faria. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998. p. 17.

24. Cf. Cesare Beccaria. *Dos Delitos e Das Penas*. tradução de Torrici Guimarães. São Paulo: Hcmus, p. 11.

25. Cf. Fábio Konder Comparato. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 177.

*preocupações, de cuidados” e frisa que a segurança é sempre concreta, pois “não há segurança em abstrato, mas em relação à vida, ao patrimônio, à criação artística, à salvação eterna, ao amor de uma pessoa, à própria identidade cultural, etc” e “nesse sentido, a segurança, como a Justiça, é um valor-condição, não um valor-escopo” eis que “não se busca a segurança pela segurança, mas como meio de fruição de um bem ou manutenção de um interesse”*

*Nessa linha de raciocínio, “poder-se-ia tentar explicitar uma oposição fácil entre segurança e liberdade, apresentando aquela como conservação da ordem e esta como condição de progresso; aquela como ausência de riscos e esta como aceitação de riscos; a segurança como sistema de garantias artificiais e a liberdade como manifestação das virtualidades naturais ao ser humano”*

*Contudo, como já foi demonstrado, a segurança e a liberdade complementam-se, já que “o excesso de segurança acaba por suprimir a liberdade, assim como a total liberdade é a ausência de segurança” pois “para que exista liberdade é indispensável um mínimo de segurança, a ausência completa de controle dos riscos que pesam sobre a existência humana frustra qualquer tentativa se decidir ou agir segundo a própria determinação” e “sem um mínimo de liberdade, quando mais não seja para alterar o sistema de garantias, nada é seguro.*

*Estabelecer um regime de segurança sem liberdade supõe organizar a coação na perfeição, isto é, não apenas dispensar a colaboração dos destinatários das normas de segurança, como também afastar a possibilidade de sua interferência, por mínima que seja, no funcionamento do sistema. Ora, isto equivale a colocar todos os membros da coletividade à mercê do titular do poder, ou seja, em estado de total insegurança”* <sup>26</sup>

*Em sua análise histórica, Fábio Konder Comparato frisa que o medo foi o grande responsável pelo rompimento desse equilíbrio precário e o Estado totalitário, que explora o sentimento de insegurança das massas “representa a organização concentrada do terror oficial em substituição à angústia generalizada e informe; ela substitui a insegurança da desordem pela ordem da insegurança”* <sup>27</sup>

*Ao colocar brilhantemente a antinomia entre a insegurança da desordem e a ordem da insegurança, Fábio Konder Comparato aproxima-se de Goffredo Telles*

---

26. Cf. Fábio Konder Comparato. *op. cit.* pp. 180-182.

27. Cf. Fábio Konder Comparato. *op. cit.* pp. 184-185.

Júnior que assinala que conferimos a uma ordem que não nos convém o nome de desordem, simplesmente porque “*ela não é a ordem que queremos, ela não é a ordem que nos agrada, que procuramos, que talvez amamos*” pois “*na realidade, a ausência de uma certa ordem não é desordem, mas a presença de outra ordem*”<sup>28</sup>

Sem dúvida, a ordem que convém à segurança efetiva da população é a ordem democrática, única a proteger valores básicos dos seres humanos e em consonância inclusive com os direitos metaindividuais, qualificados como Direitos Humanos de terceira geração, que veremos a seguir.

Isso porque, inclusive na proteção ao meio ambiente, a Democracia é fundamental, vez que experiências passadas demonstram que os regimes de exceção (são bons exemplos tanto a devastação ambiental do Mar de Aral na antiga União Soviética quanto as usinas nucleares instaladas em regiões litorâneas durante o regime militar brasileiro nos anos 70) são verdadeiramente desastrosos também nesse aspecto, o que levou à consagração, no Direito Ambiental, do chamado princípio democrático.<sup>29</sup>

Dessa forma, o Estado não está deslocado de sua função; o seu enfraquecimento, cíclico como demonstramos, não pode impedir seu contínuo aprimoramento no sentido de garantir, apesar de todas as pressões contrárias, os direitos fundamentais da pessoa humana e os novos direitos que surgem.

Cabe aos professores dos cursos jurídicos desvendar as estruturas de poder e as implicações decorrentes de um enfraquecimento do Estado para que, em sua atividade profissional, o operador do Direito possa conscientizar-se da realidade que se apresenta.

### III. A perplexidade do Profissional do Direito diante das transformações contemporâneas

Abordamos no tópico anterior a questão do enfraquecimento do poder do Estado, o que é fundamental, vez que o operador do Direito lida com estruturas de poder, basicamente oriundas do Estado, mas contemporaneamente não apenas deste. O operador do Direito, ao vincular-se a uma estrutura de poder acaba por ser, na maioria das vezes, malvisto. Tal opinião não é nova, pois Thomas More, em sua obra *A Utopia*,

---

28. Cf. Goffredo Telles Júnior. *O Direito Quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 245.

29. Paulo de Bessa Antunes incluiu na relação dos princípios que regem o Direito Ambiental o Princípio Democrático e tem sustentado que “*o Direito Ambiental é um Direito que tem uma das vertentes de sua origem nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos e, como tal, é essencialmente democrático*”. (*Direito Ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 26).

sublinhava a inexistência de advogados na ilha de Utopia (que acabou por designar todo sonho impossível de ser realizado) já que os “*que se esforçam por torcer a lei, e decidir uma questão com a maior astúcia, foram dali excluídos*”, pois todos “*pensam que é preferível que cada um defenda sua causa e confie diretamente ao juiz o que teria a dizer a um advogado*”, eis que dessa forma “*há menos ambigüidade e rodeio e a verdade se descobre mais facilmente*” e conclui seu relato afirmando ser “*bem difícil praticar semelhante Justiça nos outros países, enterrados num montão de leis, tão embrulhadas e tão equívocas*”, pois “*de resto, toda a gente na Utopia é doutor em Direito; porque, repito-o, as leis são em muito pequeno número e a interpretação mais grosseira e mais material é admitida como a mais razoável e mais justa*”<sup>30</sup>

Reconhecemos, com pesar, que a profissão de advogado acaba sofrendo um preconceito secular, pois este, por maior que seja a sua honestidade, sempre surge em situações difíceis na vida de alguém e se vencer a causa que defende, esta é vista pelo cliente como excessivamente simples e, se perder, isso certamente, ainda de acordo com o cliente, ocorrerá por fruto da incompetência ou da desonestidade do profissional.

Não-bastasse isso, as demais carreiras jurídicas também deparam-se com a exigência de conhecer não apenas o Direito, mas também áreas do conhecimento até então tidas como irrelevantes para aquele que apresentasse as aptidões básicas para as carreiras jurídicas (que até então exigiam apenas um bom conhecimento humanístico, domínio da língua escrita e falada e conseqüente capacidade de persuasão).

Sabemos que boa parte dos alunos que ingressam nos cursos jurídicos sequer apresentam as capacidades básicas que nos referimos até aqui, só que no futuro certamente as exigências acabarão por se tornar cada vez maiores.

Referimo-nos aqui aos Direitos trans-Individuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos – como o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor), bem como às questões mais recentes e complexas como a Bioética, com a discussão acerca da possibilidade de criação de seres vivos em laboratórios.

No que tange aos interesses trans-Individuais, particularmente os de origem difusa, Mauro Cappelletti, ainda nos anos 70, afirmava que o Direito, como instrumento ordenador da sociedade, assumiria uma tarefa de dimensões até então ignoradas, pois “*os direitos e deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres*

---

30. Cf. Thomas Morc. *A Utopia*. tradução de Luís de Andrade. Bauru: Edipro, 1994, p. 120.



*essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos*”, citando como exemplos o Direito Ambiental, o Direito do Consumidor e o direito a uma igualdade religiosa, social e racial que teriam um caráter difuso, por pertencerem à sociedade como um todo.

Prosseguia o autor afirmando que a continuação do modelo individualista, próprio das codificações do século XIX, que atribuía direitos apenas a pessoas individuais acabaria por tornar impossível uma efetiva proteção dos direitos meta-individuais ou trans-individuais.<sup>31</sup>

Não seria possível, sob um prisma tradicional, precisar que seria o titular do direito à despoluição de um rio, pois ou todos se beneficiariam com a limpeza de suas águas ou continuariam a serem prejudicados pela contaminação da mesma.

O Estado, por sua vez, também não poderia ser o único legitimado para a propositura de ações que protegessem direito dessa natureza, pois nem sempre manifestaria disposição para reprimir a tempo essas violações.

Assim, os Direitos Difusos também apresentam um novo complicador para a questão, pois Estado e Sociedade devem andar juntos e o Estado tradicional, estudado nas faculdades, passa a ser questionado uma vez mais, tornando mais complexa a tarefa do operador do Direito.

### III.1. Os Interesses Meta-Individuais:

Os interesses meta-individuais ou trans-individuais envolveriam os chamados direitos de solidariedade, dos quais para Manoel Gonçalves Ferreira Filho *“o mais elaborado é o direito ao meio ambiente”*.

Tais direitos situam-se em uma seqüência de gerações de direitos, dos quais os primeiros seriam os direitos à liberdade (vida, liberdade, integridade física), os de segunda geração seriam os de igualdade (os direitos dos trabalhadores, os direitos de igualdade da mulher) e os de terceira geração seriam os de solidariedade (entre os quais destaca-se o direito ao meio ambiente).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho prossegue em seu raciocínio dizendo que *“o reconhecimento dos direitos sociais não pôs termo à ampliação do campo dos direitos fundamentais: Na verdade, a consciência de novos desafios, não mais à vida e à liberdade, mas especialmente à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres*

---

31. Cf. Mauro Cappelletti, “Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil”, in *Revista de Processo*, n. 5 – p. 131.

*humanos de todas as raças ou nações, redundou no surgimento de uma nova geração – a terceira –, a dos direitos fundamentais. São estes chamados, na falta de melhor expressão, de direitos de solidariedade, ou fraternidade. A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”*<sup>32</sup>

A preocupação com o meio ambiente saudável surgiu como algo relevante para o ser humano, de acordo com Dalmo de Abreu Dallari, a partir da década de 60, pois a partir daí “*foi demonstrada, então, a conjugação de vários fatores que provocam o desequilíbrio dos elementos da natureza e criam o risco de exaustão dos recursos naturais*”<sup>33</sup>

No caso do Direito Ambiental, como aponta Édis Milaré, o desenvolvimento econômico traz um complicador, na medida em que “*o processo de desenvolvimento dos países se realiza, basicamente, às custas dos recursos naturais vitais, provocando a deterioração das condições ambientais em ritmo e escala até hoje desconhecidos. A paisagem natural da Terra está cada vez mais ameaçada pelas usinas nucleares, pelo lixo atômico, pelos dejetos orgânicos, pela ‘chuva ácida’, pelas indústrias e pelo lixo químico*”<sup>34</sup>

Por isso, discute-se hoje o desenvolvimento sustentável, que deve respeitar o meio ambiente, a tal ponto que a Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, dispõe no art. 170, VI que o meio ambiente deverá sempre ser considerado em qualquer atividade econômica.

A aceitação da idéia de um interesse que não tinha sujeito determinado não foi aceita sem que ocorressem muitas controvérsias e, como demonstra Roberto Senise Lisboa, “*a dificuldade inicial em se aceitar tais interesses prendia-se à noção de que o sujeito titular de um bem deveria ser necessariamente determinado, sendo incabível, na concepção de outrora, o reconhecimento de direitos de sujeito totalmente indeterminado, o que atualmente é compreensível, em face do Direito Subjetivo Difuso*”<sup>35</sup>

32. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, p. 57.

33. Cf. Dalmo de Abreu Dallari. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 56.

34. Cf. Édis Milaré. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 34.

35. Cf. Roberto Senise Lisboa. *Contratos Difusos e Coletivos: Consumidor, Meio-Ambiente, Trabalho, Agrário, Locação*, Autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 51.

No Direito do Consumidor, Direito meta-individual por excelência ao lado do Direito Ambiental, existe também a proteção a direitos individuais, porque como lembrava o saudoso jurista Carlos Alberto Bittar, “*na ânsia de prover as exigências pessoais ou familiares – portanto, sob pressão da necessidade – os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo, de regras para a sua celebração, de que dispõem as grandes empresas, face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas. A vontade individual fica comprimida; evidencia-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se à aceitação pura e simples, em bloco, do negócio (contratos de simples adesão)*”<sup>36</sup>

Uma curiosidade apontada por Celso Fernandes Campilongo é “*assinalar que os chamados interesses difusos, do ponto de vista teórico, ganham corpo no mesmo contexto em que surgem os ‘novos atores’ e decrescem as virtualidades dos sistemas representativos partidários e corporativos. Partidos e sindicatos atuam, tradicionalmente, na perspectiva classista. Lidam com questões específicas, de recortes demarcados pelos programas partidários e plataformas sindicais*” “*Os interesses difusos têm configuração completamente diversa. Não se referem a uma classe ou grupo determinada, mas sim a coletividades indefinidas e sujeitos indeterminados. Seus objetos são indivisíveis. Os interesses difusos também envolvem uma intensa conflituosidade de que são portadores esses ‘novos atores’ exige a ampliação do referencial cognitivo do magistrado, o que gera novas exigências quanto à sua formação técnico-profissional*”<sup>37</sup>

A hipertrofia legislativa é, de acordo com o mesmo autor, o “*reflexo de um Estado que desempenha múltiplas funções e de uma sociedade crescentemente diferenciada e fragmentada*”<sup>38</sup>

Prossegue Campilongo, nessa linha de análise, afirmando que “*a multiplicação das leis – mais uma contingência da sociedade e do Estado do que um desvio do legislador – rompe com a noção de sistema jurídico fechado e piramidal.*

---

36. Cf. Carlos Alberto Bittar. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 2.

37. Cf. Celso Fernandes Campilongo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998. p. 34.

38. Cf. Celso Fernandes Campilongo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998. p. 41.

*Nos 'códigos' recentes, a estrutura 'aberta' é ainda mais evidente, o que gera a crítica formalista dos juristas tradicionais a leis como o 'Código de Defesa do Consumidor' e o 'Estatuto da Criança e do Adolescente' acusados de pouco técnicos”<sup>39</sup>*

Na verdade, não existe mais a homogeneidade das grandes codificações (como foi o caso do Código Penal, do Código Comercial, Civil e dos Códigos Processuais), vez que os “novos códigos” são necessariamente interdisciplinares, exigindo conhecimentos múltiplos não-só na área jurídica, mas também em outros campos do conhecimento humano.

### III.2. Necessidade de Aquisição de um Conhecimento Interdisciplinar:

O profissional do Direito tem, no seu dia-a-dia, uma exigência cada vez maior de aquisição de saberes múltiplos, já não basta o conhecimento jurídico, já não basta o recurso aos peritos judiciais, pois há que se ampliar o conhecimento em razão dos próprios textos legais, que estão sempre a incorporar novos termos técnicos originários de outras ciências.

Basta invocar a questão da ectogênese, Maria Helena Diniz, tratando do tema diz que *“essa nova técnica para criação de ser humano em laboratório, mediante a manipulação dos componentes genéticos da fecundação, com o escopo de satisfazer o desejo de procriar de determinados casais estéreis e a vontade de fazer nascer homens no momento em que se quiser e com os caracteres que se pretender, entusiasmou a Embriologia e a Engenharia Genética, constituindo um grande desafio para o Direito e para a Ciência Jurídica pelos graves problemas jurídicos que gera: sendo imprescindível não-só impor limitações legais às clínicas médicas que se ocupam da reprodução assistida, mas também estabelecer normas sobre responsabilidade civil por dano moral e patrimonial, que venha causar”*<sup>40</sup>

Mauro Cappelletti defendeu a necessidade, em vista dos interesses difusos, de estender os poderes do juiz para que sua decisão produza efeitos não apenas entre as partes, mas sim em face de todos,<sup>41</sup> o que é significativo num caso de poluição

---

39. Cf. Celso Fernandes Campilongo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998. p. 42.

40. Cf. Maria Helena Diniz. “A Ectogênese e seus Problemas Jurídicos” *Revista do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP*, n. 1. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 90.

41. Cf. Mauro Cappelletti, *op. cit.*, p. 141.

(enquanto degradação ambiental) ou no caso de um medicamento deteriorado fornecido ao mercado de consumo, já que o objetivo é que cesse a poluição ou ainda que o medicamento deixe de ser comercializado.

Para o magistrado, não basta mais a técnica jurídica, pois hoje sua valoração exigirá não apenas a condição de perito em leis, pois essas mesmas leis trazem em si conceitos com os quais não aprendeu a lidar durante os anos em que cursou a Faculdade de Direito.

No dizer de José Eduardo Faria, “*as necessidades práticas dos operadores do Direito exigem novos graus de especialização funcional e técnica em sua formação profissional – graus esses que requerem saberes não apenas extra-dogmáticos como, também, extrajurídicos. Entre outras razões porque, ao lado de suas preocupações de natureza profissional, muitos desses operadores do Direito também vão assumindo no exercício de suas funções uma postura eminentemente política, engajados em movimentos sindicais, comunitários e populares, valendo-se dos aspectos ambíguos e contraditórios do Direito Positivo para expandir uma ‘práxis liberadora’ das estruturas normativas, em prol de uma efetiva Justiça material*” e “*requerendo assim um saber crescentemente multidisciplinar e antiformalista*”<sup>42</sup>

Mas qual seria o eixo central de um saber multidisciplinar e antiformalista? Seria orientar os alunos em um sentido mais prático, tendo em vista o sucesso profissional imediato ou ainda a aquisição de uma postura crítica diante do Direito Positivo para a adequação à realidade sócio-econômica emergente?<sup>43</sup>

Voltando ao exemplo da arbitragem, esta independe de um conhecimento jurídico do árbitro, a decisão deve revestir-se de forma, mas não precisa, inclusive, ser redigida no vernáculo, como já dissemos anteriormente.

Ana Paula Nascimento Martin, esclarecendo a divisão de funções no Tribunal Arbitral de São Paulo, diz que este “*é composto por um corpo de árbitros do qual fazem parte advogados, médicos, engenheiros, contadores, psicólogos, pedagogos e professores, entre outros*” sendo que, “*de acordo com a natureza do processo a ser julgado, as partes escolherão os árbitros que irão atuar*”, pois “*esses árbitros peritos irão usar seus conhecimentos específicos para orientarem as partes, estando presentes*

---

42. Cf. José Eduardo Faria. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998, p. 19.

43. Cf. José Eduardo Faria. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987, p. 25.

*em todas as fases do processo arbitral junto com advogados que promoverão o entendimento técnico-jurídico de cada questão”*.<sup>44</sup>

Podemos até apresentar objeções à tese de que há uma redução no campo de trabalho do profissional do Direito, alegando que o trabalho dos árbitros peritos são equivalentes ao do perito judicial ou do assistente técnico ou ainda que os antigos juízes classistas, na Justiça do Trabalho, também não necessitavam de formação jurídica.

No entanto, os árbitros peritos decidem em plena igualdade com os árbitros que apresentem formação jurídica, distinguindo-se do perito judicial (pois o magistrado não está adstrito ao laudo do perito) e dos antigos classistas (que podiam decidir, mas freqüentemente delegavam a decisão ao juiz togado pois, na maioria das vezes, examinavam questões relativas a profissões que não faziam parte de seu sindicato, desconhecendo as questões fáticas que justificariam sua presença na Justiça do Trabalho).

A arbitragem, sem dúvida alguma é um instituto útil que colaborou muito para evitar um acúmulo de processos no Poder Judiciários, mas já vimos anteriormente que a Lei n. 9.307/96 surgiu no bojo de uma séria de mudanças oriundas do setor empresarial trans-nacional.

Logo, o operador do Direito deve sempre manter sua consciência social, estando atento às conseqüências e origens dos institutos inseridos no ordenamento jurídico, mas também a consciência social não pode vir desacompanhada de sólida formação cultural.

Talvez seja interessante relembrar os mandamentos do advogado, de Eduardo Coutore, professor catedrático de Direito Processo Civil da Faculdade de Direito de Montevideú, Uruguai, e falecido em 1956, normalmente conhecidos por constar na página de rosto do livro de *Introdução ao Direito*, do Professor André Franco Montoro, principalmente pelo 4º mandamento: *“teu dever é lutar pelo Direito; porém, quando encontrares o direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.*

Esse mandamento é muito apreciado pelos estudantes idealistas dos primeiros anos do curso de Direito, mas cabe aqui lembrar ainda os três primeiros mandamentos, não tão, entusiasticamente lembrados pelos alunos e que exigem, não só do advogado, mas sim de todo o profissional do Direito o estudo, a reflexão e o

---

44. Cf. Ana Paula Nascimento Martin, árbitra do Tribunal Arbitral de São Paulo, no artigo “A Alternativa da Arbitragem”, publicado no *Debatendo Direito* n. 13, jornal do centro acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 23.

trabalho constante, aqui transcritos” 1. *Estuda – O Direito está em constante transformação. Se não o acompanhas, serás cada dia menos advogado;* 2. *Pensa – O Direito se aprende estudando, porém se pratica pensando;* 3. *Trabalha – A Advocacia é uma fatigante e árdua atividade posta a serviço da Justiça”*<sup>45</sup>

Um outro jurista latino-americano chamado Jorge Witker discutia a multiplicidade de conhecimentos necessários para as carreiras jurídicas, ao salientar que “o extraordinário desenvolvimento tecnológico e a constante destruição de teorias e conceitos” acaba por trazer “como consequência a absoluta impossibilidade de fixar esquemas rígidos de informação. Deste modo os conteúdos tornam-se instáveis e relativos. Nada é imutável. A técnica moderna de educação muda de orientação e da concepção de informação e conteúdos passa para a concepção formativa que se resume na frase ‘aprender a aprender’ É a revolução tecnológica do nosso tempo que chega à Universidade e às suas metodologias tradicionais”<sup>46</sup>

O “aprender a aprender” selecionando o que realmente interessa ao operador do Direito é uma dificuldade não-só dos cursos jurídicos, mas também da Escola em geral, pois como bem lembra Rubem Alves, “às vezes os nossos problemas não decorrem de nossa falta de conhecimento, mas antes de seu excesso”

Rubem Alves insiste no fato de que o conhecimento deve ter um sabor, que deve ser agradável aprender, e talvez a sabedoria consista justamente em saber selecionar o conteúdo que pretendemos ministrar em sala de aula, em suas palavras: “os antigos usavam a palavra *sapiência*. *Sapiência quer dizer conhecimento que tem sabor. Saber é sentir o sabor*” sem esquecer a utilidade do conhecimento, buscando sempre uma visão integral do ser humano.

Afinal, ninguém pode passar todo o tempo alheio às circunstâncias sociais, sem que se perca parte do todo, não adianta estudar a norma pela norma, sem ter em conta a sociedade à qual se destina, pois Rubem Alves lembra ainda que, apesar de relativamente normal para especializar-se em uma atividade humana, viver alheio a todo o resto nem sempre é desejável pois “sempre que a inteligência se destaca de um lado, alguma coisa fica esquecida do outro” e nesse aspecto as exigências da especialização seriam úteis apenas em princípio, pois “para nos especializarmos em

---

45. Cf. Eduardo Couturc. Os Mandamentos do Advogado. 3ª ed. tradução de Ovídio A Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. pp. 7.

46. Cf. Jorge Witker. *O Direito na América Latina: conteúdo e ensino*. tradução de Manuela Leandro. Coimbra: Centro de Estudos Jurídicos, 1975. p. 18-19.

*algo é necessária aquela intensidade de concentração que nos obriga a esquecer o resto – é graças a esta disciplina que temos pianistas, poetas, cirurgiões e mecânicos”*<sup>47</sup>

Saber selecionar o conteúdo a ser ministrado é essencial em qualquer nível de ensino, seja ele fundamental, médio ou superior, porque senão chegaremos a absurdos como o relatado por Ezequiel Theodoro Silva, em que uma aluna de pós-graduação, que lecionava na rede pública estadual, ensinava semiótica aos alunos do nível fundamental (5ª série), reclamando que eles não compreendiam o tema discutido (teoria dos signos de Charles Peirce).<sup>48</sup>

Guardadas as devidas proporções verificamos que, por vezes, empolgados com as teses que defendem no pós-graduação, muitos professores de Direito insistem em discuti-las, por maior que seja sua complexidade, com os alunos de graduação, deixando, inclusive, de abordar temas absolutamente necessários ao cumprimento do programa e que seriam muito mais úteis na vida profissional do aluno.

#### IV. O Ensino Jurídico

Um aluno do Curso de Direito pode ter se interessado pelas carreiras jurídicas por diversos motivos, mas sem dúvida os mais comuns são a perspectiva de ascensão social e um nobre sentimento de Justiça que normalmente permeia os primeiros anos e é praticamente esquecido, lamentavelmente, nos últimos anos da Faculdade, com exceção talvez dos discursos de formatura.

É comum também que o aluno se ofenda com qualquer alusão à eventual má-fé de algum operador do Direito ou às freqüentes alusões quanto à honestidade na carreira escolhida, mas é conveniente lembrar, desde logo, que Thomas More ironizava, séculos atrás em sua obra *Utopia*, como já observamos em tópico anterior.

Vamos agora discutir um outro aspecto extremamente importante nas discussões sobre a reforma do ensino jurídico, não o “*a quem ensinamos?*”, nem o “*o que ensinamos?*” mas o que às vezes é muito negligenciado, a questão do “*como ensinamos?*”

Maurício Portugal Ribeiro constata que, no atual ensino jurídico “*os alunos são meros espectadores*” tendo como função apenas servir como um “*receptáculo das informações transmitidas pelo mestre*”, assim os professores apenas

---

47. Cf. Rubem Alves. *Estórias de Quem Gosta de Ensinar*. 17ª ed. São Paulo: Cortez, 1994, pp. 15-30.

48. Cf. Ezequiel Theodoro Silva. *Magistério e Mediocridade*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1993, pp. 23-24.



avaliam a capacidade de absorção e memorização dos alunos, pressupondo que “em momento oportuno, os alunos poderão aplicar à realidade as teorias apreendidas durante o curso de Direito”, mais ou menos “como se a teoria mapeasse os caminhos parta atingir um fim predefinido”

Nessa concepção, “a teoria deve sempre preceder a práxis, vez que espera-se que funcione como guia que permita distinguir as soluções verdadeiras das falas. Trabalha-se, em tais sistemas de interação, com paradigmas do Direito e de Ciência do Direito do princípio do século XIX” sendo o principal problema desse método que esta “não capacita o discente para manipulação crítica das teorias jurídicas” concebendo “o operador do Direito como técnico que aplica teorias neutras a problemas que se repetem”

O ensino torna-se rapidamente defasado, pois “numa sociedade em que as mudanças se realizam cada vez mais rapidamente, a obsolescência das teorias transmitidas nas escolas de Direito é uma fatalidade absolutamente previsível” o que se pretende para os operadores do Direito do século XXI é que estes estejam preparados “para lidar com situações novas, com situações imprevistas e cuja solução não possa ser dada, sem mais, a partir dos parâmetros legislativos e jurisprudenciais existentes”<sup>49</sup>

Poderia um ensino mais próximo da prática sanar essa obsolescência?

De acordo com Eduardo Oliveira Leite, as críticas centravam-se nas aulas expositivas, “como se todas as deficiências profissionais do futuro advogado decorressem do método de ensino adotado” e “assim, suprimiu-se sistematicamente a exposição – possível tão somente entre os professores realmente capazes e portadores de extensa bagagem cultural – e adotou-se, indiscriminadamente o sistema de seminários e o estudo de casos (copiado do ‘case study’ da universidade norte-americana)”<sup>50</sup>

No Brasil, essa linha de trabalho teve grande impulso com o CEPED “resultado da assistência norte-americana (USAI x Fundação Ford) para a instituição de uma nova concepção do ensino jurídico no Brasil, centrou todo seu esforço na

---

49. Cf. Maurício Portugal Ribeiro. “O Direito Contemporâneo e a Metodologia do Ensino do Direito” *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 104-105.

50. Cf. Eduardo de Oliveira Leite. “A Aula em Direito” *Seis Temas sobre o Ensino Jurídico*, organizada por Getulino do Espírito Santo Maciel e João Bosco da Encarnação. São Paulo: Robe Editorial, 1995, pp. 20-23.

*profissionalização, adotando como metodologia didática os 'case study' contrariamente à tendência europeia do ensino jurídico propugnando um estudo humanista e científico. A tentativa de contornar a dicotomia ciência x prática foi objeto do magnífico Encontro Nacional de Faculdades de Direito, na cidade de Maceió, em 1981, que se encerrou com a recomendação de um currículo mínimo, de caráter eclético, aos cursos jurídicos"*

Mas Eduardo Oliveira Leite lembra também que *"embora afirmando que a experiência do CEPED foi um sucesso, no que se referiu a formação de advogados especializados para a demanda das empresas multinacionais (viviu-se a euforia do fenômeno multinacional) e é forçoso reconhecer que tal experiência introduzia no Brasil uma prática de ensino alheia a nossa realidade jurídica, estranha a nossas raízes culturais, com resultados altamente discutíveis"*

Em suma, segundo o autor, *"a verdade é que, a partir da experiência do CEPED, as duas técnicas, do 'case study' e a do seminário, com visível preferência pela primeira, se introduziram no Brasil e desde aquela época têm sido indiscriminadamente utilizadas como solução a todos os problemas de caráter metodológico"* e o *'case study'* *"passou a ser a própria aula, quando, na realidade, é apenas um elemento de apoio na elucidação das questões mais controvertidas detectadas no ato didático"*

Concluindo com Eduardo Oliveira Leite, sem o estudo prévio da matéria, *"nem a norma, nem o caso são, por si só, suficientes. É imprescindível a relação entre um e outro sob risco de se comprometer a validade do método empírico dialético"*<sup>51</sup>

Luiz Eduardo W. Wanderley ressalta que *"no século presente, de forma gradual e irresistível, foram os objetivos, métodos e técnicas do sistema norte-americano que penetraram a América Latina, principalmente no campo das ciências exatas, mas também com influência nos demais campos. No caso brasileiro, esta influência foi decisiva na reforma universitária consentida que vigora desde 1968"*<sup>52</sup>

André Franco Montoro também sempre defendeu que o transplante de uma doutrina, um instituto ou um método *"significa introduzir com ele, em nosso meio, um elemento cultural cujo 'sentido' ou 'finalidade' não corresponde à nossa*

---

51. Cf. Eduardo de Oliveira Leite. *op. cit.*, p. 23.

52. Cf. Luiz Eduardo W. Wanderley. *O que é Universidade*. São Paulo: Círculo do Livro (encadernação por licença editorial da Editora Brasiliense S/A), 1992, pp. 133-134.

situação e aos nossos interesses” “e na formação dos nossos futuros juristas é indispensável salientar a importância fundamental de um pensamento e de soluções autenticamente nacionais na obra urgente de nosso desenvolvimento”<sup>53</sup>

Contudo, em que pesem as críticas, em parte procedentes, acerca da influência norte-americana na opção pelo método dos seminários, lembramos que já no século XIX a inserção de casos práticos era defendida nas faculdades de Direito brasileiras, mesmo antes do desenvolvimento do estudo dos *casebooks*, na Faculdade de Direito de Harvard, em 1870.

O deputado Joaquim Vilela, em 1851, indagava “*por que razão se ocupam muito mais os moços com a literatura de ficção e a poesia do que com os graves estudos jurídicos? Não será certamente por falta de aptidões, mas porque o Direito se ensina rebarbativamente, sem que se lhes desperte o espírito da iniciativa, transformadas as aulas em meros solilóquios professorais*” e defendia “*multipliquem-se os exercícios escolares; distribuam-se casos jurídicos a serem analisados e discutidos. Debata-se nas aulas as decisões judiciais sobre a matéria de cada cadeira, desenvolvendo nos alunos o talento crítico, a precisão das investigações, o desembaraço nos argumentos; o destemor das autoridades; a confiança no seu próprio talento e ainda introduzam-se os discípulos nos pretórios, nos tribunais, obrigando-os a apresentar atestados de trabalhos de prática, e ter-se-á renovado o curso de Direito para que desempenhe as altas funções que dele exigem as tendências democráticas, as aspirações da ciência e as necessidades nacionais*”<sup>54</sup>

Segundo Allan Farnsworth, nos EUA, “a introdução do método da jurisprudência data da publicação em 1871 de um repertório de casos contratuais, de autoria de Christopher Columbus Langdell,<sup>55</sup> professor da Faculdade de Direito de Harvard, contendo uma coleção ordenada de casos e respectivas decisões pelos tribunais superiores, para uso dos estudantes”, vez que “a partir do momento em que

---

53. Cf. André Franco Montoro. *op. Cit.*, pp. 90-91.

54. Cf. Alberto Venâncio Filho. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1982, p. 64.

55. Cf. E. Allan Farnsworth. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 25.

Na nota de rodapé n. 10, na mesma página citada, E. Allan Farnsworth relata que “Christopher Columbus Langdell (1826-1896) foi um advogado de Nova Iorque, que se tornou professor de Direito na Faculdade de Harvard em 1870. Seu principal mérito como professor e mais tarde como diretor foi a introdução do método jurisprudencial”.

os professores de Direito principiaram a fornecer a seus alunos coleções de jurisprudência, iniciou-se a tendência a abandonar o método tradicional de preleções e passou-se ao método de propor questões e discutir com os estudantes os casos por eles previamente estudados – em suma, o chamado ‘método socrático’” e Christopher Columbus Langdell concluiu assim “que a maneira mais fácil e breve de dominar os poucos princípios básicos nos quais se baseia o Direito era estudar as decisões nas quais se torna efetivo”<sup>56</sup>

Talvez a solução adequada seja utilizar os seminários, unindo-se o método das aulas expositivas ao método dos casos práticos; um bom exemplo seria o Curso de Direito Civil do professor Arnaldo Wald, que disse querer reunir “num trabalho o livro de texto e o livro de casos, facilitando assim a orientação prática que necessariamente o ensino jurídico deve aceitar em nossos dias, para evitar que se torne inócua ou inadequado em relação às condições de vida do nosso país”<sup>57</sup>

Não podemos obviamente, vivermos mergulhados em pura abstração, pois como ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior, “embora o positivismo jurídico radical não corresponda à concepção mais aceita pela doutrina, a compreensão dominante da norma continua a vê-la como um imperativo acabado e dado antes do caso concreto, ao qual ela se aplica. Neste esquema usual de captação da norma pela teoria jurídica ocorre uma espécie de vácuo significativo, em que a norma não é nem realidade, nem a situação à qual ela se aplica, mas uma entidade independente que faz, às vezes, da teoria da norma uma espécie de discurso vazio ou, pelo menos, equivocadamente abstrato. Sabemos de que estamos falando quando perguntamos a propósito de uma lei promulgada ontem, ou de uma sentença prolatada no tribunal, ou de um contrato firmado em nossa presença, etc. Mas a busca da norma jurídica em todos esses fenômenos parece uma empresa demasiadamente abstrata que acaba por construir seu objeto antes mesmo de começar a discorrer sobre ele”<sup>58</sup>

A aplicação da norma não é mecânica, pois o descompasso entre o Direito formalmente válido e a realidade social conduziu, de acordo com Celso Lafer, a uma mudança no paradigma da Filosofia do Direito que optou “pela redução da efetividade do sistema jurídico em relação aos seus destinatários, a um deslocamento de foco de

---

56. Cf. Allan Farnsworth. *op. cit.*, pp. 25.

57. Cf. Arnaldo Wald. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: introdução e parte geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 11-12.

58. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. “Teoria da Norma Jurídica: um modelo pragmático”. *A Norma Jurídica* coordenação de Sérgio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, pp. 7-8.

*análise da norma para o momento de sua aplicação e este deslocamento fez com que a identificação dos problemas da atividade jurídica pelos jusfilósofos deixasse de ficar adstrita a configurações sistemáticas de ordem normativa e passasse a levar em conta a determinação de seu sentido”* <sup>59</sup>

Celso Lafer explica que “o que importa é deixar claro que o surgimento e o triunfo da idéia de direitos humanos na esfera doméstica dos Estados se inserem em um longo processo de amadurecimento de concepções de natureza ética, centradas nos conceitos de dignidade humana e de universalidade do ser humano, acima de quaisquer particularismos” <sup>60</sup>

Para Luiz Alberto Warat, “no trabalho jurídico, os diversos profissionais (juizes, advogados, professores, promotores, doutrinadores) são fortemente influenciados pelo ‘senso comum teórico’ Trata-se de um pano de fundo que condiciona todas as atividades cotidianas. Sem ele não pode existir prática jurídica, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legítimos” e aprofundando a questão, o senso comum teórico representaria “um sistema de conhecimentos que organiza os dados da realidade, pretendendo assegurar a reprodução dos valores e práticas predominantes. Trata-se de um discurso que oferece respostas que apenas aludem ao real e comandadas por interesses que tomam a forma de princípios ou diretrizes” e, dessa maneira, “não é difícil ver que o senso comum teórico apresente um conjunto de questões onde as respostas já estão sobredeterminadas” enquanto “o trabalho científico determina uma mudança de problemática em relação ao senso comum teórico, produzindo transformação desse saber ideológico” <sup>61</sup>

É importante, como já salientamos, mostrar ao aluno o mundo em que vive, desvendando as técnicas de controle social, bem como discutindo com ele a quem serve o conteúdo do que ensinamos.

No entanto, vamos lembrar também que temos um “calcanhar-de-aquiles” com José Wilson Ferreira Sobrinho, o preparo didático, quase sempre negligenciado nos cursos de pós-graduação, pois “o preparo didático do professor

---

59. Cf. Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, p. 281.

60. Cf. Celso Lafer. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos*: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 146.

61. Cf. Luiz Alberto Warat. “O Senso Comum Teórico dos Juristas”. *O Direito Achado na Rua*. 3a ed. José Geraldo de Sousa Júnior (org.). Brasília: UNB, 1990, pp. 101-102.

*universitário será o responsável direto pelo seu sucesso ou pelo seu fracasso em termos de comunicação com os alunos. Isto ocorre porque será necessário, muitas vezes, modificar o comportamento didático em função da realidade representada por uma turma. Não se pode trabalhar com generalizações no campo da didática, uma vez que não dará certo. Cada turma tem um determinado perfil que é apenas seu. Agir mecanicamente, como se todas as turmas fossem iguais, significa uma elevada probabilidade de o comportamento didático do professor não render bons frutos, para ele e para os estudantes. Por isso mesmo o recurso das fichas amareladas pelo tempo é condenável na medida em que pretende se impor autoritariamente a todas as turmas, independentemente de suas peculiaridades. A ficha em si mesma considerada não pode ser afastada de modo apriorístico. O que se condena é o vezo universitário de elaborá-la em determinado momento e de se imaginar que ela é infensa ao tempo e às modificações legislativas”*<sup>62</sup>

Dessa maneira, um exemplo bem colocado, na época em que um evento relatado à matéria ocorreu ou, ainda, a constante inserção de novas teorias no conteúdo ministrado coloca a exigência de clareza sem perda da qualidade teórica.

Porém, a profundidade excessiva traz sempre um desafio, bastando lembrar a frase do romancista Anatole France: “*sou como os riachos, sou claro porque sou pouco profundo*”

Um alerta deve ser feito, pois o que ocorre, na verdade, é que a “profundidade” que por vezes alguns professores querem imprimir ao curso está mais próxima do exemplo dado anteriormente em que a professora do ensino fundamental pretendia discutir semiótica com os alunos (o mesmo tema que estudava em seu mestrado) do que propriamente com um ponto do programa que deva ser necessariamente abordado na graduação.

Outro aspecto importante é que não adianta apenas recriminar o aluno, assim como também não parece conveniente eximi-lo de suas responsabilidades, já que sua formação depende muito de seu empenho pessoal.

O corpo docente e o corpo discente não podem e não devem encarar-se mutuamente como adversários; no passado essa prática já ocorreu, incluindo críticas à disciplina dos alunos e também ao seu despreparo intelectual.

Como já dissemos acima, durante o Império, tanto no primeiro, quanto

---

62. Cf. José Wilson Ferreira Sobrinho. *Metodologia do Ensino Jurídico e Avaliação em Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 36.

no segundo reinado, discutia-se muito a crise do ensino jurídico, o diretor da Faculdade de Direito de Olinda, padre Lopes Gama, ainda em 1838 dizia que “*deficiência dos cursos fundamentais devia atribuir-se a lástima de tanto bacharel ignorante, que não sabe entender os próprios compêndios do curso e que, condecorados com um título acadêmico, são, alias, objeto do escárnio público, porque pouco ou nada distam de qualquer idiota, faltos das mais ordinárias noções de literatura, falando miseravelmente e escrevendo com imperdoáveis solecismos, barbarismos e neologismos*”<sup>63</sup>

A disciplina também não era esquecida, vez que em ofício de 1º de setembro de 1831, o diretor da Faculdade de Direito de São Paulo, José Arouche de Toledo Rendon, lembrava de seus tempos de Coimbra e lamenza ter caído em desuso a palmatória, dizendo ainda que “*de minha parte só posso dizer a V. Exa. que, segundo voz pública, tem havido aprovações não merecidas. Os estudantes bons são os primeiros que acusam aos que deviam ser reprovados. Os moradores da cidade, que os conhecem e que vêem alguns passeando de dia e de noite, admiram-se quando lhes diz que foram aprovados*” e “*meus mestres de Coimbra podiam ser exatos no tempo do despotismo em que os estudantes, nem em particular se atreviam a atacar os lentes, mas hoje estamos em outro tempo. Convém, contudo, pôr as coisas no estado de os discípulos respeitarem aos mestres e estes fazerem os seus deveres, não aprovando os que não querem estudar e vêm aqui gastar o dinheiro de seus pais superfluamente*”<sup>64</sup>

Talvez, atualmente, reclamemos também da ausência de outras “palmatórias” a serem aplicadas em situações de indisciplinas e talvez não reclamemos da leitura de romances ou poesias (pelo contrário, talvez incentivássemos até a leitura de *best-sellers* para criar o hábito da leitura), mas reclamamos certamente da internet, da televisão, etc. Enfim, a comparação entre passado e presente certamente nos obriga a pensar...

O aspecto externo do aluno também merece discussão, pois o aluno do curso de Direito já apresenta uma mudança em sua aparência que o distingue dos demais alunos da Universidade, até porque sua aparência passa a integrar um conjunto que visa o convencimento do interlocutor.

---

63. Cf. Alberto Venâncio Filho. *op. cit.* p. 55.

64. O diretor foi nomeado por decreto de 13 de outubro de 1827. Alberto Venâncio Filho informa que “José Arouche de Toledo Rendon que, nascido em São Paulo, recebera em Coimbra, em 30 de julho de 1779 o grau de doutor em leis, e de volta a São Paulo ali exercera, por algum tempo, a advocacia, sendo, então, muito reduzido o número de diplomados” (Cf. Alberto Venâncio Filho. *op. cit.*, pp. 39-45.

Nesse ponto, Fábio Ulhôa Coelho sustenta que “o convencimento começa com a aparência física do orador. Progressivamente, o estudante de Direito vai experimentando mudanças em seu corpo. O seu jeito de vestir, de cortar os cabelos, de se sentar, de cumprimentar os outros, acabam se amoldando a um padrão incompletamente definido, mas certamente existente: o padrão do corpo retórico. É necessária uma boa capacidade de verbalização das idéias, mesmo para aqueles que, profissionalmente, se limitam a escrever. As roupas devem ser tradicionais e a postura não deve destoar delas”<sup>65</sup>

Finalizando, não podemos olvidar que o Direito deveria apresentar um mínimo ético, pois como já disse discutimos anteriormente, quando San Tiago Dantas discutia o conflito Demais Ciências x Direito, o dilema do Direito é justamente essa exigência que lhe é feita e, como aponta Francesco Carnelutti, “*diz-se freqüentemente que o Direito representa um minimum ético. É verdade. Se a quisermos compreender facilmente, podemos nos servir desta fórmula insuperável da ética cristã: fazer ou não-fazer aos outros aquilo que se quereria feito ou-não a si mesmo*” e “*o conteúdo desta fórmula, que exprime inteiramente a simplicidade e a imensidade da ética, só em parte (podemos dizer que só metade dele) penetra no Direito*”<sup>66</sup>

A ética, nesse contexto, não deveria ser apenas uma disciplina a mais a ser ensinada no curso, mas sim a própria essência do mesmo, pois discutir o Direito deveria também ser a discussão da ética e, se existisse a disciplina há mais tempo, em todas as faculdades de Direito não presenciariamos a existência de tantos profissionais da área verdadeiramente nefastos em nosso País.

## V. Conclusões

1. A permanência do conflito no seio das sociedades tem se mostrado, infelizmente, como algo constante. As regras de convivência, estabelecidas ou-não pelo Estado, continuarão a existir e, obviamente, o sancionamento a quem viola tais regras. Portanto, o estudo da norma continuará a ser relevante, assim como a existência de um profissional que domine essas normas e tenha condições de aplicá-las ao caso concreto. Além disso, não podemos nos esquecer que o alardeado enfraquecimento do Estado é sempre cíclico.

---

65. Cf. Fábio Ulhôa Coelho. *Lógica Jurídica: uma introdução*. São Paulo: Educ, 1992, p. 119.

66. Cf. Francesco Carnelutti. *Teoria Geral do Direito*. tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999, p. 131.



2. Deve existir sempre a sintonia entre o Direito e a liberdade, pois a segurança almejada em períodos de centralização em torno do Estado não pode levar, como no passado, a um período de arbítrio, pois seria, tomando aqui emprestadas as palavras do jurista Fábio Konder Comparato, substituir a insegurança da desordem pela ordem da insegurança.
3. Do operador do Direito cada vez mais serão exigidos saberes múltiplos, pois interpretação da norma dependerá, cada vez mais, de conhecimentos meta-jurídicos, tais como a Biologia (Direito Ambiental) ou a Economia (Direito Empresarial ou o Direito do Consumidor), em vista da crescente utilização, nos textos legais, de conceitos oriundos de outras ciências. Além disso, um microsistema jurídico (como é o caso do Direito do Consumidor) pressupõe também um conhecimento prévio de outras disciplinas (Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Processual Civil, Direito Penal, Direito Constitucional), necessidade que cria uma contradição, pois a excessiva produção legislativa gera também a necessidade, cada vez maior, de especialização do operador do Direito em uma determinada área.
4. O Ensino Jurídico deve ser constantemente oxigenado por novas críticas e reflexões, sem que se esqueçam as lições pretéritas; isso porque, como vimos, muito do que é apresentado como essencialmente novo já foi defendido no passado.

São Paulo, março de 2001.

## Bibliografia

- ALVES, Rubem. *Estórias de Quem Gosta de Ensinar*. 17ª ed. São Paulo: Cortez, 1994.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas Sociedades Humanas*. tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1990.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª ed. tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAENEGEM, R. C. *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*. tradução de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Malheiros, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. "Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil" *Revista de Processo* n. 5, p. 128-159.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.
- CHOMSKY, Noam. *A Minoria Próspera e a Multidão Inquieta*. 2ª ed. Brasília: UNB, 1999.
- COELHO, Fábio Ulhôa. *Lógica Jurídica: uma introdução*. São Paulo: Educ, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Para Viver a Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- COUTURE, Eduardo. *Os Mandamentos do Advogado*. 3ª ed. tradução de Ovídio A Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

DANTAS, San Tiago. “A Educação Jurídica e a Crise Brasileira”. *Encontros da UNB: Ensino Jurídico*. Brasília: UNB, 1978-1979.

DINIZ, Maria Helena. “A Ectogênese e seus Problemas Jurídicos” *Revista do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP*. n. 1. São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 89-99.

FARIA, José Eduardo. *A Reforma do Ensino Jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1987.

\_\_\_\_\_. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo. Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Direito na Economia Globalizada*. tese apresentada no concurso para professor titular do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Edição do Autor. s.d.

FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. tradução de Antonio Carlos Diniz de Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. “Teoria da Norma Jurídica: um modelo pragmático”. *A Norma Jurídica* coordenação de Sérgio Ferraz. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

\_\_\_\_\_. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

LEBRUN, Gerard. *O que é Poder?* São Paulo: Brasiliense, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. “A Aula em Direito” *Seis Temas sobre o Ensino Jurídico*. organizada por Getulino do Espírito Santo Maciel e João Bosco da Encarnação. São Paulo: Robe Editorial, 1995.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos: Consumidor, Meio-Ambiente, Trabalho, Agrário, Locação*, Autor. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LOPES, José Reinaldo. *O Direito na História: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTIN, Ana Paula Nascimento. “A Alternativa da Arbitragem”. *Debatendo Direito*: jornal do centro acadêmico XI de Agosto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. n. 13. São Paulo, 2000. pp. 23-25.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORE, Thomas. *A Utopia*. tradução de Luís de Andrade. Bauru: Edipro, 1994.

NASCIMENTO, Walter Vieira. *Lições de História do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6ª ed. coord. de Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. Arts. 46 a 54. pp. 429-555.

\_\_\_\_\_. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: Introdução ao Direito Civil Constitucional. tradução de Maria Cristina De Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RIBEIRO, Maurício Portugal. “O Direito Contemporâneo e a Metodologia do Ensino do Direito”. *Direito Global*. coord. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1971.

SILVA, Ezequiel Theodoro. *Magistério e Mediocridade*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1993.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. “Globalização e Direitos Humanos: em busca da racionalidade perdida” RT-757 – novembro de 1998. pp. 52-63.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O Direito Quântico*: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 6ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das Arcadas ao Bacharelismo*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: introdução e parte geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WANDERLEY, Luiz Eduardo W. *O que é Universidade*. São Paulo: Círculo do Livro (encadernação por licença editorial da Editora Brasiliense S/A), 1992.

WARAT, Luiz Alberto. "O Senso Comum Teórico dos Juristas" *O Direito Achado na Rua*. 3ª ed. José Geraldo de Sousa Júnior (org.). Brasília: UNB, 1990. pp. 101-104.

WITKER, Jorge. *O Direito na América Latina: conteúdo e ensino*. tradução de Manuela Leandro. Coimbra: Centro de Estudos Jurídicos, 1975.



# **DIREITO PENAL**





# RAÍZES DA VIOLÊNCIA NA CRIANÇA E FUTUROS DANOS PSÍQUICOS

*Maria Celeste Cordeiro Leite Santos*  
Professora Associada da Faculdade de Direito  
da Universidade de São Paulo

## Resumo:

A violência é a agressão destrutiva que aniquila e desintegra. Nem toda agressividade é violência, mas toda violência é agressividade. A agressão e sua forma mais extremada, a violência, não faz sentido supor com que ela apareça do nada. É admissível que os recém-nascido têm impulsos agressivos, uma vez o fato de que não se pode penetrar diretamente no seu mundo de fantasia. A compreensão do problema da agressão e da violência exige que se considere o Poder como aspecto básico. Seu primeiro nível é o Poder do Ser. Este Poder não é bom nem mau.

## Abstract:

The violence is the destructive aggression that annihilate and disintegrates. Nor all aggressiveness is violence, but all violence is aggressiveness. The aggression and its more distinguished form, the violence, do not make sense to assume with that it appears of the nothing. And is permissible that the just-been born has aggressive impulses, a time the fact of that it cannot penetrate directly in its world of fancy. The understanding of the problem of the aggression and the violence demands that if it considers the Power as basic aspect. Its first level is the Power of the Creature. This Power is not good nor bad.

**Unitermos:** menor; agressão; violência; abuso sexual; rapto.

O homem possui mais do que um interesse remoto e científico na agressão. Sua dificuldade em viver harmoniosamente com a natureza e com seus companheiros ameaça todas as formas de vida. Seu próprio futuro pode depender de sua capacidade de compreender e controlar o comportamento agressivo.

A etimologia da palavra agressão é *ad-gradior* = *mover-se para adiante*, assim como regressão indica o movimento para trás. A Violência (*vis, bia, hybris, dynamis*) é a agressão destrutiva que busca aniquilar, desintegrar. Nem toda agressividade é violência, mas toda violência é, sim, agressividade. Conceito multifacetado, pode ser concebido como um traço de personalidade, um hábito aprendido, um reflexo estereotipado ou um processo biológico subjacente. Sua dinâmica complexa desafia definições simples e generalizações amplas.

Não faz sentido supor que a agressão e sua forma mais extremada a violência, apareça subitamente do nada. É perfeitamente razoável admitir que mesmo os recém-nascidos têm impulsos agressivos, a despeito do fato de que não podemos penetrar diretamente no seu mundo de fantasia. Também é fácil elaborar experiências que medem a frustração (retirada da mamadeira de um bebê e o aparecimento do choro), mas é difícil demonstrar que, na primeira infância, a agressão possa servir a outras funções que não a do protesto. Tão logo o bebê começa a engatinhar, seu esforço para explorar o mundo exterior é quase sinônimo de atividade.

A compreensão do problema da agressão e da violência exige que se considere o Poder como um aspecto básico. O seu primeiro nível é o Poder de Ser. Este poder não é bom nem mau. É anterior e precisa ser vivenciado. De outro modo, os resultados seriam a neurose, a psicose, a violência...

Clara Thompson (*Interpersonal Psycho-Analysis*) afirma:

“A agressão não é necessariamente destrutiva. Ela se origina de uma tendência inata para crescer e dominar a vida. Somente quando essa força vital é destruída em seu desenvolvimento é que os ingredientes da ira, raiva ou ódio passam a ser ligados a ela.”

A segunda fase a ser considerada na criança é a da *auto-afirmação*. Todo ente sente necessidade de ser. A exigência de reconhecimento se converte no clamor central dessa auto-afirmação. Em épocas transtornadas nas quais os filhos e pais se encontram em situação de radical confusão, a auto-afirmação pode ser bloqueada.

A terceira fase é a da *auto-inserção*, forma de comportamento mais forte.

“Aqui estou e exijo ser levado em conta.”

A quarta fase é a *agressão* forma mais enérgica de reação. Ela é um movimento de penetração nas posições de poder ou de prestígio, ou no território do outro e por sua posse. Quando os esforços dirigidos a agressão são ineficazes se produz a *explosão primária que se conhece como violência*. Sua forma principal é a física, já que em outras fases pode intervir o raciocínio ou a persuasão.

### 1. A agressão no desenvolvimento da infância

Enquanto as pessoas se virem obrigadas a permanecer em um estado semi-humano, seguirá havendo agressão e violência. Ela se torna a única via com que contam para liberar uma tensão insuportável e alcançar a sensação de significação.

Com frequência fala-se na tendência à violência como algo de *dentro* do indivíduo, porém, ela é também *uma reação* ante as condições externas. Nos casos típicos, o estímulo ante o meio se transmite ao indivíduo e se traduz diretamente em um impulso violento a golpear, sem intenção do cérebro. Um homem é presa de um *estalido* de cólera violenta muitas vezes sem que se dê conta do que se passou neste episódio.

Existe uma grande lacuna entre a experiência real de violência e agressão na infância, sua ação em fantasia. A *divergência entre fantasia e a realidade* pode ser vista com bastante clareza se examinarmos atentamente os mitos e os contos de fada, com os quais a maioria foi criada. Muitos desses contos contêm atos de violência que, se tomados literalmente, assustariam os mais robustos. Quanto mais segura está a criança em relação aos pais (reais), tanto mais capaz ela é de tolerar, e aliás, gozar, a fantasia agressiva. Somente quando os pais, ou outros adultos parecem aterradores é que a criança talvez não consiga distinguir entre a fantasia e a realidade. Responde, assim, com medo.

As crianças crescem cercadas de *modelos negativos*: o encantamento associado de “*cowboy*” ou de raio laser, heróis de guerra, “*ases do volante*”, etc.

À medida que crescem podem descobrir que os procedimentos envolvidos para obter um emprego ou ser aceito em uma universidade não são muito democráticos. Muitas vezes a sociedade oferece modelos de hipocrisia e corrupção ao invés de Justiça.

Alfonso Serrano Gomes em seus estudos criminológicos comenta:

*“Há de se evitar converter em delinquentes jovens que nunca o seriam.”*

O fato de que as influências sociais operarem muito cedo na vida da criança sugere que uma atenção especial deve ser focalizada no processo de seu desenvolvimento. Valores morais, atitudes sociais, estabilidade emocional podem ser afetados pela experiência social precoce (ou pela sua falta).

O reconhecimento da importância da experiência precoce sobre o futuro comportamento violento pode estimular o interesse da sociedade em controlá-lo.

Atualmente, as taxas de criminalidade são desproporcionalmente elevadas para os jovens, crianças, pobres e grupos minoritários, cuja maioria concentra-se em cidades em decadência.

*“As ruas da nossa cidade estão em tumulto. As universidades estão repletas de estudantes que se rebelam e se insurgem ...*

*A República está em perigo. Sim, perigo de dentro e de fora. Precisamos de lei e de ordem, Sem lei e ordem a nossa Nação não pode sobreviver ( ... ). Iremos restaurar a Lei e a Ordem!” (Aldof Hitler).*

A presença da violência nas relações sociais cria a necessidade de uma alternativa: é possível uma alternativa não-violenta na solução dos problemas humanos?

*“Se a sociedade está em perigo, não é por causa da agressividade do homem, mas devido à repressão da agressividade pessoal nos indivíduos (Wimicoatt, 1971).”*

Em *The Courage of his convictions*, um adolescente e criminoso contumaz descreve o ambiente em que foi criado:

“A violência, de certo modo, é como a linguagem suja – algo com que uma pessoa como eu foi criada, algo com que me acostumei desde muito cedo como parte do cenário da infância, por assim dizer. A idéia não me repugna, não tenho desgosto pela coisa, como vocês. Tanto quanto posso me lembrar, vi a violência ser usada por toda a parte em redor de mim.

Minha mãe surrando os filhos, meus irmãos e irmãs batendo em minha mãe ou outras crianças, o homem do lado surrando a mulher, e assim por diante”...

Uma criança educada em tais circunstâncias pode ter seus próprios impulsos agressivos reforçados. Elas necessitam de todo potencial agressivo que podem reunir para proteger e fazer valer sua individualidade em desenvolvimento.

“( ... ) a única maneira que conhecíamos de responder à violência era com violência. Isso sempre fora axiomático. Se alguém o surrava, você o surrava também, se não fosse bastante grande, procurava alguém para surrá-lo por você. A violência era tanto uma parte da vida e do comportamento diário como as casas.”

Como ocultar o visível?

No longo processo de crescimento uma criança se emancipa gradativamente de sua dependência. Ao mesmo tempo, ela se torna cada vez mais capaz de se identificar com a filiação adulta de seu próprio sexo.

As fases que enumeramos são *ontológicas*, isto é, são parte do ser humano enquanto humano. Uma criança de três anos pode ter uma explosão de violência da mesma forma que um adulto. Por mais que julgemos com rigor, a ação se encontra potencialmente presente em ambos.

## 2. O lugar da criança na sociedade e a dinâmica da violência.

O que nos fala uma sociedade?

A violência instalada no social, institucional, familiar nos mostra nosso mal estar na cultura.

Os maus tratos e abusos contra as crianças é um fenômeno em expansão na sociedade contemporânea. Outrora, a situação real do infante na família e na sociedade, por exemplo, na era medieval é tida como a de uma “mercadoria”. Ele representa um “adulto em miniatura” participando dos mesmos trabalhos e jogos. É um período de grande mortalidade infantil.

Philippe Ariès, em sua obra clássica “*L enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*” situa no século XVII o aparecimento de um sentimento novo que se atribui às crianças. Os costumes começam a se diferenciar, assiste-se a feminização da sensibilidade que os torna seres frágeis. Sob a influência dos religiosos e moralistas, depois dos médicos e pedagogos esse sentimento “moderno” vai penetrando progressivamente em todas as classes sociais, em todas as famílias.

Somente na segunda metade do século XVIII, com *Jean-Jacques Rousseau*, precursor incontestável da psicologia infantil, que a criança é tida como uma pessoa com valor próprio e digna de ser considerada como ser pleno.

Uma das características que distingue os avanços da Humanidade e sua separação da barbárie é o aparecimento da refutação da violência ante a criança. Sem dúvida a violência se define no social.

Nos interessa analisar como recorte empírico, a categoria violência familiar, suas condições de produção, efeitos resultantes, assim como a análise da origem do Poder que permite exercê-la.

Poderíamos pensar a violência como exercício de poder de um (ou mais) sobre outros, que não são reconhecidos como sujeitos de desejo, sendo reduzidos a objetos de descarga. Existem *atos violentos*, *discursos violentos*, onde o outro é submetido a uma *situação de impotência e indiferenciação*.

As próprias palavras e frases que de hábito empregamos na descrição do fenômeno são de tom agressivo: “*dominar*” os problemas, “*atacar* as dificuldades” “*aguçar*” a inteligência, “*penetrar*” o âmago da questão ... Por mais pacífico que seja, esse uso lingüístico se origina no impulso agressivo primitivo de obter ascendência sobre o ambiente social.

### 3. Tudo começa na família (...)

Poderíamos localizar os quatro vetores que caracterizam a violência familiar: abuso físico, corporal e emocional, abuso sexual e abandono, na matriz da tragédia de Édipo, de Sófocles. É desde ali que podemos rastrear sua presença nas estruturas neuróticas, repressão mediante, no registro inconsciente, através dos sintomas, sonhos, fracassos e fantasias.

A criança, em sua vulnerabilidade pode ser vítima do adulto. O adulto pode encontrar na criança a vítima fácil, que lhe permite saciar sua agressividade ou seus desejos. Isto pode-se produzir no quadro social geral (crueldade entre colegas, ritos de iniciação entre adolescente, crueldade de professor a aluno, etc.), ou no quadro familiar.

A partir do século XVIII nasce a estrutura familiar nuclear burguesa compondo o *triângulo “pai – mãe – filhos”*. Destarte, a função sociolizadora da criança passa para um âmbito mais restrito.

Hoje a família é vista como o lugar de muitas contradições, configurando maus tratos aos seus componentes, o que se deduz pensar que a família desestruturada também é lugar de violência. Peculiarmente ela organiza a vida emocional de seus membros, sendo unidade básica de desenvolvimento e experiência da criança. *Matriz da personalidade* do indivíduo, a família forma a identidade que se assume ao longo de nossa existência. A “presença” da família não significa, porém, a “família presente” e estruturada.

#### *Dinâmica da violência*

##### *a) A criança brutalizada (abuso físico)*

Cabe distinguir “*criança negligenciada*” à qual faltam os cuidados físicos básicos (privação de alimentos, medicamentos, etc.), e “*criança brutalizada*” marcada em sua carne e em seu espírito. Numerosas crianças sofrem e morrem a cada ano de síndrome polifratuária e são denominadas “*crianças surradas*” (Ariès, 1978).

Na maioria dos pais, as brutalidades não são acompanhadas de culpa, uma vez que eles se sentem em seu direito.

A criança, por sua vez, pode reagir de maneira passiva ou reativa, podendo uma e outra aumentar a agressividade do adulto. O maior perigo é de que a brutalidade seja integrada numa forma de diálogo implicitamente aceito pelo agressor e pela vítima.

Em quase todos os países foram promulgadas legislações específicas, a fim de prevenir as brutalidades contra as crianças e detectar os agressores. Na França, todo cidadão tomando conhecimento de sevícias infligidas a menores de quinze anos,

deverá informá-las às autoridades administrativas, se não quiser incorrer nas penas previstas no art. 62 do Código Penal. Os médicos que tiverem conhecimento de sevícias sobre as crianças são dispensados do sigilo profissional (art. 378 Código Penal).

A Constituição Federal, no Capítulo VII, dedica à Família, Criança, Adolescente e ao Idoso, no art. 227; dispõe:

Art. 227 – É dever da *família*, da *sociedade e do Estado* assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, *violência*, crueldade e opressão.

( ... ) § 4º A lei punirá severamente o abuso, a *violência* e a exploração sexual da criança e do adolescente.

#### *Da Extinção do Pátrio Poder*

O Código Civil brasileiro no art. 395 prevê:

“Art. 395 – Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

I – que castigar imoderadamente o filho;

II – que deixar em abandono;

III – que praticar atos contrário à moral e aos bons costumes.

O Código Penal também visa a repressão dos abusos correccionais, ao prescrever no delito de Maus Tratos:

Art. 136 – Expor a perigo a vida ou a saúde de pessoas sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentos ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, que abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena – detenção, de dois meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de um à quatro anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos.

§ 3º Aumenta-se a pena de um terço, se o crime é praticado contra *pessoa menor de catorze anos.*”

Os corretivos aplicados por pais aos filhos só são lícitos e permitidos os considerados tradicionalmente moderados (tapa leve, palmadas).

Embora infligidos *corrigendi animo*, os castigos imoderados não deixam de ser *maus tratos*.

O justo fim não autoriza o excesso de meio. O Código não subordina a incriminação à sua habitualidade.

No Brasil o artigo 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe:

Art. 245 – “Deixar o médico, o professor ou o responsável por estabelecimento de atenção à saúde e de ensino fundamental, pré-escola ou creche, de comunicar à autoridade competente os casos de que tenha conhecimento, envolvendo suspeita ou confirmação de maus tratos contra criança ou adolescente:

Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.”

O Estatuto não é uma lei comum com aplicação semelhante em todo o território nacional. O legislador federal, considerando a imensidão do país, colocou o tratamento do tema para cada município com sua população.

A lei existe para proteger e, também, dar responsabilidade aos menores de 18 anos de idade.

A aplicação do *Estatuto da Criança e do Adolescente* é uma das formas de coibir a violência contra os menores, salientando-se o papel privilegiado da comunidade na garantia dos direitos. A partir de sua promulgação, uma parte das atribuições do Poder Judiciário passou a ser responsabilidade dos *Conselhos Tutelares*, espaço privilegiado de *organização comunitária*. Todavia, não está explícito no texto o que se entende por “*comunidade*”. No senso comum, a palavra pode designar muitos tipos de relações, desde aquelas que implicam em convivência de vizinhança, até associações civis, grupos de defesa de direitos, grupos religiosos. Para Pietrocolla, essa noção presente no E.C.A. “não dá visibilidade à natureza do vínculo existente entre aqueles que dela fazem parte, nem à abrangência espacial dessa relação” Deste modo, a distribuição de responsabilidade pelo jovem entre família, Estado, sociedade e comunidade (art. 4º) fica no terreno da abstração, o que dá margem a múltiplos e, por vezes, confusos entendimentos sobre como esse princípio deve ser concretizado na prática?



Quando se pensa a comunidade relacionada à localidade torna-se complexo conceber uma metrópole como São Paulo constituindo uma comunidade. E quando se trata de aplicação de medidas sócio-educativas em meio aberto torna-se mais nítida, no concreto, a indeterminação dos contornos da comunidade é considerada tão importante quanto a família. Seu papel é, também, o de vigiar o jovem na sua conduta cotidiana.

A família e a comunidade, para os operadores jurídicos, são representadas segundo um padrão ideal de “família estruturada” e “comunidade organizada” o que não corresponde à representação da família de origem do jovem infrator, geralmente “desestruturada” e “desorganizada”

É essencial, portanto, detectar de forma mais precoce possível a existência de maus tratos na infância, não-só corporais, mas também psicológicos, corrigindo-os com um suporte legal e social, desde que adequado aos fatores determinantes, em cada caso, da gênese da violência.

Convém lembrar que grande parte dos atos de violência contra crianças e adolescentes ocorre *dentro* da família. Por isso, esta violência fica oculta, sendo mantida na obscuridade por uma cortina de medo e constrangimento emocional. Crianças maltratadas têm uma alta probabilidade de se converter em pais que também maltratam. Ao não se romper esta cadeia estaremos perpetuando e consolidando uma *espiral de violência*.

Muitos dos atos de violência praticados e testemunhados não são levados ao conhecimento das autoridades, não chegando nem ao menos existir, sob a óptica do mundo jurídico.

O desenvolvimento na sociedade de um sentimento de tolerância, ou mesmo *cumplicidade com a violência*, aliado ao individualismo que busca apenas a defesa dos interesses pessoais, faz com que se veja no direito violado do outro um fato no qual não queremos nos envolver.

b) *Abuso psicológico* – interferência negativa do adulto sobre a competência social da criança, tais como: rejeição, isolamento, terror, abandono, cobrança, corrupção, são comuns. A inversão de papéis entre os membros familiares é, também, uma incongruência desorientadora e perturbadora para a criança.

Juntamente com os maus tratos, há uma implementação de uma forma de violência na qual a vítima perde o sentido de sua integridade, podendo vir a justificar e negar a violência do outro.

Vários são os fatores que intervêm favorecendo estas condutas no meio

familiar. De uma forma geral, Green (1976) assinala que o abuso infantil é um distúrbio da função parental devido a má percepção da criança pelo pai, motivada por experiências frustrantes durante sua infância. Para este autor, são conseqüência de três fatores:

- (1) *a personalidade dos pais;*
- (2) *as características provocadoras da criança;*
- (3) *“stress” ambiental.*

Na maior parte dos casos se trata de personalidades instáveis emocionalmente, incapazes de se adaptar às responsabilidades da paternidade. Constantemente são portadores de uma alteração psicopatológica mais ou menos acentuada (histeria, neurose, psicopatias). Muitos oferecem baixos coeficientes de inteligência e é freqüente a associação com o alcoolismo. O álcool, através de sua diminuição da inibição contra o comportamento anti-social e violento, pela diminuição do alerta perceptivo e cognitivo, resulta em prejuízo do julgamento. Como os narcóticos, exerce um papel-chave na análise do comportamento violento, sem se falar nas atividades que envolvem a obtenção da droga.

As características dos pais que maltratam os filhos são: idade relativamente jovem, conduta imatura, baixa estima, complexo de inferioridade e cultura, *stress* e depressão crônica (Brook, 1988).

Um caso digno de ressaltar é o de maus tratos ao feto, conhecido como “*fetal neglect and abuse*”, na literatura anglo-saxã. Risemberg (1989) assinala que podem se incluir nesta categoria, não só os atos de agressão deliberada por parte da mãe, mas outro tipo de condutas que trazem riscos conhecidos para o feto. Nesta linha, certas toxicomanias (alcoolismo, dependência a opiáceos, etc), a auto-medicação, ausência de cuidados, etc.

Há que ter presente o papel de alguns profissionais na detenção precoce dessas situações pelo exercício de sua atividade profissional, como por exemplo, os profissionais sanitários;

É comum o aborto e o infanticídio entre nós.

*c) atentados sexuais contra crianças (ou abusos sexuais)*

## 1 – a pedofilia

A. Friedemam observa, em seu estudo, que 12% das vítimas de atentados ao pudor têm menos de 7 anos, 16% estão no período de latência sexual (idade escolar), 50% na pré-puberdade e puberdade, e o restante no curso da adolescência.

Os tipos de atividades pedofílicas são variados, exibicionismo, seja atividade homossexual ou heterossexual, que vai do simples ato de tocar (carícias ou apalpamentos, pedido de masturbação ou felação) até a violentação e à agressão ou sodomia.

Cumprir observar que há na família desses delinquentes uma forte carga hereditária psiquiátrica e, do ponto de vista social, uma predominância do baixo nível. Há duas vezes mais indivíduos na condição de filhos ilegítimos entre tais delinquentes do que nos indivíduos da população geral.

2 - *As vítimas de atentados sexuais* – apresentam igualmente certas particularidades. Viveram em ambiente familiar perturbado e insatisfatório (lar dissociado) ou carente de valor educativo, por amoralidade ou imoralidade

3 – *O incesto* - é um tipo específico de atentado sexual que corresponde à superação de um tabu existente em quase todas as sociedades. Sua frequência é difícil de avaliar, nem todos os casos são denunciados. É mais comum entre pai-filho do que o incesto mãe-filho. Nas classes mais abastadas é menos visível. A idade do pai nestes tipos de relações oscila entre 30 e 45 anos, e idade da filha entre 5 e 14 anos, aproximadamente. Na maioria dos casos, o pai escolhe a filha primogênita como primeira parceira, mas pode continuar com outras filhas mais novas. A duração das relações varia entre 4 meses e 8 anos (Lukianowicz).

Inúmeros autores insistem no papel que desempenha a mulher nessas relações incestuosas, seja enquanto esposa, seja enquanto cúmplice mais ou menos conscientes.

Evolução psicológica das meninas que sofreram incesto;

- distúrbios de caráter e do comportamento social;
  - tornam-se prostitutas e apresentam sintomatologia pré-delinquente;
  - frigidez e aversão pelas relações sexuais;
  - neurose aguda;
  - reações depressivas com tentativas de suicídio;
- são ciumentas.

O papel de agressão na relação entre os sexos pode ser delineado por um exame dos chamados desvios sexuais. Os psicopatas podem pôr em prática suas fantasias sádicas sem consideração pelo sentimento de seus parceiros, mas a maioria desses

homens é na realidade excessivamente atenciosa. Já a falta de relação entre os sexos, em geral, torna a mulher mais agressiva.

*4 – O rapto de crianças* – Os raptos de crianças parecem ter aumentado em muitos países. São realizados mais por homens do que por mulheres. Visam geralmente o lucro. Podem ser seguidos de homicídios. Outras vezes o motivo pode ser sexual, e o rapto se conclui também pela morte, se a criança tiver resistido ou se o indivíduo temer a denúncia. São extremamente bem preparados por pessoas com antecedentes penais, às vezes, por adolescentes cuja motivação é difícil de elucidar.

Quando cometidos por mulheres, como no rapto de bebês, o ato é impulsivo e nenhum mal é feito ao bebê. Parece estar relacionado com o sentimento de privação e solidão. Distúrbios sérios de personalidade, com traços histéricos predominantes são comuns.

Há raptos recíprocos entre pais divorciados.

A incidência real destas condutas é difícil de precisar;

*d) abandono e omissão de cuidados.*

Define-se como a privação de comida, bebida, cuidados médicos, estímulo e afeto. Constitui uma conduta intermediária até condutas violentas de maior entidade.

Adquire sua maior expressão no abandono do recém-nascido em que as carências apontadas supõem um risco objetivo para sua saúde. Sua incidência real é difícil de se estabelecer. Como consequência de enfermidades intercorrentes ou quadros lesionais podemos chegar a seu diagnóstico. Muitas vezes são encobertos por uma patologia orgânica, como expressão do déficit nutricional generalizado.

A ausência de cuidados higiênicos é também expressão de recusa da criança e constitui uma atitude agressiva. Desse processo podem participar ambos os pais. Recai uma quota de responsabilidade maior e aparente na figura materna. Um caso particular vem sendo definido pela omissão de cuidados médicos, desde a ausência de atenções sanitárias até prescrição de fármacos prejudiciais por parte dos pais.

*Conclusões:*

1 – Os maus tratos ao menor são um problema universal que não reconhece limites, nem geográficos, nem culturais, nem ideológicos. Constitui um complexo fenômeno resultante da combinação de fatores individuais, familiares e

sociais, que tem como denominador comum um comportamento destrutivo e violento do processo normal de desenvolvimento e bem estar da criança.

2 – Sua existência é presente na história da Humanidade, as vezes por costumes e outras, por ignorância. Por exemplo, são referências históricas nas civilizações antigas:

Fenícia: o sacrifício de crianças queimadas vivas ao deus Moloch.

Egito: afogamento anual de uma menina no Rio Nilo.

Hebréia: lançamento de crianças disformes do Monte Taigetos.

Grécia: o pai podia matar ou vender seus filhos.

Roma: *Tollere Infantum*: sobre a vida ou morte de um recém-nascido.

Sêneca: Exploração de inocentes criaturas aleijando-as para convertê-las em “esmoleiros” profissionais.

Aritóteles: um filho ou escravo são propriedades, nada do que se faça com a “propriedade” é injusto.

Nahuas: aspiração de chile queimado.

China e Haváí: controle de natalidade, jogando o quarto filho às feras,

Cultura indígena, esquimó, polinésia, africana, escandinava, australiana: infanticídio.

Com o advento do Cristianismo e o respeito à vida humana surge as primeiras obras que auxiliam as crianças desprotegidas: “*Tabullae Alimentarie*” de S. Justino (século II), Édito de Constantino (315), o Código de Teodosio (438), normas de Justiniano e Carlos Magno facilitando o aparecimento de Irmandades para as crianças desprotegidas, o *Enfant Dieu* (1536, em Paris), etc. A primeira descrição clínica da síndrome da criança surrada é devida a A.Tardieu em seu trabalho “*Etude medico legal des blessures*” em 1868, que sensibilizou para a atualidade desse problema.

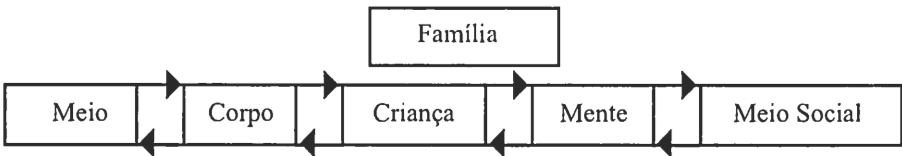
3 – Do ponto de vista conceitual, a definição de maltrato não é igual para todos os profissionais. Em geral, é aceita como “qualquer ação ou omissão não accidental por parte dos pais ou (cuidadores) responsáveis que compromete a satisfação das necessidades básicas do menor”

4 – É útil entender o Abuso de Crianças e/ou Abandono, como um sintoma de família disfuncional.

Foram relacionados as seguintes “características familiares” com a violência e criança:

- isolamento social;
- violência entre pais;
- antecedente de abuso nos pais;
- desequilíbrio entre as capacidades da criança e a expectativa dos pais;
- fatores estimulantes ou estressadores: álcool e/ou droga, moradia inadequada, enfermidade mental.

### 5 – Fatores de risco do maltrato infantil



O maltrato infantil leva a acumulação de uma série de fatores de risco que atuam de maneira dinâmica e recíproca na família, no indivíduo, na comunidade e na cultura.

6 – Todos os modelos teóricos da violência assumem a conduta agressiva que é, em alguns graus, adquirida. A violência familiar é um sintoma a mais dos desajustes de nossa cultura e estrutura social.

7 – A criança desamparada, maltratada, explorada, abandonada precisa de forma urgente e imediata de cuidado e, se possível, *amor* antes mesmo de se pensar na proteção judicial.

8 – Coerente com o princípio de respeito aos Direitos Humanos, a Carta Constitucional, de 1988, desenvolve a idéia de responsabilidade, que se orienta na defesa da vítima e se conforma à diretriz da dignidade da pessoa, como base da sociedade brasileira.

A *American Medical Association* (AMA) define:

AMA,1985	Abuso Físico	Abandono	Abuso Sexual
Sinais Físicos	Contusões, equimoses, queimaduras, fraturas, lacerações, abrasões, lesões abdominais, lesões do SNC	Má nutrição, fadiga constante, falta de higiene	Dificuldade para andar ou ao sentar-se, hiperpigmentação da pele dos lábios, diâmetro horizontal, abertura vaginal > 4 mm, manchas, ensangüentado roupa interior, equimose área genital, enfermidade venérea, gravidez, descarga genital, restos de esperma, etc.
Comportamental	Menos submissos mostram sinais de: negativismo, tristeza, ira, isolamento, desnutrição, etc.	Ausência supervisão adulta apropriada, ingestão substâncias perigosas, exploração, atenção escolar pobre, inversão de papéis (criança cuida dos pais), uso de álcool e/ou drogas.	Pode confiar em um parente, amigo, professor Poucas relações com seus iguais, baixa estima, conduta sexuais aberrantes.

São Paulo, março de 2001.

## Bibliografia

BUENO, Santiago Delgado, et alii; *Psiquiatria Legal y Forense*. Madri, Ed. Colex, v. II, 1994.

CASTÁN TOBENÃS, José; *Los Derechos del Hombre*. Madri, Reus, SA, 1976.

CHAVES, Antônio; *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo, LTR, 2ª Ed., 1997.

DIDUCK, Alison and KAGANAS; *Felicity Family Law, Gender and The State: Text, cases and materials*. Oxford, Port land, 1999.

LEVISKY, David Léo e colaboradores; *Adolescentes e Violência. Consequências da Realidade Brasileira*. Porto Alegre, Artes Médicas, 1997.

PIETROCOLLA, Luci Gati et alii; *O Judiciário e a Comunidade: prós e contras das medidas sócio-educativas em meio aberto*. São Paulo, IBCCRIM, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, *O Poder Jurídico e Violência Simbólica*. São Paulo, Cultural Paulista, 1985.

SANTOS, José Américo, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos et alli, *Danos Psíquicos*. São Paulo, Oliveira Mendes Ed., 1999.

STRAUS, Pierre et alii; *L'infant maltraité*. Paris, Ed. Fleurus, 1982.

STELLA, Federico et alii; *Violenza e diritto*. Roma, Ed. Giuffre, 1980.



# ARMA DE FOGO: DA CONTRAVENÇÃO AO CRIME

*José Orsomarzo Neto*

Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo; Delegado da Polícia Federal e advogado  
em São Paulo.

## Resumo:

O autor aborda os arts. 18, 19 e 28 da Lei de Contravenções Penais; a Lei do Registro e porte de armas de fogo, através de suas regulamentações específicas, com conclusões pessoais desta exposição de motivos.

## Abstract:

The author approaches arts. 18, 19 and 28 of the Law of Criminal Contraventions; the Law of the Register and transport of firearms, through its specific regulations, with personal conclusions of this display of reasons.

**Unitermos:** crimes cometidos com armas de fogo; aumento de criminalidade; desarmamento da população.

## Sumário:

- I – Introdução;
  - II O art. 18 da Lei das Contravenções Penais;
  - III O art. 19 da Lei de Contravenções Penais;
  - IV - O art. 28 da Lei de Contravenções Penais;
  - V - A Lei do Registro e Porte de Arma de Fogo;
  - VI Regulamentação da Lei;
  - VII – Conclusão;
- Bibliografia.

## I. Introdução

Com as mudanças sociais ocorridas a partir da década de 70, houve um notável aumento da criminalidade, especialmente no que diz respeito aos crimes de

maior gravidade, cujo emprego de violência, sempre esteve aliado ao uso indevido de armas de fogo e porque não das chamadas “*armas brancas*”

Com a alta sofisticação tecnológica alcançada em todas as áreas do conhecimento humano, inegavelmente as armas de fogo (revólveres, pistolas e outras) se transformaram em verdadeiras armas de guerra ou armas de ataque, em lugar dos comedidos armamentos antigos (garruchas, revólveres e pistolas de pequenos calibres) com capacidade de disparos também regular e não com o “plus” atual.

Assim nada mais restou ao Governo Federal, no intuito de aperfeiçoar ou procurar atualizar a legislação, editar a Lei n. 9.437/97, de 20/02/97, elevando o porte de arma à categoria de crime e ampliando as condutas passíveis de punição, muitas delas idênticas ao tráfico de entorpecentes, regulamentada pelo Decreto n. 2.222/97.

Destarte, nos propomos a um estudo comparativo entre as contravenções previstas nos arts. 18, 19 e 28 e o crime previsto na lei nova, levantando ainda a atual conjuntura social, bem diferente da época em que foi editada a Lei de Contravenções Penais (1941), informando, ainda, sobre casos ou práticas em que a arma de fogo serviu como defesa ao usuário e em outros não, finalizando conclusivamente com a adesão à recente Súmula n. 174 do Pretório Excelso e opinião pessoal sobre o tema, hoje objeto de grandes comentários e apreciações no meio sócio-jurídico, visto a proteção e salvaguarda do bem jurídico de maior valor que é a Vida Humana.

## II. O art. 18 da Lei das Contravenções Penais

O art. em questão possui múltiplas ações físicas, que assim se definem:

- a. Fabricar - está relacionado à produção ou criação;
- b. Importar - tem o sentido de trazer de um país para outro;
- c. Exportar - significa o oposto de importar, ou seja, remeter para o Exterior;
- d. Ter em depósito - é o caso de retenção ou conservação de armas ou munições;
- e. Vender - é o ato de dispor ou alienar coisa própria mediante pagamento de preço.

Neste artigo somente são consideradas as chamadas armas próprias (revólver, espingarda, pistola).

A munição vem a ser o material próprio para que se efetue a carga e o disparo da arma.

Todos os atos previstos neste artigo são objetos de regulamentação e serão caracterizadas as condutas, quando efetuadas sem permissão da autoridade.

São infrações de mera conduta, havendo previsão legal na Lei de Segurança Nacional (Lei n. 7.170/83), quando atentarem contra a ordem política ou social do Estado.

A jurisprudência tem entendido que:

“O art. 18 da LCP incrimina o fato de o agente ter armas ou munições em depósito, para fim de comércio, sem licença da autoridade, e não tê-las guardadas para seu uso (RT 13/263)”

“Não é possível interpretar extensivamente a lei penal. Se o texto do art. 18 da LCP refere-se ao comércio e ao fabrico, não há com tal se confundir uma simples venda, de uma única arma (RT 395/305)”

### III. O art. 19 da lei de Contravenções Penais

O conceito doutrinário do dispositivo legal é no sentido de que o porte ilegal de arma, a guarda ilegal ou descuidada de arma ou de munição, oferecem perigo à pessoa.

Com efeito o indivíduo que porta uma arma sem autorização legal, presumivelmente demonstra uma predisposição para o cometimento de um mal maior, no caso um crime.

Os doutrinadores em linhas gerais conceituam arma como: “*o objeto ou utensílio que sirva para matar, ferir ou ameaçar, seja qual for a forma ou seu destino principal*” (Manoel Pedro Pimentel, *Contravenções Penais*, RT, SP, 1975, pp. 113-114).

Existem armas próprias (revólveres, punhais) e as armas impróprias (foice, machado, martelo) que, na verdade, são utensílios.

Outra distinção existente são as armas de uso permitido e as armas de uso proibido ou restrito.

Os elementos da contravenção estão expostos da seguinte forma: “trazer consigo a arma”, “fora de casa ou de dependência dela” inexistência de licença da autoridade competente.

Para a elucidação de tais elementos trazemos à colação a seguinte ementa: “*a contravenção do art. 19 da respectiva lei consiste na apresentação com a arma em estado de pronto uso, fora de casa e sem licença de autoridade*” (RT 435/352).

Tem-se em vista a proteção da vida e integridade física da pessoa humana, em caráter preventivo, digamos até como uma forma de segurança física individual.

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo ou passivo, sendo que o primeiro deverá ter 18 anos e capaz.

As armas próprias são objeto material da contravenção, o que não acontece com as impróprias, porém as armas brancas são proibidas, a exceção como instrumento de trabalho (facas dos açougueiros, peixeiros).

A diferença entre porte e transporte é essencial na tipificação da conduta, como fixado em Acórdão do STF: *“Não constitui infração punível, o transporte de arma em envoltório impeditivo de uso nocente e imediato”*

Para os autores a distinção deve se ater à condição de pronto uso, como na seguinte decisão: *“o que caracteriza o porte de arma, distinguindo-o do meio de transporte, é a circunstância de tê-la o agente em condições de uso fácil e rápido”* (RT 438/479).

Há também jurisprudência no sentido de que o automóvel na via pública não é extensão da casa, assim como o bar também não o é, embora esta não seja pacífica.

O elemento subjetivo que caracteriza a contravenção é a voluntariedade, ou seja, a vontade do agente de andar armado, aumentando suas possibilidades de ataque e defesa.

No § 1º, é prevista a agravação da pena em razão de sentença irrecurável por violência contra a pessoa, não importando se é crime ou contravenção.

Nas alíneas do § 2º, são tipificadas condutas comissivas e omissivas.

#### IV. O art. 28 da Lei de Contravenções Penais

A objetividade jurídica é a incolumidade pública, provocada por situação de perigo que possa ser causado a um número indeterminado de pessoas.

A conduta prevista é a de efetuar disparo de arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela.

Se o disparo for efetuado em direção a uma pessoa ou a um grupo, teremos uma tipificação remetida ao Código Penal, no caso de tentativa de homicídio ou perigo para a vida ou saúde de outrém.

No parágrafo único a legislação é abrangente a outros fatos perigosos, sem licença da autoridade.

Em sede jurisprudencial, trazemos à colação os seguintes julgados:

*“O perigo decorrente de disparo de arma de fogo em via pública ou em lugar habitado é presumido jures et de jure. Não importa, pois, que tenha sido feito somente para intimidar, bastando a voluntariedade do ato” (RT 435/360).*

*“Não representa risco para a incolumidade pública e, portanto não configura a contravenção de disparo de arma de fogo, o tiro desfechado no interior de uma casa para o alto” (RT 304/489).*

*“Infringe o art. 28 da LCP, aquele que dispara arma de fogo contra ônibus de passageiros” (RT 236/328).*

#### V. A Lei do Registro e do Porte de Arma de Fogo

Recentemente sancionada a Lei n. 9.437/97, compõe-se de cinco capítulos e um anexo, assim distribuídos:

Capítulo I Do Sistema Nacional de Armas;

Capítulo II - Do Registro;

Capítulo III Do Porte;

Capítulo IV Do Crime e das Penas;

Capítulo V Disposições Finais.

Da simples observação do quadro acima, conclui-se que os três primeiros capítulos, tratam de normas administrativas e explicativas, assim como o último e o terceiro contêm normas incriminadoras.

No capítulo I, composto de dois artigos, o legislador criou o Sistema Nacional de Armas - Sinarm, vinculado ao Ministério da Justiça, dentro do Departamento de Polícia Federal, que é instituição do mesmo Ministério, com circunscrição em todo território nacional, como se depreende da leitura do art. 1º.

É de se salientar que merece encômios a posição adotada, mesmo porque a exemplo da identificação civil, prevista na Constituição Federal (art. 5º, Inciso LVIII), e por delegação efetuada nos Estados da Federação, pela Polícia Civil, o Departamento de Polícia Federal possui o Instituto Nacional de Identificação (INI), onde se encontram os arquivos criminais de todo o País, visto que às unidades administrativas estaduais, cumpre sempre comunicar todos os indiciamentos e decisões judiciais criminais àquele Instituto, por preceito definido na legislação processual penal (art. 809).

Destarte, é de suma importância que o Ministério da Justiça, em última instância, o segundo escalão do Poder Civil, dentro do Executivo, tenha ciência de pronto do número de armas e outros dados específicos, em poder da população civil, nos oito milhões de quilômetros quadrados, que constituem a base geográfica nacional.

Convém anotar ainda que o órgão do Poder Executivo, que representa o Ministério da Justiça, em todos os Estados é o Departamento de Polícia Federal, com as Superintendências Regionais, em todas as capitais, incluindo o Distrito Federal, Divisões da Polícia Federal nas cidades de médio porte como: Santos, Ilhéus, Foz de Iguaçu, apenas para exemplificar e as Delegacias de Polícia Federal, nos mais distantes rincões fronteiriços, como: Guajará-Mirim (RO), Tabatinga (AM), e Santana do Livramento (RS), portanto “*ratione materiae*”, cremos sem dúvida alguma tratar-se do órgão certo para a função certa, parafraseando Shakespeare, em uma de sua obras.

O art. 2º, estabelece as funções que competem ao Sinarm, que assim comentamos, articuladamente:

I. a identificação das características das armas e seus proprietários, é tão necessária quanto à identificação e propriedade de veículos automotores, aeronaves e similares, através de um sistema de cadastro, logicamente com técnicas da moderna informática, possibilitando fácil acesso e rápido atendimento ao usuário;

II. com toda evidência as empresas que produzem armas de fogo tais como a Taurus, Rossi, em âmbito nacional, as empresas estrangeiras fabricantes do revólver Smith & Wesson, da pistola semiautomática Glock, da pistola semi-automática Beretta, dos revólveres do tipo “Magnum” ora fabricados em nosso País, devem comunicar suas produções e vendas, assim como as lojas revendedoras devem fazer, por sua vez, as devidas comunicações e o fazem através do Registro, que veremos adiante. Com essa providência é fácil se notar que a arma de fogo tem seu acompanhamento desde a produção até o consumidor, assim entendido em termos legais;

III. o ordenamento contido neste Inciso, visa manter atualizados os dados cadastrais antes registrados, posto que em se verificando transferências de propriedade, furto, roubo e outras ocorrências, logicamente altera-se o contido no banco de dados (Date Control Bank, dos americanos), podendo surgir dúvidas acerca de outros crimes, especialmente o homicídio que por valorização jurídico-penal deve ser priorizado em sua apuração;

IV. no que tange às modificações que alterem as características, por exemplo a cromação de uma arma de fogo oxidada, a substituição de um cabo de madeira por um cabo madrepérola, não existem problemas no tocante a seu

funcionamento. Todavia, o encurtamento de cano (serra), o uso de silenciador (para amortecer estampidos, o alongamento de cano ou troca (para permitir uma melhor pontaria ou precisão de tiro), o uso de “miras telescópicas”, que permite um tiro de precisão, normalmente utilizado em competições, são dados que interessam sobremaneira ao Governo, até em termos de segurança nacional, haja vista o “potencial de fogo” que possuem os chamados “cartéis de drogas” que não se circunscrevem mais aos países vizinhos, dado o caráter transnacional deste tipo de delito, e ademais tratamos nesta lei de armas de fogo para uso de civis, em situação de defesa, como explicitado nos arts. 23 e 25 do Código Penal (legítima defesa) e não no uso de armas de fogo para o cometimento de crimes de qualquer natureza. Finalizando este comentário o inciso é altamente positivo, principalmente no campo da Criminalística;

V. por medida de economia, evitando-se gastos supérfluos na administração, como princípio erigido no art. 37 da Constituição Federal e no Regime Jurídico dos Servidores Públicos, devem ser aproveitados os registros atuais, fazendo-se as respectivas inserções no banco de dados do Sinarm, com os critérios de praxe, isto é não simplesmente despejar os dados existentes, mas criteriosamente colhendo-os, selecionando-os, confirmando-os e finalmente alimentando o cadastro, para que não nasça obsoleto ou eivado de vícios que se perpetuam se não extirpados a tempo;

VI. é interessante o cadastramento das armas das armas de fogo, produtos das meras apreensões administrativas (falta de nota fiscal, porte em local não-permitido e outras situações fáticas), em que não ocorre crime, especialmente os constantes no art. 10 desta Lei, que deve ser usado energicamente, tendo-se assim um perfil do portador da arma, que, digamos por qualquer motivo, esqueceu de renovar a autorização, sem contudo apresentar qualquer violação legal no período.

Por outro lado é salutar o cadastramento de armas vinculadas a procedimentos policiais e processos judiciais (quer de natureza civil, como inventários, falências, quanto nos de natureza criminal), para conforme já dito anteriormente ser possível um rastreamento rápido e eficaz do paradeiro da arma e também para que esta não venha a se constituir num futuro “álibi”

O parágrafo único excetua de registro as armas de fogo das Forças Armadas e Auxiliares, por motivos óbvios; em primeiro lugar por serem responsáveis pela segurança interna e externa da Nação, como órgãos originários e as Polícias, aqui, inclusive, a Polícia Militar, por discordar há muito tempo de tal nomenclatura, como órgãos derivados no que diz respeito à segurança pública.

No Capítulo II, vamos encontrar disposições normativas explicativas

quanto aos deveres do cidadão perante o órgão oficial, bem como seus direitos, estabelecidos em três artigos que comentamos em seguida, referindo-se os mesmos, ao registro de arma de fogo, ao certificado de registro de arma de fogo e ao prazo para regularização de tais bens.

O art. 3º é norma cogente no sentido de registrarem-se as armas de fogo nos órgãos competentes, ou seja, atualmente nos departamentos das Polícias Civis estaduais em convênio estabelecido com a União, mediante regulamento. Este registro é feito normalmente ao se adquirir uma arma de fogo nos estabelecimentos comerciais credenciados, que somente podem fazer a tradição da arma ao adquirente, após o devido registro, que não deve ser confundido com o Porte de Arma de Fogo, como veremos mais adiante. O artigo em seu *caput* excetua as armas consideradas obsoletas, quais sejam as meramente usadas como decoração, desde que inservíveis para o uso nocivo (como por exemplo um arcabuz).

No parágrafo único estabelece a lei o dever de registro para os proprietários de armas de fogo de uso proibido ou restrito, que são armas de uso exclusivo das Forças Armadas (fuzil AR-15, por exemplo), os quais promoverão suas inscrições como atiradores, colecionadores ou caçadores no Ministério do Exército, que controla através de órgão próprio, o posicionamento quantitativo, qualitativo e operacional de material bélico em todo o país.

O art. 4º, normatiza a validade do respectivo Certificado de Registro de Porte de Arma de Fogo, em todo o território nacional, o que anteriormente não ocorria em razão de sua expedição ser através de órgãos estaduais, e por vezes nas mudanças residenciais ou domiciliares, não serem coonestados os atos de autoridades de outros Estados onde anteriormente residia o proprietário da arma de fogo.

Um aspecto importante é a autorização para a manutenção da arma de fogo, no interior de instalações de pessoa jurídica (empresa ou estabelecimento), desde que o proprietário da arma seja titular ou seu representante legal. Neste passo é de se indagar se a pessoa jurídica composta de vários diretores, poderão estes fazer o uso do benefício legal em apreço? A questão poderá gerar controvérsias, mas entendemos que se o contrato social, regularmente registrado na Junta Comercial, estipular como responsáveis solidários todos os seus diretores, não haverá óbice a tal prerrogativa, entretanto se esta não for a disposição cremos que somente aqueles ali mencionados (no contrato) é que terão a titularidade e a responsabilidade legal da pessoa jurídica, aliás como aplicado nos denominados “crimes do colarinho branco” (contra o sistema financeiro e tributário, “*verbi gratia*”). Fora isso, não vemos outra forma de serem absorvidos por essa norma,



especialmente os denominados “gerentes” a não ser que exista em seu contrato de trabalho, cláusula expressa sobre a responsabilidade legal do estabelecimento ou a empresa, assim consideradas como pessoas jurídicas de Direito Privado.

E que dizer das pessoas jurídicas de Direito Público, que também possuem um titular (Inkra, Secretaria do Meio Ambiente, Ibama), podem valer-se da norma ou não? Com toda a propriedade é nosso entendimento que podem, uma vez que não infringem normas estatutárias dos órgãos respectivos, ou sejam as denominadas “interna corporis”(portarias, resoluções, avisos).

Outro detalhe, que não pode passar despercebido, é que o proprietário deve manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou dependência desta, o que faz o intérprete distinguir, como no Direito Civil, as várias residências que comitantemente pode ter esse proprietário, vez que o domicílio é onde reside com ânimo definitivo, assim entendido o centro de suas atividades principais.

Condicionada à autorização do Sinarm a expedição do Certificado do Registro de Arma de Fogo, como descrito no parágrafo único, evidentemente torna mais segura a funcionalidade do documento, para os objetivos visados pelo legislador, bem como facilitando o usuário em seus deslocamentos pelo País. No art. 5º é concedida uma espécie de anistia aos proprietários, possuidores e detentores de armas de fogo, que não tenham o respectivo registro. Poderão fazê-lo dentro de seis meses, com igual prazo de prorrogação, a critério do Executivo, presumindo-se a boa fé daqueles que assim agirem, como está escrito no parágrafo único.

Na verdade, pensamos que o legislador a exemplo dos estrangeiros clandestinos ou irregulares no País, houve por bem permitir que as pessoas de boa índole, que muitas vezes guardam como lembrança arma de fogo pertencente a um antepassado, não viessem a ser surpreendidas com a nova legislação, outorgando-lhes um interregno para proverem a regularização, o que entendemos de bom senso e perfeita consonância com as necessidades da coletividade, que prescinde do combate à marginalidade e não aos homens de bem. Todos nós sabemos que no Brasil de antanho, eram dificultosos os registros, quer de imóveis, pessoas e imaginem armas de fogo; por isso levando-se para um aspecto do Direito Humanitário, o legislador entendeu de relevar essa dose sentimental, dispensando a comprovação de origem da arma, mediante requerimento.

No capítulo III, encontramos a matéria que define a licitude do porte de arma de fogo, em quatro artigos, ora alinhavados.

O art. 6º condiciona o porte de arma de fogo à autorização da autoridade

competente, aliás como previsto desde o tempo imperial (Lei de 26/10/1831), combinada com o art. 297 do Código Criminal do Império, legislação essa reproduzida no Código Penal de 1890, até se transformar no art. 19 da Lei das Contravenções Penais, em 1941, se bem que ocorreram outras legislações a respeito.<sup>1</sup>

Com efeito, conjugando-se os arts. 6<sup>o</sup> e 7<sup>o</sup> da Lei em comento, vê-se que o ato administrativo que autoriza o porte de arma de fogo, é de natureza vinculada e não discricionária, posto que deverão ser observados os seguintes requisitos:

a. o requerente deverá comprovar idoneidade assim entendida a sua convivência social, sua aversão para a prática de condutas ilícitas e evidentemente bons costumes;

b. comportamento social produtivo, vem a ser a pessoa que trabalha e produz de forma benéfica para a sociedade, e não aquele que vive na ociosidade, conhecido o adágio *“cabeça de vagabundo é oficina do diabo”*;

c. a efetiva necessidade visa a espancar o modismo, a imitação que por vezes pode levar a situações indesejáveis e desagradáveis, mormente aqueles que não precisam sequer possuir uma arma de fogo e deveriam até melhor empregar suas economias, eis que não transportam valores, não ocupam posições de destaque onde podem ser alvos de seqüestros ou de ações constrangedoras e até roubos, pois neste caso, outro adágio é cabível: *“que se vão os anéis mas que fiquem os dedos”*;

d. a capacidade técnica é essencial, pois não é concebível que uma pessoa com elevado potencial ofensivo, especialmente contra a vida, não saiba controlar uma arma de fogo, no que diz respeito ao manuseio (limpeza, conservação e desmontagem) e até mesmo o porte (na cintura, axilar, nos membros inferiores), assim como controle emocional para o seu saque, isto é o ato posterior ao porte da arma de fogo, haja vista que o momento do saque para o uso é onde se estabelece o início do nexo causal da conduta, que poderá ser lícita ou ilícita, adequada ou não socialmente e ainda perigosa bilateralmente, tanto para o que saca quanto para o que está na iminência de sofrer uma agressão. Este ponto é crucial no assunto referente a porte com uso de arma de fogo ou qualquer outra arma. Sem qualquer presunção pessimista, mas com os olhos voltados para a causuística, trata-se de um perigo latente.

No § 1<sup>a</sup>, é limitada a base territorial da licença concedida, circunscrevendo-a ao respectivo Estado, onde o requerente é domiciliado e não-

---

1. Pimentel, Manoel Pedro. *Contravenções Penais* Editora Revista dos Tribunais São Paulo 1975, p. 111.

residente, pois em alguns casos os locais divergem, especialmente quando a pessoa mora em um Estado e trabalha em outro, retornando a seu domicílio somente nos finais de semana ou até diariamente, como o exemplo de cidades limítrofes: Nanuque (MG), Aimorés (ES) e Serra dos Aimorés (BA) que são contíguas. Atualmente a legislação é no mesmo sentido para que não se tire a autonomia estatal, derivada da soberania da União, havendo a possibilidade de reconhecimento recíproco desde que haja convênio.

Os §§ 2º e 3º do Projeto inicial (Projeto de Lei n. 7.865/86 – ns. 64/69, do Senado Federal), foram vetados pelo Chefe do Executivo, que em suas razões afirmou que a “*proposição visa reduzir a quantidade de armas de fogo em circulação*” e as Autoridades ali referidas e as Forças Armadas e Polícias Militares já possuem legislação própria.

No art. 8º, estipula-se a possibilidade de expedição de autorização federal para o porte de arma de fogo, que difere da estabelecida no § 1º por ser de âmbito nacional. Tal autorização obedecerá a exigências especiais, v.g., a necessidade de deslocamentos constantes entre as várias unidades da Federação, transportando valores e/ou documentos, missões de alto interesse comercial, exercício de funções de gestões e administração e assim por diante.

Os custos operacionais para a expedição da autorização federal para o porte de arma, finalmente vem a ser devidamente compensado, mediante o pagamento de taxa, no valor de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais), constantes do anexo, o que é providência salutar até então inexistente, para que a União mantenha o Sinarm, nos mais elevados padrões mundiais e também para que se coibam pedidos infundados, por mero diletantismo ou por avareza; anteriormente era grátis, em razão do porte de arma de fogo não ser essencial para a vida humana, muito pelo contrário é altamente nocivo.

Prosseguindo em nossa análise, abordaremos o Capítulo IV, que trata dos Crimes e das Penas referentes a condutas ligadas às armas de fogo, como é de ser visto no art. 10º, composto de quatro parágrafos, além do *caput*, contendo os §§ 1º e 3º, três e quatro incisos, respectivamente abaixo declinados.

Foi uma grande inovação no campo penal, há muito esperada que veio finalmente criminalizar ações que prejudicam ou põem em risco a população, inclusive deseducando-a.

O *caput* do art. 10º apresenta nada menos que dezoito ações físicas, guardando similaridade com o art. 12 da Lei n. 6.368/76 (Lei de Entorpecentes).

Passemos a interpretar as referidas ações físicas:

*Possuir* - significa ter posse ou propriedade de arma de fogo;

*Deter* - significa o mesmo que segurar indevidamente;

*Portar* - uma das principais ações físicas, pode ser interpretada como ter à mão para pronto uso, trazer consigo para pronto uso da arma de fogo, como diz a mais abalizada doutrina;<sup>2</sup>

*Fabricar* - é o mesmo que confeccionar, manufaturar arma de fogo;

*Adquirir* - é o ato de comprar, obter mediante pagamento arma de fogo;

*Vender* - é o ato de comércio onde o vendedor transfere a propriedade e por conseguinte a posse da arma de fogo;

*Alugar* - é o ato de locação mediante pagamento para uso temporário da arma de fogo;

*Expor à venda ou fornecer* - trata-se de ação física alternativa, em que no primeiro momento a arma de fogo é exposta ao público em uma vitrina por exemplo e no segundo é fornecida como mera relação comercial entre fornecedor e revendedor;

*Receber* - é o ato de tradição caracterizado pela entrega da arma de fogo a um recebedor, seja por crédito ou por outro fim;

*Ter em depósito* - é o mesmo que armazenar arma de fogo, digamos um arsenal, guardadas as devidas proporções;

*Transportar* - é o mesmo que levar de um lugar a outro evidentemente em local público arma de fogo;

*Ceder* - é o ato de cessão de arma de fogo, sem ônus para o cessionário, visto a locução “ainda que gratuitamente”, posto que a cessão com ônus pode ser confundida com o aluguel;

*Emprestar* - é o ato de empréstimo, da arma de fogo, podendo ser oneroso ou não;

*Remeter* - é o mesmo que enviar;

*Empregar* - é o mesmo que usar para determinado fim;

*Manter sob guarda* - é o mesmo que tomar conta de arma de fogo;

*Ocultar* é esconder mediante artifício ou ardil, ou até mesmo sem qualquer destes expedientes a arma de fogo da autoridade competente.

Todas estas ações físicas se referem a armas de fogo, de uso permitido, não

---

2. Pimentel, Manoel Pedro - Contravenções Penais - Editora Revista dos Tribunais - São Paulo - 1975 - p. 122 e 123.

possuindo autorização dos arts. 3<sup>a</sup> e 6<sup>a</sup> da Lei e em regulamento previsto no art. 19, do mesmo diploma legal, donde pode concluir-se que a lei referida é norma penal em branco.

A objetividade jurídica que pretende tutelar-se é preventivamente a vida, a integridade física e a saúde da pessoa humana, no intuito de colocar-se obstáculos cada vez maiores à proliferação do uso indevido de armas de fogo.

O sujeito ativo do crime é qualquer pessoa que pratique uma das condutas descritas. Importante é o ensinamento do saudoso e pranteado professor Manoel Pedro Pimentel, “*verbis*”: “*E não estamos longe do dia em que o Direito Penal se verá obrigado a reconhecer a pessoa jurídica como sujeito ativo de crime...Por isso mesmo é que vimos sugerindo a elevação das penas acessórias à categoria de penas principais, preparando-se o terreno para o Direito Penal do futuro...*” (Contravenções Penais - Editora RT - 1975 - p. 103).

Entendemos que muitas das ações físicas podem ser praticadas por pessoas jurídicas especialmente e com muito vigor nos dias atuais, no campo dos “importados”, como na previsão do § 2<sup>o</sup>, ao tratar de contrabando ou descaminho, sem falar nas empresas de vigilância ou segurança bancária.

Em recente artigo no jornal *O Estado de S. Paulo*, o professor José Eduardo Faria, assim se manifesta: “*acima de tudo o ensino jurídico se destaca pelo envelhecimento de seus esquemas cognitivos e pelo esgotamento de seus paradigmas. Por isso ele se tornou incapaz de identificar e compreender a extrema heterogeneidade dos novos conflitos...Na prática, contudo, a crescente complexidade da sociedade contemporânea vem tornando inviáveis os mecanismos jurídicos de controle e direção baseados na rígida dicotomia entre o constitucional e o inconstitucional, o legal e o ilegal.*” (“Saldo Trágico” *O Estado de S. Paulo* - 02/05/97 - p. A2).

O sujeito passivo no crime em tela é o Estado, posto que como garantidor da segurança pessoal de seus cidadãos, constantemente tem sua função violada pela prática das condutas incriminadas, procurando através da legislação prevenir o mal maior.

Tratam-se de infrações de mera conduta, isto é se perfazem com a simples ação, independentemente de resultado, por se tratar de crimes de perigo.

Devemos ter presente o elemento normativo do tipo, consubstanciado na expressão “sem autorização” ou “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, que caracteriza a clandestinidade.<sup>3</sup>

---

3. Magalhães Noronha, chama à violação da disposição legal ou regulamentar como clandestinidade, esclarecendo que o que a lei incrimina é a conduta indevida e abusiva... (Direito Penal – Saraiva)

Trata-se de delito de ação múltipla ou conteúdo variável, portanto a prática de uma das ações previstas, como vender e remeter, deve ser considerada apenas uma violação legal.

O elemento subjetivo é o dolo genérico, no sentido da prática de qualquer das condutas previstas no *caput*, bem como nos parágrafos do art. 10<sup>o</sup>.

É admissível a tentativa nas condutas previstas como fabricar, adquirir, vender, fornecer, ter em depósito, transportar, remeter, empregar e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A consumação se verifica com a efetiva realização dos diversos núcleos previstos no *caput*, em algumas hipóteses independentemente de resultado, como no caso de porte arma de fogo, por ser de mera conduta, onde não é admissível a tentativa.

O concurso de pessoas, como previsto no art. 29 do Código Penal, é cabível, nas condutas de cunho material, havendo até condutas de concurso necessário, como adquirir, vender, emprestar, porém outras por se tratarem de crimes de mão própria, v.g., portar arma de fogo, evidentemente não admite concurso de pessoas.

É possível também o concurso de crimes como estabelecido nos arts. 69 a 71, do Código Penal.

A sanção prevista para tais condutas é a detenção de um a dois anos, portanto afiançável nos termos dos arts. 321 e ss., do Código de Processo Penal.

O § 1<sup>o</sup>, estabelece em seus três primeiros incisos condutas que se incluem nas penas do *caput*, quais sejam:

I. trata-se de conduta omissiva na inobservância de cautelas necessárias, possibilitando que menor de 18 anos ou deficiente mental se apodere de arma de fogo de que tem a posse ou propriedade. O tipo já era previsto no § 2<sup>o</sup> do art. 19 da Lei das Contravenções Penais, e agora foi elevado à categoria de crime, aliás com muito acerto, dado os últimos acontecimentos noticiados. Abre-se exceção para prática de desporto, devendo o menor ser acompanhado por instrutor ou responsável;

II. a situação prevista neste inciso, foi objeto da Súmula n. 174, do Pretório Excelso, no sentido de tipificar o delito de roubo com o uso de “arma de brinquedo” Note-se que existem simulacros que atemorizam de tal forma a pessoa, que podem levá-la à morte e não é justo que o delinqüente transfigurado de inocente ou “bonzinho” apresente-se à Justiça, alegando brincadeira “de índio e mocinho”, como no velho oeste, pois a conjuntura atual é bem diferente!!! O dolo é específico, dada a locução

final, no mesmo sentido do delito capitulado no art. 288, do Código Penal (Quadrilha ou Bando);

III. neste inciso está abarcada a contravenção penal prevista no art. 28 (disparo de arma de fogo), que de igual forma passa a ser crime. O elemento subjetivo sem dúvida é o dolo genérico, isto é a vontade livre e consciente de disparar arma de fogo em local ou via pública ou em sua direção, em local habitado em suas adjacências desde que o fato não constitua crime mais grave, donde seu caráter de subsidiariedade.

O § 2ª agrava a pena que passa a ser qualitativamente mais severa, isto é de detenção para reclusão, nos mesmos limites (2 a 4 anos) e multa, sem prejuízo de eventual concurso com os crimes de contrabando ou descaminho, bem como se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito, devendo ser verificados os calibres, silenciadores, espécies de visores ou “miras” e assim por diante.

Segundo levantamento da ONU a ser divulgado neste ano, o tráfico e o contrabando de armas são punidos em diversos países com penas gravíssimas, tendo como exemplos: a Grécia, Eslováquia, África do Sul e Vietnã, 20 anos de prisão, portanto cinco vezes mais que em nossa legislação em sua máxima previsão. Outros países prevêem a prisão perpétua, como a China, Índia, Japão, Jamaica e Uganda e em Singapura, a pena de morte.

Portanto, não há o que reclamar como é visto amiúde em comentários jurídicos, sobre a eficácia da lei, sobre sua técnica e outras críticas contumazes, o importante é aplicar a lei, verificando o lado interessante e não “amaldiçoando a escuridão ao invés de acender uma luz”

O § 3ª estabelece condutas que merecem a pena agravada como descritas no § 2ª, a saber:

I. trata das supressões ou alterações de marca, numeração ou sinal de identificação de arma de fogo ou artefato, fatos estes que impossibilitam ou tornam difíceis a comprovação de uso em crimes à semelhança dos casos que ocorrem com o furto e roubo de veículos;

II. prevê as modificações efetuadas na arma de fogo, visando aumentar seu potencial ofensivo é o chamado “plus” ou “turbo” tornando de uso proibido ou restrito (troca de cano, munição especial);

III. neste inciso são previstos o uso de material explosivo ou incendiário, normalmente usados em pedreiras ou minerações, sem autorização do órgão competente. O dinamite é de alto teor explosivo e requer cuidados técnicos e especializados, em seu emprego, fabricação, detenção ou posse;

IV. este inciso é de caráter eminentemente individual e é dirigido aos que foram condenados anteriormente pela prática de crimes contra a pessoa (homicídio), contra o patrimônio (roubo) e tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins (Lei n. 6.368/76), citações feitas apenas para exemplificar. É evidente que tais tipos de criminosos são os que mais se utilizam de tais armas de fogo ou artefatos, com suas organizações criminosas ou crime organizado (Lei n. 9.034/95) e os chamados crimes hediondos (Leis ns. 8.072/90 e 8.930/94), que em nosso pensamento, devem ser vistos em conjunto com a comentada previsão legal deste inciso, mostrando o rigor penal que o legislador pretende manter.

Diga-se de passagem que a importação de armas de fogo é típica de organizações criminosas, isto porque há uma clandestinidade e burla ao Fisco, à Polícia e em muitos casos envolve os próprios agentes da Administração, como já ocorrido.

O § 4º prevê o aumento da pena pela metade, caso o sujeito ativo seja funcionário público, o que é muito aceito, pois não se admite “bandido de carteirinha e distintivo” que é no mínimo um covarde, sem condições de praticar seus intuitos desairosos à sociedade por conta própria, mas maculando instituições.

O último capítulo tratado é o V, intitulado Disposições Finais, composto de onze parágrafos, onde se encontram normas explicativas e proibitivas, visando a complementar o disposto nas normas anteriores, particularmente à norma incriminadora, prevista no art. 10º, mola propulsora da lei.

O art. 11 estabelece que serão definidas por propostas do Ministério do Exército, as armas, acessórios ou artefatos de uso proibido ou restrito, cuja disciplina merecerá ato do Chefe do Poder Executivo, *in casu* o presidente da República.

Já no art. 12 remete-se à legislação pertinente quanto às armas, acessórios ou artefatos de uso restrito ou permitido.

Nestes dois artigos é bem de se ver que o legislador refere-se a armas, donde conclui-se que se tratam das “próprias (ataque e defesa, como exemplo revólveres) e impróprias (foice, machado, ancinho), além das armas brancas usualmente ofensivas (punhal, canivete-punhal, espada, estilete)” como mencionado na obra já citada de Manoel Pedro Pimentel.

No art. 13 são dadas atribuições ao Ministério do Exército no sentido de autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de armas de fogo e demais produtos controlados, inclusive o tráfico de armas de fogo de colecionadores, atiradores e caçadores, diga-se de passagem como é feito nos dias atuais. É prevista a exceção com relação ao art. 2º, para que não haja colisão com as atribuições do Sinarm.



O art. 14 prevê a apreensão das armas encontradas sem registro e/ou sem autorização. Aqui entendemos, que se tratam das meras apreensões administrativas, por hipótese, armas abandonadas em um matagal ou outro local.

Todavia, havendo previsão legal como no art. 10<sup>o</sup> que contém múltiplas ações, cremos que deve ser instaurado o procedimento cabível e os fatos levados ao Judiciário, sem prejuízo da elaboração do laudo pericial e o conseqüente envio ao Ministério do Exército para destinação.

Na verdade as armas de fogo assim localizadas sempre são consideradas suspeitas na técnica policial e devem ser objeto de investigação e não simples procedimento administrativo.

O art. 15 veda a fabricação, a venda, a comercialização e importação de brinquedos, réplicas e simulacros de armas de fogo, que com estas possam se confundir.

Esta norma visa complementar o § 2<sup>o</sup> do art. 10<sup>o</sup>, na modalidade do delito de contrabando ou descaminho (art. 334 do CPB), isto é uma modalidade específica do contrabando, por se tratar de um produto proibido, portanto no que concerne à importação.

Entretanto, abrimos espaço para uma indagação: e no caso de fabricação, venda e comercialização de produtos nacionais? Existe sanção legal prevista? Não encontramos qualquer sanção a não ser as de caráter administrativo que constituem atos discricionários, porque no âmbito penal apenas poderá ser tipificado o delito de desobediência (art. 330 do CPB).

No parágrafo único, estabelece-se norma permissiva para fins de adestramento ou à coleção de usuário autorizado, nas condições fixadas pelo Ministério do Exército.

O art. 16 atribui ao Ministério do Exército a concessão de autorização excepcional para a aquisição de arma de fogo de uso restrito ou proibido e no parágrafo único excetuam-se as aquisições feitas pelos outros Ministérios Militares, ou seja Aeronáutica e Marinha.

O art. 17, nova atribuição ao Ministério do Exército no sentido de classificar as armas de fogo bem como os produtos controlados e definir as armas de uso proibido ou restrito.

O art. 18 é muito importante por estabelecer vedação ao menor de 21 anos de adquirir arma de fogo. Cumpre ser fiscalizado com energia este dispositivo, mas muito melhor é educar o homem a não adquiri-las fora da necessidade comprovada, para que não se torne como que uma “prótese” no indivíduo que não consegue andar

desarmado, talvez até por problemas psicológicos, vulgarmente conhecida como “força do hábito”

No art. 19 existe a previsão de ser expedido um regulamento, no prazo de 60 dias, sendo possível o recadastramento geral ou parcial de todas as armas.

Como questão prática, opinamos pelo recadastramento geral, mesmo porque os arquivos existentes por vezes podem estar desatualizados, por motivos diversos: venda, furto, roubo, perda, omissão de comunicação ao órgão competente e até esquecimento!

Nos arts. 20 e 21, estabeleceu-se a entrada imediata em vigor da legislação ora publicada, exceto o art. 10<sup>o</sup>, que somente entrará em vigor expirado o prazo do art. 5<sup>o</sup>, que pode perdurar por um ano, face à prorrogação ali mencionada, bem assim a revogação das disposições em contrário que vem a ser os arts. 18, 19 e 28 da Lei das Contravenções Penais e regulamentos afins.

É evidente que se trata de legislação de emergência e deve ser dado um prazo à população para que se regularize perante a Administração, que também deve se adaptar para atender aos novos serviços que irá prestar, inclusive, com a reciclagem de seus funcionários para bem e fielmente cumprirem a lei.

## VI. Regulamentação da Lei

O Decreto n. 2.222/97, expedido em 08/05/97 e publicado no *Diário Oficial da União*, de 09/05/97, regulamentou a Lei n. 9.437/97.

No Capítulo I (arts. 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup>), disciplina o Sinarm Sistema Nacional de Armas, respeitada a autonomia dos Estados e do Distrito Federal, excetuando-se os registros próprios existentes nas Forças Armadas e Auxiliares.

O Capítulo II (arts. 3<sup>a</sup> a 12), estabelece normas para o registro de arma de fogo, especificamente quanto à sua obrigatoriedade; dispensando-se as armas consideradas obsoletas; porém exigindo a prévia solicitação para a efetivação da compra da arma, o que somente ocorrerá após a autorização do registro, aliás de vital significação para estancar até “promoções comerciais” para venda de armas de fogo, como ocorrido no lançamento de conhecida pistola semi-automática (9 mm) em não menos conhecida loja de departamentos da Capital paulista.

Outras disposições deste Capítulo referem-se a registros de armas de fogo de uso restrito ou proibido, inclusive para policiais federais; definindo o titular de estabelecimento e responsável pelo mesmo, tudo através de contrato respectivo; as

doações, dados do proprietário para registro e obrigações decorrentes (cautelas, comunicações e autorização para transferência).

O Capítulo III (13 a 29) é a pedra angular da nova legislação, visto conter os requisitos para a obtenção do porte de arma de fogo, tanto em nível federal quanto estadual, destacando-se sua pessoalidade, intransferibilidade e possibilidade de cassação.

Outra novidade é a aptidão psicológica para manuseio de arma de fogo, atestada através de laudo próprio, além de capacitação técnica, que de igual forma deverá ser atestada.

No art. 17 veda-se a condução ostensiva de arma de fogo em clubes, estabelecimentos de ensino e locais onde haja aglomeração de pessoas, oportunidade em que mais uma vez demonstra-se o caráter educacional do Direito Penal, visto a sanção prevista no parágrafo único (recolhimento do porte e apreensão da arma, além de outras providências legais pertinentes).

Para garantia de segurança de vôo é terminantemente proibido porte de armas de fogo a bordo de aeronaves de transporte público, excetuando-se casos excepcionais do interesse da ordem pública (arts. 19 e 20), além de proibição de embarque para o Exterior, por questão lógica e reciprocidade da Soberania das Nações, em suas áreas territoriais.

No art. 25, encontramos as obrigações do portador de autorização de porte de arma de fogo, como obrigação de comunicar a mudança de domicílio, comunicação de furto, extravio ou roubo, bem como recuperação da arma, além de condução da licença, sob pena de cassação, prevista no art. 26.

Outras restrições são estabelecidas no uso de armas de fogo por policiais civis e militares e bombeiros militares, que somente poderão portar armas de fogo nos limites das Unidades da Federação onde exercem suas atividades, exceto convênio entre Estados limítrofes.

Deputados federais, senadores poderão obter autorização para porte de arma de fogo, mediante solicitação dos presidentes de suas Casas legislativas feitas ao ministro da Justiça.

Os servidores dos Poderes Legislativos e Judiciário, bem como os da Administração Direta e Indireta, igualmente poderão obter a autorização mediante manifestação de seus titulares e provando a necessidade de uso, em serviço.

O Capítulo IV (arts. 30 e 31), trata de transferência e trânsito da arma de fogo, sempre com autorização e controle dos órgãos competentes: Polícia Federal,

Ministério do Exército e Polícia Civil, bem como as Forças Armadas e Auxiliares, com seus registros próprios.

O Capítulo V (arts. 32 a 38), estabelece normas para o cadastramento, interligando a Polícia Federal, o Sinarm, o Siscomex e a Receita Federal, no controle da fabricação, comércio, importação, venda e aproveitamento dos acervos já existentes nas repartições policiais.

O Capítulo VI, contém as disposições finais, que em linhas gerais, prevêm o recadastramento pelas Unidades da Federação, caso julgado conveniente e no interesse da segurança pública; prazo para eficácia do porte de arma de fogo, no âmbito da Polícia Federal; designação das autoridades competentes para expedição do porte de arma estadual, pelos governadores; armas de fogo de uso permitido, bem como artefatos e acessórios, como de pequeno potencial ofensivo definidos no Decreto n. 5.5649, de 28/01/65; destinação das armas de fogo apreendidas, além de outras determinações de caráter administrativo.

As armas de fogo destinadas a prova como instrumentos de crime, como previsto no art. 11º do Código de Processo Penal, acompanharão o inquérito policial, face à ressalva do art. 44 do regulamento.

Deve ser vista com muita atenção esta previsão, posto que com a nova legislação, a maioria das armas serão produtos de crimes e, ainda, serão recolhidas ao Ministério do Exército que não lhes poderá dar destinação pelas razões já expostas, até a decisão judicial a respeito.

O Ministério do Exército fixará a quantidade de armas de fogo que cada cidadão poderá possuir como proprietário, que, no máximo, deverá ser duas em nosso entendimento, pois o contrário não é arma de defesa pessoal, mas sim *jocandi animus* prenúncio de guerra ou revolução.

Inteligente a criação do Fundo para Aparelhamento e Operacionalização das atividades-fins da Polícia Federal - Funapol, por sabermos que o órgão policial federal, em razão de suas relevantes atribuições constitucionais, precisa ser visto com olhos de satisfação e orgulho do mais humilde ao mais poderoso, cidadão brasileiro, se tal distinção puder ser notada, pois *“todos são iguais perante a lei”*

## VII. Conclusão

Dentre os pontos positivos que consideramos abrangidos pela legislação merecem ser destacados os seguintes:

- o caráter preventivo da norma, eis que elevada à categoria de crime e

não mera contravenção, o trato com armas de fogo forçosamente levará a população a se precaver de seu uso indiscriminado e por conseguinte, protegendo-a;

- os crimes cometidos com armas de fogo, por motivos fúteis (trânsito e alcoolismo), poderão sofrer uma queda acentuada com a previsão legal, ao menos àqueles que têm consciência dos problemas causados e seus reflexos;

- é estabelecida a necessidade e não ao “modismo” perigoso de portar uma arma de fogo;

- o cidadão que pretender portar uma arma de fogo, refletirá sobre o binômio de sua auto-afirmação ou autodestruição, diferente do marginal que não se preocupa com tal aferição de valores e quiçá um dia poderá dar-se conta de seu modo de vida;

- será reprimido ou ao menos controlado o interesse comercial das indústrias bélicas nacionais e estrangeiras, aliás com intervenção da ONU, conforme notícias recentes;

- o Governo poderá afirmar sua política de não-violência do desarmamento da população;

- o crime organizado e o tráfico internacional de armas e munições deverão sofrer um prejuízo considerável, ao menos em termos financeiros, que é sua maior intenção ou preocupação;

paralelamente à educação do povo, tarefa que também compete ao Direito Penal, como ensina Manoel Pedro Pimentel, é um passo para o ideal de uma população pacífica e fraterna, ao invés de um povo hostil e desumano.

Em recente publicação no *Jornal da Tarde* (2/5/97), sob o título: “Aumento mundial do uso de armas de fogo alarma a ONU” informa-se sobre a existência de um estudo recomendando sua restrição e regulamentação em todos os países, citando o Brasil, como o primeiro colocado quanto ao número de vítimas de homicídio, suicídio e acidentes provocados por armas de fogo: 26,97 vítimas mortas por 100 mil habitantes, sendo o Japão o último colocado com 0,07, num contexto de 46 países.

Assim, concluímos esta apresentação, louvando a iniciativa da nova lei que se antecipa à opinião mundial e procura minimizar esta desconfortável e triste posição mostrada no Direito Comparado Aplicado, face à estatística revelada.

## Bibliografia

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Contravenções Penais Controvertidas* - São Paulo - Editora Universitária de Direito – 1993.

NORONHA MAGALHÃES, Edgard. *Curso de Direito Penal* São Paulo - Saraiva – 1972.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Legislação Penal Especial* - São Paulo Editora Revista dos Tribunais – 1972.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de Mera Conduta* - São Paulo - Editora Revista dos Tribunais – 1975.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Contravenções Penais* - São Paulo - Editora Revista dos Tribunais – 1975.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Contravenções Penais* - Brasilivros Editora e Distribuidora Ltda. São Paulo – 1980.

Boletim IBCCrim nº 51 - fevereiro/97

Boletim da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo nº 26/96 dezembro/96.

Jornal “*O Estado de S. Paulo*” - art. “Saldo Trágico” de José Eduardo Faria (03/05/97).

“*Jornal da Tarde*” - “Aumento Mundial do uso de armas de fogo alarma a ONU” (02/05/97).

# **DIREITO PROCESSUAL**





# A CONCOMITÂNCIA DE AÇÕES COLETIVAS, ENTRE SI, E EM FACE DAS AÇÕES INDIVIDUAIS

*Rodolfo de Camargo Mancuso*

Professor Associado da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo  
Procurador do Município de São Paulo

## Resumo:

O autor aborda os seguintes itens no desenvolvimento de seu trabalho, a saber, em ordem cronológica: etiologia da *convivência* entre ações judiciais; os conflitos entre os *direitos* e os que contrapõem os *interesses*; os conflitos coletivos no processo civil brasileiro; a concomitância entre ações coletivas; e a coisa julgada *coletiva*, em face dos sujeitos concernentes.

## Abstract:

The author approaches following itens in the development of its work, to know, in chronological order: etiology of the *company* between legal actions; the conflicts between the *rights* and the ones that oppose the *interests*; the collective conflicts in the Brazilian civil process; the concurrence between class actions; e the *collective res judicata* (matter which has been previously adjudged) in final, in face of the concerning parts.

**Unitermos:** ações judiciais; conflitos coletivos; ações coletivas.

## 1. A etiologia da *convivência* entre ações judiciais.

O trâmite concomitante entre ações judiciais pode começar a ser analisado a partir da garantia constitucional do *acesso à Justiça* (CF, art. 5º, XXXV), por conta da própria *generalidade* do direito de ação, que apresenta natureza *abstrata*, nesse sentido de restar assegurado tanto aos históricos de lesões sofridas como aos de lesões temidas, e isso, independentemente de as pretensões serem ou não-*fundadas*. É dizer, a avaliação

quanto ao *mérito* das controvérsias é uma intelecção que não integra o juízo de *admissibilidade*, tanto das ações quanto dos recursos,<sup>1</sup> apresentando-se assim como um *posterius*, a ser aferido a partir do momento em que o Estado-juiz tenha reconhecido que o processo apresenta-se tecnicamente hígido, com relação às *partes* (legitimidade, interesse e representação), ao *juiz* (imparcialidade e competência), e, enfim, em face da própria relação processual em si mesma, que deve ser *existente* e *válida*.

Entre nós vem predominando a concepção da ação como direito *abstrato*, tomada essa abstração tanto no sentido de dispensa quanto à indagação de ser a pretensão *fundada*, mas, também, no sentido de sua *autonomia* em face da relação de direito material a que serve de veículo, fenômeno bem nítido nas ações declaratórias *negativas*, onde, justamente, pode-se pedir a declaração da *inexistência* de uma relação jurídica (CPC, art. 4º), a par da possibilidade do ajuizamento de ações que diríamos *desubstantivadas*, como a rescisória, fundada em *nulidade* do julgado rescindendo, por incompetência absoluta do juiz (CPC, art. 485, II), ou mesmo a ação direta de inconstitucionalidade, reportada ao *interesse* legítimo a que as leis e atos do Poder Público sejam... conformes à Constituição. Compreende-se, assim, a dicção do art. 3º do CPC, de que para propor ou contestar uma ação bastam “interesse e legitimidade”

A natureza abstrata do direito de ação, todavia, está longe de ser *questão fechada*, bastando lembrar o sentido *immanentista* ou *concreto*, sugerido pela redação do art. 75 do Código Civil (“A todo o direito corresponde uma ação que o assegura”); aliás, a concepção demasiadamente abstrata do direito de ação já veio criticada por José Ignácio Botelho de Mesquita, Titular de Direito Processual da USP: “*Parece-nos que um direito consistente no poder de pôr em movimento as sanções da lei, ao qual porém não corresponde este poder, mas apenas o de ‘fazer escutar, conhecer e ponderar as próprias razões’ é um fantasma bem mais sofisticado e surrealista que a ação na concepção de Wach*”<sup>2</sup>

---

1. Sem embargo de o art. 557 do CPC, na redação da Lei n. 9.756/98, dizer que o Relator “negará seguimento a recurso manifestamente (...) *improcedente*”, aí trazendo, pois, o mérito do recurso para o plano da sua admissibilidade. Fato é que a anterior *Lei dos Recursos* – n. 8.038/90, art. 38 – já utilizava tal terminologia, e, de todo modo, tal decisão monocrática vem a ser agravável (§ 1º daquele art. 557), o que de tudo resulta, sob a óptica do Relator, numa sorte de *juízo de mérito, antecipado, mas provisório*. (Ao propósito, v. Nery & Nery, “Código de Processo Civil, comentado”, 4ª ed., RT, São Paulo, 1999, nota 2 ao art. 557 do CPC).

2. “Da ação civil”, cd. RT, São Paulo, 1975, p. 123.

Por outro lado, enquanto o singelo direito de petição mostra-se *genérico e incondicionado* (CF, art. 5, XXIV, *a*), já a *ação*, ao contrário, é específica e (muito) condicionada, explicando Moacyr Amaral Santos tratar-se de “*um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto*”<sup>3</sup> Isso explica o grande número de circunstâncias que, uma vez ocorrentes num processo, acabam por *desobrigar* o Estado-juíz de pronunciar-se sobre o *mérito* das lides, tais os pressupostos processuais ditos *negativos* (litispêndência, perempção, coisa julgada, convenção de arbitragem, incompetência absoluta do juiz); as condições da ação (interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido, legitimação); sem falar em outras eventualidades (vício de representação, colusão entre as partes), que acabam por inviabilizar o enfrentamento do *meritum causae*: CPC, art. 267 e incisos, *passim*; arts. 13, 129. Apesar dessas ocorrências, que sinalizam para um *non liquet* de parte do julgador, ainda assim o ideal é que a cognição judicial seja *plena e exauriente*, nesse sentido de resolver a um tempo o *processo* (o continente) e a *lide* (o conteúdo), e outra coisa não quis o legislador, ao dizer que é ao publicar a decisão de *mérito* que o juiz “*cumpre e acaba* o ofício jurisdicional” CPC, art. 463.

Ademais, para obter um comando judicial que assegure o bem da vida objeto da *pretensão*, esclarece Cândido Rangel Dinamarco, “*não basta ao autor ter o direito de ação e exercê-lo adequadamente. Ter ação assegura-lhe somente a obtenção do provimento de mérito, sem que este lhe seja necessariamente favorável. Para obter sentença favorável é preciso que, além de ter a ação, ele ostente uma pretensão amparada pelo direito substancial (v.g., que seja realmente credor de uma indenização, como alega)*”<sup>4</sup> Assim se passa porque, enquanto o *Estado-Administrador* atua por uma legitimação de natureza originária, ou primária, embasada num mandato decorrente da vontade popular, o que inclusive autoriza a atuação *de ofício*, mediante escolhas políticas e atos discricionários, já a legitimação do *Estado-Juíz* é de natureza derivada, institucional, decorrente da investidura de agentes recrutados por concurso público, donde caber ao julgador aplicar – mediante provocação – a norma de regência aos fatos, sob critério de legalidade estrita (CF, art. 5º e inc. II; CPC, art. 127, *contrario sensu*), não podendo a decisão de mérito ir além, ficar aquém ou dar coisa diversa do que restou fixado como objeto litigioso (CPC, arts. 2º 128, 460).

---

3. “Primeiras linhas de Direito Processual Civil”, v. I, cd. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 159.

4. “Fundamentos do processo civil moderno”, v. II, cd. RT, São Paulo, 2000, pp. 819-820.

Tantas exigências de ordem formal, porém, não impedem que um número muito expressivo de *históricos* de lesões temidas ou sofridas afluam ao Judiciário, cabendo ao Estado-Juiz ao menos *apreciar* o que vem reportado, numa desejável perspectiva de *facilitação do acesso à Justiça*. Nesse sentido atua o princípio da *indeclinabilidade* (ou ubiqüidade) da jurisdição (CF, art. 5, XXXV), correspondente ao que, no processo norte-americano garante a todos o *day in Court*, oportunidade para que os contraditores exponham suas razões (*right to be heard*: o direito de ser ouvido), perante um órgão judicial competente e imparcial. Dentre nós, o Código de Processo Civil e a legislação processual extravagante buscam cumprir sua *vocação instrumental*, disponibilizando uma vasto *receituário* de ações específicas, a par de certas *válvulas de segurança* para hipóteses específicas ou diferenciadas, como se vê no *poder cautelar geral* (art. 798), na *fungibilidade* entre as ações possessórias (art. 920), no suprimento judicial da obrigação de fazer, de natureza infungível (art. 641).

A par disso, a ciência processual procura identificar, ao interior da sociedade, os valores e interesses mais relevantes, e, para a hipótese de entrarem em conflito, indica três *tipos de processo*: (i) o de conhecimento (*cog+ noscere* = apreender detidamente), para os históricos de danos sofridos, processo voltado à decisão de mérito, onde vem priorizado o valor *eliminação da incerteza*, compreendendo as ações declaratórias, condenatórias, constitutivas e mandamentais, conforme o livro I do CPC e legislação complementar ; (ii) o *cautelar*, adequado aos danos temidos ou virtuais (direitos ameaçados), cujo mote é o valor *segurança* de pessoas, coisas e situações, tratado no livro III do CPC e em alguma legislação extravagante; (iii) enfim, o processo de execução, de caráter mais *jurissatisfativo* do que propriamente jurisdicional, já que tendente à realização do “interesse do credor” (CPC, art. 612), exigindo título líquido certo e exigível (CPC, art. 586), regulado no livro II do CPC e legislação complementar.

Vale registrar uma tendência contemporânea à *relativização* dos escopos antes enunciados, sob a influência do sempre renovado apelo à *instrumentalidade* da relação processual, com a tônica sendo reafirmada na *efetividade* da resposta jurisdicional, em ordem a que as lides sejam compostas de modo *justo*, num *tempo razoável* e com o *menor custo*, e que ao final o processo propicie a *maior aproximação possível* entre o direito que assiste à parte, segundo a norma de regência, e o resultado prático decorrente do comando jurisdicional; ou seja, que ao final o processo não ofereça *sucedâneos* de direitos, ou prosaicos *prêmios de consolação*, senão que, segundo o preceito *chiovendiano*, efetivamente assegure, *a quem tenha um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a*

que faz jus. No ponto, Cândido Rangel Dinamarco: “Onde for possível produzir precisamente a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida, que sejam proferidas decisões nesse sentido e não outras meramente paliativas”<sup>5</sup>

O processo civil brasileiro vem procurando, mercê da reforma gradativamente implementada ao longo da última década, buscar essa desejável *efetividade*, priorizando a outorga da *prestação específica do objeto* através de institutos como o *procedimento monitorio* (art. 1.102, cf. Lei n. 9.079/95), a *antecipação dos efeitos* da tutela (arts. 273, 461, cf. Lei n. 8.952/94), o dito *efeito ativo* nos agravos (art. 544, § 3, cf. Lei n. 9.756/98); e, *de lege ferenda*, cogita-se mesmo da supressão do processo executivo autônomo (livro II do CPC), como esclarece o ministro do STJ, Sálvio de Figueiredo Teixeira: “A execução será uma simples fase, sem possibilidade de embargos do devedor, a exemplo do que ocorre hoje com as ações possessórias, com as ações de despejo e com a ação de nunciação de obra nova. Dá-se, aí, um ‘processo sincrético no qual se fundem cognição e execução (arts. 461 e 461-A, e 644)”<sup>6</sup>

Cabe ainda registrar que muitas pretensões resistidas ou insatisfeitas, antes represadas na chamada *litigiosidade contida*, acabaram tendo seu *meio de expressão* na Justiça, com a instituição das modalidades diferenciadas de mediação e resolução das demandas, com destaque para os *Juizados Especiais*, voltados às causas de menor complexidade (CF, art. 98, I e Lei n. 9.099/95), órgãos esses integrantes do Poder Judiciário (CF, art. 92, VII). A par disso, as lides, antes restritas aos conflitos entre *direitos subjetivos*, tiveram alargado seu objeto, recepcionando outras posições de vantagem, tais os *interesses (quod inter est*: o que liga um sujeito a um valor), assim entendidos: (i) os que credenciam a atuação do sujeito, mas em modo indireto ou reflexo, como se dá na impetração de segurança para defesa de direito líquido e certo *de terceiro* – art. 3º da Lei n. 1.533/51; (ii) os que concernem a sujeitos relativa ou absolutamente indeterminados, como os chamados *interesses metaindividuais*, que o constituinte titulou *difusos e coletivos* (art. 129, III) e o legislador ordinário trifurcou, agregando a subespécie *interesses individuais-homogêneos* (Lei n. 8.078/90, art. 81, I, II e III); (iii) as pretensões que não configuram direitos subjetivos propriamente ditos, mas relevam de *interesses legítimos*,<sup>7</sup> como aquele que esta à base do controle direto e abstrato da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (*ADIns, ADCon*).

---

5. “A instrumentalidade do processo”, 6ª ed. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 298.

6. “Aspectos da reforma do Código de Processo Civil”, Revista de Processo n. 95, jul.sct.1999, p. 10.

7. Sobre os interesses legítimos e suas implicações com outras categorias jurídicas, v. o nosso “Interesses difusos - conceito e legitimação para agir”, cap. I, 4ª ed. RT, São Paulo, 1997.

Esse largo rol de ações disponibilizadas, segue em paralelo a uma tendência expansiva quanto à judiciabilidade de novos valores e interesses, tudo contribuindo para delinear o espectro da virtual concomitância ou mesmo da justaposição entre ações. Na etiologia desse fenômeno impende ainda considerar o fato de que, apesar de nossa jurisdição ser *unitária*, (por inexistir dentre nós a dualidade Justiça Ordinária/Contencioso Administrativo), nem por isso nosso *ambiente judiciário* deixa de ser deveras complexo, espreado num desenho que comporta mais de uma *Justiça*, tanto a *Federal comum* (juizes federais, TRFs, STJ, STF) como a *especial* (trabalhista, militar, eleitoral) a par das *Justiças dos Estados*, em maior ou menor grau de especialização (civil, penal, fazenda, família, falências, registros públicos); além disso, enquanto a competência para legislar em matéria processual é *federal* (CF, art. 22, I), cabe ao *Estados* dispor sobre sua *organização judiciária* (CF, art. 125 e § 1), e, concorrentemente, legislar acerca de *procedimentos* (CF, art. 24, XI).

Outra causa a ser considerada é que, não raro, um mesmo *fato jurígeno* *vg.*, uma relação de serviço público pode ensejar controvérsias cujo processo e julgamento vem a ser entregue a instâncias judiciais diversas, como por exemplo a ocorrência de um ato de improbidade administrativa, sindicável em ação civil pública (Lei n. 8.429/92), sem prejuízo de paralela ação penal por corrupção passiva ou concussão. Noutra exemplo, um mesmo dano ao meio ambiente pode deflagrar, a um tempo, responsabilidade administrativa, civil e penal (CF, art. 225, § 3º Lei n. 6.938/81, art. 14). Esses *efeitos reflexos* se devem a que, à semelhança da conhecida metáfora das ondas concêntricas projetadas pela pedra lançada à água, um mesmo fato jurígeno deflagra *efeitos previstos e queridos* e outros *nem tanto*, mas *inevitáveis*. Na perspectiva processual, essas expansões podem gerar as chamadas *prejudicialidades externas*, fazendo com que, por exemplo, repercutam no cível a materialidade do fato delituoso e sua autoria, quando estas questões estejam definidas no juízo penal (Cód. Civil, art. 1.525; CPC, art. 584, II), o que tem grande relevância nas condenações por crimes nas relações de consumo, para o subseqüente ressarcimento dos lesados individuais (Lei n. 8.078/90, art. 103, § 4).

Embora boa parte da conflituosidade ocorrente em sociedade acabe apreciada e dirimida por *órgãos para-jurisdicionais* (Tribunais de Impostos e Taxas, Juntas de Recursos em matéria previdenciária e de multas de trânsito; Tribunais Arbitrais, Comissões de Conciliação Trabalhista, Tribunais de Contas, Juizados de Paz, Tribunais Desportivos), fato é que essas instâncias não integram o Poder Judiciário - cujos *órgãos* constam, em *numerus clausus*, no art. 92 da CF e assim, frente ao princípio da ubiqüidade ou indeclinabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) mesmo as decisões *fnais* daquelas instâncias não ficam, em princípio, imunes a um eventual contraste

jurisdicional, segundo a competência em razão da matéria ou da pessoa (vg., art. 33 da Lei n. 9.307/96, sobre arbitragem; CF, art. 217, §§ 1º e 2º, sobre as lides desportivas). É dizer, a existência de órgãos para-jurisdicionais pode contribuir para aliviar a carga do serviço judiciário, mas sempre numa perspectiva de que os contraditores *acolham* a resposta pronunciada por esses órgãos.

O crescente reconhecimento da judiciabilidade dos *interesses*, sobretudo dos *metaindividuais*, na medida em que pressupõe um distanciamento dos clássicos parâmetros da *titularidade*, ou da *atribuição exclusiva*, dá ensejo a que o juízo de admissibilidade se torne mais elástico, mais permeável, facilitando a recepção de pretensões ofertadas na dimensão propriamente coletiva; todavia, essa crescente *recepção do coletivo* não pode ser feita em detrimento da continuidade da apreciação das pretensões individuais, dada a garantia constitucional do *amplo acesso* à justiça. Aí começam as dificuldades para o manejo concomitante desses dois contextos, dado que cada qual releva de pressupostos específicos e pede respostas judiciárias de diversa natureza.

## 2. Os conflitos entre os *direitos* e os que contrapõem os *interesses*.

Na concepção tradicional, que remonta às fontes romanas, os *direitos subjetivos*, sejam os *privados* (que contrapõem os particulares entre si), sejam os *públicos* (que se exercem em face do Estado) é que se beneficiam da garantia de *judiciabilidade*, por se entender que, sendo esta função de natureza *substitutiva* (e não primária, como a instância administrativa), o litigante que toma a iniciativa da ação deve exibir a titularidade de uma certa posição de vantagem abstratamente prevista no ordenamento positivo, a qual, submetida ao contraditório, permitirá ao Estado-juiz a subsunção dos fatos à norma de regência (*da mihi factum, dabo tibi jus*), com vistas à resolução da lide. De observar-se que esse contexto reflete-se também no campo probatório, pelo que ao autor cabe a prova do “fato constitutivo do *seu direito*”: *onus probandi incumbit ei qui agit* – CPC, art. 333, I.

Por aí se explica a tradicional exigência de que o interesse de agir em Juízo deva apresentar-se *real, atual e pessoal*, de sorte a que, ao menos *in statu assertionis*, apresentem-se *coincidentes* estes planos: “autor da ação - sujeito beneficiado ou em situação de vantagem pela norma de regência” ; como isso é o que comumente acontece, tal legitimação é dita *ordinária*. As exceções correm por conta de situações singulares, onde, justamente, não ocorre (ou não é possível) aquela *coincidência*, como na ação de cobrança proposta por condômino em edifício de apartamentos, ante a

inércia do síndico (Lei n. 4.591/64, art. 21, § único), ou a ação de investigação de paternidade proposta pelo Ministério Público (Lei n. 8.560/92, art. 2º § 4º); justamente porque em casos tais dá-se uma *ruptura* com o esquema padrão, tal legitimação é dita *extraordinária*, exigindo, por isso, texto expresso que a autorize (CPC, art. 6º).

Afora os casos em que interesses *convergentes* têm passagem pelo Judiciário (como na jurisdição voluntária, onde pode o juiz pautar-se por equidade – CPC, art. 1.109), a regra é a *jurisdição contenciosa*, regulada pelo CPC e legislação processual extravagante, a qual, no plano singular, é voltada à resolução de conflitos intersubjetivos de interesses - as lides individuais. Ao propósito, esclarece Alfredo Buzaid que o projeto do vigente CPC utilizava a palavra *lide* “para designar o mérito da causa. Lide é, consoante a lição de Carnelutti, o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro” (cf. ítem 6º da Exposição de Motivos). Essa acepção individualista está à base de muitos dispositivos processuais, como o art. 472, dizendo que a sentença “faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros”; o art. 264, estabilizando, num determinado momento, o objeto litigioso e os sujeitos do processo; o art. 48, considerando os litisconsortes, em regra, distintos entre si.

A jurisdição singular não perde sua *vocação individualista* pela afluência maior ou menor de sujeitos nos polos ativo ou passivo, mas de todo modo é muito significativa a autorização para o juiz limitar a formação de litisconsórcio muito numeroso (dito multitudinário, ou *monstrum* § único do art. 46, cf. Lei n. 952/94), na medida em que sinaliza que a jurisdição singular não é adequada aos conflitos que, embora relevem de direitos disponíveis, dizem respeito a um *número muito expressivo* de sujeitos, dado que por aí já se delinearía um possível *mega-litígio*, melhor enquadrável na jurisdição *coletiva*. Nesse sentido, o Ministério Público de São Paulo, ao definir as características dos interesses que podem ser tratados como *individuais-homogêneos*, para fins de tutela coletiva (Lei n. 8.078/90, art. 81, III), prevê os que “tenham expressão para a coletividade”, aí incluídos “aqueles em que haja *extraordinária dispersão dos lesados*” (súmula de entendimento n. 7).<sup>8</sup> E nos conflitos envolvendo prestação de serviço educacional, o art. 7º da Lei n. 9.870, de 23.11.1999 prevê que se legitimam à propositura das ações previstas na Lei n. 8.078, de 1990, “as associações de alunos, de

---

8. O rol das *súmulas de entendimento* baixadas pelo Conselho Superior do Ministério Público paulista pode ser visto in Hugo Nigro Mazzilli, “A defesa dos interesses difusos em Juízo”, 11ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 371 e s.



pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de pelo menos, *vinte por cento* dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior”. Nem por outro motivo, nos embates entre capital e trabalho, quando a controvérsia desborda o âmbito do contrato individual, para abranger os sujeitos componentes de uma dada *categoria*, o conflito vem encaminhado nos moldes de *dissídio coletivo* (CLT, art. 857).

Na verdade, desde a metade do século XX vinha-se assistindo uma gradativa abertura do acesso à justiça para certos interesses de natureza coletiva, embora (ainda) em termos setoriais ou corporativos, e assim, por exemplo, a Lei n. 1.134, de 14.06.1950, conferia legitimação ativa às associações de servidores públicos; a Lei n. 4.215/63, em seu art. 1º e § único dava análogo poder de agir à Ordem dos Advogados do Brasil para defender os interesses de seus aderentes (hoje, art. 44 e incisos da Lei n. 8.906/94); os acionistas minoritários ficavam autorizados a promover ação de responsabilidade civil contra o administrador, por danos à sociedade anônima (Lei n. 6.404/76, art. 159, § 4º). Não resta dúvida de que tais autorizações legislativas significavam uma certa abertura em direção ao *coletivo*, na comparação com a clássica postura individualista, mas isso ainda em modo incipiente, dado que, visivelmente, os textos tratavam da tutela a interesses de *grupos organizados*.

Sucedo que o fenômeno mundial da *globalização* e correspondente formação da *sociedades de massa*, já prenunciados desde a Revolução Industrial, foram gradativamente refletindo-se em todos os campos do conhecimento e das relações humanas, de tal sorte que o Direito – ele mesmo um produto cultural – não tardaria a ser cooptado por essa tendência. Isso foi-se evidenciando em sucessivas normatizações de caráter multinacional, de que o Brasil foi signatário, como em matéria de letras de câmbio e notas promissórias (Convenções de Genebra sobre títulos de crédito), de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992), de comércio internacional (GATT – *General Agreement on Tariffs and Trade*) e mais recentemente, o *Pacto del Mercosur*.

No campo processual, podem ser citados, na perspectiva do direito comparado, os estudos para instituição de um *Código Tipo* para a América Latina, e, no tocante ao ideal da *pacificação dos conflitos, com justiça*, as propostas que, segundo Mauro Cappelletti e Bryan Garth podem ser visualizadas em *três ondas*: “Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira *onda* desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica* para os *interesses difusos*, especialmente nas áreas

da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro, mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente *enfoque de acesso à justiça*, porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”<sup>9</sup>

Sob um outro enfoque, poder-se-ia falar em *direitos de primeira, segunda e terceira geração*. A primeira leva dos direitos gravitava sob o primado do individualismo, com os chamados direitos fundamentais, que promanavam do jusnaturalismo (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade), valores logo incorporados aos textos constitucionais, como nos Estados Unidos (1787), França (1791), na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1848), e em nossa primeira Constituição republicana (1891). Essa *ética pós-feudal*, fundada num liberalismo *laissez faire, laissez passer*, viria, na seqüência, sofrer influência do chamado Estado-social (*welfare state*) e dos grandes movimentos operários, assim dando origem aos chamados direitos de *segunda geração* — os direitos *sociais* — que propiciaram, dentre outros efeitos, a autonomia do Direito do Trabalho e a criação da OIT — Organização Internacional do Trabalho. As Constituições brasileiras (1934, 1946 e a vigente de 1988 - art. 6º e incisos) foram sensíveis a esse movimento, trazendo capítulos dedicados aos *direitos sociais*, valendo mencionar, no plano da legislação ordinária, a promulgação da *CLT* em 1943. Hoje fala-se em direitos de *terceira geração*, assim equidistantes dos direitos individuais como dos valores corporativos, já agora tomando o homem em dupla projeção: de um lado, na sua *integração física* com o planeta (meio ambiente no senso naturalístico),<sup>10</sup> e, de outro lado, na sua interação com os semelhantes, podendo falar-se de *direitos de fraternidade ou de comunhão universal*. Neste último plano, pontificam os chamados *interesses metaindividuais*, notadamente os de maior amplitude social, ditos *difusos*,<sup>11</sup> já *normatizados* dentre nós (CF, art. 129, III; Lei n. 8.078/90, art. 81, I).

Ao propósito, expõe Márcio Flávio Mafra Leal: “A igualdade das minorias, proposta pelos direitos difusos, ultrapassa critérios patrimoniais, assim como a nova concepção de direito à vida, voltado para seus aspectos qualitativos, também se desvincula de qualquer noção econômica de seu gozo. Essa especificação e

9. “Acesso à Justiça”, trad. Ellen Gracie Northfleet, ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 31.

10. “Meio ambiente: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inc. I, da Lei n. 6.938/81).

11. Na matéria, de modo geral, o nosso “Interesses difusos — conceito e legitimação para agir”, 4ª ed., RT, São Paulo, 1998.

desdobramento levou a doutrina a lançar a idéia, com a qual se concorda, de que os direitos difusos seriam direitos fundamentais de 3ª geração, embora não haja consenso sobre esse conceito”<sup>12</sup>

No ponto, explica Caio Tácito: “Uma nova tendência começou a se desenhar, sobretudo nas duas últimas décadas, no sentido de ampliar o âmbito dos direitos humanos de modo a abranger já não mais apenas os direitos pertinentes a uma ou mais pessoas determinadas, ou até mesmo direitos coletivos de categorias específicas, ligadas por uma relação jurídica básica (como, por exemplo, os acionistas de uma sociedade anônima, ou os membros de um condomínio), mas para alcançar os interesses de grupos integrados por uma pluralidade de pessoas indeterminadas, embora vinculadas por um mesmo interesse comum. A vida moderna ressalta a importância de tais direitos que não têm titular certo, mas repercutem decisivamente sobre o bem estar, ou mesmo a sobrevivência dos indivíduos nos vários segmentos sociais a que pertencem. Aos habitantes de uma determinadas região são essenciais as condições do meio ambiente em que se integram; aos consumidores sobreleva a qualidade dos produtos ou a defesa contra manipulações de mercado; o livre acesso à informação isenta ou a proteção a valores históricos e artísticos são meios elementares de difusão e preservação da cultura”<sup>13</sup>

Quando essas massas de *interesses sem dono certo* (assimiláveis às *res communes omnium*, e jamais às *res nullius!*) entram em conflito com outras massas também de largo espectro, o conflito escapa totalmente aos limites e características das conhecidas disputas intersubjetivas de tipo *Tício versus Caio*, de que se ocupa a jurisdição singular (CPC e legislação complementar). Neste último tipo de conflito verifica-se que as partes, tanto no *polo ativo* (direitos individuais/situações de vantagem) como no *polo passivo* (obrigações/situações de sujeição) reportam-se a *condições legitimantes* localizadas em algum ponto bem definido no Direito Positivo (vg., responsabilidade contratual – art. 1.056 do Código Civil; responsabilidade funcional – CF, art. 37, § 6º); mas, quando o embate é entre interesses metaindividuais (sujeitos indeterminados/objeto indivisível) aquele esquema de legitimação simplesmente *não funciona*, por não se conseguir visualizar onde se encontra, como diz a doutrina italiana, o *punto di riferimento*, isto é, a titularidade da situação jurídica.

---

12. “Ações coletivas: história, teoria e prática”, ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1998, p. 100, 101.

13. “Do direito individual ao direito difuso”. Revista de Direito Administrativo, v. 157, jul.set. 1984, pp. 10-11.

Portanto, o grande desafio do processo civil contemporâneo é saber como dar *voz e voto* a esses interesses *a non domino*, mas *socialmente muito relevantes*. Justamente, essa nota da *relevância social* é que vem sobressaindo dentre as várias propostas, e nesse sentido, o art. 129, III da CF, após exaltar a “proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente” abre a perspectiva rumo a “outros interesses difusos e coletivos” levando a melhor doutrina a propugnar que tais interesses não estão em *numerus clausus*, mas sempre outros e novos podem vir a ser identificados, e, desde que socialmente relevantes, passam a beneficiar de uma idônea tutela jurisdicional (considerem-se, *vg.*, os HIV soropositivos, os grupos ditos *sem - terra*, o dito povo da rua, as minorias excluídas, os lesados por certos programas governamentais, etc). No ponto, Hugo Nigro Mazzilli: “Inexiste taxatividade na defesa judicial de interesses metaindividuais. Além das hipóteses expressamente previstas em diversas leis (meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, livre concorrência) – qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo pode em tese ser defendido em juízo pelo Ministério Público e demais legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC.<sup>14</sup>

Como se nota, é o dado sócio-político-econômico que veio alterar profundamente o processo civil em terrenos até então estabilizados, como a legitimação para agir, agora desfocada do parâmetro da *titularidade do direito* para o binômio: *relevância social do interesseladequação do representante*. Em consequência dessa alteração na *condição legitimante*, o poder de agir, no caso de interesses metaindividuais, revela-se em modo concorrente-disjuntivo, ofertada a vários co-legitimados ativos: entes políticos, Ministério Público, entidades associativas, órgãos públicos (Lei n. 7.347/85, art. 5º; Lei n. 8.078/90, art. 82). Aí se nota uma clara influência do processo norte americano das *class actions*, onde a *adequacy of representation* pode vir reconhecida num dado expoente do interesse coletivo o *ideological plaintiff* (“Federal Rules of Civil Procedure”, n 23, *a*, cf. alteração procedida em 1966): “Um ou mais membros da classe podem ser autores ou réus numa ação no interesse de todos se (...) esses portadores tutelam correta e adequadamente os interesses da classe” No ponto, explica Cássio Scarpinella Bueno: “A preocupação em torno da representatividade adequada, portanto, é um exemplo desta *adequação* (e não simples abandono) dos valores tradicionais do

---

14. “A defesa...”, cit., 11ª ed., p. 91.

processo às implicações do processo no mundo contemporâneo. Desde que uma *class action* volta-se, por sua própria natureza, contra litígios de massa, passa a ser inerente à sua concepção o entendimento de que membros ausentes desta mesma classe sejam afetados por seus efeitos e pela impossibilidade de rediscussão da decisão (coisa julgada material)”<sup>15</sup>

Na experiência processual brasileira contemporânea é preciso entender que a tutela judicial comporta dois planos ou enfoques distintos, conforme se trate (i) de conflitos entre posições jurídicas individuais, aí incluídas as figuras litisconsorciais, estas resultantes de *somas* de direitos subjetivos ou de obrigações, manejáveis na jurisdição singular, regulada basicamente pelo CPC e legislação complementar; ou, (ii) de conflitos entre interesses metaindividuais, que devem ser conduzidos para a jurisdição coletiva (ação civil pública, ações coletivas, mandado de segurança coletivo, ação popular, *ADIns*, *ADCon*), porque neste plano alteram-se fundamentalmente as categorias básicas, como a legitimação para agir, a representação processual, o contraditório, a coisa julgada, a execução. É básico, nessa parte, o disposto na *parte processual* da Lei n. 8.078/90 – arts. 81 a 104 – que, por autorização do art. 117 traslada-se para a ação civil pública *padrão* (Lei n. 7.347/85) e, daí, espalha-se para todo o *sistema processual coletivo*. Logo, não há *confusão ou zona cinzenta* entre esses dois grandes regimes: impende que o jurisdicionado e o operador do Direito procurem bem informar-se acerca das possibilidades e alternativas ofertadas, e fazer suas escolhas.

*Hélas*, fatores diversos, que vão da mera desinformação até ao desinteresse pelo estudo e acompanhamento da evolução do Direito, especialmente o Processual, têm levado a lamentáveis equívocos no trato judiciário de conflitos metaindividuais, não raro baralhando-se conceitos e categorias que relevam dos planos coletivo e individual, tudo resultando em situações de perplexidade e de injustiça, com graves prejuízos para muitos jurisdicionados e desprestígio para o Judiciário. Mauro Cappelletti alerta que ante o acesso à Justiça desses novos interesses metaindividuais, “le vecchie regole e strutture processuali in tema di legittimazione e interesse ad agire, di rappresentanza e sostituzione processuale, di notificazione in generale, di diritto al contraddittorio, di limiti soggettivi e oggettivi della cosa giudicata, *cadono come castelli di carta*” (grifamos). Adiante, alerta: “Diceva Bertrand Russell che l’ avvocato del cambiamento ha un compito ben più difficile dell’ avvocato della conservazione e

---

15. “As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta”. Revista de Processo n. 82, p. 102.

dell' ordine. Ma quando ciò che si vuol conservare non risponde più alle nuove, inderogabili necessità sociali, allora la conservazione non è più ordine” (grifamos).<sup>16</sup>

### 3. Os conflitos coletivos no processo civil brasileiro.

O acesso à Justiça dos conflitos metaindividuais, empolgando grandes massas de interesses, foi sendo gradativamente viabilizado na medida da recepção da idéia de que não apenas os *direitos subjetivos*, privados e públicos, poderiam ter acesso à Justiça senão também os *interesses*, desde que se fizesse uma releitura do *critério de judiciabilidade*, por modo a distanciá-lo do tradicional atrelamento à *titularidade*, para aproximá-lo da nota da *relevância social*. Como observa José Carlos Barbosa Moreira, quer se denominem essas novas posições jurídicas como “*direitos dos membros da coletividade ou de interesses reflexamente protegidos*” (...) “desde que se esteja persuadido - e o consenso a tal respeito, vai-se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, não importará tanto, basicamente, saber *a que título* se há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexistente princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os *direitos*, no sentido rigoroso da palavra”<sup>17</sup>

É inegável que a contemporânea sociedade pluralista, competitiva e reivindicante, exige, senão a criação de um processo civil *especificamente coletivo*, ao menos uma adaptação acentuada de certas categorias e institutos existentes, a par de algumas inovações, e a oferta de algumas alternativas de atuação. Em certo passagem de voto proferido no STF, o Min. Sepúlveda Pertence lembra que hoje, “dos sindicatos de trabalhadores às corporações empresariais e às ordens de diversas profissões, dos partidos às entidades de *lobby* de toda espécie, das sociedades de moradores às associações ambientalistas, dos centros de estudo aos agrupamentos religiosos, das minorias organizadas aos movimentos feministas – tudo, são formações sociais reconhecidas, umas e outras, condutos reputados imprescindíveis à manifestação das novas dimensões da democracia contemporânea, dita ‘democracia participativa’ e fundada, não mais na rígida separação, sonhada pelo liberalismo individual da primeira

---

16. “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”. Rivista di Diritto Processuale, n. 3, 1975, p. 388 e 402.

17. “A ação popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”. In Temas de Direito Processual”, 2ª ed., Saraiva, 1988, p. 113-114.

hora, mas na interação cotidiana entre o Estado e a sociedade. Nesse contexto era fatal, como tem ocorrido desde o início do século, que progressivamente se viesse pondo em xeque o dogma do direito processual clássico, corolário das inspirações individualistas da ideologia liberal, qual seja, o da necessária coincidência entre a legitimação para agir e a titularidade da pretensão material deduzida em juízo”<sup>18</sup>

Vista a questão do acesso à justiça dos interesses metaindividuais pelo ângulo estritamente processual, verifica-se que a nota da *titularidade* torna-se, a bem dizer, irrelevante, já que o autor da ação coletiva (vg., associação, Ministério Público) não invoca pretensão própria, nem pleiteia para si nenhum bem da vida, senão que se apresenta como um *adequado portador* de um dado interesse coletivo, em prol de uma coletividade mais ou menos expandida. Assim, como afirma Ada Pellegrini Grinover, reportando-se a Monteleone, “os *adequadamente representados* não são propriamente terceiros” (...) “O mecanismo baseia-se na concepção de que o esquema representativo é apto a garantir aos membros da categoria a melhor defesa judicial, a ponto de afirmar-se que nesse caso o julgado não atuaria propriamente ‘ultra partes’, nem significaria real exceção ao princípio da limitação subjetiva do julgado, mas configuraria antes um novo conceito de representação *substancial e processual*, aderente às novas exigências da sociedade”<sup>19</sup>

Desse contexto resulta que a *fruição* da utilidade afinal obtida na ação de tipo coletivo se dá, naturalmente, na *dimensão coletiva* em que o interesse foi tomado, e a benefício dos sujeitos concernentes, verificando-se, por exemplo, que os *consumidores* de certo produto serão os beneficiados pela supressão da publicidade enganosa, assim como a *população ribeirinha* tirará proveito da despoluição do rio. É *por isso* que, uma vez atendido especificamente o interesse difuso ou coletivo objetivo na ação coletiva, caso ainda sobeje resíduo pecuniário (ex., o produto da multa aplicada), este será gerido por um Fundo, que, oportunamente, o encaminhará para uma destinação adequada (Lei n. 7.347/85, art. 13; Lei n. 9.008/95).

Os pontos nevrálgicos do processo coletivo brasileiro, a reclamar maior atenção e estudo do operador do Direito e que vêm provocando maior dissídio jurisprudencial parecem residir no *contraditório*, na *legitimação para agir* e na *coisa julgada*, pontos que, dada sua extensão, serão na seqüência tratados conjuntamente, *brevitatis causa*.

---

18. RTJ 142/446.

19. “Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor”. Revista do Advogado, AASP, n. 33, dez./1990, p. 6 (grifos no original).

No processo civil comum, desenvolvido no plano da jurisdição singular, exige-se a comunicação dos atos e termos do processo aos legítimos contraditores, com a possibilidade de impugnação, notando-se que a preocupação com esse tópico impõe que mesmo o réu revel, se foi citado por edital ou com hora certa, beneficia de um Curador – CPC, art. 9º, II; e se acaso não foi citado um litisconsorte necessário, a decisão porventura proferida simplesmente não terá eficácia (CPC, art. 47 e § único). É sabido que o *devido processo legal* compõe-se do binômio “contraditório ampla defesa” (CF, art. 5º, LV), sendo certo, outrossim, que os limites subjetivos da coisa julgada restringem-se às *partes* do processo (CPC, art. 472), ou seja, aos que integraram o contraditório. Todo esse sistema pressupõe a premissa de que a coisa julgada material faz *lei entre as partes*, ficando tal situação de vantagem imune até mesmo em eventual cotejo com lei posterior (CF, art. 5º, XXXVI). Visto que todo esse contexto configura o *conteúdo* de um processo de conhecimento (caracterizado por ensejar uma decisão de mérito), então é preciso que o *continente* – a relação processual – seja *existente e válida*, com destaque para o binômio contraditório-ampla defesa.

Esse esquema é adequado aos conflitos intersubjetivos submetidos à jurisdição singular, (mesmo quando as partes estejam litisconsorciadas), mas revela-se inadaptado aos conflitos metaindividuais, manejáveis na jurisdição coletiva, e isso, dentre outros motivos, porque: A) o interesse objetivado nesse tipo de demanda vem tomado em *dimensão coletiva*, plano em que se tornam dispensáveis as perquirições no tocante à quantidade, identificação e domicílio dos sujeitos concernentes; B) a utilidade prática decorrente do acolhimento da demanda coletiva não reflui em prol de quem tenha sido o autor, que apenas apresentou-se e atuou como um *portador adequado* do interesse metaindividual, aduzindo Nery & Nery que “para as ações coletivas na tutela de direitos difusos e coletivos, trata-se de *legitimação autônoma para a condução do processo (selbständige Prozeßführungsbefugnis)*, ordinária. Quando a ação coletiva for para a tutela de direitos individuais homogêneos (v. CDC 8, pr. un. III), haverá substituição processual, isto é, *legitimação extraordinária*”,<sup>20</sup> C) a coisa julgada formada em ação coletiva proposta em favor de interesses individuais homogêneos atua *erga omnes* (Lei n. 8.078/90, art. 81, III e 103,III) podendo ser transportada para o âmbito das ações individuais no que a estas aproveite (ou seja, *in utilibus*), ao passo que, tratando-se de interesses difusos, ou coletivos em sentido

---

20. “Código de Processo Civil, anotado”, 4ª cd., RT, São Paulo, 1999, nota 2 ao art. 5º da Lei n. 7.347/85.



estrito, a coisa julgada atua, respectivamente, *erga omnes* ou *ultra partes* (CDC, art. 81, I e II).

Conforme esclarece Ada Pellegrini Grinover, a “coisa julgada *erga omnes* é uma exigência do próprio tratamento coletivo. De nada serviria tratar esses bens e interesses coletivamente, se não houvesse uma qualidade de imutabilidade da sentença que se projetasse com relação a todas aquelas pessoas que podem ser beneficiadas por esta sentença”<sup>21</sup>

No modelo inspirador de nossa ação coletiva, - as *class actions* do direito norte-americano - geralmente é bastante uma informação idônea (*best practible notice under the circumstances*) aos sujeitos da classe concernente ao interesse objetivado, de sorte a alertá-los quanto ao ajuizamento da ação coletiva, devendo tal comunicação dirigir-se àqueles “who can be identified through reasonable effort”. (item 23, c. 2.e c. 3, das *Federal Rules of Civil Procedure*). Através dessa comunicação, explica José Rogério Cruz e Tucci, os membros da coletividade concernente “deverão ser informados de que (A) podem requerer, no prazo fixado pelo tribunal, a exclusão da classe; (B) a sentença, favorável ou contrária, será vinculante para todos os componentes do grupo que não requererem a sua exclusão; (C) qualquer componente da classe, que não requereu fosse excluído, pode, se desejar, intervir no processo, representado por seu advogado”<sup>22</sup>

Essa técnica do *right to opt out*, informa Ada Pellegrini Grinover, veio reafirmada no caso *Phillis Petroleum Co. v. Shutts* (472 US 797 (1985), U.S. Report, p. 5), onde a Suprema Corte “dispensou os demais, não optantes pela exclusão, de expresso consentimento para integrar a demanda (o que corresponderia ao critério do *opt in*”<sup>23</sup> É interessante observar que essa disciplina, desenvolvida em país de *common law*, não obstante acabou recepcionada noutro país, de família romano germânica, assim surgindo na lei da *ação popular portuguesa* (n. 83, de 31.08.1995), cujo art. 14 dispõe que o autor representa “todos os titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão (...)” esclarecendo o artigo seguinte que, uma vez citados, os sujeitos concernentes ao objeto da lide declaram “nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa

---

21. “A coisa julgada perante a Constituição, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor” In “O processo em evolução”, cd. Forense Universitária, 1996, pp. 148-149.

22. “*Class actions* e mandado de segurança coletivo”, cd. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 15.

23. “A ação popular portuguesa: uma análise comparativa”. Revista de Processo n. 83, jul.sct.1996, p. 171.

representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação(...)" Em princípio, prossegue o art. 19, a coisa julgada tem "eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluírem da representação"

Engenhoso que seja esse regime, fato é que, dentre nós, vigora *outro sistema*, já que nosso legislador não achou prudente à época da edição da lei da ação civil pública – 1985 - perflhar o critério pelo qual indivíduos podem requerer ao Juízo da ação coletiva que os *exclua* da coisa julgada que ali venha a se formar. Explica Ada Pellegrini Grinover: "No juízo de valor que antecedeu à escolha do legislador brasileiro, verificou-se que a extensão da coisa julgada a terceiros, que não foram pessoalmente parte do contraditório, ofereceria riscos demasiados, não arredados pela técnica do *opt out*, calando fundo nas relações intersubjetivas, quando se tratasse de prejudicar direitos individuais; e suscitando, ainda, problemas de inconstitucionalidade, por infringência ao contraditório efetivo e real" A técnica do *opt out*, prossegue a Titular de Direito Processual da USP, "certamente não se adaptaria à realidade existente no Brasil, País de dimensões continentais, deparando com enormes problemas de informação completa e correta, de falta de conscientização de parcela ingente da população, de desconhecimento sobre os canais de acesso à Justiça, de grande distanciamento entre o povo e os tribunais, tudo a desaconselhar a extensão da coisa julgada, quando desfavorável a sentença, a quem não integrou a relação processual e só foi artificialmente 'representado' pelo portador em juízo dos interesses coletivos"<sup>24</sup>

Assim descartada dentre nós a técnica *opt out*, incursionou nosso legislador por outras veredas, ao final optando por uma postura eclética, onde vêm aproveitados subsídios de diversa fonte, a saber: (i) o disposto no art. 18 da lei da *ação popular* (Lei n. 4.717/65), inspirou a redação do art. 16 da Lei n. 7.347/85, sobre a ação civil pública: a decisão de mérito forma, em princípio, coisa julgada material, *erga omnes*, salvo na hipótese de improcedência fundada em insuficiência de provas - a chamada coisa julgada *secundum eventum litis*; (ii) buscando racionalizar a coexistência, *em paralelo*, da ação de tipo coletivo, ajuizada por algum dos co-legitimados ativos (vg., art. 82 da Lei n. 8.078/90; art. 5º da Lei n. 7.347/85; CF, art. 5º, XXI; LXX), com as ações individuais ajuizadas pelos sujeitos concernentes, dispôs que entre esses dois planos jurisdicionais *não ocorre litispendência* (art. 104 da Lei n.

---

24. Idcm, p. 170.

8.078/90); (iii) de todo modo, buscando prevenir eventual *prejuízo* que, na ordem prática, pudesse advir para os indivíduos, nosso legislador previu o *transporte* da coisa julgada coletiva, para o âmbito das ações individuais, mas somente no que possa *favorecer* as pretensões veiculadas nestas últimas (Lei n. 8.078/90, art. 103, § 3.º e art. 104).<sup>25</sup>

Diante da garantia constitucional do acesso à Justiça e, bem assim, considerando que no caso dos *individuais homogêneos* o interesse, apesar de tutelado no plano coletivo, não perde sua *essencialidade individual*, teve o legislador brasileiro que contemplar a hipótese de alguns sujeitos concernentes decidirem pleitear sua integração à lide coletiva, como litisconsortes; o contraponto dessa intromissão é que toda iniciativa processual envolve um *risco* ou quando menos um *custo*, e no caso, essa adesão à demanda coletiva, além de irreversível (preclusão consumativa), fará com que a coisa julgada ali formada *pro ou contra* – alcance também o indivíduo interveniente, o que bem se compreende, porque, tendo ele *optado* por tal intromissão, *ipso facto* tornou-se *parte* da demanda coletiva, e assim a ele se aplicará a *regra geral*, de que a coisa julgada faz... *lei entre as partes*.

Em face desse ônus, houve por bem o legislador oferecer a *alternativa* de o particular requerer o sobrestamento de sua ação individual, dentro em trinta dias contados “da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva” (art. 104 da Lei n. 8.078/90, parte final), caso em que: A) se a demanda coletiva tiver sido acolhida, o indivíduo poderá dela aproveitar-se, em seu pleito particular, o que, é bem de ver, acabará induzindo a procedência da ação individual, porque o acolhimento do pedido coletivo trará *embutido* o reconhecimento de que a causa de pedir indicada na ação individual é...*fundada* (ex., ordenada na ação coletiva a supressão de certa propaganda enganosa, fica *ipso facto* reconhecida a nocividade de tal publicidade) e esse *fundamento*, assim assentado judicialmente, provavelmente acarretará o acolhimento das demandas individuais, na medida em que estas vêm igualmente reportadas à tal causa de pedir; para Ada Pellegrini Grinover, o fenômeno se explica pela “ampliação *ope legis* do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre a *causa petendi*”<sup>26</sup> Aliás, isso ocorre pela boa razão de que uma coisa não pode, ao mesmo tempo, *ser e não ser*: é dizer, reconhecida no plano coletivo a tese de que “o tabagismo é prejudicial

---

25. V. o nosso “Ação civil pública”, 6ª ed., RT, São Paulo, 1999, pp. 230 e ss.

26. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor”. Revista da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 33, dez.-1990, p. 8.

à saúde” não haveria lógica em que uma ação individual, com a mesma *causa de pedir*, viesse rejeitada; B) se a ação coletiva for rejeitada - e dado que a coisa julgada aí formada só se transporta *in utilibus* para o plano individual – o sujeito lesado, que não tenha se litisconsorciado à ação coletiva, não sofrerá prejuízo, nem jurídico, nem prático, tanto podendo ajuizar sua demanda particular, como retomar o curso da que tenha ficado sobrestada.

Concede-se que, porventura, um tal sistema possa não ser o absolutamente ideal, tendo mesmo José Ignácio Botelho de Mesquita, Titular de Direito Processual da USP, aí vislumbrado um certo descompasso com o princípio constitucional da igualdade, que se projeta, no plano processual, na diretriz da igualdade entre as partes (CPC, art. 125, I). O autor visualiza a figura do réu (produtor, fornecedor) numa ação coletiva envolvendo certa relação de consumo, no contraste com uma ação individual, ressarcitória, reportada àquela mesma relação: supondo consiga o réu “superar as desvantagens que lhe são impostas no processo, logre o réu obter um julgamento de improcedência da ação, de nada lhe valerá a sentença, ainda que confirmada pelas mais altas Cortes de Justiça do País. Pelo que dispõe o Código (do Consumidor), qualquer um que se apresente como vítima poderá submetê-lo a discutir novamente toda a questão, impondo-lhe novamente toda a questão, impondo-lhe novamente o mesmo dispêndio de recursos e atividades já gastos no processo anterior, e tendo que repetir tudo isto em quantos processos lhe sejam movidos. Ou seja, a sentença que o condenar tornar-se-á imutável e indiscutível, em benefício de todos os que se pretenderam vítimas; mas a sentença que o absolver não lhe servirá para nada, podendo voltar a ser discutida por quem quer que seja”<sup>27</sup>

O argumento vem assim enfrentado por Ada Pellegrini Grinover: “Na solução do Código, pelo contrário, a coisa julgada desfavorável forma-se com relação a todos os entes e pessoas legitimados às ações coletivas, deixando a salvo apenas os particulares, em suas relações intersubjetivas pessoais, os quais alcançarão uma coisa julgada normalmente restrita às partes” Adiante, admite a processualista da USP a virtualidade da ocorrência de “decisões até certo ponto contraditórias. Até certo ponto, observe-se, porque a sentença favorável da ação coletiva faz coisa julgada *quanto à premissa* da sentença individual; ou seja, quanto à obrigação de indenizar e à condenação genérica dela decorrente, premissas lógicas da condenação a ressarcir pessoa

---

27. “Na ação do consumidor, pode ser inútil a defesa do fornecedor” Revista da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 33, dez./1990, p. 81.

determinada”.(...) “Não se trata, porém, de uma *contradição quanto aos resultados práticos do processo*. E a mera contradição lógica entre julgados é fenômeno muito bem conhecido dos esquemas processuais clássicos, que não a repudiam, tendo abandonado há muito tempo as posições que levavam à exaltação do valor lógico da sentença”<sup>28</sup>

É dizer, ante a virtualidade de uma *superposição* entre os julgamentos nas jurisdições coletiva e individual, cuidou o legislador brasileiro de circunscrever *o mal maior*, ou seja, o *prejuízo* que a rejeição da ação coletiva poderia trazer para os lesados individuais, e isso sem embargo da *diversa dimensão* em que o dano aparece tomado nesses dois planos, como é visível. Tal se dá principalmente quando o paralelismo se estabelece entre ação coletiva por interesses individuais homogêneos e as ações dos lesados individuais, pelo fato de que nessa espécie o interesse cuja tutela é pedida coletivamente também pertine, digamos, *em quotas-partes*, a cada um dos sujeitos concernentes. Considere-se, por exemplo, a divulgada ação civil pública ajuizada pela OAB, seção de São Paulo, contra Bancos, demais instituições financeiras e empresas montadoras de veículos, tendo por objeto a defesa (i) dos interesses difusos “dos potenciais consumidores contratantes do Sistema *Leasing*” e, (ii) “dos direitos individuais homogêneos de milhares de consumidores contratantes do sistema *leasing*, que já possuem contratos”:<sup>29</sup> no tocante a este último tipo de interesse, e no contraste com as ações individuais porventura ajuizadas pelos lesados, não se pode negar uma certa relação de *continência* (CPC, art. 104) nas causas de pedir e nos pedidos. Em casos que tais, de duas uma: ou bem o indivíduo *faz fê* na ação coletiva e assim a ela adere, sujeitando-se à coisa julgada que aí venha a se formar, ou bem aguarda seu desfecho para, conforme o caso, ajuizar sua ação individual ou retomar a que tenha ficado sobrestada *tertium non datur!*

Visto que o objeto litigioso da ação coletiva não se reduz a uma singela *soma* de interesses individuais, senão que estes ali vêm tomados em *dimensão coletiva*, a intervenção permitida aos sujeitos não lhes confere maior *liberdade de movimento*, explicando Luiz Paulo da Silva Araújo Filho que “não se tolera no processo coletivo a formulação de novas demandas, com a extensão do seu objeto litigioso aos alegados direitos pessoais dos intervenientes, porque do contrário estaria sendo admitida a tumultuária atomização de uma causa que se concebeu molecular exatamente para

---

28. “Da coisa julgada...”, cit., Vcr. Da AASP, n. 33, p. 11 e 14 (grifado no original).

29. Proc. 1999.61.00.004437-1, Justiça Federal de São Paulo, inicial datada de fevereiro de 1999.

expandir a sua efetividade, o que, mais do que soar contraditório, violaria os princípios constitucionais que alicerçam essas ações”<sup>30</sup>

De outra parte, nosso modelo processual para o trato concomitante das ações coletivas e individuais, parece reconhecer, ao menos implicitamente, uma certa *prejudicialidade externa* existente entre as causas de pedir na ação coletiva e nas demandas individuais: no exemplo antes lembrado, da ação coletiva no caso dos contratos de *leasing*, uma vez aí assentado qual deva ser o critério de correção dos valores das prestações, é claro que essa avaliação judicial, já por seu caráter *abrangente e unitário*, dentro da coletividade considerada, acabará por ser absorvida no âmbito das ações individuais, embora ainda sobeje para cada indivíduo o ônus de demonstrar e provar, na execução do julgado coletivo (Lei n. 8.078/90, art. 97) o *an*, o *quantum debeatur*, além do *nexo causal* em face da *condenação genérica* a que alude o art. 95 dessa lei. Em última análise, tal sistema evoca o trâmite já existente na jurisdição singular, quando, por exemplo, a ação civil de reparação de danos *ex delicto* pode ficar sobrestada, em havendo uma questão prejudicial pendente de resolução em outro feito (CP, art. 91, I, c/c CPC, arts. 265, IV, *a* e art. 584, II). De tudo se colhe a preocupação em evitar *o mal maior*, que seria a ocorrência de contradição entre julgados no *campo prático*, que acontece quando o bem da vida assegurado numa decisão de mérito vem suprimido, esvaziado ou obstaculizado por outro comando judicial.

Enfim, a intromissão do indivíduo na ação coletiva gera, ao nosso ver, *tripla consequência*: A) preclui, consumativamente, a *outra* possibilidade, que seria a do ajuizamento da ação individual ou o seu sobrestamento se já proposta (*electa una via non datur regressus ad alteram*); B) sujeita o interveniente à coisa julgada que se venha a formar nessa demanda coletiva, o que, de resto, está conforme ao regime da intervenção litisconsorcial (art. 54 do CPC); C) exclui, por falta de possibilidade jurídica e de interesse processual, a ulterior extromissão do indivíduo antes aderido à demanda coletiva, visto que tal alvitre - *right to opt out*(?) - albergado alhures, é, todavia, estranho, senão já incompatível com o regime vigente em nosso país.

Tenha-se presente que sendo o processo uma relação *de direito público*, as condutas que aí se praticam devem balizar-se pela previsão na lei processual (possibilidade jurídica) e pelo interesse legítimo (necessidade-utilidade – adequação), constatando-se, por exemplo, que uma pretendida *extromissão voluntária* do lesado

---

30. “Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos”, cd. Forense, Rio, 2.000, p. 147.

individual antes aderido à demanda coletiva parece não atender a tais quesitos, porque (i) os que já obtiveram coisa julgada favorável em ações individuais, estão imunes aos efeitos de uma eventual improcedência da ação coletiva; (ii) os demais, que não se enquadram nessa hipótese, podem optar por aguardar o desfecho da ação coletiva, e, então, de duas, uma: ou ajuízam suas ações individuais ou, oportunamente, retomam o curso daquelas que haviam ficado sobrestadas. O Direito brasileiro desconhece um *tertium genus*, em que o lesado individual, tendo aderido à ação coletiva, ao depois pretenda se auto-excluir aos seus efeitos, nem cabendo ao julgador, no caso, guiar-se por critério de *equidade*, de resto inaplicável na espécie, dado cuidar-se de jurisdição contenciosa, regulada por critério de *legalidade estrita* (CF, art. 5º e inciso II ; CPC, arts. 127, 1.109).

#### 4. A concomitância entre ações coletivas.

Tendo no item precedente considerado a imbricação entre ação coletiva e ações individuais, trataremos, agora, de focar a confluência entre as próprias ações de caráter coletivo, quando versem análogo objeto.

Para bem se compreender essa ocorrência, é preciso ter presente que a jurisdição brasileira é de índole *nacional*, nesse sentido de cobrir, unitária e indeclinavelmente, todo o espaço do território pátrio, não se sujeitando a exceções ou mitigações *ratione personae, materiae, loci* ou *muneris*, parâmetros restritivos que *não concernem à jurisdição* propriamente dita – vista como Poder, função ou atividade – mas antes configuram critérios determinativos da *competência*, esta última resultante da *partilha* do serviço judiciário entre os múltiplos órgãos judiciais, imposta por várias razões, que incluem a dimensão continental do país, a quantidade de processos, a diversidade das causas, os graus de jurisdição, a especialidade de algumas *Justiças*, etc..

Essa dimensão nacional de nossa jurisdição vem de ser reafirmada pelo STF, em certa Reclamação oposta por Banco, réu em ação civil pública ajuizada sobre relação de consumo, em face de acórdão do 1º TACivil-SP que declarara inconstitucionais alguns tópicos da Lei Federal n. 7.730/89, alegando o reclamante que, tendo o Tribunal local estendido a eficácia da decisão a todo o país, houvera assim usurpado competência do STF. O ministro Ilmar Galvão, todavia, descartou o argumento: “(...) *inevitável reconhecer que a eficácia da sentença, no caso, haverá de atingir pessoas domiciliadas fora de jurisdição do órgão julgador, o que não poderá causar espécie*, se o Poder Judiciário, entre nós, é nacional e não local. Essa propriedade,

obviamente, não seria exclusiva da ação civil pública, revestindo, ao revés, outros remédios processuais, como o mandado de segurança coletivo, que pode reunir interessados domiciliados em unidades diversas da federação e *também fundar-se em alegação de inconstitucionalidade de ato normativo, sem que essa última circunstância possa inibir o seu processamento e julgamento em Juízo de primeiro grau que, entre nós, também exerce controle constitucional das leis*”<sup>31</sup> Como esclarece E.D. Moniz de Aragão, a atuação jurisdicional “como emanção da soberania nacional, que é, se estende por todo o território do País, embora limitada, às vezes, por um ou outro caso de extraterritorialidade ou dilatada por um ou outro de ultraterritorialidade. De fato, o ato jurisdicional praticado em qualquer juízo brasileiro é válido em todo o território nacional, desde que caiba na competência (territorial ou não) de quem o praticou”<sup>32</sup>

No plano da jurisdição singular, as ações relevam de conflitos intersubjetivos, ubicados em pessoas, coisas e situações claramente definidas, o que de algum modo facilita o encontro do foro e do Juiz competentes (ex., domicílio do réu, local de cumprimento da obrigação; residência do alimentando, etc.); e, de modo geral, a imbricação entre ações acaba satisfatoriamente dirimida mediante o emprego de institutos como a conexão, a continência, a prevenção, o conflito positivo ou negativo de competência, a litispendência, enfim o que seja preciso para garantia do *non bis in idem* (CPC, art. 267, art. 267, V, c/c art. 301, § 3º). Já no plano da jurisdição coletiva o problema apresenta maior complexidade, e isso basicamente por duas circunstâncias: de um lado, aí os conflitos são metaindividuais, onde o critério legitimante não pode, *pour cause*, promanar da titularidade do direito, devendo resultar da *relevância social do interesse*; de outro lado, e corolariamente, a legitimação passa a ser *concorrente-disjuntiva*, nesse sentido de vir deferida a um número expressivo de sujeitos, entidades e órgãos, como facilmente se constata em ações como a civil pública (Lei n. 7.347/85, art. 5º), a popular (CF, art. 5º LXXIII), as *ADIns* (CF, art. 103), o mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX), as ações coletivas fundadas em relações de consumo (Lei n. 8.078/90, art. 82).

---

31. Reclamação n. 602-6 – SP, rel. min. Ilmar Galvão, j. 3.9.1997. Esclarece André de Carvalho Ramos que tal decisão “é hoje precedente no Excelso Pretório, tendo sido julgada em 03.09.1997, já na vigência da Med. Prov. 1.570/97, que depois foi convertida na Lei n. 9.494/97”. (“A abrangência nacional de decisão judicial em ações coletivas: o caso da Lei n. 9.494/97”. RT n. 755, set./98, p. 116 e 119).

32. “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. II, 4ª ed., Forense, Rio, 1983, p. 176.



Compreende-se uma tal *legitimação aberta*, já que na jurisdição coletiva os sujeitos concernentes são indeterminados e o objeto é indivisível (em modo *absoluto*, no caso dos interesses difusos, e *relativo*, no caso dos coletivos em sentido estrito), o que, naturalmente, impede a afetação exclusiva do poder de agir em mãos de um só legitimado. Sucede que, enquanto na jurisdição singular a repetição de uma ação (= mesmas partes, pedido e causa) pode ser coartada pela exceção de litispendência, já outra realidade se apresenta na jurisdição coletiva, em função dos elementos diferenciais antes lembrados. Assim é que, por exemplo, sendo a ação popular um instrumento processual a serviço da cidadania (defesa do patrimônio público, *lato sensu*), não há como impedir, por exemplo, que ante a iminência da venda de uma empresa estatal, sucede que *mais de um cidadão*, em Estados diversos da Federação, resolva tomar tal iniciativa, ou que mais de uma associação de defesa de consumidores ajuíze ação coletiva objetivando a supressão de certa publicidade enganosa.

Além disso, a virtual confluência entre ações de tipo coletivo é também ensejada nisso que um mesmo fato ou situação pode deflagrar conflitos *em mais de uma faixa*, dentro do universo metaindividual (Lei n. 8.078790, art. 81, I, II e III), como pode dar-se, por exemplo, no embate entre os fabricantes de cigarros e os defensores da saúde da população: o interesse à proteção dos fumantes passivos é *difuso*; o interesse à proteção dos trabalhadores nas lavouras de tabaco é *coletivo em senso estrito*; o interesse ao ressarcimento das vítimas do tabagismo é *individual homogêneo*. Por exemplo, no caso da explosão por vazamento de gás, ocorrida em *shopping center*, na cidade de Osasco (SP), a Promotora Ana Lúcia Cardoso da Silva de Arrochela Lobo ajuizou ação civil pública (proc. 1959/96 – 5ª Vara) a título de interesses *individuais homogêneos*, pleiteando “condenação, em caráter genérico, das rés pessoas jurídicas a repararem os danos sofridos por uma pluralidade de vítimas, respectivos cônjuges, sucessores e dependentes”; acolhida a demanda pelo juiz Manoel Barbosa de Oliveira (26.5.1997), veio basicamente mantida a sentença pelo TJSP (ap.71.502-4/0. Rel. Des. José Osório, j. 24.6.1999, v.u.), com a só alteração no regime de responsabilidade dos administradores pessoas físicas - de solidariedade para subsidiariedade. Agora, figure-se que essa mesma ocorrência fatídica poderia ter sido tomada sob outras dimensões do universo metaindividual, como por exemplo o interesse *coletivo do grupo, categoria ou classe* dos trabalhadores nesse tipo de empreendimento comercial (lei supra, art. 81, II); ou ainda, o interesse *difuso* na implementação de condições básicas de segurança aos freqüentadores efetivos ou virtuais desse tipo de empreendimento.

De sorte que a indivisibilidade do objeto, aliada ao regime de legitimação

aberta, deferida concorrente e disjuntivamente a um número expressivo de sujeitos, entidades e órgãos públicos, acabam por ensejar a virtualidade da intercorrência de mais de uma ação coletiva, o que pode ocorrer tanto na repetição de uma primeira (vg., mais de uma ação popular objetivando impedir a venda de uma empresa estatal), como ainda se o universo coletivo vier tocado em mais de um ponto (vg., ação civil pública movida pelo M. P., com pedido mandamental para impedir veiculação de propaganda enganosa de certo medicamento - interesse difuso - *paripassu* com ação coletiva movida por associação, pedindo indenização aos danos causados aos usuários daquele medicamento: interesses *individuais homogêneos*. Não é difícil perceber que a justaposição entre ações de tipo coletivo traz complicações ainda maiores do que quando a concomitância se dá entre ações coletivas e individuais, porque nesta última ocorrência, a inexistência de litispendência fica mais evidente e o manejo concomitante torna-se mais viável, ao passo que, na conjunção de ações de tipo coletivo os perigos redobram, por conta da projeção *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada, caso em que a virtual proliferação de comandos de conteúdo diverso vai propiciar contradição que não se conterà apenas no plano lógico, mas desbordará para o plano prático, como facilmente se deduz.

Exemplo emblemático de concomitância de ações coletivas envolvendo um mesmo interesse metaindividual deu-se por ocasião da venda da empresa estatal *Telebrás*, onde nada menos de trinta ações populares afluíram à Justiça Federal ao longo do país, todas ao fundamento genérico da proteção ao patrimônio público, e tendo por objeto o mesmo interesse difuso a que fosse impedida a propalada alienação. No caso, tratava-se – ao menos *in statu assertionis* – de um dano de porte nacional, levando a que o foro competente fosse ou o do Distrito Federal ou o da capital de Estado (Lei n. 8.078/90, art. 93, c/c art. 90 e 117; Lei n. 7.347/85, arts. 1º e 2º; Lei n. 4.717/65, art. 5º, § 3º). Essa oferta de foros alternativos, em conformidade com a diretriz da *democracia participativa*, acabou por ensejar o ajuizamento plúrimo de ações daquela natureza, culminando num conflito (positivo) de competência, ao final dirimido pelo STJ, pelo critério da *prevenção*, sendo relator o ministro Demócrito Delgado (CC 22123-MG- proc. 980028122-3), assim firmada a *vis attractiva* do Juízo que oficiara na primeira daquelas ações, nos termos dos arts. 106, 219 do CPC, c/c Lei n. 4.717/65, art. 5º § 3º. A procuradora da República, Gilda Pereira de Carvalho Berger, opinara nos autos “pela procedência do conflito e, em consequência, seja declarado competente para o processo e julgamento das ações (...) o Juízo Federal da 13ª Vara Federal de Minas Gerais, por ser o prevento (...)” e em suas razões de opinar, invocara o entendimento expandido pelo próprio Relator em outra sede (CC 19.686, DJU 17.11.97), onde este assentara:

“O malefício de decisões contraditórias sobre a mesma relação de direito consubstancia a espinha dorsal da construção doutrinária inspirada no princípio do *simultaneus processus* a que se reduz a criação do *forum connexitatis materialis*. O acatamento e respeito às decisões da justiça constituem o alicerce do Poder Judiciário que se desprestigiaria na medida em que dois ou mais juízes proferissem decisões conflitantes sobre a mesma relação jurídica ou sobre o mesmo objeto da prestação jurisdicional. A configuração do instituto da conexão não exige perfeita identificação das demandas, senão que, entre elas preexista um liame que as torne passíveis de decisões unificadas”<sup>33</sup>

De fato, é preciso harmonizar dois valores, ambos respeitáveis e compossíveis: (i) de um lado, o direito subjetivo público ou o interesse legítimo de todo cidadão, no gozo dos direitos políticos, de participar da boa gestão da coisa pública, inclusive através da ação popular, averbando Gilda Pereira de Carvalho Berger, no parecer antes citado: “A propositura de várias ações em vários locais do País, seja pelo Ministério Público, seja pelo Autor popular é uma ação legítima e legal, tanto os cidadãos de qualquer Estado brasileiro têm legitimidade, como qualquer dos membros do Ministério Público, dentre de suas atribuições têm a função de zelar por este tipo de interesse”;<sup>34</sup> (ii) de outro lado, há o interesse público na preservação da higidez técnico-jurídica da relação processual e na manutenção da autoridade das decisões judiciais, até para que os atos aí praticados tenham *validade e eficácia*, tudo passando pela questão prejudicial do foro competente, que no caso antes relatado veio bem dirimida pelos institutos da conexão e da prevenção.

Otimizando-se o significado da legitimação concorrente-disjuntiva, pode-se dar-se, por exemplo, que na Bahia venha ajuizada ação de tipo coletivo, objetivando impedir a cogitada *transposição* das águas do Rio São Francisco: tal circunstância não pode operar como *pressuposto negativo*, a impedir que análoga iniciativa venha porventura tomada por outro *co-titular* desse mesmo direito subjetivo público ou desse mesmo interesse legítimo à proba e eficiente gestão do meio ambiente, que, na exata dicção do art. 225 da CF é “bem de uso comum do povo” Tal entendimento, naturalmente, implica na aceitação de virtual concorrência de mais de uma ação de tipo coletivo, envolvendo análogo objeto, mas o processo civil está dotado dos meios para equacionar tal imbricação, mormente os institutos da conexão, continência e prevenção, deixando-se para os casos extremos, onde seja marcante a *superposição*

---

33. “Ações populares propostas contra a privatização da Telebrás. Conflito de competência”. Boletim dos Procuradores da República, n. 8, dez. 1998, p. 10 c s., *passim*.

34. Idem, p. 15.

entre causas e pedidos nas ações confrontadas, a aplicação da alternativa mais radical da *litispêndência*, que implicaria em abortar a(s) ação(ões) coletiva(s) sequenciais.<sup>35</sup>

Dizemos que o reconhecimento da litispêndência deveria ser deixada para os *casos extremos*, para não desestimular o exercício salutar da cidadania, no contexto de uma democracia participativa, a teor do observado por Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “A criação de mecanismos amplos para a veiculação de ações coletivas, ademais, atende à natureza de Estado Democrático de Direito em que se constitui o Brasil, porque permite a grande participação popular através do processo”<sup>36</sup> De um lado, o próprio constituinte é que sinalizou para uma legitimação concorrente-disjuntiva nesse campo (art. 129, § 1º); e, bem vistas as coisas, acreditamos não seja muito comum a concomitância de ações coletivas precisamente iguais, onde *coincidam* os pedidos (imediate, mediate) e as causas (remota, próxima), ainda que se releve a diversidade nos legitimados ativos, em nome de sua titulação como *substitutos processuais* de parcelas mais ou menos expandidas da coletividade.

No ponto, entende Antonio Gidi que “se entre uma ação coletiva do CDC e uma ação civil pública, uma ação popular, um mandado de segurança coletivo ou qualquer outra ação coletiva ocorrer identidade de causa de pedir e de pedido, haverá litispêndência entre essas duas ações. Serão a mesma e única ação coletiva, apenas propostas com base em leis processuais diferentes”<sup>37</sup> A seu turno, aduz Ada Pellegrini Grinover, figurando a coexistência de uma ação civil pública e uma ação popular, sobre um mesmo *thema decidendum*: “Conforme o caso, poderá haver *conexão* entre as duas ações nos termos do art. 103, CPC (identidade de objeto ou causa de pedir) ou *continência* (se um pedido for mais amplo que o outro: art. 104, CPC), com as mesmas conseqüências para ambos os casos: a modificação da competência, a distribuição por dependência e a reunião de processos para decisão de mérito conjunta. Mas, é possível avançar mais, e conforme o caso, detectar-se até a litispêndência entre as duas causas”<sup>38</sup>

---

35. Sobre a aplicabilidade da litispêndência entre ações coletivas, v. Kazuo Watanabe, “Demandas coletivas e os problemas emergentes da *praxis* forense”, Revista de Processo n. 67, jul./set. 1992, p. 19.

36. “Ações Coletivas: A Tutela Jurisdicional dos Direitos Individuais Homogêneos”, ed. Forense, Rio, 2000, p. 239, 240.

37. “Coisa julgada e litispêndência em ações coletivas”, ed. Saraiva, São Paulo, 1995, p. 219.

38. “Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispêndência”. In “Ação civil pública. Lei n. 7.347/85- Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação”, ed. RT, São Paulo, 1995, p. 26.

Aliás, como o escopo da jurisdição coletiva é a consecução de uma resposta judiciária *molecularizada*, que evite a fragmentação do conflito coletivo em incontáveis *demandas-átomo*,<sup>39</sup> assiste razão a Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, quando assevera: “sempre que o *thema decidendum* for de âmbito nacional, e o autor da ação tiver representação em todo o país, a princípio deverá haver apenas uma única e exclusiva ação coletiva, como o mesmo objeto e a mesma *causa petendi*. A propositura de uma nova ação coletiva, idêntica (*rectius*: a repropositura da mesma ação coletiva), caracteriza irrefragável litispendência”<sup>40</sup>

Naturalmente, se a concomitância ocorre entre duas ações coletivas que, posto relevem de uma mesma causa remota (vg., publicidade enganosa) visam cada qual a tutela de *diferentes dimensões* do interesse metaindividual (numa, o interesse *difuso* à correta divulgação dos produtos e serviços e supressão da mensagem publicitária viciada; noutra, o interesse *individual homogêneo* ao ressarcimento devido à comunidade dos lesados individuais), é claro que aí não se configura a litispendência, podendo, eventualmente, dar-se a continência ou a conexão, conforme se apresente o caso concreto.

##### 5. A coisa julgada coletiva, em face dos sujeitos concernentes.

As ações de tipo coletivo – *ADIns*, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação popular, ações em defesa de consumidores – têm em comum a característica de que o critério definidor da *faixa* do universo coletivo aí considerado exsurge a partir do *pedido* formulado, o que se explica pelo fato de que uma mesma *fattispecie* pode ser tomada em projeção espacial ou subjetiva mais ou menos expandida. Por exemplo: a floresta amazônica pode ser visualizada enquanto interesse *difuso* (defesa dessa área de preservação permanente) ou enquanto interesse *coletivo em sentido estrito* (povo da floresta *versus* madeireiras). De todo modo, ante a necessária adstringência da resposta judiciária aos lindes do pedido (CPC, art. 2º 128, 460), este é que acabará fixando os limites do julgado, com vistas a se saber: (i) *quais sujeitos* serão abrangidos por seus efeitos – limites subjetivos – e, (ii) *quais capítulos, pontos e questões* consideram-se decididos – limites objetivos. Ambos esses limites, num determinado momento se tornarão definitivos e intangíveis, com a imutabilidade agregada pela coisa

---

39. V. Kazuo Watanabe, “Demandas coletivas...”, cit., Revista de Processo n. 67, jul.set.1992, p. 19.

40. “Ações Coletivas...”, cit., p. 161.

julgada material; todavia, como aí se está tratando de interesses metaindividuais, não faria sentido que a eficácia da coisa julgada ficasse restrita apenas às partes, como na jurisdição singular (CPC, art. 472), donde ser inevitável, na jurisdição coletiva, um grau de *expansão extra autos*, maior ou menor, de modo proporcional ao espectro do interesse considerado (Lei n. 8.078/90, art. 103 e incisos).

Assim, uma mesma controvérsia – por exemplo, as restrições ao tabagismo durante as viagens aéreas – pode ser levada à Justiça em termos de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, dependendo de como venha posto o pedido: se o móvel da ação é a proteção da *saúde pública*, o interesse é difuso; se o intento é a defesa das *condições de trabalho dos aeronautas*, o interesse é coletivo em senso estrito; se a pretensão é o *ressarcimento dos danos já infligidos aos passageiros e tripulantes* enquanto fumantes passivos, o interesse é individual homogêneo. O exemplo evidencia que a questão da projeção da coisa julgada coletiva em face das posições individuais fica exacerbada nesta terceira modalidade, justamente por ser vocacionada a uma *condenação genérica* (Lei n. 8.078/90, art. 95), que opera como um modelo ressarcitório geral, a servir de base para as oportunas execuções individuais, onde os interessados provarão não só o *quantum*, mas também o *an debeatur*, a par do *nexo causal*. Ao propósito, esclarece Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “A fruição concreta do direito abstratamente reconhecido pela decisão genérica do art. 95 só é viável por meio da propositura de ações individuais, chamadas de liquidação da sentença, nas quais deverão ser comprovados, por cada um dos interessados, os fatos constitutivos específicos do seu alegado direito”<sup>41</sup>

É preciso entender que a ação para a defesa de interesses individuais homogêneos é uma forma processual *coletiva* de tutela judicial, e, por isso, impende ter presente que certos institutos e faculdades próprios da jurisdição singular, ou bem aí não têm como aplicar-se, ou quando muito, devem ser manejados com refrações especiais. Assim se passa com a intromissão dos indivíduos no âmbito da ação coletiva em curso: embora permitida (art. 94 da Lei n. 8.078/90), impende sempre ponderar os riscos e os ônus daí decorrentes, já antes salientados, e mesmo o aspecto do *legítimo interesse* de uma tal intromissão, em se considerando que a ação coletiva vem, presumidamente, proposta *a favor*, e não contra tais interesses, e essa premissa está à base do transporte da coisa julgada ali formada somente quando possa *beneficiar* os sujeitos concernentes. É dizer, há que se priorizar o dado de que na ação coletiva o

---

41. “Ações Coletivas...”, cit., p. 241, conclusão n. 26.

interesse que constitui o objeto litigioso está sendo judicializado em sua *dimensão metaindividual*, com abstração, pois, dos sujeitos concernentes. A se entender de outro modo, franqueando-se livremente o acesso dos indivíduos à instância coletiva, esta acabaria por se descaracterizar como tal, ao final desfigurada numa indefinida *mélange* de interesse metaindividual mesclado com interesses particulares *litisconsorciados*.

Na matéria, esclarece Ada Pellegrini Grinover: “Quando o Código determina a extensão subjetiva do julgado para beneficiar terceiros, transportando às ações individuais a sentença coletiva favorável, outra inovação ocorre: a ampliação *ope legis* do objeto do processo, para incluir na coisa julgada a decisão sobre o dever de indenizar”. (...) Daí decorre que “a intervenção a título de litisconsórcio não autoriza os litisconsortes a formularem pretensão indenizatória pessoal, pois isso desvirtuaria o objeto do processo coletivo e a natureza da sentença”<sup>42</sup>

Em consequência das precedentes colocações, fica inevitável inferir que, uma vez judicializado o conflito em termos de demanda coletiva, tornam-se inócuas as perquirições concernentes à identificação dos indivíduos concernentes (quem são? quantos são? qual seu domicílio? quais foram aderentes da associação autora?). Assim se passa porque: (i) os que tenham optado por ingressar no processo coletivo passam a integrá-lo para todos os efeitos, ao nosso ver sem possibilidade de extromissão, via obstruída pela preclusão consumativa, resultante de ter a parte adotado *uma das alternativas* oferecidas pela norma de regência; (ii) tais sujeitos intervenientes na ação coletiva ficam submetidos à eventual coisa julgada – favorável ou *desfavorável* que aí se venha a formar, excluída, nesta última hipótese, a possibilidade de ulterior ajuizamento de demanda individual ou de reassunção daquela porventura sobrestada (a coisa julgada faz lei entre as partes, e o interesse discutido na ação coletiva em certo modo *inclui* o do indivíduo ali interveniente); (iii) os que optaram por aguardar o desfecho da ação coletiva (seja não ajuizando ação individual ou sobrestando a já proposta) não poderão ser prejudicados por eventual coisa julgada coletiva *desfavorável*, ficando livres para, ou ajuizar suas demandas particulares, ou retomar as que estavam paralisadas. Enfim, uma vez acolhida a ação coletiva, tanto pode dar-se o transporte da coisa julgada aí formada, em favor das demandas individuais, como é possível a execução desse julgado, *uti singuli* ou em modo coletivo, pelos co-legitimados ativos do art. 82, da Lei n. 8.078/90, conforme art. 97 dessa lei.

---

42. “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, 3ª ed., 1993, Forense Universitária, 1993, pp. 577 e 548, nessa ordem.

Assim, se uma associação de consumidores move ação coletiva contra um Banco em defesa dos interesses individuais homogêneos de seus investidores em poupança, ao argumento de que estes, em dado período, foram lesados por remuneração a menor, não importa a quantidade desses sujeitos, nem sua identificação, domicílio ou o que mais lhes diga respeito pessoalmente (inclusive saber se eram ou não aderentes da associação autora), e isso pela boa razão de que o objeto litigioso está sendo tomado numa certa *faixa* do universo coletivo, onde, bem por isso, os sujeitos são considerados indeterminadamente e o objeto é considerado em modo indivisível. Acolhida a ação, não poderia o juiz restringir, *ex propria auctoritate*, o âmbito de projeção da coisa julgada apenas aos poupadores que foram aderentes da associação autora: *a uma*, o objeto litigioso é a formação de título condenatório a favor de *toda a coletividade* dos poupadores do Banco, e não de parcela deles; *a duas*, não cabe ao julgador delimitar a expansão da coisa julgada *in concreto*, tratando-se de matéria afeta à Lei Federal (CF, art. 22, I), onde se atenderá à natureza e dimensão do interesse considerado, como aliás o faz o art. 103 da Lei n. 8.078/90; e, enfim, lembre-se que a associação autora figura no processo como uma *adequada representante* de um interesse tomado em sua acepção coletiva, com abstração, pois, dos sujeitos a ele concernentes.

Esse *ambiente judiciário diferenciado*, peculiar às ações de tipo coletivo, veio bem apreendido pelo juiz federal Victório Giuzio Neto, ao decidir pedido de tutela antecipada em ação civil pública movida pelo Ministério Público federal contra a União e Bancos diversos, tendo por objeto a “proteção de mutuários que celebraram contratos do Sistema Financeiro da Habitação, neste incluídas também as Carteiras Hipotecárias, beneficiados pela regra da equivalência salarial ou comprometimento de renda, mas desguarnecidos do Fundo de Compensação das Variações Salariais que se vêem ameaçados de perderem seus imóveis em razão do descompasso entre o valor das prestações e a evolução do saldo devedor atualizado por juros e índices financeiros em relação aos ganhos salariais” Na seqüência, a decisão reporta-se a julgado proferido em matéria análoga pelo juiz José Eduardo Santos Neves: ‘O que está em causa não é a disponibilidade do interesse específico ou determinado, individualmente considerado, mas, a indisponibilidade desses direitos considerados em seu conjunto, o que os altera em sua essência, pois, pela lei dialética da emergência do novo, o excesso transforma a natureza da quantidade, emprestando-lhe outra qualidade’ Prosseguindo, agora no tópico concernente à extensão da eficácia do julgado, dispôs o juiz Victório Giuzio Neto: “De fato, restringir o âmbito da abrangência da presente decisão aos limites territoriais deste Juízo viria proporcionar



a severa injustiça de criar, com base na arbitrária localização geográfica dos mutuários, um grupo especial apto a receber proteção judicial, desconhecendo as mesmas agruras impostas aos demais neste imenso país e o mais grave, pelos mesmos Réus desta ação. Acima de tudo seria privilegiar conceitos ortodoxos do processo desenhados no passado e destinados às lides intersubjetivas, em detrimento da modernização de seu conceito, introduzidas por exigências deste nosso tempo, nesta era da Internet que transformou o mundo na 'aldeia global' de que nos fala Marshall McLuhan e que ao mesmo tempo que impõe uma interdependência entre os países, tende a exigir, pela maior expectativa social decorrente do melhor nível de informação, soluções tão avançadas como as adotadas nos mais desenvolvidos". (Proc. 2.000.61.00.033627-1, 24ª Vara Cível Federal, São Paulo - Capital, DOE 4.10.2.000, cad. 1, parte II, p. 39, 40).

Nem sempre, porém, a experiência judiciária brasileira tem revelado percepção assim tão clara dos pressupostos e finalidades da jurisdição coletiva, registrando-se ainda equívocos e descompassos de diversa ordem, mormente nas ações versando interesses individuais homogêneos: ora por aí se veiculam situações melhor identificadas com litisconsórcio ativo facultativo; ora não há relação entre o objeto estatutário do ente associativo e a natureza do interesse objetivado; ora se formula pedido que não é condenatório-ressarcitório; ora as sucessivas extromissões dos sujeitos antes aderidos ao pleito coletivo acaba tornando questionável a remanescência do próprio interesse *coletivo* afirmado à inicial. Pior, as sucessivas intervenções governamentais no campo do processo coletivo, via *Medidas Provisórias* (!) só têm contribuído para tornar ainda mais nebuloso esse contexto, de que é exemplo a exigência de a inicial da ação coletiva contra entes políticos e seus órgãos correlatos vir "acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços" (§ único do art. 2º - A da Lei n. 9.494/97, cf. M. P. n. 1984, 20ª ed., DOU 30.07.2000, p. 25). No ponto, Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, avalia que "apesar de não se justificar, ao nosso ver, a discriminação, bem que se poderia reconhecer, a esse respeito, uma inábil reação contra a tumultuária situação instaurada pela não observância dos princípios processuais, (...) que tem permitido a propositura de repetitivas ações pseudocoletivas, por múltiplas associações e sindicatos, representativos dos mesmos interessados ou dos membros de uma única categoria, com pedidos concretos e específicos quanto aos mesmos substituídos, o que provoca, além de compreensíveis dificuldades para os réus, uma inaceitável desordem jurídica. Mas aqui se antepõe, outra vez, idêntica objeção, uma vez que não se encontra uma

justificação razoável para a desequiparação, com a formulação da exigência somente para as ações propostas contra entes públicos”<sup>43</sup>

Outro visível engano no trato da jurisdição coletiva consiste na inserção (ainda via Medida Provisória!) do elemento *território* no corpo do art. 16 da Lei n. 7.347/85, que visivelmente não cuida de competência e sim de *limites subjetivos da coisa julgada coletiva*; ao passo que, sabidamente, *território* é critério determinativo de *competência*, tema tratado no art. 2º dessa lei, onde vem fixado o “foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa” Para Ada Pellegrini Grinover, nessa alteração “o Executivo – seguido do Legislativo – foi duplamente infeliz. Em primeiro lugar pecou pela intenção. Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los (...); em segundo lugar pecou pela incompetência. Desconhecendo a interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, assim como muitos dos dispositivos deste, acreditou que seria suficiente modificar o art. 16 da Lei n. 7.347/85 para resolver o problema. No que se enganou redondamente”<sup>44</sup>

De fato, dispondo tal dispositivo, alterado originariamente pela Medida Provisória 1.570/97, que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da *competência territorial* do órgão prolator (...)” sua aplicação prática conduziria a situações paradoxais, que de per si evidenciam o equívoco do texto alterado. No ponto, tivemos oportunidade de figurar uma decisão em ação civil pública transitada em julgado em São Paulo, cujo comando tenha interditado o uso do mercúrio na decantação de ouro nos garimpos ao longo de um rio que, nascendo em outro Estado, cruza o espaço paulista: “No exemplo, nenhuma eficácia – muito menos *erga omnes* – teria a coisa julgada, porque o inquinamento do rio, com mercúrio, continuaria ocorrendo no Estado banhado pelo trecho do rio postado *a montante*, e daí desceria até alcançar – e poluir – o trecho do rio situado *a jusante*, supostamente protegido pela coisa julgada”<sup>45</sup>

Algo semelhante se passa com o art. 2º-A da Lei n. 9.494/97 (antes M. P.

43. “Ações Coletivas...”, cit., pp. 170-171.

44. “A ação civil pública no STJ”, in “STJ – 10 anos – obra comemorativa- 1989/1999”, Brasília, 1999, p. 27.

45. Cf. o nosso “Ação Civil Pública”, 6ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 236.

1.906-11, de 25.11.97) dizendo que “a sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham na data da propositura da ação, *domicílio* no âmbito da *competência territorial do órgão prolator*”. Note-se que tal restrição coloca-se em descompasso com o sistema de coisa julgada coletiva, onde se prevê, por exemplo, que a sentença penal condenatória repercute para beneficiar as vítimas e sucessores – § 3º do art. 103 da Lei n. 8.078/90, e isso, naturalmente, sem restrições de ordem geográfica. Assim, observa Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “soa manifestamente arbitrário que a sentença penal condenatória possa produzir normalmente os seus efeitos penais em todo o País, mas se queira restringir os seus efeitos civis para beneficiar apenas as vítimas ou sucessores que tenham domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. A idéia sabe a disparate”<sup>46</sup>

Ainda tomando aquele art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, a exigência de que a ação coletiva deva “obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou” igualmente parece não se justificar: de um lado, a sindicalização é livre (CF, art. 8º e inc. III); de outro lado, causa espécie apareça tal exigência apenas quanto às ações contra o Poder Público, o que configura uma desequiparação injustificada; enfim, em que pese o respeitável entendimento do STF na Ação originária 152-RS,<sup>47</sup> a letra e a teleologia do art. 5º XXI da CF parecem autorizar o entendimento de que, atuando as associações em juízo, por definição, *a beneficio* de seus aderentes, sua legitimação deflui, ou da própria relação entre o objeto litigioso e a finalidade estatutária, ou do credenciamento decorrente da lei de regência; nem por outro motivo, aliás, o art. 82, IV, da Lei n. 8.078/90, *dispensa a autorização assemblear* para o ajuizamento de ações coletivas pelas associações.

Em breves palavras, as alterações introduzidas no sistema de coisa julgada do processo coletivo, mormente as provindas de Medidas Provisórias, pareceram ignorar a natureza *adjetiva* da coisa julgada, ou seja, que ela apenas agrega uma *qualidade* - a imutabilidade - aos efeitos substantivos do julgado, estes sim, resultantes dos *comandos* declaratório, condenatório, desconstitutivo, mandamental, donde a *virtual inocuidade*

---

46. “Ações Coletivas...”, cit., p. 168.

47. Cf. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “Ações coletivas...”, cit., p. 170, referindo a Ação Originária n. 152/RS, onde prevaleceu a tese de ser sempre necessária “a ata da assembléia geral que conferiu à associação poderes específicos para a demanda”

das tentativas de mitigação da eficácia espacial ou subjetiva do julgado coletivo, pelo expediente de iterativas intervenções no capítulo da coisa julgada.

Assim é que, se o julgado coletivo determinou a supressão de publicidade sobre produto nocivo à saúde, comercializado em todo o país, e tendo sido a ação ajuizada no foro competente (no caso, tratando-se de dano de porte nacional, o da capital do Estado ou o do Distrito Federal – art. 2º da Lei n. 7.347/85, c/c art. 93 da Lei n. 8.078/90), segue-se que a eficácia do julgado se projetará, naturalmente, ...até *onde se estenda* o interesse objetivado na ação, ou seja, no caso, por todo o território nacional. A se entender de outro modo – isto é, que a eficácia do julgado fica restrita “aos limites da competência territorial do órgão prolator” ter-se-ia que admitir que o produto, embora já definido judicialmente como *nocivo à saúde*, pudesse continuar a ser consumido em outro Estado, como se possível fosse estabelecer circunscrições geográficas e discriminações entre os brasileiros em matéria de relações de consumo, tema que o próprio legislador considera *de ordem pública* (art. 1º da Lei n. 8.078/90). Ou então, considere-se o que ocorreria numa decisão em processo coletivo versando interesse difuso, transita em julgado no Rio Grande do Sul, cominando a interdição do tabagismo nas viagens aéreas, onde se nota que o valor objetivado é a *saúde dos passageiros e tripulantes no transporte aéreo*: quando a aeronave transpusesse a fronteira com o Estado de Santa Catarina, ficaria liberada a restrição?!

Aliás, até mesmo em situações alheias à jurisdição coletiva, sempre que se decidam *temas unitários*, que não comportam fracionamentos ou limitações geográficas, também seria inócua a tentativa de circunscrever a eficácia do julgado aos limites territoriais do órgão julgador: o casal divorciado no Rio Grande do Sul, não pode retomar, alhures, outro estado civil (CPC, art. 472, segunda parte); o acusado que reincidiu em delito julgado num Estado da Federação não pode ser considerado réu primário em outro Estado;<sup>48</sup> o contrato rescindido judicialmente na Bahia, não pode convalidar-se ou *ressuscitar* no Amazonas. Se assim se expande a coisa julgada nas decisões sobre temas unitários, mesmo no plano da jurisdição singular, por maioria de razão se há de reconhecer essa potencialização no plano da jurisdição coletiva, onde os interesses são metaindividuais.

Nesse sentido deve ser mencionada a diligência mostrada pelo juiz federal

---

48. Idem, p. 165, nota n. 110, considerando o autor que tais hipóteses, tão evidentes de per se, chegam até “parecer caricatas”

Antônio Ivan Athie, de Vitória (ES) que, acolhendo ação civil pública movida pelo Ministério Público, contra a Caixa Econômica Federal, Banco Central e União Federal, em matéria de correção de índices do FGTS, fez constar, ao final da parte dispositiva do julgado, que fossem remetidas “cópias desta sentença aos Meritíssimos Juizes Federais desta Seção Judiciária, em razão do elevado número de ações tramitando em todas as Varas, tendo o mesmo objetivo da ora sentenciada” (proc. 95.0001119-0, 4ª Vara, DOE 4.7.1997, p. 24). Visível, aí, a preocupação com o desejável tratamento judicial isonômico de um tema que, no caso, revelava-se *unitário* em sua natureza e *nacional* em sua extensão.

Claro que a jurisdição coletiva não pode sempre atender todas as expectativas dos sujeitos concernentes aos interesses ali considerados, havendo casos em que o indivíduo, mesmo desconhecendo a existência da ação coletiva, exulta em saber que é um dos beneficiados pelo julgado coletivo (Waldemar Mariz de Oliveira Júnior relata uma *class action* em que o dono de um posto de gasolina, tendo vendido o produto a preço superior ao tabelado, veio a ser “compelido a fornecer gasolina, gratuitamente, a todos aqueles que o procurassem, até atingir a exata quantidade que vendera acima da tabela fixada”<sup>49</sup> Já em outros casos, os indivíduos ficam desagradavelmente surpresos quando a eficácia *erga omnes* do julgado coletivo, porventura *desfavorável*, os acaba atingindo *por ricochete*, como ora sucede dentre nós, em virtude da cassação de liminar que em ação coletiva suspendera a cobrança da CPMF em certo período.<sup>50</sup>

Presentemente, torna-se imperiosa uma *mudança de mentalidade* dos operadores do Direito, que devem ser subsidiados por correta informação técnica, para a necessária conscientização de que os conflitos de natureza coletiva, seja pelo largo espectro do objeto, seja porque empolgam um número expressivo – muitas vezes indeterminado - de sujeitos, não comportam redução aos hoje acanhados padrões do litisconsórcio, onde o que existe é uma *adição* e não uma síntese de interesses. Hoje mostra-se francamente intolerável a atomização do conflito coletivo, fracionado em inumeráveis demandas individuais múltiplas e repetitivas, ensejando julgamentos discrepantes ou mesmo contraditórios sobre um mesmo tema, o que a rigor configura uma sorte de inconstitucionalidade, se considerado que o princípio da igualdade de

---

49. “Tutela jurisdicional dos interesses coletivos”, in “A tutela dos interesses difusos”, coord. Ada Pellegrini Grinover, ed. M. Limonad, São Paulo, 1984, p. 23.

50. Cf. Jornal O Estado de São Paulo, 19.10.2000, p. A-3, seção “Forum dos Leitores”

todos perante a lei (CF, art. 5º, *caput*) estabelece uma *isonomia substancial*, e não apenas abstrata ou formal, que impende ser preservada também (ou principalmente!) quando essa norma venha interpretada e aplicada pelo Judiciário nos casos concretos.<sup>51</sup>

Essa preocupação com o tratamento judicial isonômico, em assuntos de natureza unitária, alcança, de modo superlativo, as relações entre a ação coletiva e as individuais ajuizadas paralelamente: é preciso *compatibilizar* as iniciativas judiciais dos sujeitos envolvidos, frente à *lógica do sistema*, de sorte a resguardar a *desejável coerência* entre as respostas judiciárias dadas em cada qual desses planos, como ressaltado ao longo do presente estudo. Nesse sentido, é ilustrativa a hipótese figurada por Hugo Nigro Mazzilli: “e se for julgado procedente o pedido feito em ação coletiva, com efeitos *erga omnes*, e, ao mesmo tempo, for julgado improcedente o pedido em ação individual com a mesma causa de pedir? Suponhamos que, na ação coletiva, a coisa julgada reconheça um direito para todos os servidores públicos; ao mesmo tempo, em ação individual, o servidor X viu formar-se coisa julgada a negar-lhe esse direito. Acreditamos que o lesado deve ser beneficiado pela coisa julgada coletiva. Não teria sentido que o mesmo demandado fosse obrigado a pagar um benefício a todos os seus funcionários, *menos a um único que o acionou individualmente*, sem êxito. Além de negação ao princípio isonômico, seria a existência de coisas julgadas contraditórias, uma, aliás, de maior abrangência que a outra”<sup>52</sup>

Em casos como esse, de flagrante discrepância entre as respostas judiciárias sobre um mesmo tema, impende *evitar o mal maior*, que seria o desbordamento da contradição entre coisas julgadas, do plano lógico para o plano prático. Como proposta de trabalho, pode-se pensar no transporte da coisa julgada mais benéfica, para aplicação aos casos porventura julgados de forma diversa, tendo em vista a insustentabilidade de que, num mesmo espaço-tempo, e num mesmo *ambiente judiciário*, uma coisa possa *ser e não ser*, (vg., uma coisa julgada *coletiva*, mandando ressarcir os danos à saúde causados pelo tabagismo, e outra, *individual*, negando tal ressarcimento): aplicar-se-ia, então, a parêmia *odiosa restringenda, benigna amplianda*. Ou então, considerando-se o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei - que deve abranger, por maioria de razão, a lei aplicada pelo Judiciário nos casos concretos - poderia pensar-se na hipótese de uma ação rescisória (CPC, art. 485, V),

---

51. Para um desenvolvimento dessa idéia, v. o nosso “Divergência jurisprudencial e Súmula vinculante”, cd. RT, São Paulo, 1999.

52. “A defesa dos interesses difusos em Juízo”, 11ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999, p. 288.

sendo para tanto necessária uma *releitura* da súmula n. 343 do STF, que nega tal remédio aos casos em que o texto de regência seja “de interpretação controvertida nos Tribunais” Numa visão atualizada e progressista desse enunciado, o STJ já afirmou: “A função unificadora da interpretação da legislação infraconstitucional deve preponderar acima de princípios formais aplicados à ação rescisória” (1ª Seção, Embs. Decl. na rescisória n.º 394-BA, rel. Min. José Delgado, j. 11.02.98, v.u., DJU 1.6.98, p. 23).<sup>53</sup> E na doutrina, aquela súmula veio revisitada, com bons argumentos, numa leitura adaptada às necessidades contemporâneas, por Tereza Arruda Alvim Wambier.<sup>54</sup>

Esperamos que o presente estudo possa, modestamente, contribuir para uma melhor compreensão das ações coletivas - entre si e na implicação com as demandas individuais - por modo que venha sempre priorizada a natureza *instrumental* do processo, possibilitando que dele se extraia a maior *efetividade*, de tudo resultando uma *resposta judiciária de qualidade*, ou seja: *justa, jurídica, econômica e tempestiva*.

São Paulo, novembro de 2000.

---

53. Cf. Theotônio Negrão, “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, 30ª ed., 1999, nota 21 ao art. 485 do CPC.

54. “Sobre a súmula n. 343”, rev. *Ajuris*, n. 70/113.





## AS MUDANÇAS DO PROCESSO CIVIL E SUAS DIRETRIZES ATUAIS

*Alysson Leandro Mascaro*

Doutorando em Filosofia do Direito na Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo.

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie

### Resumo:

As mudanças do processo civil na década de 1990 possuem características e razões que as situam num quadro maior de mudança social. Se por um lado há uma crescente maioria entre os juristas no sentido de apoio a tais reformas processuais, por outro lado há falhas graves não-observadas nestas mudanças, principalmente no tocante às garantias democráticas a um acesso social à Justiça.

### Abstract:

The changes of the civil process in the decade of 1990 possess features and reasons that point out them in a bigger picture of social change. If in a hand it has an increasing majority enters the jurists in the direction of support such procedural reforms, on the other hand it has not observed serious defects in these changes, mainly in the concerning to the democratic guarantees to a social access to Justice.

**Unitermos:** Ciência Processual brasileira; Processo Civil; reformas processuais; garantias democráticas.

Não nos enganemos imaginando viver num momento de culminâncias intelectuais de nossa Ciência Processual brasileira. A massiva formulação de novos institutos, de mudanças legislativas e de inovações processualísticas não lograram construir uma Ciência Processual nova nem tampouco fizeram por expurgar um passado formalista, classista e elitista de nosso processo. Este ciclo de mudanças pelo qual vem passando o Processo Civil brasileiro não é um fenômeno nem meramente academicista nem tampouco aleatório, gratuito ou descoordenado: há um norte bem claro nas propostas e nas alterações das leis processuais brasileiras, na visão nova que se vai

formando a respeito do Poder Judiciário e do papel dos juízes, e, no fundo, há uma linha mestra, bem clara, a respeito do que se espera do Direito numa sociedade como a brasileira.

Em geral as reflexões sobre as reformas processuais brasileiras partem de constatações meramente formais: expõem-se os institutos dos diversos códigos processuais que foram vigentes no País – desde as Ordenações, passando pelos antigos códigos estaduais, os de processo de 1939, 1973 e mostrando como as reformas atuais oferecem novidade em face de um entulho processual histórico que, em muitos casos, vêm do Portugal medieval.

No entanto, esta reflexão a respeito das mudanças do processo brasileiro é falha. Sua maior carência reside no fato de que o processo civil, em quinhentos anos de história de Brasil oficial, quase nunca foi algo vivido ou saído da experiência do povo brasileiro, de suas necessidades, demandas ou buscas de Justiça, mas sim foi uma soma de institutos importados, segundo necessidades estrangeiras e lógicas diversas, para uma realidade nacional cujos pressupostos, no mais das vezes, eram totalmente diferentes dos estrangeiros. Assim, foi-se criando, na realidade brasileira, uma conjunção de interesses exploratórios e predadores, econômicos, políticos e sociais, com uma legitimação em estruturas institucionais jurídicas e processuais aparentemente legítimas, porque validadas por construções com forma processual e jurídica. O problema brasileiro com o Direito, no entanto, sempre foi outro.

Quando fazemos a pressuposição de que o Direito brasileiro sempre foi uma estrutura técnica e formal a serviço somente dos seus conteúdos legais, esquecemos do fundamental: na maior parte da história do Brasil, as leis e o Direito foram meros referenciais, inaplicados e ineficazes, vinculados aos poderes econômicos, políticos e sociais existentes. Durante muito tempo nunca houve instituição judiciária nem tampouco regra processual, por exemplo, que tenha feito a disciplina e o controle do coronelismo, da corrupção generalizada do País, da truculência do poder econômico e da violência física pelos rincões de nossas terras, de tal modo que as Ordenações do Reino e outras instituições judiciais em face de casos em que os grandes poderes estavam em jogo, sempre foram reduzidas a mera fantasia judiciária.

Ocorre, no entanto, que nos tempos modernos, numa sociedade cada vez mais de massas, cujo único controle do povo e dos interesses se faz por meio da burocracia – já que resta impossível controlar pelo dinheiro ou pela violência todas as demandas e os conflitos que passam pelo Poder Judiciário – a forma de controle social muda, e muda também o interesse no Direito Processual. Durante muitos séculos, a

forma do Direito Processual muito pouco importou, porque muito pequena era sua efetividade e sua força disciplinadora. Os poderes, quaisquer que fossem, passavam por cima de qualquer instituição. No século presente, no entanto, e na sua última metade, em específico, a forma de controle e opressão passou a ser, antes que fora da legalidade, realizada de dentro dela. Por isso, o processo civil toma uma importância institucional antes não havida, e também por isso a sua necessidade constante de adaptação a cada nova mudança das demandas econômicas, políticas e sociais.

Em épocas de Ditadura, o processo civil tinha a lógica da segurança. Quanto mais tempo demorasse o feito, quanto mais controle do fluxo do processo, assim mais condições de controle social havia para o Direito. Por conta disso, o Código, de 1973, feito pelo ministro dos militares, professor Alfredo Buzaid, não via dificuldades na demora do processo nem no acúmulo de oportunidades recursais para a apreciação dos vários graus do Poder Judiciário, porque isto, no fundo, representava um controle contínuo das meras decisões. A grande preocupação do Código, de 1973, bem como dos anteriores, nunca foi com a Justiça processual, mas sim com a *segurança*. Neste patamar é que se assentam os interesses com o processo civil em grande parte do século XX no Brasil.

Na década de 80, com a redemocratização brasileira e o fortalecimento – ainda que incipiente em muitas vezes – dos grupos sociais organizados, o processo civil com o único objetivo de controle social torna-se anacrônico, cumulando-se a isto a sua incapacidade de resposta às demandas econômicas, cada vez mais intensas por parte dos grupos econômicos. A pressão organizada de determinados setores, e o refluxo natural de décadas de Ditadura militar, produziram no Processo Civil brasileiro uma contínua politização dos conflitos, tornando os objetivos processuais muito mais políticos, coletivos e sociais que propriamente voltados à segurança processual. Pode-se dizer, mesmo, que a falta de preocupação atual com o controle rígido das etapas processuais teve sua batalha vencida na década de 80, não agora.

As ações de caráter coletivo – Ação Civil Pública, Ação Popular –, os códigos de direitos sociais – Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente –, são todos institutos exemplares desta lógica integradora do processo civil, não mais preocupada apenas com a segurança processual.

No entanto, o influxo democratizador da década de 80 sofre um revés institucional dramático na década de 90. Se já a preocupação com a mera segurança processual estava vencida – e, vale dizer, foi nesta etapa que se venceu a disputa contra a idéia de um processo civil arcaico, meramente formal, instalado no conflito atomizado

entre autor e réu –, a década de 90 representou para o processo civil a dilaceração das salvaguardas institucionais, somada à desconstrução da lógica politizadora do conflito jurídico. Enquanto a preocupação processual na década de 80 era com a “molecularização” dos conflitos, rompendo a sua história de “atomização” anterior, a preocupação atual do processo civil é em relação à *rapidez* processual. O processo *efetivo*, muito mais do que o processo *justo*, é o elemento de importância para as reformas processuais da década de 90.

O discurso da efetividade processual esteve longamente em gestação. Já se o vê explicitamente no desenvolvimento do conjunto da obra de Mauro Cappelletti, que pretende harmonizar o processo numa sociedade cada vez mais rápida, necessitada de novos paradigmas jurídicos e judiciários, em que o desenvolvimento econômico é muito mais estruturado em torno da eficiência que propriamente da segurança. A resposta de Cappelletti às necessidades processuais é uma resposta global, para uma sociedade globalizada. Por isso investiga, na sociedade norte-americana, institutos processuais que irão ser aplicados na Itália e tomados como receituário para os problemas institucionais de países como o Brasil. Por conta disso, toda a especificidade e os dilemas da sociedade brasileira são olvidados em face das respostas novidadeiras que necessitam de uma globalização, porque os interessados maiores nestas respostas são sim globalizados – os interessados na dinâmica econômica da sociedade.

Pode-se dizer com folga, as reformas apregoadas por Cappelletti, e assentadas no Brasil na década de 90, vêm responder aos ditames de setores que pretendem um processo efetivo e igual internacionalmente, ao contrário de demandas específicas por Justiça nacional. Os únicos setores com atuação global e necessitados de resposta processual em tal sentido são os setores econômicos, já que as demandas nacionais brasileiras, de libertação da opressão, da ilegalidade, contra a debilidade institucional do Poder Judiciário, contra sua corrupção e contra sua má formação, apenas técnica e desligada dos problemas sociais, todas estas preocupações não entram no quadro das demandas empresariais transnacionais contemporâneas.

Some-se a isso o fato de que, no caso específico brasileiro, uma década de avanço institucional processual – a década de 80 – começou a representar um significativo quadro teórico e às vezes prático de conquistas sociais. A proliferação dos Procons, grupos de defesa do consumidor, do menor, do meio ambiente, do saneamento básico, ações contra prefeitos, governadores, maior poder ao Ministério Público, tudo isto representa um patamar em geral causador de atritos com uma lógica econômica de lucros máximos. A conservadorização do Poder Judiciário na década de

90 – acabando-se, por exemplo, com movimentos como o do Direito Alternativo – é um sinal indicativo claro de que *as reformas processuais*, ao contrário do que acontecia na década de 80, quando se deu no campo do Poder Legislativo, por meio de leis que poderiam cada vez mais ser aprofundadas, *passaram a ser, na década de 90, concentradas no próprio Poder Judiciário*, já mais conservadorizado, aumentando o poder dos juízes e, com isso, esvaziando as eventuais conquistas legislativas socializantes com a aposta no conservadorismo judiciário. A bandeira do poder aos juízes, em última análise, na década de 90, quer dizer só num certo sentido rapidez processual, porque em seu fundo está a idéia de *freio* às conquistas sociais que possam surgir legislativamente.

Os juízes para a democracia ou alternativos, subindo aos tribunais, tornando-se mais velhos e cada vez menos arrojados, já não representam mais medo do que qualquer conquista legislativa, cuja capacidade democrática é hipoteticamente maior – uma vez originária do voto popular – do que o Poder Judiciário, principalmente o dos tribunais, controlados corporativamente, e cuja seleção nunca é popular, mas sempre política, abrindo espaço para o crivo ideológico. O fortalecimento processual do Supremo Tribunal Federal, controlado diretamente pelo Governo, é um exemplo de domínio por meio de transformações processuais. Não é outra a fundamental preocupação que orienta a renitente idéia da Súmula Vinculante.

Podem ser visualizados três paradigmas distintos do Processo Civil brasileiro nos últimos tempos: o do processo civil como *controle* ou *segurança*, cujo exemplo maior é o Código Buzaid, na década de 70, o processo civil como *coletivização dos conflitos*, na década de 80, e o processo civil como *efetividade* ou *rapidez*, com concentração nas mãos dos juízes, na década de 90.

Se verificarmos cada uma das reformas processuais em voga na década de 90, veremos a tendência, sempre explícita, à concentração de poderes nas mãos dos juízes, à rapidez processual, o que representa o corte das possibilidades recursais e das garantias dos que se utilizam do Poder Judiciário, além de uma tendência sempre presente à despolitização e à desestatização da Justiça. Três exemplos são significativos deste paradigma contemporâneo do processo civil: os Juizados Especiais, a Lei de Arbitragem e as Reformas Recursais. Neles debrucemo-nos um pouco mais em especial.

Nas últimas décadas, em especial nesta, vem-se ouvindo o discurso de que o autor e o réu, no processo, são *consumidores* de Justiça. Excetuando-se os bem-intencionados que tencionam prestar serviços judiciários com a qualidade de empresa que se pauta, segundo os direitos do consumidor e não com a lógica de uma auto-

suficiência estatal, é reveladora tal idéia de processo e de suas partes. A *cidadania*, palavra de ordem nas elaborações de metas para a democratização do processo e da reorganização da capacidade de demanda dos grupos conflitivos, é deixada de lado em face de um elemento meramente econômico, empresarial, como se o Poder Judiciário, ao contrário de arena de afirmação dos direitos e da dignidade humana, se restringisse à mera condição de prestador de serviços judiciários. Tal lógica, e a idéia de que o Poder Judiciário não pode se contrapor às demandas econômicas nacionais – as abomináveis idéias de que a demora do Poder Judiciário causa um aumento do Custo-Brasil –, fazem com que o processo civil não tenha o escopo de garantir direitos, mas sim o mero acesso à Justiça.

Quando se diz que se quer o acesso à ordem jurídica justa, isto no fundo parece se confundir com a própria idéia de acesso ao Poder Judiciário, já que teoricamente ele faria sinônimo com Justiça em sociedades ditas democráticas. Vale dizer, o objetivo contemporâneo das reformas processuais, muito menos que com a Justiça, é com o *mero acesso*, reduzindo o Poder Judiciário a mero prestador de serviços jurídicos, atrelando a este serviço a expectativa de eficiência, como uma espécie de *fast-food* de respostas judiciais. Por conta disso é tão-natural à Ciência Processual contemporânea a desvinculação entre Direito concreto ou substancial e Direito processual ou adjetivo. O escopo do processo é tão-somente o acesso à ordem jurídica, não às garantias últimas de Direito subjetivo que estão na base originária que dá razão de ser ao processo.

As reformas dos recursos são exemplares da importância que se dá apenas ao caráter da rapidez processual. A readequação do instituto do agravo demonstra tal expectativa em dificultar o prolongamento da demanda judicial. A ação monitória, a presunção de veracidade do título como base para a decisão do juiz, chega quase que à beira da idéia de que se precisa condenar para depois ouvir partes, numa inversão do ônus da prova que vem se demonstrando, nos últimos anos, instrumento hábil – a ação monitória – para as instituições bancárias e seus interesses. Esta busca de rapidez, ainda, leva à necessidade de busca de respostas judiciais cada vez mais céleres – descortinando daí a tutela antecipada, disputando espaço nos institutos jurídicos processuais com a medida cautelar, tendo que se desdobrar a doutrina para dar estatutos próprios a cada qual delas.

Num outro caso a questão da efetividade e da rapidez processual se exacerba: os Juizados Especiais. A Lei n. 9.099/95, saída da previsão do art. 98 da Constituição Federal, de 1988, em grande parte deturpou o sentido originário da previsão

constitucional. Se o constituinte previa uma nova forma de resolução dos conflitos, mais participativa e popular, a Lei n. 9.099 previu, na verdade, uma possibilidade de desafogo das demandas judiciais, criando Justiça rápida para conflitos de baixo valor. A estrutura toda dos Juizados Especiais é exemplar desta característica: não há grande preocupação com o Direito recursal das partes, já que se extingue a possibilidade de apreciação da sentença pelos Tribunais.

A oralidade, princípio que marca a rapidez processual, é tipicamente usada nos Juizados Especiais por conta de uma diferença que o processo civil começa a tornar banal, que é o da qualidade econômica da causa. Com a aceitação do princípio da diferença econômica das causas quer-se dizer que o Direito pode aceitar regras rápidas e despreocupadas para causas de baixo valor econômico, enquanto resguarda as instituições, os operadores jurídicos e os custos do Poder Judiciário para causas de maior valor econômico.

Ao invés da diferença de tipos de ação, os Juizados Especiais incorporam uma diferença substancial antes desta: a relevância econômica da demanda. Tal diferenciação começa a criar, na mentalidade jurídica nacional, a idéia de justiças diferentes para partes diferentes, ricas com mais acesso à Justiça, pobres tentadas à rapidez, mesmo que esta represente menor qualidade da resposta judicial, já que nem a figura do juiz preside todos os procedimentos do processo nos Juizados Especiais.

Cabe ainda a reflexão, esta explícita na sua intencionalidade, de um terceiro instituto vindo no bojo das reformas processuais da década de 90, a Lei de Arbitragem. Este instituto, previsto na Lei n. 9.307/96, dita Lei Marco Maciel, é justificado pela incapacidade do Poder Judiciário e do aparelho estatal em responder eficientemente às demandas econômicas da atualidade. O instituto da arbitragem, historicamente previsto no Direito brasileiro, foi reabilitado de seu esquecimento – os doutrinadores sempre expuseram seu temor em face do instituto, que não-permitia apreciação judicial posterior do conflito –, e ao mesmo tempo foi louvado em suas qualidades, a de rapidez e a de diferenciação da lógica legalista que preside o Poder Judiciário e suas decisões. Vale dizer, um instituto apropriado às necessidades satisfativas econômicas, que não vêm nas leis regras acordantes com seus interesses. Em especial as últimas décadas vêm instituindo conjuntos de regras e responsabilidades custosos para o desenvolvimento econômico de lucro total, e a desconstituição das garantias sociais e dos direitos em geral suscita polêmicas se trabalhada dentro do Poder Legislativo, de tal modo que a Arbitragem, em seu trabalho específico de cada caso, faz com melhor resultado, e sem polêmica organizada, aquilo que, no que tange às leis,

causaria exposição pública desvantajosa. Quebrar as legislações sociais é um . extremamente oneroso; julgar conflitos sem lei, como no caso da Lei de Arbitragem, parece ser a flexibilização ideal sem custos políticos.

A tentativa de privatização do espaço público tem, na Lei de Arbitragem, um dos seus mais acabados exemplos. A participação da cidadania passa a se excluir dos interesses que movimentam as alterações das reformas processuais brasileiras contemporâneas. A efetividade, a rapidez, e mesmo a liberdade das amarras do sistema legalista, são todas metas as mais apropriadas possíveis para um sistema de resolução dos conflitos do agrado dos poderes econômicos e da sua inabilidade e desinteresse em operar na esfera do espaço público nacional, privatizando as demandas e, muitas vezes, levando-as a organismos de arbitragem internacionais.

Legalidade, eficiência e Justiça: as demandas contemporâneas do processo e do Direito.

A grande batalha do Processo Civil brasileiro está ainda a ser vencida, em quinhentos anos de história oficial: até os dias de hoje, instituições judiciárias e processo formal representaram em grande parte ficções justificadoras das opressões, tendo em vista que se conjugaram sempre com as mais nefastas formas de domínio econômico, político, social, com as formas mais primitivas de coronelismo e feudalismo até com as últimas e recentes utilizações do Poder Judiciário pelas redes de corrupção, pelo narcotráfico e outras estruturas ilegais ou extralegais.

O grande problema processual brasileiro – como de resto de todos os países explorados e que até os dias de hoje não tomaram em suas mãos o controle estatal sobre os poderes antigos ou novos de subjugação – é o fato de que instituição e previsão processual são instrumentos verificados e utilizados não contra a ilegalidade, mas em proveito dela na medida em que as instituições são, às vezes, facilmente manipuláveis.

As modernas contribuições da filosofia e da ciência política, no século XX, vêm nos ensinar que a dificuldade jurídica básica, em países como o Brasil, reside no fato da existência de um sistema legal que se aplica apenas ou-só formalmente ou então apenas contra as causas que não envolvem risco aos grandes poderes político-econômicos, já que as instituições do sistema estatal-jurídico são criadas e vivenciam em simbiose com os poderes tradicionais, muitos extralegais, juntos dos poderes econômicos e até mafiosos atuais, corrompidos e corruptores. O Processo Civil brasileiro, num Estado que perde força, necessita, antes de tudo, de reforço na sua



institucionalização. Urge ainda, em quinhentos anos de Brasil oficial, a vitória total de um Estado de Direito.

Ao lado desta preocupação fundamental, numa sociedade contemporânea cada vez mais integrada fora dos limites do Estado e da nação e cada vez mais dependente da temporalidade e da rapidez da resposta judicial às demandas, a efetividade se soma como elemento de grande importância à reflexão acerca do processo. Tal efetividade, é certo, exige grande dose de reestruturação dos próprios poderes judiciários, uma vez que a sua carência física e operativa reflete na demora da prestação jurisdicional. A efetividade maior, que é a possibilidade de acesso do Poder Judiciário ao povo, esta se faz somente com uma nova visão do processo e do Direito, visão esta coletiva, popular, que entenda as especificidades e as necessidades de um povo oprimido e que saiba trabalhar no sentido da correção das injustiças reais que se conservam no processo, uma vez que este conserva uma igualdade formal que não corresponde à desigualdade real.

A rapidez processual, por certo, é elemento fundamental da sociedade contemporânea nas suas relações econômicas e sociais; no entanto, não pode ser discurso gratuito, sob risco de se tornar autoritarismo respaldado em leis. As nações totalitárias em geral, no século XX, têm demonstrado apreço por efetividade processual no sentido de rapidez, sendo instrumento primeiro para tal objetivo o estrangulamento das possibilidades recursais e das garantias do cidadão, e a alta concentração do poder processual nas mãos dos operadores estatais. O processo nazista era deveras rápido. Processo rápido nunca foi sinônimo de processo justo.

Se o institucionalismo processual é fraco num fraco Estado de Direito como o brasileiro da atualidade, e se a efetividade, dados os seus limites nas garantias fundamentais, soma-se ao projeto de transformação das instituições processuais, certamente a grande renovação do pensamento processual reside no problema da Justiça no processo. Repensar a relação jurídica processual não mais segundo uma visão primária e tradicionalista entre partes individualizadas e sempre iguais formalmente, autor e réu, mas pensar uma sociedade com conflitos ideológicos e sociais de complexidade extrema, é transformar as expectativas em relação ao processo, ao mesmo tempo em que restará imprestável a lógica institucional e formal que rege o processo dos dias atuais. As novas formas de relação jurídica, que possam dar conta de uma complexidade dos conflitos e dos interesses, numa sociedade que vive em opressão coletiva e não-só individual, exige nova racionalidade jurídica, nova compreensão do papel do jurista e do operador do Direito, e no fundo novos sonhos de Justiça.

Realimentar estes sonhos de Justiça faz parte da gestação de um processo mais justo, que é reflexo necessário, por sua vez, de um Direito preocupado não mais como só em sua tecnicidade, mas com os caminhos e os objetivos do justo.<sup>1</sup>

São Paulo, janeiro de 2001.

1. Conferência na 41ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil, em 17 de abril de 2000,

# **DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO**



## UM NOVO PARADIGMA DOS CONTRATOS?

*Eros Roberto Grau*

Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo\*

### Resumo:

Uma análise do instituto dos contratos como, por exemplo, os celebrados com consumidores e que todavia não pode ser concebido como novidade no campo das relações contratuais. O autor não procura reconstruir a teoria geral do contrato, mas, sim, reconstruir teorias que expliquem uma realidade social inteiramente renovada. E é a consciência desse fato que deve ser o pressuposto da interpretação contratual.

### Abstract:

One analyzes of the institute of contracts as, for example, the celebrated ones with consumer and that however it cannot be conceived as new development in the field of the contractual relations. The author does not look for to reconstruct the general theory of contracts, but yes, to reconstruct theories that explain a social reality entirely renewed. And is the conscience of this fact that must be the estimated one of the contractual interpretation.

**Unitermos:** teoria geral dos contratos; relações contratuais; interpretação contratual.

Neste início de século, quando tratamos da teoria geral dos contratos, ressentimo-nos da falta de pontos de partida seguros, de premissas básicas e claras para a compreensão desse “instituto”. Isso sempre acontece, é bem verdade, nas searas onde, há muitos séculos, a doutrina vem sedimentando extratos, um sobre o outro, para a construção da chamada “base teórica” Cada uma dessas camadas representa uma

---

\* Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Montpellier I, França, no período de 1995 a 1998.

evolução e, na grande maioria das vezes, há uma profunda resistência em admitir que a anterior está superada. Na passagem dos extratos, é natural abandonar os pontos de partida daqueles que nos antecederam.

Mais difícil é aceitar que o novo e o antigo se mesclam e, no resultado geral, as fronteiras de um extrato são fluidas, impossibilitando a confortável ilusão da segurança jurídica.

Grande parte dos desencontros doutrinários sobre o moderno contrato deriva do esquecimento de uma premissa básica que o intérprete (autêntico ou-não) deveria, necessariamente, ter em mente: todo contrato *instrumenta a jurisdicização de uma ou mais relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam*. O vínculo Contratual (vínculo jurídico) instala uma situação de *certeza e segurança jurídicas* para as partes. Vale dizer: cada parte tem a aparente *certeza e a segurança* que dele deflui, de que, na hipótese de descumprimento do contrato, poderá recorrer a meios jurídicos adequados à obtenção de reparação por esse descumprimento, ou mesmo a execução coativa da avença.<sup>1</sup> Inegável que essa premissa básica contamina todos os contratos, sejam administrativos, empresariais, trabalhistas ou com consumidores.

Ademais, há de se admitir que ninguém contrata pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, como já se disse. Da mesma forma, as partes somente contratam se acreditarem que a vinculação lhes será afinal vantajosa, como os economistas especializados em organização industrial têm nos mostrado.

Tenho que essa situação de certeza e de segurança é um dos motores principais que leva as partes a buscarem o vínculo Contratual e, principalmente, *o ordenamento jurídico a tutelá-lo*.<sup>2</sup>

A conclusão que surge, então, é inexorável: se o Direito presta-se a organizar, administrar e harmonizar conflitos, a jurisdicização dos contratos viabiliza

---

1. Não posso deixar de notar que, infelizmente, nossa Jurisprudência, às vezes, se esmera em fazer ruir esse pressuposto de certeza e segurança, intervindo em contratos privados entre agentes econômicos que nada têm de hipossuficientes. A autonomia da vontade, que deveria ser a regra, é indevidamente substituída pelo entendimento que o julgador passa a ter do negócio. Passa o Judiciário, então, a ignorar o pressuposto básico da racionalidade dos agentes econômicos, arvorando-se a condição de protetor daqueles que tinham plenas condições de contratar e se obrigar em igualdade de condições.

2. Por óbvio, como veremos adiante, um contrato celebrado entre duas sociedades de grande porte em muito difere daquele celebrado entre fornecedor e consumidor. No primeiro caso, as partes, quando firmam o instrumento Contratual, buscam conscientemente a vinculação. No segundo, na maioria dos casos, o consumidor quer, apenas, comprar e o fornecedor vender - é o ordenamento que atribui ao ato (fato) da compra conseqüências jurídicas, tutelando o vínculo que se faz estabelecer. Em ambas as hipóteses, todavia, o sistema funciona para garantir o comércio, a segurança no tráfico.

a funcionalidade do Direito, porque traduz *segurança e previsibilidade*, porque possibilita a *fluência das relações de mercado*.

É corrente a afirmação de que houve alteração nos *paradigmas* tradicionais do contrato, o que atribui, a quem o afirme, certificado de cultura: desde o início dos anos 80, está *na moda* a alusão a *paradigma*. E a essa primeira afirmação segue a da necessidade de construção de um *novo paradigma* de contrato. No final dos anos 90, mais do que nunca, essa premência é anunciada com bulha nas academias, pois o *e-commerce* exigiria urgentemente um novo paradigma de contrato.

O observador atento, contudo, diante dessa sentença, *auctoritas* ditada - a falsa *auctoritas*, fundada no uso de uma linguagem que tanto mais impressiona quanto mais hermética - indagará de qual *contrato* se cuida.

Pois é certo que o *contrato* não é um instituto único, porém um feixe de institutos jurídicos (os *contratos*), assim como a *propriedade*, também, é um feixe de *propriedades*.

O *paradigma* dos contratos praticados sob as normas da "*lex mercatoria*" não é, por certo, o mesmo *paradigma* dos contratos, cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais. O regime jurídico do contrato de trabalho é, de há muito, inteiramente distinto daquele(s) aplicável(eis) à circulação de outra(s) mercadoria(s) que não o trabalho. De sorte que, à toda evidência, o caráter *protetivo* que marcaria os contratos celebrados com consumidores, em especial aqueles, cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais, não pode ser concebido como uma novidade no campo das relações contratuais.

A questão da necessidade do novo paradigma toma mais corpo, quando se faz referência aos contratos celebrados com consumidores, mediante a imposição de condições gerais. Mas, quais princípios importa ponderarmos quando tratamos dessas avenças? Por que justamente aqui se afirma tão insistentemente a necessidade da construção de um *novo paradigma* de contrato?

A resposta a essas questões requer atenção: devemos ficar bem alertas ao fato de que atualmente não estamos, apenas, procurando reconstruir a teoria geral do contrato, mas sim reconstruir teorias que expliquem uma realidade social inteiramente renovada. A consciência desse fato deve ser o pressuposto da interpretação Contratual.

Nesse quadro, encontro justificativas para afirmar que certos adeptos da *critical contract law*, norte-americana, incorporam uma visão ingênua da realidade, limitando-se, em verdade, a produzir *crítica da doutrina jurídica* e a cogitar de *princípios da doutrina* - e não do Direito.

O discurso a respeito da crise do contrato e da necessidade de um novo paradigma é desenrolado a partir da análise da *teoria clássica do contrato*.

Esse discurso, no entanto, em todas as suas versões, mas especialmente naquela produzida pelos norte-americanos, em sua origem desde quando se passa a falar na *morte* do contrato<sup>3</sup> (Gilmore) é, na verdade, um discurso a favor da *vida* do contrato, na medida em que propõe a superação daquela teoria. O mesmo se pode dizer em relação à *queda da liberdade Contratual*, clamando por uma nova teoria dos contratos, como já queria Atiyah no final dos anos 70.<sup>4</sup> Em todas essas exposições, mostra-se justamente o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico na medida em que se transforma: declínio do dogma da vontade das partes, de um lado, ascensão dos “*contratos fato*”, como veremos adiante. Mas, sempre e acima de tudo, avenças (= vínculos jurídicos) que proporcionam a fluência das relações de mercado.

À “*morte do contrato*” corresponde o fim da *teoria clássica*, que, na dicção de Guido Alpa,<sup>5</sup> cede ante a necessidade da análise dos interesses concretos que o acordo entre as partes expressa, análise conduzida não segundo o *método formal*, mas mediante o exame dos *interesses substanciais* - ao que corresponde a *objetivação* e *despersonalização* do contrato.

Alpa<sup>6</sup> desenha dois modelos de aproximação do contrato:

a. um nele enfatiza o *ato de autonomia privada*, o *negócio reservado às partes*, no qual as intervenções externas (do juiz ou do legislador) devem ser consideradas *atos de exceção* e limitadas na sua abrangência; esta é a concepção do Direito Contratual fundada na *santidade do contrato* (“*sacertà del contratto*”; “*sanctity of contract*”);

b. no outro visualiza o contrato, “*fato*” *das partes*, como ato exposto a todas as intervenções externas consentidas pelo ordenamento, “*fato*” que, portanto, pode ser “*criado*” pelo Poder Judiciário e pode ser esculpido de modo variado pelo

3. Vide Grant Gilmore. *La morte del contratto*, trad. de Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano, Giuffrè Milano, Itália, 1988.

4. *The rise and fall of freedom of contract*, de P.S. Atiyah, Oxford, Clarendon Press, 1979.

5. Ensaio introdutório à tradução italiana do *The Death of Contract*, de Gilmore (*La morte del contratto*, trad. de Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano, Giuffrè, Milano, 1988, p. XII).

6. Ob. cit., p. XV.



legislador; esta é a = “*versão moderna*” do Direito Contratual, que decretou a “*morte*” do contrato, o retorno ao “*status*” a superação da “*privatezza*” do negócio.

A teoria clássica do contrato, observa Lawrence Friedman,<sup>7</sup> é cega em relação aos detalhes da *fattispecie* e da pessoa; não pergunta quem compra e quem vende e que coisa é comprada ou vendida; o *Direito dos Contratos* é uma abstração, importando em uma voluntária renúncia ao particular, em um deliberado abandono da tentação de restringir-se a livre autonomia individual ou o mercado livre em nome de qualquer política pública.

A concepção do contrato como “*encontro de vontades*”, cuja disciplina está fundada na *liberdade das partes* pressupõe a limitação da atuação do Poder Judiciário em relação a ele; o Judiciário não pode intervir para questionar o conteúdo do contrato, devendo se limitar a confrontar o comportamento das partes com o que a lei prescreve; em outras palavras: não pode fazer o contrato pelas partes.<sup>8</sup>

Assim, vê-se para logo que a *teoria clássica do contrato* e o ideal do *livre mercado* andam entrelaçados, de mãos dadas. A teoria econômica do *laissez faire*, anota Gilmore<sup>9</sup> se reduz a algo assim: *se todos nós fizermos exatamente aquilo que nos agrada, tudo certamente se resolverá pelo melhor*. E prossegue: *a isso parece corresponder, na prática, a teoria do contrato, quando a responsabilidade é reduzida ao mínimo e inexistem sanções pelo inadimplemento do contrato; aqui, então, o “cada um por si e Deus por todos”*<sup>10</sup>

Mas, na medida em que o ordenamento jurídico atribui maior força vinculante ao contrato, porque impõe sanções para o seu descumprimento e passa a intervir para tutelar a parte pretensamente mais fraca, faz com que o contrato continue a desempenhar, exatamente, a mesma função que sempre lhe foi reservada. A *objetivação* e a *despersonalização* do contrato, como veremos adiante, embora signifiquem mudanças, em nada alteram sua essência e o papel que desempenha no sistema.

Os reflexos que decorrem da aproximação que Guido Alpa atrela à “*versão moderna*” do Direito Contratual, seja no plano dogmático, seja no que tange a efeitos produzidos sobre o plano prático, são evidentes.

---

7. *Apud* Gilmore, ob. cit., p.8.

8. Cf. ALPA, ob. cit., pp. XXI/XXII.

9. Ob. cit., p. 85.

10. *Idem*, p.86

Permito-me, a esse respeito, deter-me na consideração de três aspectos que, segundo me parece, desnudam inteiramente o sentido e significado do que a doutrina tem referido como *objetivação e despersonalização* do contrato.

O primeiro deles diz com a expansão do âmbito da *responsabilidade*, que, na teoria clássica do contrato, era estreitamente limitada. A consagração da *responsabilidade objetiva*, até a *responsabilidade do produtor pelo fato do produto*, associada à aplicação do *princípio da vedação do enriquecimento sem causa* - inclusive nas chamadas *promessas* de contrato - abala os pilares de sustentação da teoria.

O segundo aspecto que me permito ferir respeita à necessidade de sujeitarmos a rigorosa análise a noção de *Direito subjetivo*, que não se reduz à *facultas agendi*.

O *Direito subjetivo*, reafirme-se, é a *permissão jurídica* para o uso da *facultas agendi*. *Permissão*, do uso de faculdades humanas (faculdades que estão no homem, não no Direito), concedida por *normas jurídicas*.<sup>11</sup> O *Direito subjetivo*, insisto, não é *faculdade*, mas *permissão* para o seu exercício. Assim, ser titular de um *Direito subjetivo* é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar, ou a não-praticar, um ato - isto é, a transformar em ato a potência. A transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada, somente pode ser exercida dentro dos limites da autorização.

Compreendê-lo parece-me indispensável ao discernimento de que, tanto no que respeita à propriedade, quanto no que concerne ao contrato, o *Direito* pode introduzir inúmeros requisitos para o exercício de certa faculdade (= elementos integrantes da autorização). Assim deve ser encarada a imposição de obrigações, deveres e ônus a serem suportados pelo titular do *Direito subjetivo* para que lhe seja autorizado o exercício desse mesmo *Direito* (o que, v.g., explica a imposição do *dever de informar*; art. 6º III e parágrafo único do art. 8º do Código de Defesa do Consumidor).

Por isso, o *Direito subjetivo* não é, *definidamente*, um atributo da vontade do indivíduo, *senhor dele*. Ignorar esse fato é ver como novo algo que, na realidade, há muito nos circunda.

O terceiro aspecto diz com o discernimento de que a interpretação do *Direito* envolve a *criação da norma* pelo *intérprete autêntico*, no sentido dessa expressão atribuída por Kelsen.<sup>12</sup>

---

11. Gofredo da Silva Telles Júnior. *O direito quântico*, 5ª edição, Max Limonad, São Paulo, 1980, pp.395-398.

12. Hans Kelsen. *Teoria pura do direito*, trad. de João Baptista Machado, 4ª edição, Arménio Amado Editor, Coimbra, 1979, pp 469 e ss.

Interpretar é, além de *compreender, reformular ou reexpressar o objeto da interpretação, sob forma nova*. A *interpretação*, assim, consubstancia um processo intelectual, através do qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos atos normativos, alcançamos a determinação do seu *conteúdo normativo*. Aí o caráter *alográfico* da interpretação do Direito.

O *texto, preceito, enunciado normativo* é *alográfico*, na medida em que não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “*completude*” do texto somente é realizada quando o *sentido por ele expressado* é produzido, como *nova forma de expressão*, pelo intérprete. Mas o “*sentido expressado pelo texto*” já é algo novo, distinto do *texto*: é a *norma*. Isso significa que o *texto* normativo, visando a solução de conflitos ou *litígios* (isto é, uma decisão *normativamente fundada* para problemas práticos, em razão do que consubstancia *dever-ser*, reclama um *intérprete “primeiro intérprete”* que *compreenda e reproduza*, não para que um *segundo intérprete* apenas possa *compreender*, mas a fim de que um determinado conflito (*litígio*) seja decidido. Por esse motivo, a interpretação do Direito opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular: isto é, opera a sua *inserção na vida*.

A interpretação, pois, é um processo intelectual mediante o qual, partindo de *fórmulas lingüísticas* contidas nos *textos, enunciados, preceitos, disposições*, alcançamos a determinação de um *conteúdo normativo*. O intérprete desvencilha a *norma* do seu invólucro (*o texto*); neste sentido, o intérprete “*produz a norma*”. Assim, atividade que se presta a transformar *disposições (textos, enunciados)* em *normas*, a *interpretação* é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual o intérprete desvenda as *normas* contidas nas *disposições*.

Isso quer dizer que o *significado* da norma é *produzido* pelo intérprete, mas não qualquer intérprete; apenas *produz* normas o “*intérprete autêntico*”

Aparecem de modo bem distinto, pois, o *texto* (a *disposição*) e a *norma*: a *interpretação* é meio de expressão dos *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual pesquisamos as *normas* contidas nas *disposições*. Logo, é atividade que se presta a transformar *disposições* em *normas*.

Isso, no entanto, não significa que o intérprete, literalmente, *crie* a norma; o intérprete a *expressa*; o produto da interpretação é a norma expressada como tal; mas ela (a *norma*) *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado*. A *norma* encontra-se, em estado de *potência*, involucrada no *enunciado (texto ou disposição)*; o intérprete a desnuda; isto é, desvencilha a *norma* de seu invólucro, fazendo-a brotar do *texto*, do *enunciado*. Por isso digo que o intérprete “*produz a norma*”

Na interpretação dos contratos clássicos, o *texto* não se encontra no *Direito posto* pelo Estado, porém no *Direito posto pelas partes*: o *texto* é o *contrato*. No segundo tipo de contrato referido por Alpa (contrato como “fato das partes”), o *texto* está sim no *Direito posto* pelo Estado e não naquele produzido pelos agentes econômicos. Eis uma profunda diferença a apartá-los.

Mas, tanto em um quanto em outro caso, as partes não exercitam livremente suas vontades. Fazem-no nos limites do *Direito posto*, mesmo porque, como vimos, o *Direito subjetivo* é a *permissão jurídica* para o uso da *facultas agendi*; ser titular de um Direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar, ou a não-praticar, um ato; repito: a transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada - e apenas aí o *Direito subjetivo* - somente pode ser exercida dentro dos limites da autorização.

O juiz, intérprete autêntico, não se limita a confrontar o comportamento das partes com o que o *Direito posto* pelo Estado prescreve. É ele, o juiz, quem *produz normas* veiculadas ou pelas disposições contratuais ou pelo texto legal. Por mais que isso revolte a doutrina, a segurança e a previsibilidade dos contratos passa, necessariamente, pela interpretação que as Cortes dão às avenças. O reconhecimento do crucial papel do Poder Judiciário talvez seja o início da superação de tantos entraves enfrentados pela ordem jurídica na promoção do comércio.

Após a consideração desses aspectos, devemos ferir o tema do estado atual do pensamento jurídico sobre os contratos, fazendo-o, como anunciado, criticamente.

Desde a segunda metade do século passado, o *Direito dos Contratos* é afetado por imposições da *ordem pública*: *poder de polícia*, a defesa dos *bons costumes*, imposições “protetivas” do Direito do Trabalho, a legislação antitruste, v.g. Essas intervenções prosseguem até a instalação do que se tem referido como a *normatividade do Welfare State*,<sup>13</sup> afetando, marcadamente, a disciplina dos contratos.

Os contratos passam a ser apresentados menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia definida pelo Estado contemporâneo.<sup>14</sup> A doutrina elabora a noção de *dirigismo Contratual*, emerge o instituto dos *contratos coativos*.

---

13. Vide *Elementos de Direito Econômico*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pp 15 e ss. e *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, da autoria deste autor, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, pp. 39 e ss.

14. René Savatier. *Du Droit Civil au Droit Public*, 2ª edição, LGDJ, Paris, 1950, p. 65.

Estranhamente, parte dos nossos juristas reage a essa evolução - o que é mais estranho ainda - alguns especialistas do Direito Público. Recusa a noção de *contrato coativo*, que toma como um *outro instituto*, distinto do instituto do *contrato*. Essa parcela da nossa doutrina assim procede porque (a.) continua concebendo a noção de contrato no plano exclusivamente metafísico, abstrato, dissociado da realidade (contrato = *encontro de vontades*), ao mesmo tempo em que (b.) pensa o Direito subjetivo como uma faculdade. No entanto, na realidade, estamos vivendo um momento *qualitativamente* distinto da teoria geral do contrato.

Uma das lições maiores no livro de Gilmore<sup>15</sup> encontra-se na citação de Corbin, para quem os juristas geralmente incidem nos erros de conceber o Direito como algo absoluto e eterno, de imaginar que as fórmulas doutrinárias possam ser usadas mecanicamente e de que sejam definições corretas e imutáveis; o professor, o advogado e o juiz, afirma, precisam libertar-se da *ilusão da certeza*. Ou, como disse acima, aceitar a superação e o amálgama dos extratos da evolução jurídica.

Na década dos 80, no entanto, a consagração pelo *Direito posto* pelo Estado de preceitos voltados à proteção dos consumidores e do meio ambiente, opera no sentido de - excuso-me pelo galicismo - *bouleversar* a teoria do contrato.

*Ambientalistas e consumeristas*, no entusiasmo às vezes ingênuo que os nutre, de um lado ignoram que tanto o Direito *do Consumidor* quanto o Direito *Ambiental* visam a preservar o próprio sistema jurídico vigente, não havendo, na realidade, qualquer ponto de ruptura da *teoria clássica do contrato*. Não estamos diante de uma alavanca de transformação do mundo, como querem alguns.

É bem verdade que a *desestruturação* pela qual passa o chamado *Estado moderno* o transforma, mas ele ainda funciona como *ente regulador*, apto a expedir textos normativos vinculantes para os agentes econômicos. Em que direção, no entanto, deve ir essa regulação?

*Consumeristas* reclamam a intervenção do Estado nos contratos. Mas, indaga-se também, qual intervenção? Intervenção a favor de quem? Intervenção contra o que? Intervenção contra quem?

Penso que as respostas que se possa conferir a essas indagações apontam no sentido de que não há um novo intervencionismo no quadro das atuações estatais sobre os contratos, cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais. Aqui, mais uma vez, o Estado atua provendo a *circulação mercantil* e a *fluência das relações*

---

15. Ob. cit., p.53.

de intercâmbio, de modo que dessa atuação não decorre qualquer *mudança qualitativa* a afetar o caráter do intervencionismo.

Por isso, podemos dizer que *é necessário modernizar a teoria clássica do contrato — agora no que tange a suas referências aos contratos, cujo conteúdo é uniformizado por meio de condições gerais — para que tudo permaneça funcionando regularmente na economia de mercado, a circulação mercantil fluindo regularmente e as relações de intercâmbio sendo praticadas regularmente.*

O Direito, neste tema, continua cumprindo o seu duplo papel: viabilizando, e justificando, as relações que fluem, segundo as regras da economia de mercado e instrumentando o exercício, pelo Estado, de políticas públicas voltadas justamente à preservação do mercado.

Ao Estado, no cumprimento da intervenção nos contratos, permanecem atribuídas as funções de atuar como terceiro regulador e como terceiro árbitro.<sup>16</sup>

Voltando ao âmbito da atuação estatal, resta indagarmos, pois, quais os princípios que devem informá-la e conformá-la, bem como identificar o objetivo final por ela visado.

No plano individual, dentro do quadro das relações contratuais, a proteção devotada pelo novo paradigma de contrato aos consumidores é, nitidamente, proteção da parte que detém menor força negocial. Não se nega, é evidente, que a massificação da produção e do consumo reclama o controle, pelo Estado, do poder normativo privado que entidades de classe ou setoriais exercem, produzindo *Direito posto “privado”*, impondo sua vontade a partes débeis, fragilizadas. Isso, contudo, não consubstancia nenhuma *mudança qualitativa*, distinta daquela que afetou a teoria geral do contrato, quando a impactou a *normatividade do Welfare State*.<sup>17</sup>

Os consumidores são protegidos não por *solidariedade*, como querem

16. A maior prova desse fato está na atual perplexidade mundial face ao fenômeno do *e-commerce*. Por um lado, deve-se proteger o consumidor. Mas - como primeiramente perceberam os americanos - a proteção não pode ser tal que iniba o desenvolvimento desse tipo de comércio. Onde os direitos colocarão a virtude do meio termo? Como será tratada a extraterritorialidade de tantos direitos nacionais? Essas são questões em aberto que a realidade ainda não nos autoriza a responder.

O mesmo raciocínio informa a atual discussão sobre a proteção dos direitos dos acionistas minoritários nas sociedades anônimas abertas. Ora, sua proteção tem o nítido e declarado escopo de atrair o capital para esse mercado e qualquer regra de proteção encontrará aqui seu limite.

17. Permito-me lembrar, neste passo, a legislação referente à limitação de juros e ao tabelamento de preços, bem assim a atinente ao inquilinato. Ademais, a respeito da concordata, não se perca de vista a fundamentação da conveniência de se manter atuantes no mercado o maior número possível de agentes econômicos.

alguns; vale dizer: a *proteção* de que gozam não é produto de sentimento de *solidariedade*, porém expressiva de uma *estratégia para a promoção da fluência do mercado*.

Por tudo isso, digo que não existe e não deve ser perseguido um “novo paradigma de contrato”. O contrato segue e sempre seguirá viabilizando a fluência das relações de mercado e, somente enquanto atender a essa função (e apenas nessa justa medida), a proteção do consumidor (ou do hipossuficiente) encontrará abrigo no sistema jurídico. Os limites são claros e inegáveis, embora possamos lastimá-los.

São Paulo, janeiro de 2001.





# A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SISTEMA FINANCEIRO: UM MODELO PARA O BRASIL<sup>1</sup>

*Jean Paul Cabral Veiga da Rocha<sup>2</sup>*

Doutorando pelo Departamento de Direito Econômico e  
Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

Após resenhar as disputas dogmáticas sobre o conflito de competência entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central (Bacen), o presente trabalho apresenta a proposta de um novo desenho institucional para o controle de atos de concentração de instituições financeiras, sugerindo que a discussão contemporânea sobre a criação de uma Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC) pode e deve ser aproveitada para a implementação de um modelo que reduza a tensão entre regulação financeira e defesa da concorrência.

## Abstract:

After a survey of the contradictory legal opinions concerning the tasks of the Brazilian competition agency (Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE) and the Brazilian central bank (Banco Central — Bacen), this paper

---

1. Sou muito grato à FAPESP, cujo apoio financeiro tem viabilizado a realização de projeto de pesquisa sobre regulação financeira e democracia, no âmbito do qual estas breves notas foram redigidas. Devo agradecer também a Otávio Yazbek, meu colega da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, pelos inestimáveis diálogos sobre a estrutura institucional dos sistemas financeiros, e aos colegas do Grupo de Pesquisa sobre Reforma do Estado e Democracia, do Projeto Temático (FAPESP/CEBRAP) “Direito e Democracia”, Paulo Mattos, Mariana Prado e Vinícius Carvalho. Foi graças ao gentil convite e ao estímulo do Prof. Ronaldo Porto Macedo Júnior que o nosso grupo de pesquisa, junto com ele, debruçou-se sobre o Anteprojeto de Lei que cria a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC) e sobre o Anteprojeto de Lei que altera o Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078/90, e a Lei n. 8.884/94, ambos sob consulta pública até 31 de janeiro último. As críticas e sugestões foram enviadas em nome do grupo para a Casa Civil da Presidência da República, e serão publicadas na Revista de Direito do Consumidor, no prelo. A última parte do presente trabalho reproduz a proposta de um dos itens do Relatório do Grupo, o referente ao controle dos atos de concentração de instituições financeiras. Entretanto, o presente trabalho foi escrito em caráter pessoal, sendo o autor o único responsável pelas idéias aqui expostas.

2. Ex-bolsista do Programa de Formação de Quadros Profissionais do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e membro do grupo de pesquisa “Reforma do Estado e Democracia” do CEBRAP

aims to propose a new institutional design for the control of mergers in financial services, by arguing that the Brazilian contemporary discussion about the reformulation of antitrust law should provide the opportunity for the implementation of a model that can reduce the tension between financial regulation and defense of competition.

**Unitermos:** Banco Central; CADE; concorrência; sistema financeiro; conflito de competência.

Sumário:

1. Imbróglio dogmático e insegurança jurídica: o conflito de competência entre CADE e Bacen;

2. As peculiaridades do mercado financeiro: regulação, inovação e concorrência;

3. Aproveitando a ANC: um modelo para o Brasil.

1. Imbróglio dogmático e insegurança jurídica: o conflito de competência entre CADE e Bacen

As estruturas institucionais do mercado financeiro têm sido desafiadas por três importantes tendências: a inovação financeira, o surgimento de conglomerados financeiros e a crescente dimensão internacional das operações financeiras.<sup>3</sup> Nessa perspectiva, às questões básicas sobre o papel da(s) autoridade monetária(s), o número adequado de agências reguladoras, o grau possível e desejável de coordenação entre essas agências, a distribuição e conflito de competências entre estas, o papel do Ministério Público e do Poder Judiciário, a autonomia e *accountability* da autoridade monetária e das agências, vem se somar o problema da delimitação de competências entre os órgãos reguladores do mercado financeiro e o órgão de defesa da concorrência<sup>4</sup>

---

3. Cf. Charles Goodhart et al, "The institutional structure of financial regulation", in GOODHART, Charles et al, *Financial regulation: why, how and where now?*, London/New York, Routledge, 1998, pp. 142-188.

4. Cf. Charles Goodhart et al, ob. cit., pp. 143-144.

A questão, como é sabido, não é exclusividade do setor financeiro. O debate geral sobre regulação sempre suscita o tema da harmonização entre as atuações da autoridade antitruste e de cada agência reguladora setorial. O tema mereceu a atenção da OCDE, por meio de sua Comissão de Política e Direito da Concorrência, produziu um interessante documento intitulado exatamente “Relação entre autoridades reguladoras e autoridades de defesa da concorrência”.<sup>5</sup>

Com base nos conceitos e esquemas classificatórios sugeridos pela OCDE, Oliveira e Pereira Neto,<sup>6</sup> com o objetivo de analisar o setor de telecomunicações do Brasil, apontaram cinco possíveis configurações institucionais para a divisão de trabalho entre as autoridades de defesa da concorrência e de regulação. Elas variam de acordo com o modo como três funções básicas são distribuídas entre as autoridades: *regulação técnica* (RT- estabelecimento de normas, padrões e metas), *regulação econômica* (RE- estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades), e *aplicação da lei de defesa da concorrência* (LC).

No primeiro modelo institucional possível (M1 *isenção antitruste*), todas as funções ficam com a agência reguladora. No segundo (M2 *competências concorrentes*), ambas as autoridades aplicam sanções antitruste e estabelecem regulação econômica. No terceiro (M3 - *competências complementares*), a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste, enquanto a agência reguladora fica com as regulações econômica e técnica. No quarto modelo (M4 - *regulação antitruste*), todas as funções ficam com a autoridade de defesa da concorrência. No quinto (M5 - *desregulamentação*), não há funções de regulação técnica nem econômica, mas tão somente a de aplicação da lei antitruste, que é exercida exclusivamente pela autoridade da concorrência. O quadro 1 *infra* sintetiza esta classificação.

Após argumentarem em defesa da superioridade do modelo das competências complementares, os autores investigam o aparente conflito de competência entre CADE e ANATEL, chegando então à conclusão de que é possível interpretar a Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.472/97) como instauradora de M3.

---

5. Organization For Economic Co-Operation and Development (OECD). Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. Committee on Competition Law and Policy (DAFFE/CLP), “Relationship between regulators and competition authorities”, 29.06.99, [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

6. Gesner de Oliveira e Caio Mário da Silva Pereira Neto, “Regulação e defesa da concorrência: bases conceituais e modelo institucional do setor de telecomunicações no Brasil”, *mimeo*, 1999.

Modelo/Autoridade	Autoridade Antitruste	Agência Reguladora
M1 – Isenção antitruste	—	LC RE RT
M2 – Competências concorrente	s RE + LC	RE + LC + RT
M3 – Competências complementares	LC	RE + RT
M4 – Regulação antitruste	LC + RE + RT	—
M5 – Desregulamentação	LC	—

Quadro 1: resumo dos modelos institucionais.

Adaptado de Gesner de Oliveira e Caio Mário da Silva Pereira Neto.

“Regulação e defesa da concorrência: bases conceituais e modelo institucional do setor de telecomunicações no Brasil” *mimeo*, 1999.

O esquema parece ser aplicável ao Banco Central, na medida em que ele, além de *autoridade monetária*, funciona também como agência reguladora do sistema financeiro<sup>7</sup> Caberia, portanto, investigar, a partir da interpretação sistemática das Leis ns. 4.595/64 e 8.884/94, qual o modelo vigente para as relações CADE/Bacen.

Neste ponto o debate complica-se, na medida em que as disputas dogmáticas não chegaram a uma solução, especialmente quanto ao controle das estruturas<sup>8</sup> O noticiário econômico divulgou uma recente decisão do CADE que aprovou a compra da Patagon.com pelo Banco Santander,<sup>9</sup> confirmando a tendência

7. Ao lado do Conselho Monetário Nacional, obviamente. Aliás, como é sabido, na estrutura dual da cúpula da regulação financeira em nosso País, as funções normativas encontram-se nas mãos do CMN, enquanto o Bacen atua muito mais como órgão que executa a política monetária. Entretanto, por previsão expressa da Lei n. 4.595/64, é ao Bacen que cabe autorizar as mudanças estruturais das instituições financeiras (art. 10º, X).

8. O controle das condutas, tanto na perspectiva da defesa da concorrência, quanto na do Direito do Consumidor (âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor), também é motivo de polêmica, mas não será abordado neste trabalho.

9. CADE busca atuar no mercado financeiro. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 21 fev. 2001, Caderno Legal & Jurisprudência, p. 1.

apontada em decisões anteriores,<sup>10</sup> no sentido de que o órgão assumiria definitivamente a competência para analisar e aprovar atos de concentração de instituições financeiras. A posição do CADE é polêmica e tem sido veementemente criticada pelo Bacen, que não aceita perder a competência privativa para tal controle.

De um lado, a favor do CADE, sustenta-se que o art. 54 da Lei n. 8.884/94 não cria exceções a sua competência geral para apreciar atos de concentração econômica. Não há nenhuma forma de isenção ou imunidade antitruste explícita, nem na lei, nem na Constituição. De outro lado, a favor do Bacen, são retomados cânones clássicos relativos ao conflito de normas no tempo para se chegar à conclusão de que a Lei n. 4.595/64 é lei específica referente ao sistema financeiro, incluindo a matéria da concorrência neste setor, o que afastaria a competência do CADE. Ainda a favor desta última conclusão, pesa o fato de ter sido a Lei n. 4.595 recepcionada como lei complementar, pois ainda não foi editada a Lei Regulamentadora do art. 192 da Constituição. A Lei n. 8.884, sendo lei ordinária, não poderia tratar de nenhum aspecto da matéria daquele artigo, qual seja, o sistema financeiro nacional. O argumento da superioridade hierárquica da Lei n. 4.595 enquanto lei complementar reforça todo o entendimento.<sup>11</sup>

O espinhoso tema da relação entre lei complementar e lei ordinária já se tornou clássico no Direito Público brasileiro. Nem Pontes de Miranda escapou da confusão lógica que permeia a questão. Como observou José Afonso da Silva, Pontes de Miranda, ao comentar o art. 22 da Emenda Parlamentarista, numa mesma obra,<sup>12</sup> depois de afirmar que as leis complementares eram leis ordinárias e que não eram leis constitucionais,<sup>13</sup> afirmou, algumas páginas depois, que elas seriam de direito constitucional.<sup>14</sup> Concluiu que as leis complementares não poderiam ser consideradas

---

10. Casos Daimler Chrysler/Consórcio Rodobenz e BNY/Banco Credibanco.

11. Ver BRASIL. Banco Central. Procuradoria-Geral, *Parecer 2000/00762*, de 18/10/2000, p. 9. A mesma linha de argumentação é seguida por Arnaldo Wald, "O Banco Central, a Defesa da Livre Concorrência e a Proteção do Consumidor nas Operações Financeiras", in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 10, p. 19.

12. *Comentários à Constituição de 1946*, t. VIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1960.

13. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, t. VIII, p. 180, *apud* José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4a. ed., São Paulo, Malheiros, 2000. pp. 241-242.

14. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, t. VIII, p. 184, *apud* José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 241-242.

leis ordinárias puras, mas sim leis intercalares, situadas entre as emendas à Constituição e as leis ordinárias.<sup>15</sup>

O debate ganhou grande repercussão na doutrina brasileira do Direito Tributário. O aprofundamento dogmático do tema – que não é o objetivo do presente trabalho – passa necessariamente pela rediscussão da clássica monografia de José Souto Maior Borges.<sup>16</sup> Crítico da tese da hierarquia, Souto Maior Borges, com seu inconfundível rigor lógico, sustentou ser a lei complementar resultante de um regime material e formal:

*“Quando a lei complementar extravasa do seu âmbito material de validade, para disciplinar matéria de competência de legislação ordinária da União, é substancialmente lei ordinária. Como não é o rótulo, o nomen juris que caracterizará o fenômeno, nem tampouco o simples quorum de aprovação, a lei ‘complementar’ será, em verdade, lei ordinária, podendo ser revogada – é claro – por outra lei ordinária editada pela União.”<sup>17</sup>*

A tese da inexistência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária foi defendida no voto do conselheiro Celso Campilongo, na análise do caso Santander/Patagon.com, já referido.<sup>18</sup> Em sua argumentação, o passo lógico seguinte para a afirmação da competência do CADE foi a recepção pela Constituição, de 1988, de parte da Lei n. 4.595/64 como lei complementar (trechos relativos à matéria do art. 192 da Constituição, qual seja, sistema financeiro nacional), e de outra parte, relativa à defesa da concorrência, como lei ordinária – parte esta já revogada pela Lei n. 8.884/94, lei ordinária.<sup>19</sup>

Este curioso fenômeno de recepção mista da Lei n. 4.595/64 (meia complementar, meia ordinária) já foi aceito pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 449-2-DF.<sup>20</sup> A decisão unânime considerou que as normas da Lei n. 4.595/64 relativas

15. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, t. VIII, p. 180, apud José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4a. ed., São Paulo, Malheiros, 2000. pp. 241-242.

16. *Lei Complementar Tributária*, São Paulo, RT/Educ, 1975. Ver também, do mesmo autor, “Lei complementar em Direito Constitucional Intertemporal (ICMS)”, in *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 5, fev. 1996, pp. 50-57

17. *Lei Complementar Tributária*, p. 27.

18. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração nº 08012.007435/00-02. Voto de vista do Conselheiro Celso Campilongo, 15/01/01, p. 2.

19. Idem, *ibidem*.

20. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 449-2 – Distrito Federal. Relator: Ministro Carlos Velloso. 29 de agosto de 1996. D.J. de 22/11/1996.

ao pessoal do Banco Central foram recebidas pela Constituição, de 1988, como normas ordinárias. O *leading case* representa um duro golpe nos defensores da tese da hierarquia.

Apesar do pronunciamento do STF, ainda persiste, por parte da doutrina, a sustentação da superioridade hierárquica da lei complementar. Hugo de Brito Machado, em breve, porém sugestivo artigo,<sup>21</sup> a partir do argumento de que é o elemento formal, e não o material, que determina a hierarquia entre as normas, sustenta que uma lei ordinária não pode revogar trechos de uma lei complementar que não tratam de matéria reservada, pela Constituição, à lei complementar. Defender o contrário, sustenta o autor, é promover a insegurança jurídica, uma vez que o campo das matérias atribuídas pela Constituição à lei complementar é impreciso.

É esta idéia de imprecisão do rol de matérias atribuídas que permite ao Banco Central, mediante sua Procuradoria Geral, alegar que o art. 192 da Constituição não traz um rol taxativo – o *caput* diz “inclusive” – da matéria que deve ser tratada por lei complementar. Como defesa da concorrência no mercado financeiro é matéria lógica e funcionalmente indissociável da regulação financeira, lei ordinária não poderia dela tratar.<sup>22</sup>

A posição de Hugo de Brito Machado é considerada nominalista por José Afonso da Silva. Segundo este autor, a banalização do conceito de lei complementar levaria, no limite, a uma situação absurda em que poderia haver exclusivamente leis complementares. A interpretação sistemática da Constituição elaborada por José Afonso da Silva leva à confirmação da tese de Souto Maior Borges.<sup>23</sup> Os dois terminam por defender, na verdade, uma posição intermediária, aceitando a relação hierárquica nos casos em que a lei complementar fundamenta a validade de outros atos normativos, mas não reconhecendo aquela relação, quando a lei complementar trata de uma situação concreta.<sup>24</sup>

Um posicionamento absolutamente contrário à existência de hierarquia é sustentado por Celso Bastos,<sup>25</sup> respaldado por decisão do Supremo Tribunal Federal

---

21. “Posição hierárquica da lei complementar”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 14, nov. 1996, p. 19-22.

22. BRASIL. Banco Central. Procuradoria-Geral, *Parecer 2000/00762*, dc 18/10/2000, pp. 9-10.

23. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 249-250.

24. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 247.

25. “A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias”, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 26, pp. 11-20. No mesmo sentido argumentam Michel Temer e Roque Antonio Carrazza, citados pelo autor.

que afirma situar-se a lei complementar “no plano da legislação ordinária, não assumindo hierarquia constitucional”<sup>26</sup> A parte mais interessante da argumentação de Bastos consiste em ressaltar que o critério da hierarquia para a solução do conflito de normas só deveria ser utilizado, quando existe um campo material comum.<sup>27</sup> É o que ocorre na relação entre lei e regulamento, em que os campos materiais deste último são demarcados pela lei.<sup>28</sup> Celso Bastos vai além, e sustenta ser vedado à lei complementar invadir o campo de atuação da lei ordinária.<sup>29</sup> A tese por ele defendida, acatada por parte da doutrina brasileira, é totalmente oposta àquela sustentada por Hugo de Brito Machado.

Como se vê, em termos estritamente jurídico-formais, a confusão é tão grande que chega a se refletir em alguns trabalhos doutrinários contemporâneos, como o de Jairo Saddi,<sup>30</sup> cuja ambigüidade leva o leitor a ter a impressão de que três interpretações distintas são defendidas ao mesmo tempo: (1) a competência deve ser exercida pelo CADE;<sup>31</sup> (2) ela pertence ao Bacen, pois este é especializado, e o CADE já estaria assoberbado com “suas próprias atividades”;<sup>32</sup> (3) as competências deveriam ser repartidas de acordo com a matéria, ficando o Bacen com o controle das estruturas de impacto na atividade monetária, e o CADE com aquelas relevantes para o mercado de consumo (p. ex.: cartões de crédito).<sup>33</sup>

Um caminho mais sofisticado busca na doutrina jurídica norte-americana do *pervasive power* a solução para o problema.<sup>34</sup> Sua conclusão sugere que o Bacen não possui a competência tão discutida, pois nunca a exerceu, não havendo, portanto,

26. Agravo regimental em Agravo de instrumento, Processo 90741, j. 22.03.1983. Votação unânime, resultado improvido. Relator Min. Néri da Silveira. *Apud* Celso Bastos, ob. cit., p. 14.

27. Celso Bastos, ob. cit., p. 16.

28. Celso Bastos, ob. cit., p. 18.

29. Celso Bastos, ob. cit., p. 19.

30. “Concentração no sistema financeiro nacional”, in *Revista de Direito Econômico*, n. 26, ag-dcz./1997, pp. 29-36. A ambigüidade não desaparece em outro texto do autor, “Aprovação pelo Banco Central de controle de instituição financeira”, in: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 5, pp. 86-99.

31. “Concentração no sistema financeiro nacional”, p. 34.

32. “Concentração no sistema financeiro nacional”, p. 36.

33. “Concentração no sistema financeiro nacional”, p. 34.

34. Calixto Salomão Filho *Análise jurídica do poder econômico nos mercados: uma perspectiva estrutural*, Tese de Livre Docência, Faculdade de Direito da USP, 1996, pp. 152-160. Do mesmo autor, ver também “Condutas anticoncorrenciais no setor bancário”, in *RDM 114*, pp. 51-62, c *Regulação da*



imunidade antitruste para os atos de concentração de instituições financeiras. Essa tese esbarra, porém, na objeção à importação automática da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana para o nosso sistema jurídico.

Um recente parecer da Advocacia Geral da União aparentemente encerrou a discussão.<sup>35</sup> Abraçando a argumentação da Procuradoria Geral do Bacen, o consultor da República Luiz Alberto da Silva foi taxativo:

*"[...] à luz da legislação vigente, a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE"*<sup>36</sup>

Logo em seguida, não deixou de mandar o seu "recado" aos críticos da tese pró-Bacen:

*"Esse é o modelo que foi adotado pela legislação vigente. Caso se entenda que esse não é o melhor modelo, a adoção de outro dependerá de modificação dos dispositivos da Lei n. 4.595/64 aqui analisados, o que somente poderá ser feito mediante lei complementar"*<sup>37</sup>

O que mais impressiona no Parecer é a inabalável convicção de seu autor. Parágrafos antes da conclusão ele já não titubeava:

*"Reduzida a controvérsia a suas devidas proporções, como definido no anterior item 48 [o objeto específico da consulta, que é a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do Sistema Financeiro*

---

*Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 46-50 e 133. Esta última obra, recentemente editada, consiste num original esforço de criação de uma teoria jurídica geral da regulação econômica e da concorrência, a partir de uma perspectiva *institucional*, no âmbito da qual a doutrina do *pervasive power* é retomada para compatibilizar os objetivos regulatórios de higiene e segurança setorial com a concorrência. Como já ressaltado, não é objetivo do presente trabalho aprofundar a análise doutrinária deste e dos demais autores citados, mas simplesmente registrar a querela, para demonstrar, com sua amplitude e diversidade, a necessidade de mudar a legislação o mais rápido possível, com vistas à eliminação da insegurança jurídica.

35. Parecer AGU/LA-01/2001, de 07 de fevereiro de 2001, elaborado pelo Consultor da União Luiz Alberto da Silva, adotado pelo Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes (Parecer GM-020, de 05 de abril de 2001).

36. Parecer AGU/LA-01/2001, item V, § 96.

37. Parecer AGU/LA-01/2001, item V, § 97.

Nacional], parece evidente que correto é o entendimento da Procuradoria-Geral do Banco Central”<sup>38</sup> (grifei).

O que parece ser um dos mais complexos e delicados problemas envolvendo conflito de competência no direito brasileiro encontrou, nas sóbrias linhas do Consultor, uma solução “evidente” Seu parecer foi adotado pela Advocacia Geral da União e aprovado pelo presidente da República. Dessa forma, passou a vincular a Administração Federal, nos termos da Lei Orgânica da Advocacia Geral da União.<sup>39</sup>

A intervenção da AGU, órgão que deve prestar “*consultoria e assessoramento jurídicos ao presidente da República*”<sup>40</sup> suscita uma outra polêmica. Se o presidente, mediante a aprovação de parecer da AGU, pode restringir a competência do CADE e das agências reguladoras, a autonomia destes órgãos é posta em xeque. Afinal de contas, o Advogado Geral da União, “o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo”, é “submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do presidente da República.”<sup>41</sup> Não é este o lugar para desenvolver este tema, mas, à primeira vista, esta competência da AGU e da Presidência é um mecanismo de diminuição dos poderes daqueles órgãos. Dentre as atribuições do Advogado Geral da União, encontram-se as seguintes: (a) fixar, em caráter vinculante, a interpretação da Constituição e das leis para os órgãos e entidades da Administração Federal;<sup>42</sup> (b) unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.<sup>43</sup> É difícil vislumbrar a compatibilidade dessas competências com a autonomia do CADE e da defesa da concorrência. Nada impede que o tema seja levado ao Judiciário pelos interessados. Talvez, então, num

---

38. Parecer AGU/LA-01/2001, item IV, § 50.

39. Lei complementar n. 73/93: “art. 40. Os pareceres do Advogado Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência.”

40. LC 73/93, art. 1º, § único.

41. LC 73/93, art. 3º, § 1º.

42. LC 73/93, art. 4º, X.

43. LC 73/93, art. 4º, XI.

órgão não vinculado ao Executivo, as complexas questões aqui sumariamente apontadas sejam, todas elas, levadas em consideração.

De qualquer forma, é difícil imaginar qual seria o posicionamento do Judiciário. A enorme perplexidade criada por tamanho desencontro de opiniões tem uma causa mais profunda. Ao contrário do que sugere uma visão formalista do tema, boa parte da ambigüidade jurídica e dos conflitos de competência entre a autoridade antitruste e o Banco Central não deriva *somente* de leis mal formuladas, mas também de tensões inerentes à regulação financeira.

## 2. As peculiaridades do mercado financeiro: regulação, inovação e concorrência

As tensões existentes entre regulação financeira e defesa da concorrência são claramente expostas por Cristina Penido de Freitas<sup>44</sup>. A autora, pesquisadora da Fundap, escreveu uma tese de doutoramento sobre o tema da concorrência bancária numa perspectiva alternativa à do *mainstream*. Neste ponto, ele revela sua filiação a uma certa corrente teórica, alternativa à neoclássica, que tem se dedicado ao tema da concorrência no Brasil, representada principalmente por Mario Luiz Possas. Suas principais influências são Marx, Schumpeter e Keynes. Rejeita a visão convencional, estática, que vê a concorrência como estrutura de mercado em oposição ao monopólio. Em relação à noção neoclássica de concorrência perfeita contrapõe a visão da concorrência como um processo dinâmico. Passo, neste ponto, a um resumo da exposição de Cristina Freitas.

Na concepção que adota, a concorrência é o resultado da auto-expansão do capital, a busca da diferenciação como forma de obter vantagens, ainda que temporárias, de natureza monopolista. Muda-se, assim, radicalmente, o enfoque: não é a igualdade dos concorrentes, mas sim a sua diferenciação que passa a ser o principal mecanismo estratégico das empresas na concorrência capitalista. As famosas *falhas de mercado* passam a ser encaradas como características essenciais, e não patológicas, do próprio processo competitivo.

No caso do sistema bancário, este processo de diferenciação via inovação financeira é mais intenso, pois não existem patentes para produtos financeiros. Dessa forma, o ciclo inovação – imitação – inovação é mais rápido do que nos outros setores da economia. Do ponto de vista microeconômico, a inovação surge da busca de vantagens de caráter monopolista. Do ponto de vista macroeconômico, a inovação

---

44. "A natureza particular da concorrência bancária e seus efeitos sobre a estabilidade financeira", in *Economia e Sociedade*, n. 8, jun. 1997, pp. 51-83.

propicia o aumento do nível de endividamento da economia, ajustando a oferta de financiamento à demanda.

Este processo gera, entretanto, duas graves consequências: diminui a capacidade do Banco Central de influenciar a criação de moeda e aumenta o risco sistêmico, já que o refinanciamento de dívidas passadas cria estruturas patrimoniais instáveis ao longo do ciclo econômico. A posição privilegiada que os bancos ocupam no sistema econômico – criadores de moeda e intermediários financeiros – faz com que haja uma tensão intrínseca entre os objetivos de concorrência e de estabilidade do sistema financeiro. Quanto mais concorrência, mais ocorre inovação, mais se burla a regulação prudencial, e maior é a tendência à concessão excessiva de crédito e à especulação financeira.

A análise de Cristina Freitas sobre a concorrência no mercado financeiro, aqui rapidamente resumida, parece autorizar a conclusão de que, se a autoridade monetária tende a ver a manipulação do nível de concorrência como instrumento para calibrar a segurança do sistema bancário e do sistema de pagamentos, e se, por seu turno, a autoridade antitruste tende a ver na concorrência um valor superior, o desafio de um modelo institucional para a relação Banco Central/autoridade antitruste é diminuir ao máximo esta tensão, já que é impossível eliminá-la. Neste sentido, percebe-se como as discussões jurídicas dogmáticas, vez por outra travadas no Brasil, pecam por sua abordagem estritamente formal de tensões que estão no âmago do próprio sistema capitalista.

A situação atípica do recente processo de reestruturação bancária no Brasil levou o então presidente do CADE, Gesner de Oliveira, a defender (em nome pessoal, e não do órgão) uma isenção antitruste *ad hoc*:

*“A nossa lei fala em motivos preponderantes da economia nacional. O que ocorreu em termos de reestruturação do setor bancário desde 1988, 1989 até agora, é uma situação absolutamente atípica. Parece-me que essa reestruturação e essas operações que ocorreram mereceriam uma isenção antitruste. Quer dizer, mereceriam ser aprovadas sem o exame convencional, mas de maneira clara pelas autoridades, de forma a dar segurança, para que daqui a cinco anos ninguém venha dizer que esta lei não foi cumprida, que o Cade teria de analisar e não fez isso. Repito, teria de ser uma coisa muito clara. O que aconteceu, dadas as competências, dada a situação: aprovamos as operações, ou em bloco ou de outra forma. Enfim, teríamos de ver a melhor forma jurídica para se fazer isso. Seria o que passou, passou”*<sup>45</sup>

---

45. Gesner de Oliveira, “A evolução do sistema bancário e a necessidade de harmonização da atuação dos organismos reguladores”, palestra reproduzida in ASBACE/CADE/MJ, *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Brasília, s/d, p. 31.

Portanto, no caso brasileiro, além das tensões inerentes ao processo concorrencial capitalista geral, ainda há o complicador da reestruturação bancária, principalmente em sua fase posterior à implantação do Plano Real.

### 3. Aproveitando a ANC: um modelo para o Brasil

Diante de tamanha confusão, o Anteprojeto de Lei que cria a ANC deveria aproveitar a oportunidade de resolver, com clareza, o atual conflito de competência entre o órgão responsável pela regulação prudencial (Banco Central) e o órgão antitruste (CADE), no que se refere ao exame de atos de concentração (Lei n. 4.595/64, art. 10º, X, *versus* Lei n. 8.884/94, art. 54). Como já discutido, a existência de interpretações jurídicas díspares, a falta de entendimento formal e informal entre Bacen e CADE, e a falta de uma decisão judicial<sup>46</sup> sobre aquele conflito de normas levam a uma insuportável insegurança jurídica.

Na prática, a atuação do CADE no exame de atos de concentração de instituições financeiras tem sido mínima. Mesmo após o parecer da Advocacia Geral da União, não está clara, nem para o mercado, nem para os operadores do direito, a delimitação de competências. Portanto, o desenho institucional do controle de atos de concentração neste setor deve levar em conta as seguintes questões: (a) a reestruturação bancária dos últimos anos fez com que a preocupação com a estabilidade sistêmica prevalecesse sobre a preocupação com a concorrência; (b) esse processo de reestruturação, extremamente delicado, desenrolou-se sob o comando do Governo Federal e do Banco Central (não-autônomo), por envolver o interesse público (estabilidade do sistema bancário e do sistema de pagamentos), caracterizando-se, portanto, como situação excepcional; (c) atualmente em fase mais avançada, a reestruturação já comporta uma atuação mais incisiva do órgão antitruste autônomo, mais preocupado com o valor da concorrência do que com os aspectos prudenciais; (d) a este factível cenário de transição deve corresponder um arranjo institucional maleável, que concilie as exigências da regulação prudencial, da defesa da concorrência e do consumidor e da defesa do interesse nacional; (e) não podem pairar dúvidas sobre a legalidade das fusões e aquisições já consumadas, mas que não foram submetidas ao CADE.

Diante do exposto, propõe-se que sejam acrescentados ao texto do Anteprojeto e da proposta de alteração da Lei n. 8.884/94 dispositivos que estabeleçam

---

46. Deve-se ressaltar que a última revisão deste artigo foi feita em 20 de junho de 2001.

a seguinte sistemática de *exame prévio* de atos de concentração de instituições financeiras:

(1) o ato de concentração deverá primeiramente ser submetido ao órgão de regulação prudencial (seja ele o Banco Central ou qualquer outro que venha a substituí-lo no exercício dessa função específica, nos termos da lei que regulamentará o art. 192 da Constituição Federal), que o examinará estritamente quanto aos aspectos prudenciais;

(2) se o órgão de regulação prudencial não aprovar a operação, o exame prévio será encerrado com esta decisão denegatória, que será soberana;

(3) entretanto, se o ato for aprovado, ele deverá obrigatoriamente ser submetido à ANC, nos termos de sua lei específica;

(4) se a ANC aprovar o ato, com ou sem restrições, o exame prévio é encerrado, e a decisão da ANC é soberana;

(5) se a ANC não aprovar o ato, as instituições financeiras envolvidas poderão, no prazo de 15 dias, interpor recurso perante o ministro da Fazenda;

(6) após o recebimento dos autos, o ministro terá o prazo de 30 dias para decidir pela confirmação ou pela reforma da decisão;

(7) se decidir pela aprovação, o ministro deverá obrigatoriamente determinar restrições de caráter estrutural que diminuam o impacto negativo sobre a concorrência;

(8) concomitantemente, em defesa do interesse público, o ministro poderá condicionar a aprovação do ato à aceitação, pelas instituições financeiras envolvidas, de cláusulas de preservação de empregos e direitos dos trabalhadores, de abertura ou manutenção de agências bancárias em determinadas regiões etc.;

(9) o desrespeito a qualquer um dos dois prazos referidos implicará a confirmação tácita da decisão da ANC;

(10) a decisão do ministro é discricionária, não cabendo, portanto, recurso, nem ao presidente da República nem ao Poder Judiciário, a não ser que tenham ocorrido vícios formais, como, por exemplo, desrespeito aos prazos legais, ou se o ministro for omissivo quanto à determinação de restrições de caráter estrutural (item 7, *supra*);

(11) para preservação da segurança jurídica, disposições transitórias deverão expressamente declarar a eficácia jurídica de todos os atos de concentração que, sob o regime jurídico anterior, foram aprovados pelo Banco Central, mas consumaram-se sem se submeterem ao CADE.

Como se percebe, este esboço de proposta criaria um regime especial para os atos de concentração envolvendo instituições financeiras. É melhor que o regime atual, cercado de indefinições, e que vem sendo controlado, na prática, pelo Banco Central. Além disso, segue as diretrizes da OCDE, que defende a submissão desses atos ao órgão antitruste. É um modelo, por assim dizer, de equilíbrio, que realoca poderes entre o órgão regulador prudencial, a autoridade antitruste e de defesa do consumidor, e o Governo Federal, propiciando um balanceamento entre os valores da defesa da concorrência e do consumidor, da estabilidade do sistema financeiro, do interesse público e do interesse nacional.

Esse tipo de arranjo institucional, que permite, em nome daquele balanceamento, uma intervenção decisiva do ministro da área econômica, é adotado, com variações, na Austrália, no Canadá, na Alemanha, na Suíça e no Reino Unido.<sup>47</sup>

São Paulo, junho de 2001.

---

47. Ver o Relatório da OCDE, intitulado *Mergers in Financial Services*, de setembro de 2000, elaborado pelo seu *Committee on Competition Law and Policy*, disponível no site [www.oecd.org](http://www.oecd.org). Sobre o Canadá, ver também a publicação *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, que traz conferências e debates do evento com o mesmo nome realizado em março de 1999, em Brasília, pelo CADE e pela ASBACE – Associação Brasileira de Bancos Estaduais e Regionais

## Bibliografia

BASTOS, Celso. “A inexistência de hierarquia entre a lei complementar e as leis ordinárias”. In: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 26, pp. 11-20.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Parecer AGU/LA-01/2001*, 07/02/2001.

BRASIL. Banco Central. Procuradoria-Geral. *Parecer 2000/00762*, 18/10/2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ato de Concentração n. 08012.007435/00-02. Voto de vista do conselheiro Celso Campilongo, 15/01/01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 449-2 – Distrito Federal. Relator: ministro Carlos Velloso. 29/08/1996. D.J. de 22/11/1996.

CADE busca atuar no mercado financeiro. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 21 fev. 2001, Caderno “Legal & Jurisprudência” p. 1.

COUTINHO, Paulo. “Regulação prudencial e concorrência no setor bancário” In: ASBACE/CADE/MJ, *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Brasília, s/d, pp. 205-232.

FREITAS, Cristina Penido de. “A natureza particular da concorrência bancária e seus efeitos sobre a estabilidade financeira” In: *Economia e Sociedade*, n. 8, jun. 1997, pp. 51-83.

HORTA, Rafael Alves. “A concentração bancária no Brasil” In: ASBACE/CADE/MJ, *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Brasília, s/d, pp. 233-254.

MACHADO, Hugo de Brito. “Posição hierárquica da lei complementar” In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 14, nov. 1996, pp. 19-22.

OLIVEIRA, Gesner; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. “Regulação e defesa da concorrência: bases conceituais e modelo institucional do setor de telecomunicações no Brasil” *mimeo*, 1999.

OLIVEIRA, Gesner. “A evolução do sistema bancário e a necessidade de harmonização da atuação dos organismos reguladores” palestra reproduzida in: ASBACE/CADE/MJ, *Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, Brasília, s/d, pp. 20-32.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs.



Committee on Competition Law and Policy (DAFFE/CLP). “Relationship between regulators and competition authorities”, 29.06.99, [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

\_\_\_\_\_ “Enhancing the role of competition in the regulation of banks” 11.09.1998, [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

\_\_\_\_\_ “Mergers in financial services”, 20.09.2000, [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

SADDI, Jairo. “Concentração no sistema financeiro nacional” In: *Revista de Direito Econômico*, n. 26, ag.-dez./1997, pp. 29-36.

\_\_\_\_\_ “Aprovação pelo Banco Central de controle de instituição financeira” In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 5, pp. 86-99.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Análise jurídica do poder econômico nos mercados: uma perspectiva estrutural*, tese de livre docência, Faculdade de Direito da USP, 1996.

\_\_\_\_\_ “Condutas anticoncorrenciais no setor bancário” In: *RDM 114*, pp. 51-62.

\_\_\_\_\_ . *Regulação da Atividade Econômica – princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

SOUTO MAIOR BORGES, José. *Lei Complementar Tributária*, São Paulo, RT/Educ, 1975.

\_\_\_\_\_ “Lei complementar em Direito Constitucional Intertemporal (ICMS)” In: *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 5, fev. 1996, pp. 50-57.

SOUZA, Marcos Martins de. “Organização das instituições financeiras e o CADE” In: *Revista de Direito Econômico*, n. 24, jul.-dez./1996, pp. 73-77.

WALD, Arnoldo. “O Banco Central, a Defesa da Livre Concorrência e a Proteção do Consumidor nas Operações Financeiras” In: *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 10, p. 19.



# **DIREITO INTERNACIONAL**



# ASPECTOS DA CONTRATAÇÃO INTERNACIONAL

*Irineu Strenger*

Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

Este artigo coloca, em relevo, aspectos relevantes dos contratos internacionais do comércio, acentuando seu autor que, não-obstante as divergências da doutrina, se encontram fórmulas tónicamente conclusivas de cooperação, colocando-se, nessa trilha inovadora, relações negociais entre Estado e particulares, confirmadas na figura inquestionável do Estado-comerciante, admitida em todos os sistemas de Direito contemporâneo.

## Abstract:

The present work brings a highlight to relevant aspects of international trade contracts, while the author gives special focus to the fact that, notwithstanding the doctrine's different approaches, technically conclusive formulae of cooperation are in use. In this new light one can find the trading relations between the merchant State and private companies or parties, largely accepted within contemporary Law systems.

**Unitermos:** contrato internacional de comércio; noção do contrato internacional.

## I. Peculiaridades do Contrato Internacional do Comércio

Em nossos dias, o comércio internacional é fato incontestável, e nenhum praticante dessa atividade pode dispensar-se de examinar, em profundidade, as exigências profissionais dessa área negocial.

A abrangência do comércio internacional, nos tempos atuais, é de tal envergadura, que suplanta, inclusive, as tradicionais divergências ideológicas entre o Leste e o Oeste, criando novas modalidades de convivência, e, a despeito das diversificações das sistemáticas jurídicas, são encontradas fórmulas tecnicamente conciliáveis de cooperação.

Colocam-se, ainda, nessa mesma trilha inovadora, as relações negociais entre o Estado e os particulares, hoje confirmadas na figura do Estado comerciante, e indeclinavelmente institucionalizado.

O Direito do Comércio Internacional, ou a nova *lex mercatoria*, traduz realidade composta de dados e elementos peculiares, evidenciantes de estruturas distintas daquelas que sustentam os Direitos Comerciais Internos, cujo papel se circunscreve ao âmbito territorial, sem que suas projeções possam significar mais do que a garantia da ordem pública.

Além disso, a intensificação das soluções arbitrais optadas leva à geração de jurisdições especializadas, que têm, largamente, transposto os limites dos Judiciários estatais, para com estes ficarem ligadas, apenas no que tange a eventuais legitimações dos decisórios arbitrais, à busca da titularidade, com eficácia executória.

O comércio internacional tem, irrefutavelmente, características próprias e não prescinde dos usos e costumes, que são suas principais formas de expressão, colocadas no plano do Direito. E o seu principal instrumento de ação exercita-se e efetiva-se nos contratos internacionais que, dia-a-dia, aumentam seu repertório textual, criando fórmulas possibilitantes de dar fundamento, garantia, segurança e certeza aos negócios, sempre necessitados de sustentação jurídica.

À diferença dos contratos tradicionais, os internacionais identificam-se com as exigências nascidas do caráter setorizante e profissionalizante dos negociantes transnacionais, cujas relações exigem soluções complexas, geralmente traduzidas em técnicas próprias, e correlatas às peculiaridades do comércio envolvido.

Tarefa das mais árduas será a procura dos conceitos no plano do comércio internacional, pela incipiência de suas formas de expressão.

O comércio internacional, identificado com a *lex mercatoria*, explica-se como trajetória cheia de percalços, pela alta fecundidade de seus agentes reveladores, os quais põem, inevitavelmente, em constante interação, os fatores da prática e da teoria.

Tentar conceituações abrangentes, em relação aos contratos do comércio internacional, seria lançar-se em densa floresta, na qual as picadas continuam sendo abertas, sem que o ponto de chegada tenha sido determinado.

Entretanto, não se pode deixar de esboçar as diversas situações que conduzem ao processo de formação dos contratos, e sua conclusão, para permitir aos iniciantes e estudiosos dessa nascente disciplina jurídica, visão orientada de seus principais problemas.

Deste modo, a conceituação dos contratos internacionais do comércio parte dos pressupostos fáticos, encaminhando-se, na medida do possível, para a sintetização, tecnicamente assimilada, de seus principais elementos.

Essa sintetização, por vezes, é extravasante de sua própria significação lógica, porque não existe, ainda, a possibilidade de reunir, topicamente, todas as circunstâncias que envolvem a problemática dos contratos internacionais do comércio.

O que não se tem mais dúvida, porém, é de que os contratos internacionais do comércio, cada vez mais, isolam-se das figurações doutrinárias clássicas, e válidas, segundo as tradições dos Direitos nacionais, cuja universalização se expressa em meras identidades, mas que não servem para satisfazer as exigências peculiares do comércio internacional.

Concebida a matéria contratual, pelo prisma do Direito nacional, pode-se fixar a impressão de que, metodologicamente, a distinção entre os denominados contratos internos e contratos internacionais depende unicamente de fatores geográficos ou espaciais.

Muitos autores, de tendências chauvinistas, entendem que, meramente, um contrato é internacional, quando coloca na relação jurídica elementos nacionais ou estrangeiros, seja pela via das conexões domiciliares e suas ramificações, seja pela via da nacionalidade, quer da pessoa natural, como jurídica.

Entretanto, para aqueles que estão familiarizados com as atividades e operações do comércio internacional, essa visão, embora presentes algumas conotações válidas, não satisfaz tecnicamente a compreensão do problema.

Na verdade, o contrato internacional é consequência do intercâmbio entre Estados e pessoas, no sentido amplo, cujas características são diversificadoras dos mecanismos conhecidos e usualmente utilizados pelos comerciantes circunscritos em um único território, e os transterritoriais.

Esses aços doutrinários não significam, porém, que se queira, ou mesmo que se possa, trocar um extremo por outro. Não se reivindica a autonomia do Direito do Comércio Internacional, como se fora uma descoberta sistemática, capaz de mostrar contornos próprios dessa recente disciplina, demonstrativos de que, entre o comércio interno e internacional, não exista interpenetração.

Se, cautelosamente, se adota essa perspectiva, para não incorrer em elaboração artificiosa, não é menos certo e incontestável que o Direito do Comércio Internacional se assenta em pressupostos próprios e inconfundíveis.

As origens consuetudinárias do comércio internacional explicam a

riqueza de sua criatividade, e não é sem razão que autores como Giorgio Sacerdoti, François Rigaud, Bertold Goldman, Yon Loussouarn, Tudor Popescu, René David, Philippe Kahn, Jean-Denis Bredin, Pierre Lalive, Henry Lesguillons e muitos outros salientam as peculiaridades do comércio internacional, gerando Direito próprio e acrescentando, progressivamente, dados nascidos da prática e defluentes da setorização que identifica as atividades negociais do mundo moderno.

O comércio internacional, exatamente por compor-se de especializações e subespecializações, submete-se a exigências instrumentais, que evoluem ao sabor dos pactos e convenções, cuja natureza reflete necessidades concretas, nascidas de uma criatividade impositiva.

Os contratos internacionais são o motor, no sentido estrito, do comércio internacional e, em sentido amplo, das relações internacionais, em todos os seus matizes.

A experiência, contudo, demonstra-nos que o contratualista não satisfaz necessariamente aos requisitos do contratualismo internacional.

A taxinomia dos contratos de Direito Interno pode apresentar coincidências monilatísticas, mas não identificáveis na essencialidade com os modos dos contratos internacionais.

Como ensina Bruno Oppetit, os contratos internacionais envolvem-se em uma atmosfera política e econômica, de maneira extremamente sensível às constantes mutações geradoras de conflitos e incertezas.

Dir-se-á que as mutações políticas e econômicas ocorrem em todos os planos, de maneira que essa nota não distingue os contratos internacionais dos internos.

A exatidão dessa observação colide, porém, com um *plus*, que é a complexidade envolvente das relações internacionais, levando, inevitavelmente, a enfrentar as repercussões de sistemas e direitos diferenciados pela multiplicidade de elementos conflitantes, e, por conseguinte, exigentes de instrumentos harmonizadores não necessitados na esfera nacional.

Procurando sempre evitar radicalismos, impõe-se consignar alguns traços comuns entre os contratos internos e internacionais, que podem ser colhidos na dogmática das obrigações e nos princípios gerais sobre o negócio jurídico.

As normas do Direito obrigacional são inevitavelmente aplicáveis às relações jurídicas emergentes da atividade mercantil, com algumas modificações. Tais modificações justificam-se pela necessidade de adaptar a ordem jurídica positiva à especialidade técnica da atividade econômico-mercantil. Esse é um aspecto confluyente do Direito do Comércio Internacional e Interno, porquanto ambos têm por objeto a



sistematização de técnicas jurídicas adequadas às operações de transformação de circulação de bens ou de serviços no mercado.

As necessidades da economia moderna, impondo a produção em série para atendimento das exigências do consumo em massa, acarretam a ampliação e o aprimoramento do mercado, gerando novas técnicas negociais, que se consubstanciam em normas integradas, em novos institutos jurídico-mercantis.

As técnicas de realização das operações comerciais, praticadas com maior freqüência e simplicidade, mediante amplo recurso ao crédito, tornam indispensável a adaptação das normas do Direito comum às características especiais dos negócios mercantis.

Como bem assinala José Luís Siqueiros: *“A contratação, isto é, o acordo bilateral, pode produzir-se nos âmbitos interno e internacional. Quando os elementos constitutivos do contrato (partes, objeto, lugar onde se pactua a obrigação, lugar onde deverá surtir seus efeitos) se originam e se realizam dentro dos limites geográfico-políticos de um único país, estamos situados no âmbito interno das obrigações. Inversamente, quando as partes contratantes tenham nacionalidades diversas ou domicílio em países distintos, quando a mercadoria ou o serviço objeto da obrigação seja entregue ou seja prestado além-fronteiras, ou quando os lugares de celebração e execução das obrigações contratuais tampouco coincidam, estarem no âmbito dos contratos internacionais”*

*“Do ponto de vista da lei aplicável aos efeitos contratuais, a diferença é evidente. Enquanto no primeiro caso (âmbito interno) o Direito Internacional regulará todos os aspectos relativos à formação e conseqüências do negócio jurídico, na segunda hipótese (âmbito internacional), existe a possibilidade de que diversas legislações pretendam exercer controle, tal como a lei nacional das partes contratantes, a lei do domicílio, a lei de celebração do contrato, a lei do lugar de sua execução etc. Dito em outras palavras, o contrato escapa à regulação do Direito Interno. Na época contemporânea, o desenvolvimento do comércio internacional, em todas as suas formas, a multiplicação e celeridade dos meios de transporte, o incessante intercâmbio de mercadorias e serviços, é um fato notório”*

*“A atividade comercial transcende as fronteiras internacionais e acarreta a interdependência econômica; esse fenômeno percebe-se não-somente nos países em que predomina o sistema de economia de consumo, como também nos de economia planificada. Matérias-primas, componentes e produtos são importados de forma intermitente, e simultaneamente são exportados equipamentos, máquinas e mesmo*

*mão-de-obra. Esta corrente incessante de ingresso e saída de mercadorias e serviços tem que se plasmar em acordos e contratos que reciprocamente celebrem importadores e exportadores. Paulatinamente vai sendo tecida rede cada vez mais intrincada”*

## 2. Noção de Contrato Internacional

A noção de contrato internacional leva, inevitavelmente, a vinculações mais amplas com os fenômenos jurídicos decorrentes dessa atividade tipicamente relacional.

A figura do Estado comerciante, hoje irrecusável, a proliferação das empresas públicas, nacionais e internacionais, os conglomerados de empresas, a grande penetração dos intercâmbios técnicos, os sistemas de cooperação internacional, os meios de comunicação, e a participação generalizada de pessoas nos mercados nacionais e internacionais, seja a título de investimentos, ou de simples venda e compra, são pressupostos indispensáveis para o raciocínio dos contratos internacionais. Realmente, se quiséssemos compor esses elementos segundo uma taxinomia do Direito, certamente incorreríamos em graves equívocos, pois o comércio internacional tem uma forte atração pelo regime da *lex mercatoria*, e esta circunstância dá a conotação tipificadora de seu principal instrumento: o contrato internacional.

Philippe Kahn, em recente trabalho, coloca, em termos bem elucidativos, o problema, asseverando: *“A interpretação dos contratos internacionais, negligenciada durante muito tempo, começa a atrair atenção. Sem dúvida, o fenômeno não deve ser isolado da retomada do interesse pelo contrato, seja interno ou internacional, manifestado pela doutrina, mas diversas razões parecem ser peculiares ao contrato internacional, tanto de ordem teórica quanto prática”*

Durante o extraordinário crescimento do comércio internacional de 1950 a 1970, os esforços foram dirigidos para a estruturação jurídica de numerosas inovações da prática, tais como os contratos *turn key* (*clé en main*), os contratos de transferência de tecnologia, os contratos de cooperação industrial, os contratos associativos (empresas conjuntas), os contratos de financiamento (contratos de *euro-obligation* ou de *euro-crédit*). Da mesma forma, muitos esforços foram consagrados ao aperfeiçoamento do órgão jurisdicional privado que constitui a arbitragem. A teoria do contrato internacional foi dominada pela comparação dos méritos respectivos do método conflitual e do método de Direito Material e, sobretudo, pelo questionamento a respeito do pluralismo de ordenamentos jurídicos e sobre a existência de uma ordem jurídica privativa dos agentes do comércio internacional (*lex mercatoria*). As necessidades de estruturar a *lex*

*mercatoria*, estabelecendo os princípios de funcionamento do sistema, fizeram passar para plano secundário os problemas de interpretação. Mas, agora, a construção parece suficientemente coerente para que seja testada, passando pelo crivo da crítica que constituem os problemas cotidianos, tanto mais que esses problemas se multiplicam.

Na verdade, a crise que atingiu o sistema mundial, agravada a partir de 1974, tornou problemática a execução de numerosos contratos celebrados no otimismo do crescimento e ainda em fase de cumprimento. Os contratantes tornaram-se muito mais atentos à interpretação dos compromissos assumidos. Um sistema em crise é menos generoso. Basta mencionar aqui um problema, o da revisão dos contratos, que não é o único.

O atraso das especulações sobre a interpretação também era devido à falta de documentos. O sigilo, cercando as sentenças arbitrais, levado ao extremo, se não ao excesso, constituiu durante muito tempo obstáculo a qualquer tentativa de estudo sério. Se o conhecimento dos contratos e a pesquisa junto aos agentes econômicos tinham sido suficientes para elaborar as grandes linhas de *lex mercatoria* em seu aspecto dinâmico, a interpretação de um contrato internacional é, muitas vezes, contenciosa, mesmo se não integralmente absorvível pelo contencioso, para que a ignorância das sentenças arbitrais não seja um obstáculo dirimente. Este obstáculo está em larga medida superado, a partir do momento em que as grandes instituições arbitrais começaram a se mostrar menos reservadas no que concerne à publicação de sentenças sob a forma de excertos, com certeza discretos no que se refere às partes mas fornecendo informações essenciais sobre as soluções alcançadas.

Nem tudo na interpretação dos contratos internacionais é original, e os problemas gerais de interpretação acham-se neste caso, como em outros, com a mesma utilização dos elementos de raciocínio e de lógica que levam a determinar o sentido das palavras e frases que constituem as normas jurídicas. Não teria interesse, excetuado um caso de aplicação, abordar a interpretação sob esse ângulo.

Por outro lado, os contratos internacionais, apresentam especificidades que justificam tratamento peculiar.

O meio internacional, mesmo restrito aos operadores e agentes econômicos, é muito disperso. Uma das primeiras preocupações dos redatores de contratos internacionais é tentar reduzir, não podendo eliminar, completamente, as contradições de comunicação, de conceitualização ou de articulação engendradas por essa dispersão. Mas, cumprida essa primeira missão, ainda é preciso determinar, no âmbito de uma comunidade, cuja especialidade é restrita às operações do comércio

internacional (em sentido amplo), segundo quais princípios sua coesão pode ser assegurada, seus documentos analisados e tornados eficazes.

Os contratos internacionais são, por conseguinte, fruto de uma multiplicidade de fatores, envolvendo métodos e sistemas interdisciplinares, inspirados na economia, na política, no comércio exterior, nas ciências sociais e, com muitos frutos colhidos nas relações internacionais, de toda índole.

O contrato internacional pode ser comparado a uma rosácea, na qual intervém as diversas *nuances* coloridas, que lhe dão a característica distintiva de outros congêneres artísticos. Essa constatação pode ser colhida no próprio mecanismo operacional dos contratos internacionais, geralmente dissociados dos impositivos legais, que intitular os regimes jurídicos internos. Mesmo o conceito de regionalização, quando utilizado para setorizar o comércio internacional, não se confunde com a idéia de localismo, porquanto essa divisão é menos de caráter geográfico do que consequência das peculiaridades do mercado.

Todas essas considerações mostram que o contrato internacional, atualmente, ultrapassa o estágio doutrinário que assim o considerava a partir da estraneidade ou-não das partes, como bem o demonstra Pierre Lalive, ao acentuar: *“Em Direito Internacional Privado, a qualificação internacional, aplicada a uma determinada situação, tende a ser empregada em sentido muito amplo, quando se reporta, por aspectos prima facie significativos, a mais de um ordenamento jurídico. Nesse sentido, pôde ser definido como internacional, o contrato, cujos elementos (que devemos subentender, pertinentes) não estão localizados no mesmo território. A insuficiência de uma tal definição salta aos olhos: a dificuldade não é resolvida, mas reportada, e quase tudo ainda fica para ser feito, uma vez que será preciso definir quais os elementos pertinentes ou significativos no caso. Supô-los repartidos entre dois países, no mínimo, será preciso, e além disso, decidir se a internacionalidade que daí resulta é bastante forte para provocar, no tocante aos problemas suscitados, uma diferença de regime com relação ao contrato interno”*

As opiniões até aqui elencadas, sem exaurir a matéria, são, entretanto, suficientes à condução da idéia de que os contratos internacionais, figurativos de rica fenomenologia jurídica, aparelham-se a cada passo, para permitir a construção de uma teoria geral concatenada.

Trata-se de processo relativamente lento, porque o método indutivo, único capaz de fecundar a globalização dos conceitos, impõe o esmiuçamento das particularidades, que, no comércio internacional, plenificam as relações negociais.

Algumas premissas podem, entretanto, ser enunciadas, em termos proposicionais, a saber:

1. Os contratos internacionais são, casualmente, identificáveis. Significa que os substratos fáticos dos contratos internacionais são formados de dados extremamente sensíveis a todas as atividades operacionais do comércio internacional. Depreende-se dessa convicção que os contratos internacionais não são uma especialização do Direito, mas uma profissionalização das atividades comerciais. Vale dizer que os contratos internacionais refletem a vontade negocial, com preponderância sobre os estereótipos jurídicos.

2. Os contratos internacionais são os únicos instrumentos de ação para o comércio internacional, sem vínculos com esquemas legais geograficamente circunscritos. Embora os contratos internacionais não se exauram juridicamente nos seus próprios termos, a eficácia convencional remanesce como fulcro de sua execução.

3. Os contratos internacionais transcendem os limites estritos do Direito, para se converter em instrumento multidisciplinário, em forma de sintetizações oriundas de um processo de complementariedade.

4. Os contratos internacionais não são meros veículos convencionais, mas fórmulas de elaborações conjunturais, que permitem elastificação do objeto em plano de alta diversificação, relativamente a bens usualmente chamados de visíveis e invisíveis.

5. Os contratos internacionais fundamentam-se em sistemas principiológicos mais do que legais, como decorre da noção da *lex mercatoria*.

### 3. Autonomia técnica dos Contratos Internacionais

A autonomia técnica dos contratos internacionais adquire progressivamente viabilidade afirmativa, principalmente a partir da consolidação da teoria da *lex mercatoria*, e, sobretudo, pela criatividade decorrente das operações do comércio internacional, desenvolvidas *a latere* dos Direitos nacionais, e rapidamente aceita, sem discussão. Válida, igualmente, a idéia de que os praticantes do comércio internacional constituem uma comunidade, que procura elaborar as suas próprias regras.

Como conseqüência inevitável de todos esses fatores, esboça-se uma tipologia de operações, em processo contínuo de enriquecimento, determinando o dinamismo do contrato internacional, cuja evidência é difícil discutir.

É preciso também salientar que, em nossos dias, os operadores do mercado internacional formam meio suficientemente homogêneo para que as

solidariedades profissionais se façam sentir, exprimindo as necessidades e soluções jurídicas de que são carentes, de modo homogêneo e adequado.

Philippe Kahn, abordando a matéria, segundo a sistemática francesa, explica: “*A evolução mais importante dos últimos quinze anos na prática francesa dos contratos internacionais acha-se no enriquecimento considerável de sua tipologia. Não existe um contrato internacional, mas um grande número de figuras contratuais, ou mesmo de complexos contratuais, em número crescente, e em decorrência de situações diversificadas. Parece-nos que a heterogeneidade e o número dos contratos econômicos internacionais constituem um dos problemas mais delicados que devem ser enfrentados atualmente pela teoria da lex mercatoria, tanto no que concerne a seu conteúdo, quanto no que concerne à sua abrangência*”

*“A teoria da lex mercatoria repousa sobre a constatação de que práticas por intermédio dos contratos conseguiram, em larga medida, unificar o regime jurídico da venda internacional e das operações anexas ou complementares. Ora, a prática francesa, bem como a da maioria dos países, mostrou a necessidade de se fazer distinção entre, pelo menos, três ramos: contratos de troca (contrats d’échange), contratos de produção (contrats de production), contratos de fornecimento (contrats d’approvisionnement).”*

Se considerarmos a técnica como meio apropriado e insubstituível para a realização de determinado desiderato, com utilização de instrumentalidade própria, teremos, no caso dos contratos internacionais do comércio, a configuração dessa circunstância.

Aqueles que atentaram para os pressupostos da teoria geral dos contratos internacionais terão percebido que essa modalidade convencional traz recursos individualizados em fontes materiais e formais distintas da tradição clássica.

A primeira razão que ampara essa afirmativa é a, propriamente dita, oriunda do progresso científico e, portanto, temporalmente recente, com inovações que nossos ancestrais nem sequer poderiam imaginar. Assim, a técnica dos contratos internacionais obedece estritamente os parâmetros da técnica geral. Vários exemplos o confirmam: *containers*, paletizadores, sistemas rô-rô nos transportes marítimos, e todas as reformulações criadas pelo comércio plurissetorizado.

A segunda razão prende-se às novas versões empresariais, não-só o regime consorcial, como principalmente a implantação do grupamento horizontal de empresas e o sistema de cooperação individualizada em contratos *sui generis*.

Outro fator tecnicizante dos contratos prende-se à duração prolongada

dos grandes empreendimentos e à participação multinacional das empresas, forçando a escolha de direitos alienígenas e a implantação de regimes jurídicos autônomos.

Finalmente, justifica a convicção autonomista das técnicas do contrato internacional, a crescente implementação dos negócios entre particulares e Estados, motivando não-só a formulação adequada e original das cláusulas convencionais.

As passagens doutrinárias e algumas fixações teóricas de efeitos determinadores dos contratos internacionais levam, naturalmente, à enunciação das características identificadoras das formalizações do comércio internacional, através das diversas modalidades de ajustes negociais.

Antes de se chegar a um esboço de classificação, pertine esclarecer que o vocábulo *características* é empregado com o sentido de entrever, nos contratos internacionais, certas notas distintivas, não-só de estrutura, como de sistema.

Ao estudar esse assunto, verificamos que nos contratos internacionais ocorre um processo inexoravelmente desenvolvimentista, que, continuamente, gera a eclosão de novas cláusulas, sempre destinadas a satisfazer as exigências do comércio internacional, desempenhando papel de extrema singularidade, quanto às diferentes instituições que abrange.

Sem dúvida, existem regras nascidas das práticas internacionais, compostas pelos usos profissionais e princípios gerais do Direito, com encaminhamentos inevitáveis de adaptação à vida própria do comércio internacional. E mesmo que se admita a forma normativa dos Direitos estatais, verifica-se que, no plano internacional, em matéria de lei aplicável ao contrato, interferem disposições supletivas e disposições imperativas, sendo de se notar que as primeiras, periodicamente, revigorizam-se, através de regulamentações associativas, inclusive através da criatividade individualizada pelas especializações do comércio.

Fenômeno que deve ser especialmente realçado é o da força crescente do princípio da autonomia da vontade, cuja extensão já avança à área dos países de economia planificada. E hoje parece incontestável que a noção de contrato, estimulada por essa influência, sofreu notáveis evoluções.

Em verdade, a prática jurídica internacional repousa grandemente e até com certa obstinação, na *lex voluntatis*, pois, perdendo esse princípio, aquele caráter tradicional de ajuste de vontades dos indivíduos transformou-se numa expressão de natureza comunitária, através dos regulamentos e das leis-tipo, quase sempre emanadas de órgãos e entidades não-governamentais.

Se tomarmos o conceito de contrato segundo os cânones tradicionais,

veremos que os juristas distinguem entre os contratos clássicos - aqueles a título oneroso ou gratuito, desinteressados, sinalagmáticos, unilaterais, consensuais, reais, solenes, etc. - e procuram definir suas condições de formação e de validade, através do consentimento, objeto, causa e seus efeitos entre as partes, principalmente as relações entre contratantes e terceiros.

Essas visões, sedimentadas em certa acomodação doutrinária, não se coadunam com a natureza e características dos contratos internacionais, que repousam mais na execução do que nos outros elementos formadores do contrato, para o fim de se deduzir sua real contextura jurídica.

Um autor já disse, habilmente, que quase não há diferença entre um contrato e o amor: no começo tudo é perfeito, mas somente o uso revelará se o dia seguinte será de choro ou alegrias.

Do ponto de vista prático, pode-se dizer que um contrato internacional de comércio é a constatação de uma situação e a definição de um quadro de ação. É a expressão *a priori* de uma situação que deve evoluir em um lapso de tempo, em função de decisões voluntárias, ou de causas involuntárias, das quais é preciso ter nítida consciência.

O contrato internacional é, nessas circunstâncias, um elemento dinâmico e não um monumento jurídico.

Em lugar de, figurativamente, abrigá-lo num cofre forte depois da assinatura, e somente aplicá-lo se houver um litígio, quando não há uma exata recordação dos termos que contém, é preciso ter o contrato internacional como um instrumento de trabalho, que permite verificar, periodicamente, entre os cosignatários, se as circunstâncias nas quais foi concluído continuam as mesmas. Daí decorre a necessidade de um preâmbulo, descrevendo essa circunstância. Se, a despeito de alterações nas circunstâncias, as partes desejam continuar sua colaboração, um aditivo ou complementação no texto original será suficiente para descrever a nova situação, ou então, até mesmo, limitar e suspender a atividade decorrente do ajuste contratual.

Se concebermos essas colocações como pretipificadoras, podemos dizer que, no plano internacional, é possível distinguir, no âmbito do contrato, dois modos: os fundamentais e os operacionais.

Os primeiros engajam a empresa numa estrutura política. A parte fundamental é uma espécie de utensílio de trabalho dos dirigentes e faz parte dos elementos de gestão, como ocorre, p. ex., na negociação de uma licença de fabricação.

Por seu turno, os modos operacionais inscrevem-se na vida corrente. São mais de caráter estático, concluídos para e pelos serviços funcionais, no quadro de



suas prerrogativas, sujeitando-se a limitações quanto aos efeitos e aos inconvenientes que possam surgir por ocasião de sua execução, como p. ex., os transportes e as operações bancárias.

#### 4. Natureza Jurídica dos Contratos Internacionais

Estudar os contratos internacionais, sem determinar-lhes a natureza jurídica, equivaleria a uma cirurgia sem nenhum conhecimento de anatomia, no caso, anatomia descritiva.

Poder-se-ia, eventualmente indagar em que medida a natureza jurídica dos contratos internacionais limitaria ou ampliaria, do ponto de vista prático, e mesmo teórico, sua operatividade.

A pergunta comporta rápidas considerações. A primeira observação é abrangente e bastaria como justificativa: o contrato internacional do comércio, mais do que elenco de avenças, é verdadeiro complexo de situações oriundas de metodologia interdisciplinar, de natureza vinculante e, especialmente, de caráter abrangente dos múltiplos planos filosófico, político, econômico e social, além dos substratos jurídicos, que informam essas realidades.

Há, evidentemente, um fator comum a todos os contratos que constitui a coluna-mestra para o esclarecimento de sua natureza, que é a negociabilidade. Os contratos estão, inevitavelmente, subsumidos à teoria dos atos jurídicos e, nessas circunstâncias, toda construção dogmática deverá admitir esse pressuposto.

Todo processo constitutivo do contrato, compreendendo suas diversas fases formativas e a finalização definida como a execução de seu objeto, revela-se estruturalmente um negócio jurídico.

Não se pode conjecturar a natureza jurídica dos contratos internacionais sem estabelecer uma premissa conceitual, embora genérica, que permita situar o seu centro de gravidade e este é a declaração de vontade, ou ainda, o cumprimento de uma prestação.

Esses dois elementos categoriais conduzem a sua finalidade que será o momento decisivo caracterizável pela constituição, ou pelos efeitos do contrato.

Tratando-se de contratos internacionais, deve acrescer-se, ainda, o elemento espacial, que chamariamos o âmbito de aplicação das leis, expressão que pode englobar, inclusive, a noção temporal.

A nota específica do ato jurídico, mediante o qual se possa distinguir do fato jurídico, reside no fim prático a que se dirige o processo convencional e que, necessariamente, deve resultar na produção de efeitos jurídicos.

Compreende-se, contudo, que esse mecanismo não pode ser totalmente uno, nem totalmente diversificado, pela simples razão de que nem sempre pode afetar as mesmas combinações, diante da pluralidade dos atos jurídicos. Paralelamente, os contratos internacionais, como nessa hipótese, os internos, estão sujeitos a uma força motriz, que reside indefectivelmente na vontade humana, liberada por obra do princípio da autonomia da vontade.

Num primeiro passo, pode-se afirmar que a vontade é elemento de grande força impulsiva do ato jurídico contratual, e é exatamente essa nota que permite validar a taxinomia expressa em unilateralidade, bilateralidade e multilateralidade, que, em termos filosofantes, poderíamos chamar pluralização do eu.

A vontade é a criadora do negócio jurídico. Constitui sua essência e o princípio ativo e gerador, de modo que não há negócio quando a vontade está ausente, assim como entendemos que está viciada quando afetada por erro, violência ou dolo.

Nos contratos internacionais, a vontade desempenha nítida função tipificadora, porquanto o comércio internacional, entendido como *lex mercatoria* que é, impõe, crescentemente, o desaparecimento dos formalismos, fazendo com que se alarguem os limites de ultrapassagem do Direito Positivo, de modo a conquistar a produção de efeitos jurídicos, com penetração incontestada.

Essa perspectiva está consolidada pelo registro das dificuldades de interpretação dos julgadores, nas diversas Justiças, para determinar a natureza e a extensão das conseqüências de um negócio jurídico.

A jurisprudência internacional tem dado bom atestado dessa afirmação, pois, freqüentemente, a Declaração do Direito, com base em regras objetivas, tem sido suplantada pela aceitação das vontades individuais dos partícipes do negócio. E este tem sido o encaminhamento de solução dos litígios.

Na esfera do comércio internacional, a validez e a eficácia negociais têm assentado seu princípio na máxima *negotium constitutum sola voluntate* (a vontade é criadora do negócio jurídico).

No que concerne à estrutura do contrato internacional, sua determinação faz-se em função dos requisitos de existência e do momento em que o concurso desses requisitos lhe confere relevância negocial, e sua eficácia deriva da conformidade com as exigências extrínsecas, impostas pelo meio comercial, segundo o critério das setorizações.

Tema capital nessa linha de cogitações é a natureza jurídica da oferta contratual, porquanto deve-se, desde logo, eliminar a oferta desprovida de força

vinculante. A ausência de compromisso ou poder vinculante relaciona-se com reservas expressas, muito comum nos contratos internacionais, entendidas, quase sempre, segundo o chamado uso circunstancial.

## 5. Definição do Contrato Internacional do Comércio

Os contratos internacionais do comércio têm os seus elementos subjetivo e objetivo e não prescindem da patrimonialidade. Contudo, é preciso acentuar que a internacionalidade dos contratos impõe a pesquisa de outros dados, igualmente constitutivos, concernentes às incursões dos sistemas alienígenas, que se corporificam numa estrutura unificada. Essa orientação, para se chegar a um conceito, admite colocação prévia, que alguns autores chamam de direções inevitáveis dos contratos internacionais, como, p. ex.: a unificação das regras de conflitos de leis, a uniformização do direito substancial, o direito comparado da prática dos contratos internacionais e a arbitragem internacional. Com efeito, essas perspectivas, em conjunto, cobrem o campo total dos contratos internacionais.

Os ensinamentos do Direito Civil e Comercial, até aqui vigentes, têm obviamente sua validade, pois não se pode deixar de admitir que o contrato, tido como acordo de duas ou mais vontades, deve produzir seus efeitos nos limites fixados pela lei. Contudo, não é menos verdade que os contratos internacionais também apresentam imagem diversa, ao orientar o voluntarismo e o subjetivismo para outras fronteiras: de um lado, os Estados multiplicaram suas leis imperativas para um dirigismo econômico e social, cuja proliferação parece reduzir-se a simples adesão ao ato criador dos contratantes; de outro lado, a complexidade crescente das relações econômicas, o desenvolvimento de novas técnicas, o poder das empresas criaram uma cadeia de relações contratuais, que o Direito estatal não teve possibilidades de prever e que, no espaço internacional, tornou-se impotente para dirigir. E é exatamente nesta zona que se situa o contrato internacional do comércio. O fenômeno contratual contemporâneo está num processo incessante de renovação e diversificação.

Algumas características dos tipos de contratos internacionais devem ser levadas em consideração. São contratos marcados pelo fenômeno de sua duração: longas negociações, execução prolongada, presença de mecanismos de adaptação e de revisão; bem como a tecnicidade dos contratos: cláusulas contratuais relativamente breves em relação às cláusulas técnicas (as primeiras normalmente redigidas de última hora, após longos meses de negociações). As partes têm a preocupação de assegurar a sobrevivência do contrato a todas as vicissitudes, em razão dos consideráveis interesses em jogo, mas

também de todo o passado e, sobretudo, de todo o futuro de suas relações negociais, que ultrapassa o quadro individual do contrato em tela. As partes, outrossim, não se preocupam somente em salvaguardar suas boas relações recíprocas, mas também de não se isolar do meio negocial em que atuam, por exercício excessivamente detalhista de seus direitos, ou violação demasiado flagrante de suas obrigações. Estas diferentes características provocam enfraquecimento aparente do caráter jurídico, dos contratos em questão: afastamento dos direitos positivos, derrogações importantes a diversos princípios básicos do Direito das Obrigações, repugnância em recorrer à via jurisdicional, mesmo à via arbitral, predominância de aspectos técnicos, psicológicos e comerciais.

Características análogas marcam alguns dos contratos, às vezes chamados econômicos, que, na ordem interna, são celebrados entre os poderes públicos e o setor privado. A reaproximação foi descartada no plano terminológico, mas comparação pode ser feita sobre o plano de fundo.

Estas reflexões sumárias sugerem a idéia de que as características originais, perceptíveis em alguns contratos internacionais, são devidas muito mais ao objeto e à duração do contrato, bem como à natureza das relações gerais entre as partes, do que ao caráter internacional do vínculo contratual. Fenômenos análogos ocorrem no Direito Interno. O contexto internacional, sem dúvida, acentua as características em questão e multiplica suas manifestações, pois a autonomia das partes é aí incontestavelmente maior, e as operações internacionais fornecem oportunidade de celebrar contratos de tal importância, entre tais parceiros, muito mais vezes do que as operações internas.

A verdade incontestável é que, nos últimos quinze anos, os contratos internacionais do comércio se enriqueceram consideravelmente em sua tipologia, a ponto de não se poder falar em um contrato internacional, mas em grande número de figuras contratuais, ou até mesmo complexos contratuais, como já tivemos oportunidade de acentuar.

Estabelecidas essas premissas, e fixada a idéia de que a vida internacional é um fato, cujo envolvimento é o ambiente da empresa atual, pode-se inicialmente configurar como pressuposto que o comércio internacional é o conjunto de operações, com fim lucrativo, que se realiza no mundo, por meio de intercâmbio de bens visíveis (mercadorias), ou de negócios invisíveis (referidos a serviços e transações), que ensejam transferências financeiras em movimento de mercadorias.

A partir dessa concepção, proporíamos a seguinte colocação: *um contrato é internacional, desde que seja conectado a normas jurídicas emanadas de vários*

*Estados, em razão, notadamente, de seu lugar de conclusão ou execução, da localização de seu objeto, da nacionalidade ou do domicílio das partes.*

Barthélemy Mercadal e Philippe Janin observam que certas decisões judiciais consideram um contrato internacional desde que coloque em jogo interesses do comércio internacional, mas advertem: *“Segundo nosso ponto de vista, essa fórmula não é senão a aplicação do critério mais geral, fundado nos liames do contrato, com vários sistemas jurídicos. Com efeito, dizer que o contrato é internacional, põe em jogo interesses do comércio internacional, significa que é internacional em razão de seu objeto, pois o objeto do contrato não é senão a tradução jurídica da operação econômica perseguida pelas partes. Ora, as regras relativas ao objeto fazem parte das normas jurídicas, a partir das quais se aprecia o elemento da conexão do contrato, pois o objeto é um dos elementos de validade dos contratos. Contudo, é clara a aplicação de certas regras a um contrato de estraneidade. Assim, o regime da cláusula se refere, coloca em foco os interesses do comércio internacional. Do mesmo modo, o regime do regulamento internacional supõe um duplo movimento de valores que ultrapassa as fronteiras”*

Constata-se, nesse itinerário esboçado, que o contrato internacional depende, forçosamente, de um reconhecimento que pode advir de uma decisão judicial ou de ordenamentos jurídicos, e para citar exemplo da última hipótese, menciona-se a recente modificação do “Code de Procédure” francês que, taxativamente, estabelece, no seu art. 1.492 (*“Est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international”*).

De maneira explícita ou menos explícita, o Direito de cada país encerra regras que possibilitam determinar as condições de reconhecimento da força obrigatória de um contrato internacional.

Assinala-se, ainda, que em toda parte, desperta sólida tendência de liberar os contratantes na determinação do que melhor lhes convier como conteúdo do contrato, sem qualquer vinculação a leis ou direitos eventualmente aplicáveis, sob reserva das regras de ordem pública.

Embora no Brasil não exista no ordenamento positivo de Direito Internacional Privado, institucionalizado, o princípio da autonomia da vontade, os órgãos administrativos disciplinadores do comércio exterior têm transigido, e até mesmo reconhecido cláusulas nesse sentido, inscritas em contratos internacionais, principalmente de transferência de tecnologia.

Não se pode, entretanto, ir ao exagero de admitir a desvinculação dos contratos internacionais de qualquer Direito estatal. Mesmo a França, que se mostra a

mais liberal dentre os sistemas existentes, tem ressaltado, nas decisões conhecidas, que *“tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d’un État”*

Interpretando esse posicionamento, autores consagrados, como os já citados Mercadal e Janin, advertem que essa fórmula não significa que o contrato deva, obrigatoriamente, ser submetido, pela vontade das partes, à lei interna de um Estado, mas unicamente que, sejam quais forem as estipulações do contrato nesse sentido, o juiz não poderá evitar de apreciar o valor jurídico em função de seu próprio Direito.

Esse princípio é igualmente válido para as convenções internacionais, que definem o regime relativo a certos contratos internacionais, v. g., a Convenção de Haia, de 1955, sobre a lei aplicável às vendas a caráter internacional dos objetos mobiliários corporais, hoje englobada pela Convenção de Viena, 1980, sobre Venda Internacional, ou a certas cláusulas de contratos internacionais como, p. ex., as relativas à arbitragem internacional comercial.

Armados de todas essas informações, podemos ensaiar a seguinte definição de contratos internacionais, sempre lembrando, como raiz metodológica, o princípio do gênero próximo e diferença específica.

São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo do Direito aplicável.

## 6. Conclusão

Estes são apenas alguns aspectos da contratualística internacional.

Embora seja matéria nascente já são incontáveis os aportes doutrinários e práticos, sem, contudo, atingir rumos definitivos, graças à imensa e não inesgotável e rica casuística de que se compõe essa área de atividade.

Em nossos dias, já possuímos considerável repositório tipológico dos contratos internacionais e intensa movimentação legislativa, visando à institucionalização dos principais mecanismos do comércio internacional. E, certamente, a cada momento estarão surgindo novas soluções para atender aos continuados reclamos das contingências que envolvem o comércio internacional e o seu principal instrumento operacional: os contratos.

São Paulo, abril de 2001.

## Bibliografia

BREDIN, Jean Denis e Yvon Loussouarn. *Droit du Commerce International*, Paris, Sirey, 1969.

BROGGINI, *Le Modalità d'Esecuzione dei Contratti nel Diritto Internazionale Privato*, Freiburg in der Schweiz, 1951.

CREMADES, Bernardo Maria. "Afianzamiento y garantias en el comercio internacional" in *Régimen Jurídico de las Garantias Contractuales en el Comercio Internacional*, Madri, Centro de Estudos Comerciais do Ministério de Economia e Comércio e Câmara Oficial de Comércio e Indústria de Madri, 1981.

————— KAHN, Philippe. "L'interprétation des contrats internationaux" in *Journal du Droit International*, v. 108, n. 1, Paris, Eds. Techniques, janeiro-março/81.

————— *La Vente Commerciale Internationale*, Paris, Sirey, 1961.

————— «Lex mercatoria» et contrats internationaux», in *Le Contrat Économique International - Stabilité et Évolution*, Bruxelas/Paris, Bruylant/Pédone, 1975.

KASSIS, Antoine. *Théorie Générale des Usages du Commerce - Droit Comparé, Contrats et Arbitrage Internationaux, «Lex Mercatoria»*, Paris, Lib. Gén. De Droit et de Jurisprudence, 1984.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Órgãos das Soluções Extrajudiciais de Litígios*, São Paulo, Ed. RT, 1985.

STOUFFLET, J., "L'ouverture du crédit bancaire en Droit International Privé" in *Clunet*, 1966.

STOYANOVITCH, K., "La théorie du contrat selon E. B. Packoukanis" in *Archive de Philosophie du Droit*, t. XIII/89-98, Paris, Sirey, 1968.

OPPETIT, Bruno. "L'adaptation des contrats internationaux aux changements des circonstances: la clause de hardship" in *Journal du Droit International*, t. IV/ 795/813, Paris, 1974.

————— "Le trust dans le Droit du Commerce International" in *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 62.

POULLET, Yves. "*Les garanties contractuelles dans le commerce international*" in *Droit et Pratique du Commerce Internacional*, t. V, n. 3, Paris, 1979, pp. 387-442.

————— "*Présentation et définition des garanties pratiqués en Europe*" in *Les Garanties Bancaires dans les Contrats Internationaux*, Paris, *Fondation pour l'Étude du Droit et des Usages du Commerce Internacional* (Feduci), 1981.



**A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL  
NO DIREITO BRASILEIRO, NOS TERMOS DA LEI N. 9.307  
DE 23/09/1996: ALGUNS ASPECTOS<sup>1</sup>**

*Guido Fernando Silva Soares*

Professor Titular de Direito Internacional Público da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O autor aborda na explanação de sua matéria sobre as Fases das Arbitragens e Sistemas Jurídicos Envolvidos; Arbitragens entre Particulares: Nacionais, Impropriamente Internacionais e Estrangeiras; Arbitragens Internacionais: Suas Fontes Normativas e as Instituições Arbitrais no Comércio Internacional; e, por último, sobre as Perspectivas das Arbitragens Estrangeiras e Internacionais no Brasil.

Abstract:

The author approaches in the explanation of its subject the Phases of the Arbitrations and Involved Legal Systems; Arbitrations between Particulars: National, Improperly International and Foreign; International Arbitrations: Its Normative Sources and the Arbitrational Institutions in the International Trade; e, finally, on the Perspectives of the Foreign and International Arbitrations in Brazil.

**Unitermos:** arbitragens; fontes normativas; instituições arbitrais

I. Introdução

Dos modos de resoluções de disputas, alternativos ao processo perante órgãos dos Poderes Judiciários dos Estados, de que o homem dispõe na atualidade, ressalta-se a arbitragem, instituto tão antigo como a jurisdição exercida pelos órgãos que

---

1. O presente trabalho resultou de uma comunicação apresentada durante o "Primeiro Encontro Brasileiro de Mediação e Arbitragem", organizado pelo Centro de Ciências Jurídicas, Econômicas e Sociais da PUC-SP, pela sua Faculdade de Direito e pelo Núcleo de Estudos Professor Hermínio Marques Porto, na Sessão sobre *Arbitragem Internacional*, no dia 26 de março de 2001, no "campus" daquela Universidade.

a sociedade tem reconhecido como especializados na solução de controvérsias: os juízes togados. A arbitragem, como já apontamos em trabalhos anteriores, é um instituto misto, que se poderia conceituar como um procedimento de soluções de controvérsias, instituído e regulado por uma convenção entre as partes em um conflito, pela qual as mesmas conferem a um terceiro ou terceiros, a tarefa de encontrar uma solução por elas aceitável. Participa a arbitragem, portanto, de dois universos: o relacionado às normas de um direito instrumental (processo), e o referente às normas de direito material, que regulam as relações entre pessoas (direito obrigacional, particularmente contratos), quer dizer, os direitos e deveres nascidos da vontade expressa ou implícita entre as partes, ou aqueles originários de fatos relacionados a negócios jurídicos (obrigações extracontratuais).

Os aspectos contratuais da arbitragem são evidentes: a. na maneira de instituir uma pessoa física, ou uma comissão composta de indivíduos, com poderes judicantes, seja de maneira direta, por normas contratuais, seja de maneira indireta, através da atribuição de tais poderes a uma instituição especializada; b. a partir da mais ampla liberdade conferida às partes litigantes de estabelecerem, por pactos entre elas, os poderes do(s) árbitro(s), no que se refere à condução dos procedimentos e no relativo às leis de direito material a serem aplicadas na solução das controvérsias, a eles submetidas; e c. quando se examinam os direitos subjetivos a uma reparação de dano civil, decorrentes da inadimplência dos deveres do(s) árbitro(s), que foram instituídos pela via de um pacto entre os litigantes e o(s) árbitro(s).

Os aspectos de um direito instrumental (processo civil) presentes na arbitragem, são igualmente evidentes, a partir do exame dos poderes conferidos pelas partes litigantes, a um terceiro ou terceiros não-partes numa controvérsia: a. de resolvê-lo, de maneira terminativa (sentido próprio da noção de jurisdição); b. de possuírem legitimidade para postular, em nome dos litigantes, perante Poderes Judiciários, medidas cautelares, em pedidos de natureza precatória; e c. de produzirem atos terminativos que possuem caráter de executoriedade perante Poderes Judiciários, pela sua própria natureza.

Portanto, qualquer estudo sobre a arbitragem deve levar em consideração sua natureza mista, em particular, quanto se analisam as arbitragens internacionais, que, portanto, carregam com elas a problemática própria dos contratos internacionais e das complexas questões de um Direito Processual Civil Internacional.

Conforme já expusemos em trabalho anterior,<sup>2</sup> a experiência histórica

---

2. “*As Arbitragens e sua Conaturalidade com o Comércio Internacional*”, disponível na Internet, no “site” da OAB-SP, Escola Superior de Advocacia.

permite-nos distinguir os seguintes tipos de arbitragem, levando-se em conta as partes numa controvérsia, e, conseqüentemente, os tipos de normas envolvidas nas mesmas:

a. as arbitragens entre Estados, totalmente regidas pelas normas do Direito Internacional Público, pode ser de dois subtipos: a. arbitragens “ad hoc” constituídas na maioria das vezes, de fontes costumeiras, dentre as quais precedentes arbitrais, seja no que respeita à maneira de constituir um tribunal arbitral ou de investir alguém nas funções de árbitro único, seja no que respeita à condução dos procedimentos arbitrais, seja ainda, no que respeita à normas que o(s) árbitro(s) aplicam(m) e que regulam a substância das relações “sub studio”; e b. arbitragens institucionais, previstas em tratados internacionais sobre soluções pacíficas de controvérsias, ou ainda especiais sobre arbitragens. As arbitragens entre Estados, por vezes denominadas de “arbitragens públicas” têm sido praticadas desde a Antigüidade,<sup>3</sup> e têm servido, na maioria das vezes, para resolver litígios territoriais entre Estados.<sup>4</sup> Na atualidade, têm ganhado transcendental importância, em especial nas relações de comércio regional entre Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai e Uruguai, no contexto do Mercosul (Protocolo de Brasília, de 1991, para a Solução de Controvérsias, reconduzido pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1994, Adicional ao Tratado de Assunção sobre a Estrutura Institucional do Mercosul),<sup>5</sup> quando assumem uma forma institucionalizada;<sup>6</sup>

---

3. Vejam-se nossos trabalhos, o verbete “Arbitragens Internacionais”, na *Enciclopédia Saraiva de Direito*, São Paulo, Saraiva, 1977, no seu v. 7, pp. 374-402, que resultou da republicação do artigo editado no ano anterior, na *Revista da Faculdade de Direito da USP*, com o título “Introdução Histórica ao Estudo das Soluções Pacíficas de Litígios e Arbitragens Comerciais Internacionais”, São Paulo, v. 71, (1976), pp. 163-208.

4. Relembre-se que a formação de parte expressiva do território terrestre do Brasil, resultou de sentenças arbitrais, que envolveram países vizinhos, e que foram prolatadas por soberanos estrangeiros, cíclicos como árbitros pelos Estados litigantes. Naquelas arbitragens mais famosas, teve atuação destacada José Maria da Silva Paranhos, o Barão do Rio Branco, como advogado do Brasil.

5. O Protocolo de Brasília de 1991, que se encontra vigente no Brasil, por força de sua promulgação pelo Decreto n. 922 de 10/IX/1993, estabelece um sistema provisório de soluções de litígios entre os Estados-partes do Mercosul, o qual foi reconduzido e em parte modificado, pelo referido Protocolo de Ouro Preto de 1994, no Brasil promulgado pelo Decreto n. 1.901, de 09/V/1996. Veja-se nosso trabalho: “Uma Revisão em Profundidade, em 1996, de: “As Instituições do Mercosul e as Soluções de Litígios no seu Âmbito - Sugestões De Lege Ferenda”. In Mercosul: Das Negociações à Implantação, Luiz Olavo Baptista, Araminta de Azevedo Mercadante e Paulo Borba Casella, Coordenadores, São Paulo, LTr., 2ª edição revista e ampliada, 1998.

6. No caso do Mercosul, os condicionamentos de recurso a elas, bem como a existência de normas sobre a constituição dos tribunais arbitrais, as regras de procedimento mínimas e as normas de direito material aplicável pelos árbitros, constantes nos mencionados tratados internacionais, tornam-nas formas institucionalizadas.

b. as arbitragens entre particulares, que devem ser subdivididas em três tipos<sup>7</sup>, os quais serão analisados no correr do presente trabalho: 1) arbitragens totalmente nacionais, aplicáveis naquelas relações sem qualquer conexão com sistemas jurídicos estrangeiros e que não envolvem a aplicação de qualquer lei estrangeira; 2) arbitragens impropriamente ditas internacionais, realizadas num foro arbitral nacional e submetidas às leis que regulam as arbitragens nacionais, mas nas quais emerge a eventualidade de aplicar-se uma lei estrangeira, em substituição à lei nacional, ou em conjunto com esta, para resolver-se o fundo da questão e 3) as arbitragens internacionais, melhor denominadas arbitragens comerciais internacionais, despregadas de qualquer vínculo com legislações nacionais e levadas a cabo em foros privados internacionais, sem qualquer referencial a um sistema jurídico nacional; e

c. arbitragens entre, de um lado um Estado e de outro, um particular estrangeiro, tipologia recente na História da Humanidade, caracterizada pelo fato de, em determinadas relações jurídicas internacionais, o Estado praticar atos negociais internacionais que, em séculos anteriores, eram da pertinência única de particulares. Avultam de importância, as arbitragens relativas a concessão e exploração de recursos naturais, como o petróleo, que colocam frente a frente Estados e particulares estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, em relações negociais que não podem ser regidas pelo Direito Internacional Público (uma vez que o particular estrangeiro não tem um “*locus standi*” naquele ramo do Direito, que trata de relações entre iguais, os Estados) e que, de certa forma, são excepcionais no que respeita aos contratos clássicos (ou como se referem os administrativistas, são exorbitantes do direito comum), por se tratar de prestação de um serviço público, de atribuição dos poderes públicos de um Estado.

No presente estudo sobre arbitragens internacionais, nossa análise será circunscrita ao segundo tipo de arbitragens, ou seja, aquelas que envolvem pessoas físicas ou jurídicas de Direito Privado interno, ou, como a prática as tem denominado, “arbitragens entre particulares” Partiremos do pressuposto de que se houver a presença direta ou indireta de um Estado, num dos polos na arbitragem, o mesmo não poderá invocar suas prerrogativas de ente público, estando, assim, descartadas quaisquer possibilidades de um tratamento diferenciado entre as partes em litígio,

---

7. Em nosso trabalho citado em rodapé anterior, “*As Arbitragens e Sua Conaturalidade com o Comércio Internacional*”, somente nos referimos, de maneira explícita, a dois tipos de arbitragens entre particulares: as nacionais e impropriamente ditas internacionais. Uma leitura do trabalho, contudo, revela ter havido uma análise das arbitragens comerciais internacionais, o terceiro tipo de arbitragens entre particulares, ainda que as mesmas não tenham sido relacionadas no rol das tipologias, logo no início daquele trabalho.

seja por razões de se tratar de um Estado ou de uma pessoa em seu lugar (as inúmeras formas que os Estados adotam, nos seus negócios internacionais, tais as sociedades de economia mista, as empresas públicas as autarquias, ou quaisquer outras denominações que se lhes dêem), seja porque os bens e direitos envolvidos se encontram afetados a um serviço público. As questões das possibilidades de um Estado submeter-se à arbitragem, na qualidade de um particular, ou as relativas à disponibilidade de direitos relativos a determinados bens submetidos a uma decisão de árbitro(s), dizem respeito à admissibilidade mesma da arbitragem (a questão da arbitrabilidade) e, a nosso ver, constituem requisitos prévios de poder instalar-se, com legitimidade, um procedimento arbitral entre particulares, tal como versadas no Direito comum. O pressuposto lógico das arbitragens entre particulares é o de que elas se instalam e se desenvolvem, com a presunção de que estejam excluídos quaisquer posicionamentos privilegiados entre os litigantes, eventualmente suscetíveis perante procedimentos de conhecimento ou de execução perante órgãos dos Poderes Judiciários dos Estados.

## II. Fases das Arbitragens e Sistemas Jurídicos Envolvidos.

A fim de poder-se bem estudar as diferenças entre os tipos de arbitragens entre particulares, é útil distinguir-se as fases, que se encontram presentes em qualquer outro tipo de arbitragens, inclusive aquelas regidas pelo Direito Internacional Público. Há uma fase prévia, que temos denominado de “fase preliminar de admissibilidade das arbitragens” e três outras, na eventualidade de estas serem possíveis: uma fase pré-arbitral, uma fase arbitral e uma fase pós-arbitral.

Na fase preliminar de admissibilidade das arbitragens, incidem questões relacionadas à possibilidade legal de o instituto poder ser invocado pelas partes em litígio, como um meio de resolver sua contenda. No caso das arbitragens entre Estados, pode haver condicionamentos em normas internacionais preexistentes entre os mesmos, que determinem a legitimidade da instituição de um árbitro único ou de um tribunal arbitral. O costume internacional, revelado pela prática generalizada de se considerar a arbitragem como um meio de solução de controvérsias entre Estados, cujo recurso pressupõe o esgotamento de outros meios menos formais, como as negociações diplomáticas, os bons ofícios, as tentativas de mediação ou de conciliação. Tais pré-requisitos se encontram em cláusulas compromissórias constantes em tratados internacionais, ou em tratados gerais de soluções de controvérsias entre Estados, como no caso do Mercosul, onde há o dispositivo do art. 7º do Protocolo de Brasília de

1991,<sup>8</sup> que condiciona o recurso da arbitragem, seja à aplicação dos procedimentos das negociações diretas, seja da intervenção Grupo Mercado Comum, ou ainda do procedimento geral para reclamações perante a Comissão de Comércio do Mercosul.<sup>9</sup>

No caso de arbitragens entre particulares, a fase preliminar de admissibilidade da arbitragem é regulada pelas normas dos direitos nacionais que regulam a arbitragem como um todo. Neste particular, as normas nacionais podem ou não deixar o campo totalmente regulado por elas, de maneira direta (normas de ordem pública) ou permitir que leis estrangeiras sejam aplicadas, pela atuação de suas normas nacionais de Direito Internacional Privado. Trata-se, em tal campo, de determinar: a. a existência mesma, nos ordenamentos jurídicos nacionais, da possibilidade da solução arbitral para resolver litígios entre particulares; b. as matérias susceptíveis de serem arbitradas (incidente da arbitrabilidade); e c. a capacidade de os litigantes poderem submeter-se a uma arbitragem, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo. No primeiro caso, pode-se dar o caso, sem dúvida hipotético, de um sistema jurídico considerar seu Poder Judiciário tão aperfeiçoado, que repila qualquer solução de litígios pela via arbitral, passando, portanto, a arbitragem como um instituto inexistente ou impossível. No segundo caso, a arbitrabilidade é definida pelas normas que regulam as arbitragens nacionais, de maneira direta e sem possibilidade de referimento a um Direito estrangeiro (a exemplo, as arbitragens relativas a bens imóveis sítos no Brasil, que, por força do art. 89<sup>10</sup> do CPC, se encontram reservados à competência exclusiva do Poder Judiciário brasileiro, com exclusão de qualquer outra) e, no terceiro caso, da capacidade para submeter-se, no pólo ativo ou passivo à arbitragem, igualmente pela lei nacional que regula a arbitragem como um todo, ou ainda pela norma de um Direito estrangeiro, que

---

8. Eis o art. 7o do Protocolo de Brasília: “§ 1º Quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos Capítulos II [Negociações Diretas] e III [Intervenção do Grupo Mercado Comum, revogado pelo Protocolo de Ouro Preto], qualquer dos Estados Partes na controvérsia poderá comunicar à Secretaria Administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece no presente Protocolo. [colchetes adicionados por nós, para efeito de clareza do entendimento do texto]. § 2º A Secretaria Administrativa levará, de imediato, o comunicado ao conhecimento do outro ou dos outros Estados envolvidos na controvérsia e ao Grupo Mercado Comum e se encarregará da tramitação do procedimento.

9. Como se sabe, tal procedimento inexistia no Protocolo de Brasília de 1991, tendo sido instituído pelo Protocolo de Ouro Preto de 1994.

10. Assim se encontra redigido o art. 89 do CPC: “Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra: I- conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; II- proceder à inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”

o Direito Internacional Privado do foro indique como competente para dirimir a questão, se o incidente não for considerado de ordem pública. No Brasil, após o advento da Lei n. 9.307 de 23/09/1996, “dispõe sobre a arbitragem”, que é a lei nacional que regula a arbitragem como um todo, tudo indica que o País passou a admitir a arbitragem para dirimir litígios entre particulares, incondicionada à existência de um compromisso formal entre elas; quanto aos incidentes da arbitrabilidade e da capacidade de submissão à arbitragem, encontram-se eles regulados no art. 1º daquela Lei, “*verbis*”: “*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”

A arbitrabilidade nas arbitragens nacionais (existência de direitos patrimoniais disponíveis) é, no ordenamento jurídico brasileiro, claramente uma questão preliminar da maior relevância, portanto, norma de ordem pública que repele a aplicação de normas de ordenamentos estrangeiros, a ponto de o art. 25 da Lei brasileira sobre arbitragem, ter previsto que, se “*de sua existência, ou não, depender o julgamento arbitral, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral*”. Contudo, nada disse aquela Lei sobre as preliminares da capacidade de instituir ou de submeter-se a uma arbitragem, o que poderia ter feito, seja quando dispôs sobre as causas de nulidade do compromisso, seja quando regulou as causas de nulidade da sentença arbitral; como se trata de uma capacidade especial, seu regime se rege pelas normas que regulam a capacidade geral e a capacidade para contratar (portanto, além das normas gerais do Código Civil, aquelas relacionadas ao negócio “*sub specie*”).<sup>11</sup> Sendo assim, e não havendo a Lei disciplinado de maneira direta o incidente, na questão da capacidade para submeter-se a uma arbitragem no Brasil, cairá no regime geral da aplicação alternativa da Lei brasileira ou estrangeira, ou seja, submissível às normas do Direito Internacional Privado brasileiro, claro está, sob o controle da não-ofensa à ordem pública nacional.

A fase pré-arbitral diz respeito a todas as questões relacionadas à instituição da arbitragem, e, na esteira de grandes autores internacionais, poderíamos referir-nos a uma “fase de investidura dos árbitros” Nas arbitragens “ad hoc” entre

---

11. Em nosso entender, pela norma de direito material que regula o negócio no qual a arbitragem incide (a título de exemplo, as normas que regulam os contratos mercantis, a compra e venda de bens imóveis, as ações demarcatórias, etc.). Ainda em nosso entender, pelo fato de ter a Lei n. 9.307/96 regulado matéria especial, que é o compromisso, tendo expressamente no seu art. 44 revogado as normas do Código Civil e do Código de Processo Civil relacionadas àquele contrato, a capacidade de se comprometer numa arbitragem passou a ser regulada inteiramente por aquela Lei, que, como se disse, silenciou sobre tal tipo de capacidade especial.

Estados, ela é regida pelas normas costumeiras do Direito Internacional Público, em especial, nas regras que regem os efeitos das cláusulas compromissórias nos tratados e convenções internacionais ou nos tratados internacionais que consagrem compromissos entre os Estados-partes; nas arbitragens institucionalizadas, como no caso do Mercosul, a fase pre-arbitral se encontra totalmente regida nos instrumentos internacionais que as disciplinam, ou seja, os mencionados Protocolos de Brasília de 1991 e de Ouro Preto de 1994.

A nosso ver, é a fase pré-arbitral a mais criativa do instituto das arbitragens entre particulares, onde seu caráter misto de contrato e jurisdição mais se ressalta. Nesta fase, à semelhança dos legisladores constituintes ou constitucionais dos Estados ao criarem órgãos dos Poderes Judiciários internos, indivíduos ou empresas, ou como os temos denominados, os particulares, de maneira direta, ou por intermédio da atuação de um organismo privado de arbitragem, à qual expressamente se referem, investem, um indivíduo, ou uma comissão composta de pessoas físicas, com um poder jurisdicional, ou seja, conferem-lhes as faculdades de “dizer o direito”, no caso; dirimir um litígio, de maneira terminativa e cogente, entre eles. No fundo, trata-se da instituição de um poder-dever de dizer as normas jurídicas, a fim de dirimir controvérsias, por força de normas contratuais cujos efeitos são regulados por uma lei nacional, e, na atualidade, regulados igualmente por tratados e convenções internacionais, tornando-se, assim, a vontade dos particulares, “*a fonte jurídica do poder jurisdicional*” do(s) árbitro(s).<sup>12</sup>

A manifestação da vontade dos particulares pode assumir as formas de uma “convenção de arbitragem” definida na Lei brasileira, como uma cláusula compromissória ou um compromisso e, a nosso ver, ainda a forma de um contrato de arbitragem geral, ou seja, estipulação de resolver futuras controvérsias nos contratos já existentes entre eles, pela via arbitral.<sup>13</sup> A convenção de arbitragem, no Direito

---

12. Retiramos tais conceitos da extraordinária obra do advogado francês, Maître M. DE BOISSÉSON, no seu livro “*Le Droit Français de l’Arbitrage Interne et International*”, Paris, GLN-édition, 1990, cm particular, p. 94.

13. Tal tipo de contrato não se encontra descrito na Lei n. 9.307/1996 do Brasil, sendo contudo assimilável a uma cláusula compromissória, pelos seus efeitos futuros. Contudo nada impede sua existência, à vista dos termos do art. 4º § 1º assim redigido: “*A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira*” (sublinhado por nós acrescentado). O que se poderia eventualmente questionar é sobre a possibilidade de tais contratos abarcarem contratos supervenientes aos mesmos. Nas arbitragens internacionais, admite-se a hipótese, pelo efeito de “contaminação” que as cláusulas compromissórias exercem sobre todas as relações entre os contratantes, que já tenham estipulado a via arbitral para a solução de seus litígios num determinado contrato (existência de uma vontade implícita de arbitrar, estando presente os mesmos contratantes).



Comparado, como é sabido, tem um duplo efeito: a. positivo, de obrigar as partes naquela convenção a se socorrerem da arbitragem, no caso de controvérsias a que a mesma se referem; e b. negativo, de impedir o Poder Judiciário de um Estado, de julgar aquelas controvérsias, tendo em vista a existência de uma convenção de arbitragem entre os litigantes. Na verdade, o caráter misto da arbitragem faz, novamente, sua emergência: a convenção de arbitragem é um contrato de fazer, e, ao mesmo tempo, um “contrato judiciário”, que pode ser definido como uma estipulação de caráter privado entre particulares, mas que igualmente produz efeitos entre as partes e em relação aos Poderes Judiciários dos Estados, portanto, com um caráter de um Direito Público.<sup>14</sup> A importância da convenção de arbitragem é de tal ordem, na atualidade, que os tratados e convenções internacionais sobre arbitragem comercial, instituem a obrigação de os Estados, que neles são partes, se estabelecerem nos respectivos ordenamentos jurídicos internos, normas que dêem eficácia aos mencionados efeitos da convenção de arbitragem.

No Brasil, até o advento da Lei n. 9.307, de 23/09/1996, os efeitos positivos de uma cláusula compromissória<sup>15</sup> ou de um compromisso, eram inexistentes. Na verdade, as obrigações de as partes instituírem um árbitro único (pela aceitação de pessoa indicada pela outra parte) ou de formarem um tribunal arbitral (pela indicação de árbitro, por provocação da outra parte), eram configuradas pela Jurisprudência brasileira e pela doutrina dos civilistas, como obrigações de fazer, cuja inadimplência resultava em constituir a parte inadimplente, em devedor de perdas e danos, de difícil ou impossível aferição. Com a entrada em vigor daquela Lei, as obrigações de fazer, contidas na convenção de arbitragem, seja cláusula seja compromisso, ganharam uma realidade, com as possibilidades de acionamento do Poder Judiciário, para suprir a vontade da parte recalcitrante (procedimento judicial contemplado no art. 7º) ou de se colocar em funcionamento eventuais mecanismos automáticos de constituição de tribunais arbitrais, conforme previstos em algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada em arbitragem, que as partes tenham previsto na cláusula compromissória (art. 5º).

---

14. Outra estipulação de natureza privada entre particulares, mas que tem um caráter de Direito Público, por produzir efeitos em relação aos Poderes Judiciários, é a cláusula de eleição de foro, como a cláusula compromissória, igualmente susceptível de determinar a jurisdição dos tribunais judiciários dos Estados.

15. Havia, como ainda se encontra vigente no Brasil, o Protocolo de Genebra sobre cláusulas de arbitragem, assinado sob a égide da Liga das Nações, a 24 de setembro de 1923, promulgado pelo Decreto n. 21.187 de 22 de março de 1932, que jamais foi considerado pela Jurisprudência brasileira, como capaz de produzir efeitos no território nacional.

Quanto aos efeitos negativos da convenção de arbitragem, que são, como se acentuou, verdadeiros fenômenos de natureza processual civil, o Código de Processo Civil, antes da entrada em vigor da Lei n. 9.307, de 23/09/1966, de maneira imperfeita, reconhecia tão-só ao compromisso, o poder de dar causa à extinção de um processo judicial, sem julgamento do mérito, (art. 267, inc. VII), no caso de ser aquele contrato existente e na condição de ser invocado pelo réu, na sua contestação (art. 301 inc. IX). A referida Lei, no seu art. 41, ao ter substituído, nos mencionados artigos do CPC as palavras “compromisso arbitral”, por “convenção arbitral”, estendeu os efeitos negativos, igualmente às cláusulas compromissórias. Claro está que os efeitos negativos da convenção de arbitragem devem ser lidos, em estreita correlação aos seus efeitos positivos: no caso de serem acionados os mecanismos automáticos previstos no art. 5º, os mesmos devem produzir os mesmos resultados jurídicos que os procedimentos judiciais contemplados no art. 7º, ou seja, de extinguir os processos judiciais; contudo, no caso de se tratar de mecanismos contemplados nas funções de órgãos arbitrais ou de entidades especializadas em arbitragens, existe o pressuposto lógico de serem tais órgãos ou entidades constituídos ou sediados no Brasil, levando-se em conta que não se poderia admitir que um órgão ou entidade estrangeiros tivesse o condão de extinguir um processo judicial no País, à vista do art. 90 do CPC,<sup>16</sup> que, proibindo a litispendência internacional (extingüibilidade de um processo judicial no Brasil, por existir um semelhante em curso em outro país), com mais forte razão, proibiria efeitos junto ao Poder Judiciário nacional, de decisões de órgãos privados estrangeiros ou de entidades privadas estrangeiras. Esta questão diz respeito à competência de órgãos do Poder Judiciário brasileiro, e, portanto, constitui matéria de ordem pública, o que impede que qualquer Direito estrangeiro possa substituir o Direito nacional brasileiro neste campo.

Na fase arbitral propriamente dita, que se inicia, nas arbitragens entre particulares, com a instalação do árbitro único ou do tribunal arbitral (no Direito brasileiro, a partir da aceitação das nomeações, pelo árbitro único ou por todos os componentes do tribunal arbitral, cf. art. 19 da Lei n. 9.307/1996), os procedimentos arbitrais desenvolvem-se, conforme as regras que os litigantes direta ou indiretamente instituíram, ou que deixaram ao(s) árbitro(s) fixar. A autonomia da vontade dos litigantes é plena, pois a referida Lei institui tal liberalidade, nos termos do seu art. 24, podendo, no caso, os litigantes ou o(s) árbitro(s) escolherem normas de órgãos ou entidades

---

16. Assim se lê o referido art. 90 do CPC do Brasil: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma e das que lhe são conexas”.

estrangeiras, para as arbitragens brasileiras, sempre que não haja ofensa à ordem pública brasileira. Na eventualidade de necessidade de medidas cautelares ou de providências constritivas contra terceiros (a exemplo: condução de testemunhas “*sub vara*”, exibição compulsória de livros contábeis, realização de perícia ou para a produção de provas consideradas imprescindíveis para o prosseguimento da arbitragem), cabe ao(s) árbitro(s) e não a um dos litigantes, solicitá-las ao Poder Judiciário brasileiro competente, nos termos do art. 22 e §§ da citada Lei, fato esse que ressalta o caráter processual da arbitragem entre particulares, uma vez que a Lei conferiu ao(s) árbitro(s) legitimidade ativa para acionar o Poder Judiciário, naquelas matérias procedimentais. Trata-se de um procedimento de cooperação entre órgãos judicantes, à semelhança das cargas precatórias intercambiadas entre órgãos do Poder Judiciário nacional, segundo o qual, a autoridade deprecada tem o dever de cumprir com um pedido de outra.

Enfim, na fase pós-arbitral, que, nas arbitragens entre particulares, se inicia com a prolação da sentença arbitral, os direitos constituídos por esta, saem da esfera da arbitragem, que se considera, portanto, terminada (art. 29 da Lei n. 9.307/1996), para integrar o universo “*erga omnes*” dos direitos e deveres entre os litigantes, salvo nas hipóteses de ainda permanecer algum ponto litigioso não-resolvido pelo(s) árbitro(s) (sentenças arbitrais “*citra petita*”), de haver a decisão arbitral sido proferida fora dos limites da convenção arbitral ou de faltar à decisão arbitral um dos requisitos obrigatórios que a Lei exige, hipóteses essas que legitimam o Poder Judiciário, num pedido de decretação da nulidade da sentença, ou em embargos do devedor, ordenar ao(s) árbitro(s) que profiram nova sentença arbitral (art. 33 § 2º inc. II e § 3º da Lei n. 9.307/1996). Esta fase da arbitragem entre particulares se situa eminentemente num campo do processo civil, onde inexistente a autonomia da vontade dos litigantes, uma vez que se trata de efeitos instituídos em relação aos mesmos, mas referenciados ao Poder Judiciário do país em que a arbitragem foi realizada; portanto, é matéria de ordem pública.

### III. A Tipologia das Arbitragens entre Particulares: Arbitragens Nacionais e Arbitragens Estrangeiras.

Relembre-se que a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, é uma Lei brasileira, originária de fontes legisladoras brasileiras e, sendo assim, disciplina ela fenômenos jurídicos acontecidos no Brasil, ou que devem produzir efeitos no território nacional. Não pretende ela ter efeitos além do território nacional e, portanto, não tem efeitos extraterritoriais, ou seja, não poderia regulamentar as arbitragens que podem,

eventualmente, ser válidas em qualquer outra parte do mundo; tais atributos somente podem ser conferidos às arbitragens, através de uma disciplina jurídica conferida por uma norma de fonte internacional, como os tratados e convenções internacionais ou ainda os usos e costumes do comércio internacional. Isto posto, é necessário ressaltar que a Lei brasileira, ademais da sua vocação de disciplinar as arbitragens tipicamente brasileiras, versa unicamente aquelas arbitragens estrangeiras, que se pretende serem válidas e eventualmente exequíveis no Brasil. Portanto, a Lei brasileira somente versa de dois tipos de arbitragens: as brasileiras e as estrangeiras, pouco importando que estas últimas tenham ou não uma nacionalidade, ou que sejam despregadas de qualquer vínculo com legislações nacionais de outros países, que sejam válidas em qualquer lugar do mundo ou ainda regidas por uma “*lex mercatoria*” Portanto, para a Lei brasileira, conforme se verá, as arbitragens ou são brasileiras, com ou sem incidência de leis estrangeiras, ou são estrangeiras.

Na verdade, como existe a possibilidade, por sinal cada vez mais freqüente, sobretudo na área de negócios jurídicos, da presença de elementos estrangeiros nos negócios celebrados no território nacional ou que tenham relação com o Brasil, os quais contaminam as relações jurídicas vigentes no País, com direitos e deveres regulados por normas de outros países, o sistema jurídico nacional deve regular tais fenômenos, em que um elemento de estrangeidade relevante se apresenta. Como se sabe, é função do Direito Internacional Privado nacional, determinar a norma, entre a nacional e a estrangeira, que deverá reger aquele fenômeno, onde incidem, ao mesmo tempo, duas ou mais normas de sistemas jurídicos nacionais; no caso do sistema jurídico brasileira, o Direito Internacional Privado se encontra na Lei de Introdução ao Código Civil, (arts. 7º a 19) e na legislação esparsa, que regula os fenômenos vários do Direito, nos aspectos em que emerge a presença de um elemento estrangeiro relevante. Neste particular, na hipótese de numa arbitragem haver a incidência de leis estrangeiras, se a sentença arbitral for proferida no Brasil (*a contrario sensu*, como se verá), ela será brasileira, ainda que haja importantes e muito relevantes vínculos significativos com sistemas jurídicos estrangeiros.

No caso das arbitragens entre particulares, a Lei n. 9.302/1996 regula, no seu Capítulo VI, ementado “Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, insista-se, tão-somente as arbitragens estrangeiras, e não as arbitragens internacionais; quanto às arbitragens nacionais com a incidência de vínculos relevantes com sistemas jurídicos estrangeiros, são elas reguladas nos demais capítulos daquela Lei, ou seja, conforme o mesmo regime jurídico que as arbitragens totalmente nacionais,

com os temperamentos trazidos pelo Direito Internacional Privado brasileiro. As sentenças arbitrais estrangeiras, se fossem as arbitragens unicamente contratos, teriam validade direta no território nacional, mas, sendo igualmente jurisdição, necessitam de um procedimento de sua nacionalização, que tem por finalidade, conferir às arbitragens estrangeiras os mesmos efeitos entre as partes e em relação a terceiros, que uma sentença arbitral nacional produz, e outros efeitos típicos de negócios internacionais (como a necessidade de prova de um título judicial para a remessa de valores para o Exterior) ou ainda tem por fim tornar um título de natureza privada originado no Exterior, num título exequível no Brasil, num eventual processo de execução judicial compulsória.

O legislador brasileiro, dentre os possíveis critérios existentes para a tipificação das arbitragens como sendo estrangeiras,<sup>17</sup> determinou no art. 34 parágrafo único, que fosse o lugar em que a sentença arbitral foi proferida, bem como determinou que tal lugar deverá constar como elemento obrigatório do compromisso arbitral (art. 10 inciso IV). O critério é sem dúvida imperfeito, pois o melhor parece que teria sido conferir uma “sede jurídica” da arbitragem no Brasil ou no Exterior; como se sabe, o “lugar da prática de um ato” não se confunde com “sede jurídica” que significa um universo mais amplo que a simples localização espacial de um negócio através de um dos seus elementos constitutivos, por sinal, o menos relevante, como sua formalização por escrito; o conceito de sede de uma arbitragem, conforme utilizado na maioria das legislações comparadas, é complexo, e se baseia em critérios menos simplistas, tais como “centro de gravidade das arbitragens” “interesses do comércio internacional” “ligações relevantes através de vários elementos de conexão da arbitragem, com uma legislação nacional”

De qualquer forma, respeitada a opção do legislador brasileiro, ainda sobreleva uma dificuldade: nos casos de arbitragens fundadas numa cláusula

---

17. As outras opções se encontram arroladas na Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, da Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional, Uncitral, de 1985, no seu art. 1º § 3º assim redigido: “Uma arbitragem é internacional quando: a. as partes numa convenção de arbitragem, no momento da conclusão da mencionada convenção, têm seus domicílios em Estados diferentes; b. um dos lugares a seguir mencionados, se encontra situado fora do Estado no qual as partes têm seus domicílios; c. o lugar da arbitragem, se estiver estipulado na convenção de arbitragem ou determinado em virtude da mesma; d. qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações originárias da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio tenha a conexão mais relevante; e. as partes expressamente convencionaram que o objeto da convenção de arbitragem tenha relacionamento com vários países” Veja-se nosso trabalho “Arbitragem Comercial Internacional o Projeto da Uncitral (Lei Modelo)”, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 83 (jan/dez) 1988, pp. 176-218.

compromissória, em que as partes tendo deixado ao(s) árbitro(s) ou a um órgão ou instituição arbitral estrangeiros determinarem a norma de procedimento, poderão estes fixar livremente o lugar onde será proferida a sentença, numa arbitragem que, por todos os seus títulos, deveria ter sido realizada no Brasil! Nossa convicção é de que a matéria da determinação do lugar onde será proferida uma sentença arbitral, é matéria de processo civil, portanto de ordem pública, uma vez que, conforme se verá a seguir, implica na determinação do regime jurídico da validade, no território nacional, de um ato privado, com efeitos na competência e jurisdição do Poder Judiciário brasileiro e, inclusive, na determinação do juiz de primeiro grau que terá competência para decretar eventuais medidas cautelares pedidas pelos árbitros, e todo regime das nulidades do compromisso e da sentença arbitral. Na verdade, as arbitragens nacionais produzem os mesmos efeitos entre as partes e seus sucessores que as sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro e, sendo condenatórias, constituem, no Brasil, título executivo (art. 31), bem como se encontram submetidas a controles de validade dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro (em particular, art. 32 e art. 33), ao passo que as arbitragens estrangeiras, somente têm seus efeitos reconhecidos no País e podem ser executadas no território nacional, após sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 35 da Lei brasileira. Por outro lado, nas arbitragens brasileiras, os árbitros têm uma competência paralela àquela dos juízes nacionais de primeiro grau, a ponto de terem legitimidade de pedir, por direito próprio, “medidas coercitivas ou cautelares ao órgão do Poder Judiciário que seria originariamente competente para julgar a causa” (art. 22 § 4º); ora, nas arbitragens estrangeiras, mal se vê como poderia um juiz de primeiro grau aceitar um pedido precatório provindo do Exterior (e muito menos o STF, órgão do Poder Judiciário para conhecer, originariamente das arbitragens estrangeiras), sem pelo menos uma chancela do “*exequatur*” do STF.<sup>18</sup> Ademais, deixarmos tais incidentes relativos à competência e jurisdição de órgãos do Poder Judiciário brasileiro, ao alvedrio de órgãos e entidades estrangeiras especializados em arbitragem, seria completa subversão de princípios que regem o Processo Civil brasileiro, razão pela qual, a fixação do lugar onde é proferida uma sentença arbitral, pelas consequências

---

18. Na verdade, se for considerado que o pedido de um árbitro a um juiz de primeiro grau seja semelhante a uma carta precatória, com mais forte razão um pedido de um árbitro estrangeiro deverá ser assimilado a uma carta rogatória, cuja execução no Brasil, como se sabe, depende do “*exequatur*” do STF. Outro entendimento, seria dar a um pedido de um árbitro sediado no estrangeiro, mais força de autexecutoriedade no território nacional, do que um pedido formal advindo de um órgão do Poder Judiciário estrangeiro.

que acarreta, na órbita do processo civil, é uma questão de ordem pública, pois aquela fixação irá determinar se uma arbitragem é brasileira ou estrangeira.

As normas que regem a validação da sentença arbitral estrangeira no território nacional, como se disse, exigem sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Vale a pena transcrever o art. 35 da Lei n. 9.307/1996: “*Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal*” O advérbio “unicamente” constante neste dispositivo da Lei, não foi por acaso: com ele, instituiu-se a competência exclusiva para o STF de conhecer, originariamente, pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, em paridade a sentenças judiciais estrangeiras, tendo-se assim, tornado caducos os precedentes daquela Suprema Corte, que exigiam a apresentação das sentenças arbitrais estrangeiras, homologadas por Poderes Judiciários de outros países.<sup>19</sup> Estando afastado o sistema da dupla homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, a Lei brasileira foi coerente com os princípios que adotou quanto às arbitragens nacionais: se as sentenças arbitrais nacionais não mais dependem de homologação dos juízes de primeiro grau, para produzirem seus efeitos (relembre-se, elas têm o mesmo valor que as sentenças judiciais), igualmente as sentenças arbitrais estrangeiras, independem da homologação dos juízes de primeiro grau estrangeiros, do lugar onde foram proferidas. Por outro lado, pelo fato de ter a Lei afastado a dupla homologação, afastou ela, em definitivo, o fantasma de provar-se haver sido citada a parte residente no Brasil, de conformidade com os procedimentos rogatórios do Regimento Interno do STF, no então exigido processo de homologação da sentença arbitral estrangeira, que tinha curso, quando possível,<sup>20</sup> frente aos Poderes Judiciários estrangeiros.

Outra consequência de tal regime novo da Lei, no relativo às arbitragens estrangeiras, foi o de haver-se dado aos procedimentos citatórios da parte residente ou domiciliada no País, utilizados nas arbitragens, os efeitos de plena validade no Brasil,

---

19. Para uma apreciação da jurisprudência do STF no regime normativo brasileiro, anterior à Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, veja-se nossos trabalhos: “*Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil: Vicissitudes*” Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 78, v. 641, (mar. 1989), pp. 29-57 e “*O Supremo Tribunal Federal e as Arbitragens Comerciais Internacionais: “De Lege Ferenda”*”. Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 78, v. 642, (mai. 1989), pp. 38-71.

20. Relembre-se que muitos pedidos de homologação de arbitragens eram repelidos em Judiciários estrangeiros, pela simples razão de que eram pedidos inúteis e inexistentes nas legislações estrangeiras, sendo dado que estas já consideravam as sentenças arbitrais em paridade com as sentenças judiciais locais.

desde que levados a cabo de conformidade com a convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, *“admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegura à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa”* (art. 39, parágrafo único). Sendo assim, o STF, ao homologar uma sentença arbitral estrangeira, não mais poderá invocar a ordem pública e indeferir um pedido de homologação, com a fundamentação de que na arbitragem realizada no Exterior, os procedimentos de citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, não seguiram os moldes e os caminhos impostos pelo Código de Processo Civil brasileiro, para as citações judiciais no País.

Uma análise do capítulo da Lei brasileira sobre arbitragem relativa ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, revela sua perfeita harmonia com as normas das convenções multilaterais internacionais vigentes na maioria dos Estados da atualidade, seja daquelas regionais em que o Brasil é parte, seja daquela universal em que ainda não é parte, tal a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada na sede da ONU, a 16 de junho de 1958. Aquele capítulo é bastante simples: tendo realizado a equiparação da sentença arbitral estrangeira à natureza de uma sentença judiciária estrangeira, a Lei n. 9.307/96 no seu art. 36, manda aplicar os procedimentos homologatórios já existentes no Brasil no concernentes a esta (arts. 483 e 484 do CPC que fazem remissão aos dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal),<sup>21</sup> aos procedimentos homologatórios de sentenças arbitrais estrangeiras. Somente são elencados as necessidades particulares de, nos pedidos de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, juntarem-se: *“a. o original da sentença arbitral ou cópia devidamente certificada, autenticada pelo Consulado brasileiro, acompanhada de tradução oficial e b. o original da convenção da arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução*

---

21. Como se sabe, a homologação de uma sentença judiciária estrangeira perante o STF, segue o denominado procedimento deliberatório: o magistrado brasileiro, não podendo julgar o mérito do que se encontra decidido pelo Judiciário estrangeiro, ou homologa por inteiro uma decisão judicial, ou não a homologa, sendo-lhe vedado modificar os dispositivos daquela decisão. As causas de denegação da homologabilidade são restritas e encontram-se elencadas no Regimento Interno do STF, de maneira taxativa, no art. 211 (seus efeitos *“atentem contra a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”*) e no art. 212: ausência *“de algum dos seguintes requisitos: I- revestir-se das formalidades necessárias à sua execução, segundo as leis do respectivo Estado; II- ter sido proferida por juiz competente, após citação das partes ou verificação de sua revelia, consoante os preceitos legais; III- ser irrecurável; IV- estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial, dispensada a sua transcrição no registro público”*



oficial”<sup>22</sup> Da mesma forma como as causas de denegação da homologação da sentença judiciária estrangeira, as causas de denegação da homologação para o reconhecimento ou execução de sentença estrangeira são taxativas, nos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.307/96, e configuram, igualmente, um procedimento delibatório (que limita o poder do juiz homologador, a meramente conceder ou denegar eficácia no Brasil à sentença arbitral estrangeira, sem que o mesmo possa julgar o mérito do “decisum” dos árbitros no Exterior). Tais normas nada mais são do que a transcrição, no ordenamento jurídico nacional, das normas da Convenção de Nova York para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, as quais, por sua importância, conforme reescritas nos dispositivos da Lei brasileira, merecem transcrição “*in verbis*”:

Art. 38 – Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I- as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II- a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III- não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV- a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V- a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI- a sentença arbitral não se tenha tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país, onde a sentença arbitral for prolatada.

---

22. A equiparação que a Lei n. 9.307/96 faz entre a sentença arbitral estrangeira e a sentença judicial estrangeira, é evidente. Na verdade, tal como o Regimento Interno do STF exige a autenticação pelo cônsul brasileiro de uma sentença judicial estrangeira (art. 212 inc. IV), a Lei igualmente exige autenticação consular das sentenças arbitrais estrangeiras. Note-se que, no que se refere à convenção arbitral, por se tratar de um ato privado entre dois particulares, sem a intervenção de árbitro(s), a Lei dispensa sua autenticação consular, no caso de se tratar de cópia, mas tão-somente exige uma cópia certificada, de qualquer modo aceita no Processo Civil brasileiro.

Art. 39 – Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I- segundo a Lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II- a decisão ofender a ordem pública nacional.

Parágrafo único—Não será considerada ofensa à ordem pública nacional, a efetivação de citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país, onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal como prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Finalmente, o art. 40 da Lei n. 9.307/96, permite a renovação pela parte interessada, do mesmo pedido de homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, que tenha sido denegado por vícios formais, “uma vez sanados os vícios apresentados”. A nosso ver, os únicos vícios sanáveis dizem respeito a uma decisão arbitral “*citra petita*” (inc. IV do art. 38), eventualidade em que as partes deverão, de comum acordo, novamente dirigir-se ao(s) árbitro(s) para que completem a sentença arbitral, e a perda de provisoriedade desta, no lugar onde foi proferida (inc. VI), seja por se ter tornado obrigatória, seja pelo fato de sua suspensão por órgão judicial do país daquele lugar sido tornada sem efeito, naquele foro. A nosso ver, os demais vícios são insanáveis numa sentença arbitral estrangeira que já tenha sua homologação sido rejeitada pelo STF.

#### IV. As Arbitragens Internacionais: Suas Fontes Normativas e as Instituições Arbitrais Privadas no Comércio Internacional.

As dificuldades inerentes à tipificação do que seja um contrato internacional, em confronto com os contratos tipicamente nacionais, se refletem na arbitragem entre particulares, pois, como já acentuamos, esta tem um caráter misto de contrato e jurisdição. Por outro lado, a questão da competência internacional dos Poderes Judiciários internos dos Estados, no que se refere à validade de seus atos, nos ordenamentos jurídicos de outros Estados, igualmente se encontra presente no assunto, dada aquela natureza bivalente das arbitragens e ao caráter de assimilação a uma sentença judiciária, que, na atualidade, os laudos arbitrais (perfeito sinônimo de “sentença arbitral”) se revestem. Sendo assim, a arbitragem verdadeiramente internacional, que se denomina arbitragem comercial internacional, seria aquela que estaria ancorada em

normas de natureza internacional, que estariam vigentes no território de qualquer Estado, cuja fase preliminar de existência da arbitragem, e fases pré-arbitral, do procedimento arbitral e fase pós-arbitral, estariam reguladas por normas de extração internacional, em particular: tratados e convenções multilaterais entre os Estados e sobremaneira os usos e costumes do comércio internacional. De igual forma importa notar, que, em princípio, uma arbitragem comercial internacional, por pretender ter uma validade em qualquer lugar do mundo, no pressuposto de que existiria uma relativa harmonia ou unificação entre normas internas dos Estados, dispensaria a necessidade de se ter de escolher entre normas conflitantes, e, portanto, nela, o Direito Internacional Privado não teria guarida. Enfim, o lugar da sede da arbitragem comercial internacional seria um incidente de importância menor, unicamente importante para as eventuais providências e medidas compulsórias solicitadas a um Poder Judiciário local, tendo em vista que elas se tipificam como “internacionais”, ou seja, “estrangeiras” em qualquer parte do mundo. Isto posto, a atribuição de uma “nacionalidade” a uma arbitragem comercial internacional, teria efeitos bastante limitados, quando seus atos fossem apreciados por autoridades administrativas internas dos Estados, em particular, seus Poderes Judiciários.<sup>23</sup>

Na verdade, a doutrina internacionalista tem admitido a existência de uma “*lex mercatoria*” um verdadeiro “*corpus juridicus*” composto de normas jurídicas, que regeriam as arbitragens comerciais internacionais. Tais normas seriam um “*jus scriptum*” constante de tratados ou convenções multilaterais ou de atos unilaterais de organizações interestatais, como a ONU ou a OEA, e/ou expressas em normas costumeiras do comércio internacional ou em decisões arbitrais repetidas, proferidas por árbitros únicos ou por tribunais arbitrais, constituídos sob a égide de órgãos ou instituições privadas especializadas em arbitragem, de fama internacional, entidades essas que têm um corpo de regras e decisões colegiadas, e, sobretudo, normas declaradas em várias decisões arbitrais pelo mundo afora, e que uma substancial contribuição da doutrina comparada internacional tem procurado tipificar e analisar.

---

23. Na qualificação de uma arbitragem pela nacionalidade de um país, são possíveis critérios variados, como a nacionalidade do árbitro ou do superárbitro, o lugar de prolação da sentença arbitral, a nacionalidade da lei que regula a arbitragem como um todo, ou, eventualmente, a lei que regula a fase pré-arbitral, em particular, a validade e efeitos da convenção arbitral. Dentre os efeitos da atribuição, num foro nacional, de uma nacionalidade a uma arbitragem comercial internacional, estariam, eventualmente, razões de discriminação contra determinados Estados, por motivos de reciprocidade ou os condenáveis de retorsão comercial.

Conforme já nos expressamos, “*nos dias correntes, existe uma simbiose quase que necessária entre o instituto da arbitragem e o comércio internacional. A extraordinária expansão das relações econômicas, nomeadamente as comerciais, entre pessoas submetidas a sistemas jurídicos nacionais distintos, nos nossos dias, coincide com um revigoramento do instituto da arbitragem, sobretudo naqueles negócios que necessitam de soluções expeditas e especializadas, na eventualidade de litígios que venham a surgir entre parceiros. Os negócios internacionais, na verdade, em apenas alguns aspectos limitados, podem ser assimilados àqueles que nascem, se desenvolvem e se esgotam inteiramente dentro de um sistema jurídico nacional: a presença de elementos estrangeiros relevantes, pode torná-los institutos mistos, entre aqueles do Direito brasileiro e de outros países, nos quais, na eventualidade de controvérsias sobre sua interpretação e aplicação, se necessitem examinadores e/ou julgadores com um conhecimento diferente de quem se acha habituado a unicamente ter à vista o Direito brasileiro. Pode-se dizer, com toda certeza, que o atual prestígio do instituto da arbitragem, nada mais representa que a consagração de um meio de soluções de controvérsias, num mundo globalizado, cada vez mais distante das soluções propiciadas exclusivamente por leis nacionais*”

Os tratados e convenções multilaterais internacionais sobre arbitragem comercial internacional, fenômeno recente na história das relações internacionais, cumprem com uma dupla função: a. estabelecem padrões normativos internacionais, com a obrigação de os Estados-partes adequarem suas legislações internas, aos mesmos (funções de um direito uniforme ou de uma harmonização das legislações nacionais, seja no que respeita às leis que regulam a arbitragem como um todo, seja no que respeita às normas do processo civil, no que respeita à validade das sentenças arbitrais); b. constituem normas que o(s) árbitro(s) do comércio internacional aplica(m) diretamente, nas arbitragens comerciais internacionais nas quais devem decidir. Podem ser classificados em três tipos:

a. *universais*, abertos a todos os Estados da atualidade, tal a Convenção de Nova York para o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10/VI/1958, elaborada sob a égide da ONU e que, na atualidade, juntamente com a Convenção do BIRD, de 18/III/1965 (veja-se além), constitui os dois grandes pilares das arbitragens internacionais, os quais agrupam elas os Estados mais importantes para o comércio internacional nos dias correntes. Deve dizer-se que o Brasil, até o momento, unicamente permanece ligado ao Protocolo, de 1923, como um importante Estado do comércio internacional, solitário, neste diploma legislativo internacional de caráter

munificado,<sup>24</sup> o qual continua regendo as relações entre os particulares nacionais, domiciliados ou residentes naqueles países, que, por não serem partes da Convenção de Nova York, ainda permanecem partes do mesmo: Albânia, Birmânia, Congo (ex-Zaire), Gâmbia, Guiana, Iraque, Jamaica, Malta, Ilhas Maurício, Paquistão e Zâmbia.<sup>25</sup>

b. *regionais*, circunscritas a Estados de uma determinada região geográfica, das quais se destacam duas, no continente americano, elaboradas sob a égide da Organização dos Estados Americanos, a OEA, e vigentes na órbita internacional: 1) a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá, a 30/01/1975 (cópia aperfeiçoada da Convenção de Nova York, de 1958), que o Brasil assinou e promulgou como lei interna, pelo Decreto n. 1.902 de 09/05/1996, a qual apresenta grande interesse para o Brasil, tendo em vista que por ela se podem regular as relações comerciais, no campo da arbitragem, entre parceiros comerciais submetidos à Lei brasileira e ao Direito norte-americano e b) a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, adotada em Montevidéu, em 1979, assinada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto n. 2.411 de 2/08/1997

c. *sub-regionais*, naqueles tipos de organizações de integração econômica regional, que não adotaram procedimentos judiciais (tribunais judiciários institucionalizados) para a solução de litígios comerciais, como no Nafta (North American Free Trade Association) e, em especial, no Mercosul, o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile (estes países, Estados associados ao Mercosul), aprovados pela Resolução CMC n. 03/98, de 23/07/1998, ambos, nos dias correntes, em processo de aprovação pelo Poder Legislativo brasileiro, para fins de ratificação. No que respeita a facilidades para o reconhecimento de sentenças arbitrais comerciais prolatados no âmbito do Mercosul, no território dos Estados-partes, ainda há de referir-se às normas do Protocolo de Las Leñas, de 23/09/1992, sobre Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial,

---

24. Há notícias de já ter sido enviada Mensagem Presidencial à Câmara de Deputados, com o texto da Convenção de Nova York, para fins de aprovação legislativa, o que permitirá ao Brasil adrir à mesma.

25. De acordo com o art. VII § 2o da Convenção de Nova York, o Protocolo de Genebra, de 1923, foi revogado para os países que assinaram aquela Convenção ou a ela aderiram. Confira-se, *apud* Ph. Fouchard, E. Gaillard e G. Goldman, *Traité de l'Arbitrage Commercial International*, Paris, LITEC, 1996, p. 140 § 241.

Trabalhista e Administrativa (em especial, arts. 16 a 24),<sup>26</sup> no Brasil promulgado pelo Decreto n. 2.067, de 12/11/1996, e ao Protocolo de Buenos Aires, de 1994, sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual (especialmente art. 4º, inc. 2º), no Brasil promulgado pelo Decreto n. 2.095, de 17/12/1996.

Fato relevante a considerar no presente tema, é que os mencionados característicos da arbitragem, que a tornam um instituto mais adequado a resolver litígios entre negociantes internacionais, comparativamente aos procedimentos judiciais internos dos Estados, tem sido observados, de maneira pragmática, no correr do Séc. XX, pelos grandes agentes do comércio internacional, os particulares. Foi por sua iniciativa que relevantes instituições propiciadoras de serviços relacionados à arbitragem comercial internacional tem sido constituídos, em todas as praças comerciais do mundo, alguns de natureza geral, como a Corte de Arbitragem<sup>27</sup> da Câmara de Comércio Internacional de Paris, a prestigiada CCI, ou a *London Court of International Arbitration*, outros, especializados em determinados assuntos como o comércio de café, de cacau, de obras cinematográficas, para citar apenas alguns temas. Na verdade, as mais relevantes câmaras de comércio bilaterais existentes no mundo, possuem um centro ou uma comissão de arbitragem, que copiaram os serviços e regras oferecidos pela CCI. Em data recente, a 1993, por iniciativa dos Estados, foi instituído, junto à Organização Mundial da Propriedade Intelectual, a OMPI, com sede em Genebra, como um órgão daquela organização internacional, um Centro de Arbitragem e Mediação, destinado a solucionar disputas entre particulares, em matéria de propriedade industrial e de direitos de autor e conexos e que apesar de sua infância, já se tem notabilizado por resolver litígios internacionais em matéria de Informática Jurídica, em particular, no relativo a nomes de domínio na Internet, em confronto com nomes e marcas comerciais.

Tais centros ou comissões de arbitragem institucional, que não devem ser confundidos com um árbitro único ou com um tribunal arbitral (este, por vezes igualmente denominado de comissão arbitral), os quais são os julgadores eleitos pelas partes, através da intervenção daqueles centros ou comissões de arbitragem, se constituem de quatro elementos:

---

26. O Protocolo de Las Leñas facilitou o trâmite do processo de reconhecimento das sentenças arbitrais providas de países do Mercosul, perante o STF, conferindo-lhes um trâmite de cartas rogatórias, e por intermédio de autoridades centrais designadas pelos Estados.

27. Em que pese sua denominação, não se trata de uma corte composta de árbitros, mas de uma comissão composta de ilustres personalidades eleitas em várias partes do mundo, segundo critérios daquela organização privada.

a. um corpo de regras sobre os modos de se proceder para a investidura de um árbitro único ou a constituição de um tribunal arbitral;

b. um conjunto de regras mínimas sobre o procedimento a ser seguido pelo árbitro único ou pelo tribunal arbitral no decorrer da arbitragem, bem como sobre indicação do direito material a ser aplicado, normas todas de caráter supletivo, que podem ser alteradas pelas partes litigantes;

c. normas que instituem um corpo de funcionários, com a particular incumbência de auxiliarem, na constituição do tribunal arbitral (recebimento e remessa de notificações entre os litigantes, indicação de árbitro, em caso de impossibilidade ou de recusa de indicação pela parte litigante, indicação de superárbitro, em casos semelhantes), de auxiliarem nos procedimentos arbitrais (fornecimento de serviços de secretariado) e, enfim, de guarda dos atos produzidos durante tais procedimento, nomeadamente, do laudo arbitral e, finalmente,

d. uma lista com nomes de pessoas (eventualmente também de instituições), da qual podem ser retirados os nomes de eventuais árbitros e/ou superárbitros e seus possíveis substitutos, a serem nomeados pelos litigantes, se assim o desejarem.

Enfim, o presente estudo não ficaria completo, sem referência obrigatória a uma forma especial de arbitragem, já referida, ou seja, a arbitragem entre um Estado e um particular estrangeiro, que se encontra regulamentada, em nível internacional, pela Convenção de Washington, de 18/03/1965, sob os auspícios do Banco Mundial, que instituiu o Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas a Investimentos, o CIRDI (ou, em inglês ICSID). Na verdade, a Convenção CIRDI de Washington contempla aqueles quatro elementos que compõem as arbitragens institucionais típicas entre particulares, anteriormente mencionados: um corpo de regras de constituição e investidura dos julgadores arbitrais, um conjunto de regras supletivas sobre procedimentos e direito aplicável à substância do litígio, dispositivos sobre atribuições a funcionários do Centro e, finalmente, uma lista com nomes de pessoas elegíveis a árbitros e/ou superárbitros. Note-se que o Brasil não assinou nem aderiu à Convenção de Washington, de 1965, não sendo, portanto, parte do CIRDI, que, como se sabe, é uma das entidades que constituem o que se denomina o Grupo do Banco Mundial.<sup>28</sup>

---

28. Os componentes do denominado “Grupo do Banco Mundial”, são: o próprio Banco Mundial (ou seja, o BIRD), a Corporação Financeira Internacional (CFI), a Agência Internacional de Desenvolvimento (AID), o CIRDI, e a Agência Internacional de Garantia de Investimentos (o denominado MIGA, a partir da sigla de sua denominação em inglês). Como se disse, o Brasil somente não é parte do CIRDI.

## V. Perspectivas das Arbitragens Estrangeiras e das Arbitragens Comerciais Internacionais no Brasil.

No caso de ser considerada pelo Supremo Tribunal Federal, uma norma que não conflita com a vigente Constituição Federal do Brasil,<sup>29</sup> a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, colocará o País, no devido lugar que lhe cabe, como um “*global trade*”, que ele é, e que portanto, deve oferecer aos agentes do comércio internacional, a solução mais apropriada para eventuais conflitos que venham a surgir no campo dos negócios celebrados no Brasil, com vínculos relevantes vinculados às legislações estrangeiras ou em negócios internacionais. A adoção daquela Lei não representou uma necessidade isolada do País de adequar seu sistema de soluções de litígios internos, a medidas universalmente dominantes na atualidade, mas antes deve ser interpretada como uma imposição resultante da economia vigente nos dias correntes, de início de século, qual seja, da formação de blocos de integração econômica regional. Na verdade, a quantidade de normas referentes à arbitragem, que regem as relações entre particulares no Mercosul, provam tal assertiva.

No que se refere à adequação da Lei brasileira às normas internacionais, acreditamos que a mesma é das mais perfeitas. Não-só a Lei n. 9.307/96 encontra-se coerente com as normas de convenções internacionais regionais vigentes no País, como a Convenção Interamericana do Panamá, mas também baseou-se no modelo preconizado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, a Uncitral, a qual extraiu da maioria das legislações internas dos Estados mais importantes da atualidade, os princípios e regras jurídicas neles encontrados, como compendiou usos e costumes do comércio internacional, na forma de sua Lei Modelo, de 1985, que constitui um perfeito paradigma para legislações nacionais sobre arbitragem.

Deve ressaltar-se, igualmente, como já o fizemos, que a Lei n. 9.307/96 se encontra perfeitamente concatenada aos princípios e normas da Convenção de Nova

---

29. Como se sabe, encontra-se, desde novembro de 2000, em julgamento pendente perante o STF, no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira, N. 5206-7 Reino da Espanha, sendo partes M. B. V. Commercial and Export Management Establishment (agravante) e Resil Indústria e Comércio Ltda (agravada), um pedido de homologação de laudo arbitral estrangeiro, prolatado na Espanha, cujo pedido fora encaminhado de comum acordo entre as partes, com a finalidade de constituir-se um título judicial, para efeitos de remessa de divisas ao Exterior. Numa ação incidental, o Ministro Relator invocou a constitucionalidade da Lei n. 9307, de 23/09/1996, na parte que confere efeitos processuais à convenção de arbitragem, em particular os negativos, Lei essa que, conforme seu voto, estaria em conflito com a norma da Constituição Federal, de 1988, contida no art. 5º, inciso XXXV, assim redigida: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.



York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, assinada na sede da ONU, a 16 de junho de 1958 e que, como já constatado, constitui a norma por excelência que rege as arbitragens que incidem nas relações do comércio internacional, em nível mundial.

Ora, estando a Lei brasileira sobre arbitragem numa situação da mais plena conformidade com aquela Convenção de Nova York, poderia haver a indagação de ainda ser necessário, para aperfeiçoamento do sistema jurídico nacional da arbitragem, a adesão àquela Convenção.

Nossa resposta é obviamente pela afirmativa. Bastaria analisar a reação de investidores estrangeiros ou de negociantes internacionais, inclusive norte-americanos (que desconhecem a Convenção Interamericana do Panamá), de perplexidade frente a uma situação de um País como o Brasil, que, na esfera internacional, ainda não se comprometeu, perante a comunidade dos Estados, a conferir às arbitragens estrangeiras, ou naquelas em que há um elemento estrangeiro relevante, uma eficácia no seu ordenamento jurídico interno, conforme a esmagadora maioria dos Estados da atualidade o fazem!

São Paulo, março de 2001.



# EXTRATERRITORIALIDADE E PROTEÇÃO DA LIVRE-CONCORRÊNCIA

*Paulo Borba Casella*

Professor Associado do Departamento de Direito  
Internacional da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo<sup>1</sup>

## Resumo:

A evolução da aplicação extraterritorial da legislação antitruste resulta da crescente e irreversível internacionalização das atividades econômicas. Quer doutrinária como jurisprudencialmente, destaca-se a questão dos efeitos e a validade da adoção deste critério, como elemento de conexão à luz do Direito Internacional, público e privado. Do ponto de vista da proteção do interesse público, apontam-se diferenças da legislação antitruste brasileira em relação à européia e à norte-americana, destacando: o tratamento “per se”, a responsabilidade objetiva e a natureza não-penal da legislação antitruste.

O conceito de soberania, e os daí resultantes limites do exercício da Jurisdição nacional, devem se adequar às exigências operacionais da nova realidade política, social e econômica, como exprime o desenvolvimento da incidência extraterritorial das normas de defesa da concorrência, na tentativa de proteger os livres mercados, diante da atuação difusa internacionalmente promovida pelos agentes econômicos, decorrência direta do aumento das relações comerciais internacionais e da atuação de empresas e grupos econômicos transacionais.

## Abstract:

The evolution of extraterritorial application of antitrust legislation is the outcome of growing and irreversible internationalization of economic activities. Both from scholarly as well as case-law points of view, is to be stressed the issue of effects, and the validity of the adoption of this criterium as the International Law localizer, both public and private. From the viewpoint of the protection of public interest, are to be noted the differences of Brazilian *vis-à-vis* American and European

---

1. O autor deseja agradecer a colaboração de Rodrigo Elian Sanchez na pesquisa e levantamento dos dados para o presente artigo.

legislation, with emphasis: the *per se* treatment and the objective responsibility as well as the non-criminal nature of antitrust legislation.

The concept of sovereignty, and the ensuing limits of the exercise of national Jurisdiction, have to be adequated to the operational requirements of the new political, social and economic reality, as expressed by the development of extraterritorial effect of rules for protection of competition, in an attempt to protect free markets, in view of the internationally promoted multiplied action of economic agents, directly resulting from the increase of international trade relations and the action of transnational corporations and economic groups.

**Unitermos:** livre-concorrência; extraterritorialidade da jurisdição.

#### Mudança Contextual e Operacional

O conceito antes internacionalmente vigente para a delimitação territorial da jurisdição em matéria de proteção da livre-concorrência há de ser adequado aos imperativos operacionais que assegure a este a consistência com as necessidades colocadas pela prática, sob pena de ineficiência dessa atuação.

A questão já se colocou em relação a outras jurisdições, em décadas passadas, e tem de ser dimensionada, no Brasil, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, com relação aos nossos tribunais e autoridades na área. Em boa medida, o mesmo se há de considerar e dimensionar em relação ao mercado integrado em gestação, difícil e conturbada, no contexto do Mercado Comum do Sul, o Mercosul.

O imperativo da proteção da livre concorrência, combinado com o dever do Estado de zelar pela manutenção das regras de jogo do mercado, não pode se deter diante de inconsistentes alegações, de caráter formal, tendentes a restringir a aplicação na sua extensão necessária, das regras de proteção da livre concorrência. Diante da mudança do contexto, tem de ser adaptadas, de modo consentâneo, as regras às quais competirá tutelar as relações entre autoridades nacionais, à luz da crescentemente internacionalizada atuação dos grupos econômicos transnacionais ou multinacionais.

A aplicação extraterritorial da legislação antitruste, é decorrência da evolução e consolidação do direito da concorrência na tentativa de se conformar com o avanço da internacionalização da economia mundial, suscitando novas reflexões acerca do conceito de soberania, e como conseqüência, novas reflexões acerca dos limites aceitáveis e viáveis de exercício da Jurisdição nacional. Afim de se dar conta das demandas da sociedade, o Estado deve se adequar à nova realidade, na qual os governos

tem menos recursos e menos ampla gama de extensão de poder, enfrentando realidade social mais complexa, onde os atores são mais autônomos e fluídos. Em tal panorama, o Estado ainda tem a desempenhar papel de suma importância, pois não há outra instituição ou agente capaz de atender às demandas coletivas da sociedade contemporânea. É, porém, imperioso que a reformulação de certos conceitos, como de Jurisdição nacional, para que o Estado fique em consonância com esta nova realidade.

A incidência extraterritorial das normas de defesa da concorrência decorre de imperativo categórico da operação transnacional de grupos econômicos, sob pena de se fazer totalmente inócua a tentativa de proteção dos livres mercados. Na mesma e exata medida em que operam internacionalmente os agentes, há que se coibir, mediante ação das legislações e jurisdições nacionais os efeitos nefastos dessas práticas sobre cada um dos mercados.

A realidade impõe a necessidade de busca de proteção eficiente dos livres mercados, ao amparo da lei. Referida noção de trabalho é decorrência direta do aumento das relações comerciais internacionais e da atuação de empresas transacionais.

A aplicação extraterritorial das normas antitruste teve marco relevante em caso, da jurisprudência norte-americana, no julgamento de *United States v. Alcoa*<sup>2</sup> (1945), no qual se determinou a possibilidade de aplicação do Sherman Act, quando a prática produzisse impacto qualificado no comércio norte-americano. No entendimento da Corte, o autor da demanda deveria demonstrar que os atos impugnados tinham intenção de afetar as importações norte-americanas e tiveram tal efeito<sup>3</sup>

Declarou o magistrado, ao julgar o caso *Alcoa*, em 1945, que “*um Estado pode impor obrigações até mesmo a pessoas não submetidas à autoridade deste Estado, por conduta praticada fora destas fronteiras, que tenham conseqüências dentro das fronteiras do Estado, condutas estas que o Estado reprova*” ao menos na medida em que estes efeitos foram intencionalmente causados.

---

2. A ação teve por objeto o ajuste, na Suíça, de cartel entre empresas não norte-americanas, com a constituição de uma sociedade denominada *Alliance*. O cartel tinha como escopo a delimitação da produção de lingotes de Alumínio, fabricados pelos fabricantes do acordo, pela imposição de quotas proporcionais às ações que os sócios tinham subscrito. Ajustou-se que as exportações para os Estados Unidos deveriam ser incluídas nas quotas estabelecidas. A *Alcoa*, pessoa jurídica norte-americana não era parte do cartel, porém seus acionistas americanos tiveram participação majoritária na *Aluminium Limited*, empresa constituída no Canadá e partícipe do acordo. O ajuste realizado fora do território americano, ficou sujeito às leis americanas, por causar efeitos dentro de seu território, já que as exportações de lingotes de Alumínio estavam sujeitas às limitações das quotas de produção, afetando o funcionamento sadio da economia deste país.

3. “were intended to affect (U.S.) imports and did affect them”

Segundo Myres McDougal: “Quando a Suíça ou Canadá ou qualquer outro país emprega seu aparato governamental para proteger empresários, em atividades que prejudiquem o funcionamento sadio do processo comunitário dentro dos EUA, eles estão interferindo com os negócios internos e domésticos dos EUA, tanto quanto os EUA podem estar interferindo com os negócios de outros países, ao aplicar suas leis antitruste às atividades causadoras dos danos. Acordos feitos por empresários privados na Suíça ou no Canadá, ostensivamente protegidos pelas leis desses países, podem afetar ou determinar os preços que eu devo pagar, dentro dos EUA, pelo alumínio ou relógios. Num mundo interdependente, a interferência recíproca dos Estados no processo comunitário, inclusive nas questões econômicas é inevitável. A questão é por que princípios e procedimentos tal interferência pode ser moderada e reciprocamente tolerada na manutenção e expansão da economia internacional.”<sup>4</sup>

Esta também é a orientação do art. 2º da Lei n. 8.884/94: “Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos” Cumpre ressaltar a distinção de alcance e sentido entre “produzam” e “possam produzir efeitos”, presente na legislação nacional, como critério de incidência da norma nacional.

Diversamente do Brasil, nos EUA, os casos de cartel, são criminais, decorrendo desta afirmação, a necessidade de provar a culpa do agente. A legislação pátria imputa responsabilidade objetiva ao agente (art. 20, *caput*, Lei n. 8.884/94).

A natureza da legislação brasileira antitruste não é penal, não sendo admitida a extensão de princípios penais para seu bojo. O Direito Penal tem seu campo de aplicação específico.

Essas condições para a aplicação extraterritorial da lei, desenvolvida no caso *Alcoa*, foram consolidadas no *Foreign Trade Antitrust Improvements Act (FTAILA)*, de 1982, consoante o qual o efeito qualificado no mercado norte-americano, que justifique a aplicação de sua legislação antitruste é aquele “direto, substancial e razoavelmente previsível”<sup>5</sup>. A teoria dos efeitos, possibilita a real aplicação da jurisdição

---

4. José Carlos de Magalhães, “A aplicação extraterritorial de leis nacionais”, em *Revista Forense*, v. 293, Janeiro-fevereiro-março de 1986, p.97.

5. “Direct Substantial and reasonably foreseeable effect”. Cf. Herbert Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Saint Paul: West Publishing, 1994, pp. 699-701.

desvinculada esta da presença legal e física do agente no Estado do local dos fatos. Cabe considerar, os efeitos (produzidos ou que se possam produzir) como elemento de conexão e critério determinante da aplicação do Direito pátrio.

Em decorrência desses precedentes, tornou-se comum a aplicação das normas antitruste não-somente às práticas cometidas dentro do território da nação cuja jurisdição pretende se exercer, mas também estendendo-se às práticas concretizadas fora do país, desde que produzam efeitos no mercado cuja proteção é objeto da legislação em questão.

Esse rumo tomado pela aplicação das diferentes leis antitrustes deveu-se não apenas à influência da Jurisprudência norte-americana, mas ao próprio surgimento e desenvolvimento da legislação antitruste da União Européia, com sua conhecida sistemática de caracterização do ilícito pelos efeitos, para os demais casos do direito de concorrência, sendo os casos de cartel tratados “*per se*”, ou seja, não se examinando eventuais benefícios econômicos decorrentes da prática colusiva, como razão para a exceção da aplicação da punição cabível.

A sistemática norte-americana e européia, comporta a condenação de determinadas condutas, restritivas ao livre mercado, como o cartel, *per se*. A repressão à produção dos efeitos danosos ao mercado, como a intenção de produzi-los, adotada pela legislação brasileira (Lei n. 8.884/94, em seus arts. 20 e 21) não se põe em contraposição aos conceitos norteadores das primeiras.

As leis de proteção à concorrência da União Européia foram estendidas aos atos praticados fora do território europeu, desde que produzam efeitos no mercado europeu, descritos nos artigos 81 e 82 do Tratado.

Na União Européia, conforme os arts. 81 e 82 do Tratado de Roma são ilícitos os acordos, decisões e práticas concertadas, referidos no n. 1º do art. 81 do Tratado e a exploração abusiva de posição dominante no mercado, na acepção do art. 82 do Tratado.

Um dos maiores problemas da aplicação extraterritorial das normas antitrustes, em paralelo aos potenciais conflitos entre diferentes jurisdições nacionais, é o da execução da decisão condenatória. Com efeito, na medida em que os réus sejam pessoas jurídicas estrangeiras, sem ativos no território nacional, a execução das penalidades impostas poderia mostrar-se inviável na prática, salvo execução extraterritorial prevista em tratado internacional. Na prática, como se há de apontar, pode-se considerar a retenção legal de remessas da sociedade nacional ao exterior.

Nesse sentido, a efetividade da aplicação das normas a atos realizados fora do território nacional acaba condicionada à existência de filiais, escritórios ou subsidiárias no território nacional.

Phillip Areeda e Louis Kaplow<sup>6</sup> ressaltam, como *“tendência generalizada, pode-se apontar, terem os tribunais se tornado crescentemente dispostos a considerar a família corporativa como entidade única, sem consideração excessiva e fastidiosa em relação a distintas personalidades jurídicas”*

Oportunamente cabe referir o ensinamento de Herbert Hovenkamp, em relação à questão do relacionamento entre matriz e filial: *“Outra questão interessante acerca de jurisdição pessoal, que frequentemente, surge nos casos federais antitrustes, é o poder da corte de obter jurisdição sobre a corporação matriz a partir das atividades da sua subsidiária associada.”*

O enfoque tradicional – e, ressalte-se, predominantemente formalista – tendente a considerar a sociedade estrangeira e a nacional como entidades tecnicamente distintas, vem dando lugar ao enfoque e consideração do grupo econômico como todo, cuja ação e estratégias estendem-se por diferentes jurisdições nacionais. Não se trata de querer imputar à sociedade local qualquer papel na configuração da estratégia, mas simplesmente refletir a conexão econômica, no seio de grupo multinacional, independentemente de distintas configurações societárias nacionais. Esta é, normalmente, questão meramente operacional.

Orientação da Lei nacional nesse sentido é claramente seguida pelo art. 26, § 4º da Lei n. 8.884/94 - nova redação dada pela Lei N. 10.149/00- : *“responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata este artigo, a filial, sucursal, escritório ou estabelecimento, no País, de empresa estrangeira”*

Ainda mais uma vez, a lição de Hovenkamp: *“A doutrina Copperweld (...) considera que a matriz e a subsidiária não podem ser consideradas “entidades conspiratórias” para os propósitos do Sherman Act. Esta doutrina é decisiva ou mesmo relevante para a determinação da jurisdição pessoal? A idéia jurisdicional de que acertando a subsidiária não se obtém o mesmo resultado que acertando a matriz, decorre do fato de que as corporações são pessoas jurídicas individuais, com o propósito de servir ao processo. Como resultado a matriz e a sua subsidiária são duas diferentes*

---

6. Phillip AREEDA & Louis KAPLOW, *Antitrust analysis: problems, texts, cases* (Boston, Little-Brown & Co., 4th. ed., 4th. printing, (c) 1988, p. 155): *“To speak generally, the Courts may be said to have become increasingly ready to regard the corporate family as a single entity, without unduly fastidious regard for separate legal personalities”*



*peçoas, e o ato de obter jurisdição sobre uma pessoa não cria jurisdição sobre outra qualquer pessoa. Porém a doutrina Copperweld é baseada na conclusão de que, uma vez as formalidades legais postas de lado, a matriz e sua subsidiária são, de fato, entidade única. Pelo menos uma corte notou esta anomalia, concluindo que “para os propósitos da jurisdição e do foro pessoal a corte federal não aceitou como de controle a perspectiva da realidade econômica, que com total clareza e propriedade une a matriz e a subsidiária em um empreendimento com os propósitos exigidos no Sherman Act.”<sup>7</sup>*

Este enfoque, denota ser a jurisdição pessoal relevante para iniciar e desenvolver o processo, mas não com o fim de determinar a jurisdição sobre o caso, decorrente esta da territorialidade ou da teoria dos efeitos.

Nesse sentido, a analogia Copperweld é de grande valia ao menos quando a matriz é detentora da totalidade ou de participação controladora na subsidiária. A noção de serem as corporações pessoas jurídicas distintas é inteiramente fictícia e, virtualmente, nada tem em relação à extensão na qual a matriz controla sua subsidiária. Quando um grande grupo empresarial considera criar divisão não societária ou subsidiárias em sociedade, o grau de controle é raramente relevante. Tais decisões são norteadas, quase sempre, em sua totalidade, por encargos ou leis tributárias, como a maioria das leis nacionais, que fazem a separação da personalidade corporativa ser relevante. A matriz, proprietária de toda ou da maioria das ações ou quotas da subsidiária não é a mera controladora acionária ausente, mesmo se tiver ocorrido processo doloroso para isolar a matriz das decisões operacionais diárias da subsidiária.<sup>8</sup>

Seguindo esta mesma linha de orientação o já referido art 2º, § 2º da Lei n. 8884/94, com a nova redação dada pela Lei n. 10.149/00 é cristalinamente claro: *“a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais,*

---

7. Behr Automotive v. Mercedes-Benz of N. Am., 1986-2 Trade Cas. 67,261, 61,353, 1985 WL 6417 (E.D. Pa. 1985), affirmed, 800 F.2d 1130.

8. “Another interesting question of personal jurisdiction that arises with some frequency in federal antitrust cases is the court’s power to obtain jurisdiction over a parent corporation based on the activities of its separately incorporated subsidiary.”

The *Copperweld* doctrine, discussed in chapter 4, holds that a parent and its subsidiary cannot be “conspiring entities” for purposes of § 1 of the Sherman Act. Is this doctrine decisive or even relevant for purposes of determining personal jurisdiction? The jurisdiction idea that reaching a parent flows from the fact that corporation’s are individually legal “persons” for the purpose of process. As a result, a parent and its subsidiary are two different “persons”, and the act of obtaining jurisdiction over one person does not create jurisdiction over someone else. But the *Copperweld* doctrine is based on the conclusion that, once legal formalities are cast aside, the parent and its subsidiaries are in fact a single entity. As least one court has noted this anomaly, concluding that “for purposes of jurisdiction and venue the federal courts

*independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil”*

No mesmo sentido do Direito pátrio, no Direito americano, os já mencionados AREEDA e KAPLOW, citando o caso *Alcoa*, descrevem o *relacionamento entre matriz e subsidiária*: “Embora a companhia norte-americana, *Alcoa*, não se considerava membro deste acordo, a ação do cartel estrangeiro estava presumidamente intencionada a induzir *Alcoa* e a *Canadian company*, como entidade única para os propósitos antitrustes, porém as descobertas foram em sentido oposto e a corte de apelação, discutiu no instante o assunto da suposição de que a sociedade canadense não era entidade distinta, no comércio norte-americano de alumínio, embora inquestionavelmente presente nos EUA, com o propósito da jurisdição pessoal da corte. A sentença final decidiu que as duas companhias vinham mantendo relacionamento que deveria ser quebrado.”<sup>9</sup>

#### A incidência dos efeitos como nexa causal

Na medida em que práticas comerciais concertadas produzam ou possam produzir efeitos sobre determinado mercado, tais efeitos configuram título para exercício da jurisdição, seja esta administrativa ou judicial, de determinado Estado.

Diversamente do artigo 80 CECA, os artigos 81 e 82 CEE não restringem o âmbito geográfico de incidência dos dispositivos, não ficando assim vinculados à

---

have not accepted as controlling the perspective of economic reality, which quite clearly and properly \*\*\* links a parent and subsidiary into one enterprise for purposes of Sherman Act liability.”

“But *Coppreweid* analogy is a good one, at least when the parent owns all or a controlling interest in the subsidiary. The notion that corporations are separate legal “persons” is entirely fictional and has virtually nothing to do with the extent to which a parent corporation controls its subsidiaries. When a large firm considers whether to create unincorporated divisions or separately incorporated subsidiaries, the degree of control is rarely relevant. Such decisions are driven almost entirely by liability or tax laws, as well as the large number of statutes that make separate corporate personality relevant. A parent that owns all or most of a subsidiary is not a mere absentee stockholder, even if it has taken some pains to isolate itself from the subsidiary’s daily operational decisions.” Herbert Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Saint Paul: West Publishing, 1994, pp. 708-709.

9. “Although the U.S. company, *Alcoa*, was not held to be a member of this agreement, the foreign cartel’s actions were presumably intended to induce *Alcoa* and the *Canadian company* as a single entity for antitrust purposes, but the findings were otherwise and the appellate court discussed the instant issue on the assumption that the *Canadian company* was a separate entity not in the U.S. aluminum business, although unquestionably present in the United States for purposes of the court’s in personam jurisdiction. The final decree viewed the two companies as having an interrelationship that had to be dissolved.” Phillip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust analysis: problems, texts, cases* (Boston, Little-Brown & Co., 4th. ed., 4th. printing, (c) 1988, p. 156, nota 140.

situação geográfica da empresa, sendo aplicáveis as normas comunitárias em matéria de concorrência, mesmo que as empresas estejam localizadas ou sejam controladas em terceiro país, configurando a extraterritorialidade de sua incidência, fenômeno de múltiplos e complexos desdobramentos, sobre o qual têm se debruçado expoentes do direito internacional econômico da estatura de Berthold Goldman<sup>10</sup> Ignaz Seidl-Hohenveldern<sup>11</sup> Francis A. Mann<sup>12</sup> e muitos outros, dentre os quais George A. van Hecke, Michael Haymann, J.-G. Castel e Isabel Jalles<sup>13</sup>

Trata-se de salientar, possíveis casos da incidência extraterritorial das normas de concorrência, como dado especificamente inovador do ordenamento comunitário europeu, superando dicotomias jurídico-conceituais e obsoletas divisões normativas estanques antes consideradas intocáveis, e que se viram não-somente postas em xeque, como superadas pelas necessidades da prática, e substituídas por novos

---

10. Menção especial merece Berthold Goldman, seja por seu curso *Le champs d'application territoriale des lois sur la concurrence* (RCADI, 1969. III, t. 128, pp. 631/729); ou também, do mesmo, o artigo "Les effets juridiques extraterritoriaux du droit de la concurrence" (R. M. C. , 1972, pp. 612 ss.), bem como por seu *Droit commercial européen* (op. cit., Paris, Dalloz, 1ª ed., 1969; 3ª ed., 1975); além destes, v. tb. a contribuição de Marie-Angèle Sanson-Hermitte, "La notion de source de droit à l'épreuve du droit européen de la concurrence" (no vol. coord. por Ph. Fouchard, Ph. Kahn e A. Lyoncaen, *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1983, pp. 299/326).

11. Da reflexão de Ignaz Seidl-Hohenveldern, destacaria dois cursos na Academia da Haia, inic. *International Economic 'soft law'* (RCADI, 1979. II, t. 163) e especialmente seu curso geral, nominalmente de direito internacional público, mas de enfoque sobretudo econômico-internacional, intitulado *International Economic Law* (RCADI, 1986. III, t. 198, pp. 9/264).

12. Francis A. MANN analisou a matéria sobretudo em dois cursos na Academia da Haia, separados por duas décadas: *The doctrine of jurisdiction in International Law* (RCADI, 1964. I, t. 111, pp. 1/162) e, vinte anos depois, *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years* (RCADI, 1984. III, t. 186, pp. 11/115), b/c, do mesmo, v. tb. nota "The extremism of American extraterritorial jurisdiction" (I. C. L. Q., 39. 199º, part II, pp. 410/412).

13. Lembre-se o trabalho pioneiro de Georges A. van Hecke, *Le droit antitrust: aspects comparatifs et internationaux* (RCADI, 1962. II, t. 106, pp. 253/356), b/c, do mesmo, "Règles anti-trust et concentration d'entreprises à l'échelon international" (1977; coligido in Misc. Georges van HECKE, Antwerpen, Kluwer, 1985, pp. 85/96).

Dentre outros, referiria, i. a.: Michael Hayman, *Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts* (tesc. Baden - Zurique, 1974); J. -G. Castel, *The extraterritorial effects of Antitrust Law* (RCADI, 1983, t. 179, pp. 9/144); José Angelo Estrella Faria, *Selbstbeschränkungsabkommen im GATT und im EWG-Wettbewerbsrecht* (Saarbrücken, Europa-Institut, V. R. B. v. 155, 1989);

Em enfoque comparativo da questão da extraterritorialidade da aplicação das normas comunitárias com o Direi'o norte-americano destacaria Isabel JALLES *Extraterritorialidade e comércio internacional: um exercício de direito americano* (Lisboa, Bertrand Ed., 1988; passim), b/c trabalho anterior da mesma autora "A lei da concorrência" análise e perspectivas de aplicação" (in *Concorrência em Portugal nos anos 80*, Lisboa, Assuntos Europeus, 1985, pp. 49/74), b/c, Bela BALASSA, "The New Protectionism and the International Economy" (J. W. T. L., 12. 1978, pp. 409 ss.).

mecanismos, legalmente revolucionários, de orientação teleológica e economicamente mais pragmáticos. Esta superação de obsoletas divisões normativas estanques, fica patente na real aplicação destas normas comunitárias em decisões recentes, da Comissão:

- Decisão de 24 de outubro de 1996, que aplicou o art. 82 à subsidiária, entendendo ser a matriz e a subsidiária unidade com a mesma linha de ação, ou
- Decisão de 12 de abril de 1999, relativa a processo de aplicação dos arts. 81 e 82 do tratado da União Européia e dos arts. 53º e 54º do acordo Espaço Econômico Europeu.<sup>14</sup>

### Jurisdição e Significância

Outro caso de grande valia para o estudo da aplicação extraterritorial das leis, de referência obrigatória, é o *Caso Lotus*<sup>15</sup>: “Uma vez que é admitido que os efeitos da ofensa se produziram no navio turco, torna-se impossível sustentar que existe uma regra de Direito Internacional que proíbe a Turquia de processar o tenente Demons pelo fato de que o autor da ofensa estava a bordo de navio francês”<sup>16</sup>

“O efeito do ato, tendo-se produzido em território assimilado à Turquia, justificou, assim, a competência territorial, sob o critério objetivista.”

“A pedra de toque desse princípio são os efeitos diretos do evento dentro do território do Estado que, por isso mesmo, fica em posição legítima para conduzir a questão, dentro de sua esfera de competência. É necessário, entretanto, que parte material do evento tenha-se realizado efetivamente dentro do país. De acordo com o princípio subjetivo, o início, a preparação, a realização do ato, cujos efeitos se produzem fora, fundamenta a competência. Pelo princípio objetivo, é o local da consumação, onde os efeitos danosos se fazem sentir, que justifica a asserção da competência.” (...)

“Não há, por isso, uma extensão da competência territorial, mas sim o exercício normal dessa competência no próprio território, onde os participantes

---

14. Rec. P. I- 5457. C-73/95 e processo iv/d-1/30.373 - clubes P&I IGA e iv/d-1/37.143 -

15. Em uma colisão em alto-mar, entre um navio francês, Lotus, e um navio turco, este último fundou e pereceram oito tripulantes. O navio francês recolheu os sobreviventes e os levou à Constantinopla, onde as autoridades turcas prenderam o oficial de serviço, e o processaram por negligência. Com o protesto da França, o caso foi levado à Corte Permanente de Justiça Internacional, que após tecer considerações acerca do problema da jurisdição territorial, afirmou que tudo o que pode ser exigido de um Estado é que não ultrapasse

16. Relatório da Corte Permanente de Justiça Internacional, Série A, n. 10.

imputáveis do resultado danoso são considerados como que presentes, pelos efeitos de seus atos. Os atores são responsáveis não pelo que fizeram no Exterior, sob outras leis e jurisdições, mas pelos resultados de seus atos no território do Estado, os quais atraem a presença dos mesmos para o local da consumação desses atos.”<sup>17</sup>

Deste modo, percebe-se a extensão em que o efeito concreto sobre o mercado, como dimensão privilegiada e crucial da proteção dos interesses nacionais, pode decorrer de atos formalmente praticados sob outra jurisdição. Se e na medida em que o impacto de referidos atos ou práticas teve conseqüências danosas sobre o mercado nacional, configura-se, validamente, a pretensão de estender o exercício da jurisdição (quer administrativa como judicial) nacional, para coibir e reprimir tais práticas.

Paralelos podem ser, ainda neste passo, invocados à guisa de ilustração. Nesse sentido, ensinam Areeda e Kaplow: *“O Sherman Act não tem a intenção de correr o mundo comercial; porém declarar que somente efeitos significativos no comércio exterior norte-americano são protegidos não identifica o limiar da significância. Significância consegue ser determinada pela dificuldade factual na avaliação dos efeitos no comércio dos EUA ou, assumindo a jurisdição, pelo julgamento qualitativo da racionalidade e a prudência, ou balanceando os interesses domésticos e exteriores.”*<sup>18</sup>

A orientação da Jurisprudência brasileira não poderia ser infensa a estes rumos, seja julgamento recente, emanado do Superior Tribunal de Justiça (2000)<sup>19</sup> como precedente ilustre, julgado há quase cem anos, pelo Supremo Tribunal Federal (1906)<sup>20</sup> Guardadas algumas nuances de linguagem, sinal dos tempos, vale ter presente a consistência da orientação.

---

17. José Carlos de Magalhães, “A aplicação extraterritorial de leis nacionais”, em *Revista Forense*, vol. 293, janeiro-fevereiro-março de 1986, pp.95.

18. “The Sherman Act is presumably not intended to run the commercial world, yet to say that only significant effects on United States foreign commerce are covered does not identify the threshold of significance. Significance can be determined by the difficult factual assessment of the effects on United States commerce or, assuming jurisdiction, by the qualitative judgment of the reasonableness of the restraint, or by balancing foreign and domestic interests.” 18 Phillip Areeda & Louis Kaplow, *Antitrust analysis: problems, texts, cases* (Boston, Little-Brown & Co., 4th. ed., 4th. printing, (c) 1988, p. 162).

19. Recurso especial – 63.981 – SP. Plínio Gustavo Prado Garcia v. Panasonic do Brasil Ltda.

20. Supremo Tribunal Federal, 1º dezembro, 1906 –Doutor Coelho Rodriguez c. New York Life insurance Co. – Pres. M. Piza e Almeida – O direito, v.105, pp. 235

Jurisprudência recente do S.T.J.

Acórdão recente, datado de 11 de abril de 2000 (no âmbito do julgamento do Resp. 63.981–SP) o Superior Tribunal de Justiça, em ementa aponta a medida na qual o fenômeno da globalização vem trazendo conseqüências inevitáveis:

*“Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estima e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país.”*

O Ministro Cesar Asfor Rocha, em voto-vista, assim se manifestou, nesse mesmo REsp.:

*“É por todos consabido que a realidade atual indica que estamos vivendo em um mundo de economia globalizada.*

*Hoje é numerosa a existência de grandes corporações supra-nacionais que até podem ter a principal sede de negócios em um determinado país sem que contudo, nele estejam sendo necessariamente exercidas as suas atividades ou sendo auferidos os seus maiores lucros.*

*Essas grandes corporações perderam a marca da nacionalidade para se tornarem empresas mundiais. Saíram do provincianismo e alcançaram a universalidade.*

*É certo que podem até ter, por conveniências políticas, contábeis ou fiscais, em cada país, uma personalidade jurídica distinta, mas que se acham unidas por receberem a mesma atuação estratégica, e guardarem em comum a sujeição a um mesmo comando.*

*Nenhuma delas é uma ilha isolada, tanto que a propaganda, ainda que possa respeitar determinadas peculiaridades locais, é a mesma em todos os cantos, sobretudo no que se reportar a consolidar a fixação de sua marca.”*

Por sua vez, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, proferiu o seguinte voto-vogal :

*“A empresa que vende seus produtos em diversos países do mundo, e assim se beneficia do regime de globalização comercial, deve responder pelas suas obrigações com a mesma extensão. A quebra das fronteiras para a venda há de trazer*

consigo a correspondente quebra das fronteiras para manter a garantia da qualidade do produto. Do contrário, a empresa multinacional receba o bônus que significa a possibilidade de ampliar o mercado para a colocação da mercadoria que produz, elevando-o a um plano universal, mas se exonera do ônus de assumir a responsabilidade de fabricante ou fornecedor, invocando a seu favor a existência da fronteira. Esse limite, que não impede a sua expansão, não pode servir para reduzir a sua obrigação.”

Além da experiência legislativa, administrativa e doutrinária, tanto dos EUA quanto da União Européia, critérios similares são adotados pelo Direito brasileiro, seja na Lei n.8884/94, como neste acórdão recente do STJ (2000). O efeito concreto sobre determinado mercado é critério relevante e pode ser validamente invocado pelo Estado, seja judicial como administrativamente, para fazer valer o exercício da Jurisdição nacional, em relação a caso concreto.

Muito antes que se cogitasse do processo de globalização e seus epifenômenos, sobremodo instrutivo e valioso precedente emanado do Supremo Tribunal Federal, no início do século XX.

#### Precedente Histórico do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal em sessão de primeiro de setembro de 1906, analisando questão relativa a competência do judiciário nacional em relação à uma sociedade estrangeira, assim se manifestou:

1. sociedade estrangeira operando no Brasil, fica submetida, para suas operações feitas nesse país, à competência dos tribunais brasileiros.
2. Ela não pode se subtrair a essa regra, que é de ordem pública, valendo-se de convenções consentidas por seus clientes ou a estes impostas, as quais atribuiriam competência aos tribunais da sede social no exterior.

*Ementa: Considerando que o Dr. Coelho Rodriguez pleiteia contra New York Life a anulação de contrato de seguro de vida, que a Companhia suscitou perante o juiz federal de nossa capital a exceção de incompetência, que encontrou acolhida da qual apelação foi apresentada dessa decisão;- considerando que referida decisão carece de fundamento jurídico, e que esta contém clausula da apólice que configura violação dos princípios de nosso direito; (...) ; que esta pode ser aceita pelo apelante como acarretando atribuição de competência a jurisdição estrangeira para atos celebrados no território brasileiro, mas que esta não poderia ser sancionados pelos tribunais, e deve, como ilícito, ser reputada não escrita e inexistente; considerando que se trata*

*de apreciar e julgar os atos de sociedade estrangeira autorizada, que a questão pode suscitar conflito de leis ou debate de direito internacional, que constitui, como tal, a competência do juiz federal; o Supremo Tribunal recebe a apelação, devolve ao conhecimento do juiz federal e condena a intimada ao pagamento das custas.*

Nota: a decisão do primeiro juiz estava motivada em “mediante cláusula formal as apólice, as partes tinham atribuído competência, para todas as dificuldades decorrentes do contrato, aos tribunais de Nova York, os quais eram justamente os do domicílio da ré”

Quer o caso recente, do STJ, como o precedente, do STF, não-obstante a natureza distinta, visto tratar-se de obrigação decorrente de contrato, no caso julgado pelo STF, perfeitamente cabíveis as considerações expendidas pelo Pretório Excelso com relação aos limites da jurisdição nacional, dada a ocorrência de “atos celebrados no território brasileiro” sob pena de “não poder ver sancionados pelos tribunais” a conduta lesiva aos interesses e ao mercado nacional. Falacioso como pernicioso seriam os efeitos da pretensão de afastamento da jurisdição nacional.

Caberia, ainda, destacar a inadequação de se intentar paralelo entre a lei 8884/94 e o direito penal.

#### Natureza Não-Penal Lei n. 8.884/94

O princípio da livre concorrência tem caráter instrumental ao princípio da livre iniciativa, na medida em que constitui elemento a balizar o seu exercício, a fim de que esta livre iniciativa exercida dentro de suas finalidades sociais, mantendo condições propícias à atuação dos agentes econômicos, de um lado, e beneficiando os consumidores, de outro.

É importante notar, porém, que a livre concorrência não constitui corolário da livre iniciativa, vale dizer, não é consequência natural, ou mero desdobramento desta. Com efeito, à medida em que se constatou ser o mercado falho na alocação de recursos e na manutenção do jogo concorrencial, não foi mais possível identificar a livre concorrência como subproduto da livre iniciativa. Nesse sentido, embora complementares, livre iniciativa e livre concorrência têm conteúdos diferentes<sup>21</sup>

Quanto ao seu conteúdo, o princípio da livre concorrência, costuma ser identificado com a liberdade de atuar nos mercados, buscando a conquista de clientela, com a expectativa de sua aplicação levar os preços de bens e serviços, fixados pelo jogo

---

21. Cf. Rocha. *op. cit.*, p. 13.



dos agentes, em disputa pela clientela, a níveis razoavelmente baixos, chegando no caso extremo de concorrência perfeita a se igualarem ao custo marginal do produto<sup>22</sup>. Apontasse, no entanto, que à liberdade jurídica de conquista de clientela pelos concorrentes, deve somar-se a liberdade dos consumidores de usufruírem de alternativas<sup>23</sup>

A proteção constitucional à livre concorrência, no entanto, não pode ser confundida com a manutenção das condições de concorrência perfeita, na qual não há qualquer manifestação do poder econômico de agentes no mercado. Ao contrário, o fenômeno do poder econômico é até mesmo reconhecido constitucionalmente, no § 4º do art. 173 que prescreve a repressão ao seu abuso.

Nesse sentido, afirma Tércio Sampaio FERRAZ Jr.: *“o mundo capitalista desenvolvido já percebera há muito tempo a profunda alteração sofrida pela concepção oitocentista do mercado concorrencial. Aceitava-se agora tratar-se de um processo comportamental competitivo, que admite gradações tanto na atonicidade quanto na fluidez de sua estrutura. E é este elemento comportamental - a competitividade - que passa a definir a concorrência. A competitividade exige a descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Isto faz com que a luta, no interior do mercado, receba um novo peso estrutural. Ela não é apenas ativadora do processo, mas elemento que o regula e, no limite, altera a própria estrutura”*<sup>24</sup>

Assim, a interpretação do sentido do princípio da livre concorrência passa pela compreensão dos fenômenos das economias de escala na indústria moderna e da necessidade de se garantir a eficiência econômica nos mercados, com o privilégio à conduta competitiva das empresas. A análise contextual da competitividade de cada setor econômico leva à relativização da aplicação de modelos de análise *a priori* do funcionamento dos mercados a partir de sua estrutura. No caso do controle dos atos de concentração nas economias contemporâneas, a capacidade de compreensão e análise por parte das autoridades competentes para a decisão é essencial.

O aspecto mais importante a ser abordado com relação ao princípio da livre concorrência, todavia, diz respeito ao seu papel na fundamentação da legislação

---

22. Isso se e na medida em que se possa pretender o funcionamento dos mercados sob regime de concorrência perfeita.

23. Cf. Rocha. op. cit., p. 16.

24. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, 1992, p. 178.

de proteção à concorrência. No Brasil, ela levou, inclusive, a alterações na disciplina da ordem econômica na Constituição, de 1988, com relação àquelas que a antecederam<sup>25</sup>

Com efeito, desde a Constituição, de 1946, prevê-se a existência de direito da concorrência, a partir da regra que determinava a repressão dos abusos do poder econômico. Em 1967, essa regra passou a integrar o capítulo da ordem econômica<sup>26</sup> o que foi mantido pela Emenda 1/69. Na Constituição atual, embora conservado, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico teve sua importância deslocada, compondo a disciplina de artigo referente à exploração de atividade econômica pelo Estado (§ 4º do art. 173). Simultaneamente, incluiu-se o princípio da livre concorrência entre os definidores da ordem econômica (no inciso IV do art. 170).

Nesse sentido, a partir das inovações, trazidas pela Constituição, de 1988, à disciplina da Ordem Econômica, deve-se concluir ser o princípio da livre concorrência e não o da repressão ao abuso do poder econômico o fundamento da lei antitruste (lei 8.884/94), conclusão esta de importância na definição da natureza da lei.

A disciplina de repressão às lesões à concorrência, anteriormente à Constituição atual, era tida como penal<sup>27</sup>, em função da “linguagem da finalidade”<sup>28</sup> e do estilo tipificante<sup>29</sup> utilizada por esses textos constitucionais. Assim, apesar de a lei então vigente (Lei n. 4.137/62) estabelecer mecanismo de regulação *a priori* e não apenas de repressão *a posteriori*, caracterizadores de seu caráter penal-administrativo, a lei foi predominantemente entendida como penal pelos seus aplicadores e pela doutrina<sup>30</sup>

A Lei n. 8.884/94, editada a partir de disciplina constitucional inovadora do tratamento da proteção à livre concorrência, não pode ser analisada, como aparentemente fundamentada no dispositivo do § 3º do art. 173 da Constituição,

---

25. Essa análise é elaborada por Rocha, *op. cit.*, p. 7 e 20-26.

26. O art. 157 da constituição de 1967 dispunha: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”

27. Cf. nesse sentido, Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*. 2a. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Tomo IV, 1969, p. 50.

28. “Linguagem da finalidade” diz respeito ao texto da Constituição de 1946 que falava no abuso do poder econômico que “tenha por fim...”, influenciando toda a doutrina antitruste a partir de então.

29. Cf. B. Schieber. *op. cit.*, p. 28.

30. Cf. Ferraz Júnior. *Lei de defesa. op. cit.*, p. 178- 180.

mantendo-se sua filiação à interpretação construída no passado, impondo-se a conclusão de ter a atual lei caráter econômico.

Na medida em que foi retirada a repressão ao abuso do poder econômico da listagem dos princípios da ordem econômica constitucional e incluída nesta a livre concorrência, a Lei n. 8.884/94 comporta outro tipo de interpretação. A conformação dada à ordem econômica na Carta não apenas erige a livre concorrência como princípio, mas estabelece a priorização do valor social da livre iniciativa, para o que a proteção às condições efetivas de concorrência nos mercados é essencial. Nesse sentido, fica legitimada, constitucionalmente, a criação de lei de proteção à concorrência composta de mecanismos sancionatórios às infrações contra a concorrência, mas também, de mecanismos de caráter regulador do mercado, típica de Direito Econômico, tal como exemplifica o seu art. 54, estabelecendo o controle de atos de concentração. A Lei n. 8.137, por sua vez, trata da disciplina penal às infrações contra a ordem econômica, regulamentando o § 4º do art. 173<sup>31</sup>

### Conflitos de Leis em Direito Antitruste

Em matéria de direito antitruste, como bem aponta Marc-André Renold, o simples fato de determinada sociedade ser estrangeira e agir no Exterior não deve nem pode necessariamente significar que a legislação econômica de um Estado não se aplica, mesmo quando a atividade desta sociedade tem relevante impacto no econômico no território desse Estado. Em grande número de casos os Estados, e muito particularmente os EUA, adotaram esse segundo enfoque para determinar a aplicabilidade de sua própria legislação econômica. Dai resultou amplo de aplicação correntemente qualificado de *extraterritorial*.<sup>32</sup>

Não seria descabida, nem tampouco caso isolado, a adoção do critério

---

31. Nesse sentido, Eros Grau (*op. cit.* p. 232) afirma: “Note-se bem que a Lei n. 8.884/94 não veicula matéria penal; a matéria penal, relativa à concorrência e à ordem econômica é regulada pela Lei n. 8.137, de 27/12/90, que permanece vigente”. O autor reforça esse argumento a partir do teor do artigo 20 da Lei n. 8.884/94 que estabelecesse responsabilidade objetiva aos autores das infrações lá descritas, incompatível com o Direito Penal. (p. 235).

32. “Pourquoi le simple fait qu’une société soit étrangère et agisse à l’étranger devrait-il nécessairement signifier que la législation économique d’un Etat ne s’applique pas, même si l’activité de cette société a un important impact économique dans le territoire de cet Etat ? Dans un assez grand nombre de cas les Etats, et tout particulièrement les Etats-Unis, ont adopté cette seconde approche pour déterminer l’applicabilité de leur propre législation économique. Il en est résulté un champ d’application étendu que l’on qualifie couramment d’*extraterritorial*.” Marc-André Renold, “Les Conflits de Lois en Droit Antitrust”, Zurich, 1991, pp. 139.

dos efeitos como elemento de conexão, como ressalta o mesmo autor: “É fácil constatar que, usando exatamente a liberdade que lhes confere o direito internacional público, os Estados freqüentemente adotaram o critério dos efeitos para delimitar o âmbito de aplicação de sua legislação. A prática das autoridades nacionais, se baseia amplamente (...) no critério dos efeitos. É interessante ressaltar que determinadas decisões e declarações oficiais recentes admitem expressamente a validade dos efeitos como elemento de conexão, à luz do direito internacional público. Desse modo no caso *Sensor*<sup>33</sup>, julgado em 1982, pelo tribunal da comarca da Haia, se colocava a questão de saber se o embargo americano declarado em relação à construção do gasoduto euro-siberiano poderia afetar um contrato celebrado entre duas sociedades européias e regido pelo direito holandês. O tribunal holandês examinou a validade da reivindicação de competência dos EUA face ao direito das gentes e considerou que se operações de exportação ‘tem efeitos diretos e proibidos no território dos EUA’ estas podem ser consideradas ‘submetidas à jurisdição americana segundo as regras geralmente admitidas de direito internacional público’”<sup>34</sup>

“Generalizando a leitura do caso (*Lotus*), emanado da Corte Permanente de Justiça, chega-se a conclusão o critério dos efeitos está longe de ser inaceitável em direito internacional público, na medida em que este é a expressão de vínculo suficiente com o ordenamento jurídico cuja lei reivindica aplicação. Na mesma ordem de idéias, um autor<sup>35</sup> recentemente demonstrou que a utilização do critério dos efeitos para determinar a aplicabilidade do direito antitruste corresponde à exigência de

33. Tribunal d'arrondissement de La Haye, Compagnie Européenne des Pétroles, S.A c. Sensor Nederland B.V., 17 septembre 1982, *RabelsZ* 47 (1983) 141 = *ver. Crit.* 72 (1983) 473.

34. “Il aisé de constater que, faisant précisément usage de cette liberté que leur laisse le droit international public, les Etats ont fréquemment retenu le critère des effets pour délimiter le champ d'application de leur législation. La pratique des autorités nationales s'appuie en effet très amplesant de relever que certaines décisions et déclarations officielles récentes droit international public. Ainsi dans l'affaire *Sensor*, jugée en 1982 par le Tribunal d'arrondissement de La Haye, se posait la question de savoir si l'embargo américain prononcé à l'encontre de la construction du gazoduc euro-sibérien pouvait affecter un contrat passé entre deux sociétés européennes et soumis au droit néerlandais. Le tribunal néerlandais examina la validité de la revendication de compétence des Etats-Unis face au droit des gens et considéra que si des opérations d'exportation “ont des effets directs et interdits sur le territoire des Etats-Unis”, elles peuvent être considérées “comme soumises à la juridiction américaine selon les règles généralement admises de droit international public” Teel n'était cependant pas, aux yeux du tribunal néerlandais, le cas en l'espèce.” Marc-André Renold, “Les Conflits de Lois en Droit Antitrust”, *Zurique*, 1991, pp. 148.

35. MEESSEN, Karl Matthias - *Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts*, Baden-Baden, 1975.

*racionalidade do direito das gentes, exigência que se exprime pelo termo alemão de vínculo significativo (sinnvolle Anknüpfung). Para se convencer que esta condição está configurada, basta ter presente os muito sólidos fundamentos sobre o quais repousa o critério dos efeitos, o que é muito mais convincente na medida em que a prática estatal muito freqüentemente recorre a este critério”*<sup>36</sup>

## Conclusão

Ao longo deste artigo, foi demonstrada a evolução da aplicação extraterritorial da legislação antitruste como consequência da evolução da internacionalização da economia, não-somente doutrinariamente, mas jurisprudencialmente, destacando-se a teoria dos efeitos e sua validade como elemento de conexão à luz do Direito Internacional Público, as diferenças da legislação antitruste brasileira em relação à europeia e a norte-americana, destacando-se entre estas: o tratamento “per se” e a responsabilidade objetiva e a natureza não-penal da legislação pátria antitruste<sup>37</sup>

São Paulo, maio de 2001.

---

36. “En généralisant cette lecture de l’arrêt de la Cour Permanente de Justice, l’on en arrive à la conclusion que ce critère des effets est loin d’être inacceptable en droit international public dans la mesure où il est l’expression acceptable en droit international public dans la mesure où il est l’expression d’un lien suffisant avec l’ordre juridique dont la loi revendique l’application. Dans le même ordre d’idées, un auteur a récemment démontré que l’utilisation du critère des effets pour déterminer l’applicabilité du droit antitrust correspond à l’exigence de rationalité du droit des gens, exigence qu’il exprime par le terme allemand de “sinnvolle Anknüpfung”. Pour se convaincre de ce que cette condition est réalisée, il suffit de garder à l’esprit les très solides fondements sur lesquels repose le critère des effets, ce qui est d’autant plus convaincant que la pratique étatique a le plus souvent recours à ce critère.”

37. Nesse sentido, cfr. de Paulo B. CASELLA e Ana M. de Oliveira NUSDEO, “Competition policy in Brazil” in *Polityka konkurencji w krajach wschodzących rynków*, coord. Roman PATORA e Ryszard PIASECKI, Kolegium Wydawnicze Spółecznej Wyższej Szkoły Przedsiębiorczosci i Zarządzania w Łodzi. Łódź, 2001, v. I, pp. 189-198.

O enfoque da necessidade e alcance das regras de proteção à livre concorrência se coloca em relação a países da América Latina e Europa Central, com destaque para a situação presente da Polônia.



# **FILOSOFIA DO DIREITO**





## TEMAS DE FILOSOFIA DO DIREITO

*Alexandre Augusto de Castro Corrêa*

Professor Catedrático aposentado de Direito Romano da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

O autor aborda, dentre os vários temas, a conceituação universal do Direito, o jusnaturalismo neotomista, o jusnaturalismo liberal, comentários sobre a filosofia de Locke, Rousseau, Kelsen e outros.

### Abstract:

The author approaches, amongst the some subjects, the universal conceptualization of the Right, the Neo-Thomism Natural Law, the liberal Natural Law, commentaries about the philosophy of Locke, Rousseau, Kelsen and others.

**Unitermos:** Ciência do Direito; Filosofia do Direito; conceituação universal do Direito.

A Ciência do Direito difere de sua filosofia. A primeira estuda os vários setores de normas coercitivas, regulando a vida social e postula a existência duma ordem jurídica admitida pelo consenso dos membros da comunidade. A Filosofia do Direito, por seu lado, procura justificar de modo racional e coerente os fundamentos da ordem jurídica. A Filosofia, em outras palavras, visa alcançar uma conceituação universal do Direito, válida para quaisquer tempos e lugares, como saber último que sempre pretende ser.

É este o primeiro e fundamental tema da Filosofia: a conceituação universal do Direito. Será possível obtê-la? A esse respeito divergiram sempre e continuam a divergir duas grandes correntes de pensamento, a do jusnaturalismo (neotomista ou liberal) e a positivista.

O jusnaturalismo neotomista, por exemplo, aceita a idéia romana do Direito como *ars boni et aequi* e admite um Direito Natural com valores absolutos, cujo fundamento último se encontra na inteligência e vontade do legislador supremo, Deus. O jusnaturalismo liberal de Locke e Rousseau, pelo contrário, fundamenta a

ordem jurídica na razão natural do homem, dispensando, porém, a invocação da divindade como fiadora da primeira. Segundo Grócio, o princípio *pacta sunt servanda* continuaria válido mesmo que, por absurdo, Deus não existisse.

Já para o positivismo jurídico, Direito propriamente dito é só o conjunto de normas dotadas de força coercitiva a elas conferida pela autoridade do Estado. Não tendo por si mesmo tal força coercitiva e sendo meramente persuasivo, o chamado “Direito Natural” não passaria de parte da Moral. Para Kelsen só é jurídica a norma dotada de sanção estatal e que obedece às condições externas de sua validade. Segundo este representante do positivismo neokantiano, considerações a respeito da justiça ou injustiça da norma jurídica ou a respeito de sua conveniência ou oportunidade são de ordem “metajurídica”; vale dizer, irrelevantes tanto para a ciência quanto para a própria Filosofia do Direito.

Kelsen defende, pois, uma concepção puramente formal da regra de Direito; para ele a própria essência desta, consiste em sua força coercitiva e para subsistir não depende de qualquer conteúdo justo ou injusto. *Dura lex sed lex*: a lei, embora injusta, não deixa de ser lei. O jusnaturalismo não perde, é claro, a oportunidade de objetar que uma ordem jurídica sentida como injusta pela consciência social causa repulsa e freqüentemente origina sua substituição pacífica, ou mesmo violenta, por nova ordem considerada menos injusta.

E dessa verdade dá testemunho a história política dos povos em todos os tempos. Para o jusnaturalismo, pois, a visão positivista do Direito termina exatamente onde a Filosofia propriamente dita deve começar; na verdade, o positivismo ignora esta última, admitindo gratuitamente só a Ciência do Direito, divorciada, aliás, de qualquer cogitação a respeito da Justiça, enquanto nota constitutiva da noção de Direito, cujo valor normativo, pois, não dependeria só da sanção estatal. Semelhante crítica ao positivismo jurídico pode ser subscrita em nossos dias tanto por pensadores neotomistas quanto por um liberalismo protestante de tipo inglês ou americano.

Para Locke e os fundadores da república dos Estados Unidos da América a liberdade de locomoção, de pensamento, de crença e o direito de propriedade, por exemplo, são inerentes ao ser humano, pelo simples fato de ele existir como tal, e independentes do Estado, que não pode absolutamente suprimi-los. Os neo-escolásticos divergem dos liberais apenas enquanto fazem depender do legislador supremo o fundamento último do Direito Natural. É verdade, por outro lado, que dessa dependência resulta para os neoescolásticos uma visão jusnaturalista, que em vários pontos se opõe à dos liberais ou neoliberais.

Voltando, porém, a Kelsen, a clamorosa objeção a respeito das leis injustas não parece atingir a concepção formalista, pois o filósofo vienense pode simplesmente responder: “*a uma lei considerada injusta pode suceder outra considerada menos injusta, mas em ambas permanece constante e idêntico o elemento puramente formal do comando, emanado da autoridade estatal competente e revestido das condições formais de sua vigência*”

Ora, a Filosofia do Direito parece dever tratar exatamente dos aspectos “metajurídicos” das normas, de modo que, reduzindo-se à consideração do Direito Positivo, Kelsen renuncia àquela. Sua “Teoria Pura” do Direito acaba confundindo-se com a mera Ciência do Direito e deixa em suspenso as questões propriamente filosóficas. Daí seu grande prestígio perante os juristas práticos. O mérito, porém, do jusnaturalismo neoescolástico ou liberal consiste em insistir com razão na relevância do conteúdo das normas jurídicas, enquanto tal conteúdo é encarado como nota essencial constitutiva da própria noção do Direito. Nesse sentido, dando conteúdo puramente econômico à ordem jurídica burguesa, o próprio marxismo apela para um ideal implícito de Justiça, utilizado como força moral propulsora da ação revolucionária.

O marxismo, pois, como os jusnaturalistas, rejeita a concepção puramente formal do Direito, que para o autor do *Manifesto Comunista* deverá, junto com o Estado burguês, desaparecer, substituídos ambos pela moral da fraternidade universal proletária.

Esforço interessante visando, ao que parece, conciliar antagonismos foi o de Stammler com sua idéia um tanto paradoxal de um “Direito Natural de conteúdo variável” Preceitos como *bonum faciendum et malum vitandum*, da concepção aristotélico-tomista, ou os *juris praecepta* do Direito Romano podem ser aceitos, para Stammler, como de valor absoluto. Levando-se porém em conta o *modus vivendi* próprio das sociedades humanas, a escravidão, a poligamia, a antropofagia e o sacrifício dos anciãos em ambientes de escassez ou penúria crônicas podem, entre outros exemplos, ser considerados toleráveis, se não aceitáveis, enquanto impostos por condições imperativas de sobrevivência.

As exigências absolutas da Moral supõem condições de “normalidade” que por diversas razões podem faltar e donde resulta a aplicação imperfeita dos imperativos éticos que continuam, entretanto, com valor absoluto num plano humano ideal. Não cabe aqui discutir a medida em que as visões de Stammler seriam conciliáveis com o jusnaturalismo tomista, por exemplo. Interessante é notar como a consciência da importância das considerações a respeito do conteúdo da norma jurídica vem na atualidade, preponderando sobre a apreciação puramente formalista da mesma.

Em suma: jusnaturalistas de todos os matizes, marxistas e pensadores preocupados com o bem comum e a ordem social parecem unânimes em colocar no primeiro plano de suas cogitações o ideal de Justiça, como objeto próprio do Direito, revalorizando-se assim, indiretamente, o pensamento de Aristóteles e dos juristas romanos.

Outro tema de importância atual e conexo ao da Justiça parece ser o da Equidade. Os códigos envelhecem e não-acompanham o ritmo cada vez mais rápido das mudanças sociais; a legislação renovadora tarda. Nessas condições seria lícita a intervenção do Judiciário, criando situações novas, mesmo *contra legem*? No Brasil atual vemos a afirmação decidida em tal sentido por parte dos defensores da chamada “justiça alternativa” outorgando aos magistrados o poder de decidir por Equidade, a fim de sanarem desse modo graves conflitos sociais. Mas, em tal caso, onde vão parar a divisão de poderes do Estado e a certeza e garantia dos direitos, valores estes tão caros a todos os liberais e neoliberais? Entre os romanos o problema não existiu, pois lá o pretor não tinha as mãos atadas pela doutrina de Montesquieu e pôde usar largamente da *aequitas*; e o mesmo, guardadas as devidas proporções, se diga a respeito da formação do *Common Law*, onde a *Equity* contribuiu amplamente para abrandar o rigor daquele. Mas, em regime de direito codificado reconhecendo a lei como única fonte do Direito, como retirar ao Poder Legislativo sua prerrogativa de declarar os direitos?

Inspirar-se-iam os defensores da “justiça alternativa” nas idéias de Geny, fundador, no começo deste século, da Escola chamada do “Direito livre” ou na *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* de Ehrlich? Mas, em tal caso, é toda a ordem constitucional do país que entra em discussão, quando se quer “*libertar os juízes de sua obediência fictícia à regra passando-se a confiar na consciência dos mesmos e em seu espírito de equidade*”, como observa com exatidão Roubier.

Outro ponto litigioso, agitando intensamente o mundo jurídico, é o consistente em decidir se a paz e a ordem pública pairam acima da Justiça ou subordinam-se, pelo contrário, a esta, devendo-se fazer Justiça a todo transe mesmo à custa da guerra civil com todas as suas conseqüências (*fiat justitia et pereat mundus!*).

E que pensar da “sociedade permissiva” defendendo em nome de uma autonomia sem limites da vontade humana o aborto e a eutanásia, a legalização do uso de drogas, o “casamento” de homossexuais, a abolição da pena de morte mesmo nos homicídios mais atroz, a descriminalização do furto, etc.?

De qualquer forma se, como pensa o autor destas linhas, o Direito tiver por objeto a Justiça é certo que ele se encontrará sempre diante de alternativas trágicas:

simbolizadas por *Antígona*, no mundo grego; pelos primeiros cristãos no mundo romano, pagando com a vida de seu testemunho em prol da nova fé; por Tomas Morus, inflexível diante de Henrique VIII; e pelos milhões de outros seres humanos imolando, em todos os tempos, suas existências na luta contra as tiranias, do poder, do dinheiro, das discriminações religiosas e raciais e de tantas outras.

São Paulo, março de 2001.



## MONTESQUIEU, LEDOR DE HOBBS<sup>1</sup>

*Alfredo Attié Jr.<sup>2</sup>*

Doutor em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP; Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP

“... que chamamos de criação, mistura de esquecimento e lembrança do que lemos”

### Resumo:

Em duas cenas, o autor disserta sobre Montesquieu, desde 1711 até a publicação, vinte anos depois, em 1748, de uma obra na qual contesta o sistema de Hobbes, enfatizando não ser razoável o vislumbre dos homens ao se prejudicarem. Na tomada final, Montesquieu se demonstra anti-Hobbes.

### Abstract:

In two scenes, the author dissertate on Montesquieu, since 1711 until the publication, twenty years later, in 1748, of a workmanship in which contests the system of Hobbes, emphasizing not to be reasonable the glimpse of the men when they harm themselves. In the final taking, Montesquieu demonstrates itself an anti-Hobbes.

**Unitermos:** Montesquieu; Hobbes; Justiça natural; estado de natureza.

1. *Primeira cena:* Montesquieu inicia, em 1711, enquanto divertimento, nos momentos em que descansa do estudo dos códigos, a jornada epistolar de seus

---

1. Respeitosamente dedicado aos Professores Doutores Renato Janine Ribeiro, Fábio Konder Comparato e Miguel Angel Ciuro Caldani.

2. Realizou pesquisa na Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito, como bolsista do Governo da República portuguesa. Juiz de Direito. Foi Procurador e Advogado do Estado de São Paulo. Foi Docente Voluntário do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP. Autor de *Pó da Obliquidade: desigualdade e diferença*. - *Ensaios de Outro Direito*, 2000, e *Tópica das paixões e Estilo Moraliste*, 2000.

*persas*, que fará publicar dez anos depois. Engendra a idéia de uma *Justiça natural*, ao narrar a *história dos trogloditas*, assim condenando, desde que faz desencadear sua reflexão política, a elaboração hobbesiana do *estado de natureza*.

*Segunda cena:* Montesquieu, na obra que coroa sua tarefa intelectual, tendo-lhe custado *vinte anos* de trabalho, publicada em 1748, reserva um lugar privilegiado, na abertura do texto, à contestação do sistema de Hobbes, afirmando que o desejo que teria vislumbrado nos homens, de se subjugarem uns aos outros, não seria razoável.

Entre essas tomadas, nas quais o filósofo torna públicas suas cautelas em relação a Hobbes, projetam-se outros tantos momentos de crítica, guardados da leitura geral nos *Pensamentos* e no *Espicilégio*.

*Tomada final:* Montesquieu se apresenta como o anti-Hobbes, pioneiro na advertência da *Ilustração*, quanto a seus desatinos; define-se como seu *adversário*.

Desse modo, a história da filosofia logrou sedimentar a imagem de um abismo, intransponível obstáculo entre os pensamentos de Montesquieu e Hobbes.

Enfim, não seria o *aristotélico* magistrado de *La Brède* infenso ao *estado de natureza* hobbesiano? O iluminismo não se mostraria inimigo enfurecido da doutrina absurda do autor do *De corpore politico*? O século XVIII, ainda, não teria determinado a derrocada de suas concepções políticas, cabendo a Montesquieu a primazia nesse prematuro acerto de contas?

2. Se se deseja, todavia, trabalhar no espaço de uma história da filosofia, e não da mera comparação entre doutrinas de autores distintos, tal concepção esquemática não deve prevalecer. No mínimo porque somente pode levar à óbvia conclusão de que, de fato, os autores permanecem distintos. Ou, talvez, endosse a idéia de uma história que não-passa de um jogo muito peculiar, no qual os sucessores impõem as regras a seus adversários, que teriam, sem mesmo presumirem sua participação no embate, lançado mão de todos os seus trunfos.

Não se duvida de que esse tabuleiro da diacronia tenha sido oferecido pelos setecentistas a seus antepassados. Basta observar a acentuação do espírito de distinção do século XVIII - em D'Alembert, por exemplo - ou a vertente oposta, representada por La Harpe, na qual o conjunto da produção filosófica desta era seria muito inferior às proezas daquela de Luís XIV. Enquanto os editores do *Dictionnaire raisonné* consideravam o *goût dominant* de sua época o ponto culminante dos *progrès*



*de l'esprit*, que, partindo da erudição, passando pelas Belas-Letras, teriam alcançado a Filosofia, o autor do *Lycée* acusava o mero caráter pretensioso desse auto-elogio: “a característica geral, muito marcada no século dezoito, principalmente nos últimos cinqüenta anos, tem sido o mais vergonhoso abuso do espírito e do raciocínio em todos os gêneros, sucedendo-se aos mais belos esforços da Razão e do gênio” empreendidos durante o *classicismo* francês, tão superior “em todas as artes de imitação, em tudo aquilo que estabelece e embeleza a ordem social”

Nesta polêmica, interessa o fato de os contendores tocarem-se, ao fixarem a necessidade de distinguir uma era da outra, pouco importando se a escala em que as inserem ascenda ou decaia, consoante o gosto do crítico. Ou, mais especificamente, sua capacidade de apreender a grandeza ou a inferioridade do *século da filosofia*: “não nos espantemos, pois, se nossas Obras de espírito são em geral inferiores às do século precedente. Podemos mesmo encontrar sua razão nos esforços que fazemos para superar nossos predecessores”... O século “quer acrescentar ao que recebeu e erra o alvo ao procurar ultrapassá-lo. Têm-se, portanto, ao mesmo tempo, maior número de princípios para julgar corretamente, um acervo maior de luzes, um maior número de bons juízes e um menor número de boas Obras”... Decréscimo na quantidade, muito embora sobressaíam os *homens de mérito*, que deixam à posteridade “monumentos de que tem todo direito de glorificar-se” Daqui os exemplos se seguem, entre eles o do “Escritor sensato, tão bom cidadão quanto grande Filósofo” que lhes deu “sobre os princípios das Leis uma obra depreciada por alguns franceses e estimada por toda a Europa” (D’Alembert).

E, se tomarmos o caso específico de Hobbes, os dardos lançados pelo setecentos foram implacáveis: “horrrível sistema de Hobbes e descobriremos, bem ao contrário de sua doutrina absurda, que, muito longe de o estado de guerra ser natural ao homem, a guerra nasceu da paz, ou ao menos das precauções que os homens tomaram para assegurar uma paz durável” (Rousseau); “Todo aquele que estuda a moral deve começar refutando teu livro em seu coração; mas teu próprio coração te refutaria ainda mais, pois tu foste tão virtuoso... e só te faltou...ensinar os verdadeiros princípios da virtude que praticavas e que recomendavas aos outros”(Voltaire).

Podemos admitir a existência de motivos para a busca da diferença e a recusa dos textos hobbesianos, no interior da polêmica, e mesmo buscar compreendê-los no seio da história que pulsava no interior dos discursos. Surpreende, entretanto, que os críticos posteriores não apenas tenham adotado as regras, mas continuado a partida do ponto em que lhes foi deixada.

Alguma estranheza, enfim, seria causada se se negasse a idéia de o *écrivain judicieux, bon citoyen, grand Philosophe* mostrar-se o *antípoda* de *l'affreux M. Hobbes, profond et bizarre philosophe*.

3. Propõe-se, aqui, retomar a leitura que Montesquieu fez de Hobbes.

Em outros termos, refazer, neste ponto específico, uma perspectiva da história da filosofia que trabalhe com a recepção dos textos. Recuperar o fio mais sutil que, longe da simples comparação das idéias, faz migrá-las e constrói o tecido histórico.

A leitura é, com efeito, o lugar em que reside a história do pensamento. Não porque lhe estipule limites, mas exatamente por dissipá-los.

A experiência do autor que escreve supre um vazio na comunicação entre ele e o autor que lê - mas cria outros tantos espaços abertos para a imaginação - desperta-o para uma situação diversa, deixa-lhe perguntas novas que, em sua maior parte, não tinham sido cogitadas pelo escritor e muito menos podem ser respondidas por ele -, induz o leitor a um outro processo de criação.

Não há um prazer na leitura senão quando encaminha a imaginação a uma nova tarefa de escrever.

É o que, por exemplo, está claramente na crítica que Proust fez a John Ruskin, em 1905: *“sentimos muito bem que nossa sabedoria começa onde a do autor termina, e gostaríamos que ele nos desse respostas, quando tudo o que ele pode fazer é dar-nos desejos. Estes desejos, ele não pode despertar em nós senão fazendo-nos contemplar a beleza suprema à qual o último esforço de sua arte lhe permitiu chegar ... O que é o fim de sua sabedoria não nos aparece senão como começo da nossa ... Este é o preço da leitura e esta a sua insuficiência”*

Enfim, os livros teriam sido escritos para a leitura de outros tantos escritores. Poderíamos pressupor, portanto, que, ao ler Hobbes, Montesquieu o faz reviver em sua pena, naquilo que a *teoria da estética da recepção* chamaria de uma *série literária* (Jauss).

O que a crítica estabelece como oposição radical, pode não passar, na perspectiva de uma observação menos *literal*, da superação do horizonte de expectativa do autor-escritor, em que o autor-leitor parte para a solução de outras indagações sugeridas pela experiência de sua leitura, sempre mais ampla do que a pura seqüência de palavras no texto lido.

Há, neste passo, a intervenção do que o autor-leitor parece não ter dito,

ao fazer pública sua impressão do que leu. Quer dizer, as poucas objeções expressas que Montesquieu faz a Hobbes não trariam em si uma assimilação, esta sim mais ampla ou relevante, da experiência hobbesiana?

Numa observação menos esquemática, menos marcada pelos preconceitos de uma história da filosofia de etapas previamente fixadas, podem aparecer inúmeros pontos de convergência, que modulem a visão generalizada da figura do confronto absoluto, que se realiza na fórmula: - *Montesquieu tinha que criticar Hobbes, uma vez que a cosmovisão das Luzes contraria a cosmovisão do século da geometria*, o que facilita a operação de pinçar os termos da contestação - a originalidade e o gênio dos autores comparados os oferecem em abundância.

O tempo cronológico não passa de mero coadjuvante na trama, no desenrolar da história cultural: *“a multiplicidade de acontecimentos que ocorrem num determinado momento histórico, e que se pretende compreender, na perspectiva de uma história universal, como expressões representativas de um só e único sentido, pertencem de fato a curvas de tempo absolutamente diferentes, submetidas às leis específicas de sua história particular ... A coerência da ‘história geral’ nasceria sempre do olhar retrospectivo e do discurso dos historiadores, autores de uma unidade artificial”* O problema se agrava quando a coerência construída acaba por obliterar as mudanças de pensamento do próprio autor, vendo-se sempre a obra anterior como preparação das seguintes, consideradas mais acabadas, perfeitas.

Interessa o modo como o autor-leitor compreende, do ponto de vista diacrônico, o texto do autor-escritor. Não necessariamente Montesquieu leu Hobbes como um homem de um século passado.

4. O magistrado de Bordeaux tomou Hobbes como um contemporâneo. Com efeito, é o que se observa, por exemplo, logo na primeira vez em que o refere, em seus *Pensamentos*: *“é um princípio falso aquele de Hobbes: que, o povo tendo autorizado o príncipe, as ações do príncipe são as ações do povo, e, por conseqüência, o povo não pode se queixar do príncipe, nem exigir contas de suas ações: porque o povo não pode se queixar do povo. Assim Hobbes esqueceu seu princípio do Direito Natural: Pacta esse servanda. O povo autorizou o príncipe sob condição; ele a estabeleceu sob a forma de uma convenção. É necessário que ele a observe, e o príncipe não representa o povo senão como o povo quis ou se presume ter desejado que ele o representasse. Além disso, é falso que aquele que é delegado tenha tanto poder quanto aquele que delega, e que não dependa mais dele”*

A objeção que estabelece é lógica, o termo que a define é “*faux*”. Hobbes não teria tirado *conclusões corretas* de seus *princípios*.

É interessante notar que Montesquieu assume a hipótese hobbesiana do *estado de natureza*, ao considerar que o *povo autorizou o príncipe sob condição, estabelecida sob a forma de uma convenção*, ou, mais propriamente: “*avant toutes ces lois, sont celles de la nature, ainsi nommées, parce qu’elles dérivent uniquement de la constitution de notre être. Pour les connoître bien, il faut considérer un homme avant l’établissement des sociétés. Les lois de la nature seront celles qu’il recevrait dans un état pareil*”. Montesquieu toma mesmo o termo no duplo sentido hobbesiano: *condição natural dos homens* e seu *estado fora da sociedade civil*. Quer dizer, os homens segundo a condição de seu nascimento e suprimido o *estado social* ou considerado um momento anterior a essa *associação*.

Neste passo, seria interessante observar que nossos autores – escritor e leitor – empregam procedimentos que os aproximam: o gosto por argumentar com o uso da *ficção*, tão típico dos *jurisprudentes*, e o prazer de construir *jogos*, constitutivo de toda produção cultural (Huizinga), como o *Direito*, área em que Hobbes e Montesquieu se gabavam, com razão, de seus conhecimentos.

No que diz respeito ao primeiro, Hobbes abre o *Leviathan* com o termo *natureza*. Parece, ao fazê-lo, querer adotar uma ironia, uma vez que seu objetivo é o *artifício* (*imitatio naturae*), característica, evidentemente, da *poiesis*, ainda apoiada na *praxis*, como na antigüidade: “*a Natureza a Arte pela qual Deus fez e governa o Mundo - é, como em muitas outras coisas, também nisto imitada pela Arte do homem, a ponto de poder fazer um Animal Artificial ... a Arte vai mais longe, imitando o Homem, mais excelente e Racional artefato da Natureza. Pois pela Arte criou-se esse grande Leviathan ... não outra coisa senão um Homem Artificial; ainda que maior em estatura e força do que o Natural...*”

A reunião dos homens é resultado de um *artifício*, de um *acidente*, não decorre de nenhuma razão natural: “*não procuramos companhia naturalmente e só por si mesma, mas para dela recebermos alguma honra ou proveito; estes nós desejamos primariamente, aquela só secundariamente ... Toda reunião, por mais livre que seja, deriva quer da miséria recíproca, quer da vã glória, de modo que as partes reunidas se empenham em conseguir algum benefício ... Toda associação, portanto, ou é para o ganho ou para a glória - isto é: não tanto para o amor de nossos próximos, quanto pelo amor de nós mesmos*” Hobbes não descarta a *paixão* chamada *amor* (de si e de outrem – o par *egoísmo-altruísmo*), tão-somente faz prevalecer o *medo*, que impõe

limites à possibilidade da *dominação*: “*embora os benefícios desta vida possam ser ampliados, e muito, graças à colaboração recíproca, contudo - como podem ser obtidos com mais facilidade pelo domínio, do que pela associação com outrem -, espero que ninguém vá duvidar de que, se fosse removido todo o medo, a natureza humana tenderia com toda avidez à dominação do que a construir uma sociedade*”

Longe de significar pavor, o *medo* corresponde a “*uma antevisão de um mal futuro; por isso não penso que fugir seja o único efeito do medo; a quem sente medo também ocorre desconfiar, suspeitar, acautelar-se e até mesmo agir de modo a não mais temer ... É pelo medo que os homens se protegem, até mesmo pela fuga, e escondendo-se pelos cantos, se não têm outro jeito de escapar; mas, o mais das vezes, utilizando-se de armamentos e armas defensivos. Assim acontece que, se eles têm a coragem de se mostrar, cada um vem a conhecer em que disposição está o outro; de modo que assim, se lutarem, a sociedade civil nasce da vitória, e, se concordam, vem de seu acordo*”

Montesquieu redargüe: “*l'idée de l'empire et de la domination est si composée, et dépend de tant d'autres idées, que ce ne seroit pas celle qu'il auroit d'abord ... On ne sent pas que l'on attribue aux hommes, avant l'établissement des sociétés, ce qui ne peut leur arriver qu'après cet établissement, qui leur fait trouver des motifs pour s'attaquer et pour se défendre. Au sentiment de sa faiblesse, l'homme joindroit le sentiment de ses besoins. Ainsi une autre loi naturelle seroit celle qui lui inspireroit de chercher à se nourrir. J'ai dit que la crainte porteroit les hommes à se fuir: mais les marques d'une crainte réciproque les engageroit bientôt à s'approcher*”

Montesquieu concede ao *medo* um lugar de preeminência. Trata-se de uma *paixão natural* que, ao mesmo tempo, leva à separação e ao engajamento humano. E indagaríamos se esta concepção não poderia ser assimilada pelo sistema hobbesiano, especificamente no que se refere ao instante em que os homens *resolvem*, atendendo ao reclamo de *paixões* e à indicação da *razão*, constituir a *associação*: “*the Passions that encline men to Peace, are Feare of Death; Desire of such things as are necessary to commodious living; and a Hope by their Industry to obtain them. And Reason suggesteth convenient Articles of Peace, upon which men may be drawn to agreement*” Resta acrescentar que para Montesquieu, a par do *medo*, outras *paixões* encaminham à *vida social*, como o “*plaisir qu'un animal sent à l'approche d'un animal de son espèce*” o “*charme que les deux sexes s'inspirent par leur différence*” “*la prière naturelle qu'ils se font toujours l'un à l'autre*” e o “*désir de vivre en société*” assim como a faculdade humana do *conhecimento*, formando outras tantas prescrições naturais.

É claro, existem outros instantes em que o barão de La Brède recusa até a validade de se indagar sobre o estado de natureza, teclas que a crítica não cansa de apoiar, fazendo olvidar as falhas que comprometem a pretensa coerência da imagem do antípoda.

A própria cena do *estado de natureza* traz o sabor ficcional à obra. Hobbes solicita ao leitor um esforço de imaginação, que abstraia sua *condição social*, tornando-se atento a certas atitudes inconscientes que, segundo ele, remeteriam - como no labor psicanalítico - à essência mesma de sua condição (*nosce teipsum, read thy self*): “*objetareis, possivelmente, que há alguns que negam isso ... Na verdade não me contradigo, mas eles sim, cujas ações desmentem o que seus discursos aprovam ... não dormem sem fecharem – não-só suas portas, para proteção de seus concidadãos - mas até seus cofres e baús, por temor aos domésticos*”; “*it may be thought, there was never such a time, nor condition of warre as this; and I believe it was never generally so, over all the world ... Howsoever, it may be perceived what manner of life there would be, where there were no common Power to feare; by the manner of life, which men that have formerly lived under a peacefull government, use to degenerate into, in a civill Warre. But though there had never been any time, wherein particular men were in a condition of warre one against another; yet in all times, Kings, and Persons of Sovereigne authority, because of their Independency, are in continuall jealousies, and in the state and posture of Gladiators...*”

Neste contexto, dada a afirmação de Hobbes de que, conseqüentemente, numa *guerra de todos contra todos*, “*nothing can be Unjust*”, deseja-se cerrar qualquer possibilidade de diálogo com o pensamento de Montesquieu, para o qual a “*Justice n’est pas dépendante des lois humaines, qu’elle est fondé sur l’existence et la sociabilité des êtres raisonnables, et non pas sur des dispositions ou volontés particulières de ces êtres*”

Nossos autores, todavia, estão falando de coisas muito diferentes. Hobbes não-nega que possam existir *homens justos*, mas concede à *Justiça* uma caráter social estrito: “*where there is no common Power, there is no Law, no Injustice*” porque, na guerra, *a força e a fraude seriam as virtudes cardeais*. *Justiça e injustiça* são “*Qualities, that relate to men in Society, not in Solitude*” assim como *Propriety* e *Dominion*. Montesquieu não-nega a presença de uma *Justiça natural* porque, para ele, a *Justiça* é uma *paixão*, como toda *virtude* é um *sentimento* e não uma *seqüência de conhecimentos*, algo, reconhecidamente, *très pénible*, porque uma *paixão de contenção*.

Na *história dos trogloditas*, que *Usbek* conta a *Mirza*, em que Montesquieu exercita seu talento ficcional, viu-se, também, contestação a Hobbes. Contudo, o texto indica mais a influência hobbesiana do que contradição.

O viajante persa deseja estabelecer uma *verdade moral*, menos persuadindo do que fazendo seu interlocutor *sentir* a lição que do conto se extrai.

A pergunta proposta por *Mirza* e que a história vai responder é olvidada pelos intérpretes: “*se são os prazeres e a satisfação dos sentidos que tornam os homens felizes, ou a prática da virtude*” Tanto os *prazeres* quanto as *virtudes* são *paixões*, portanto falam aos *sentidos*. Contudo, remetendo aos *Interiour Begginings of Voluntary Motions*, relacionam-se como os *apetites* ou *desejos* e as *aversões*, que formam os pares de *paixões*. Os *prazeres*, para empregar os termos de Hobbes, denotam um *esforço* em direção a alguma coisa que é sua causa. As *virtudes* contêm o *desejo*, esforçam-se para evitar alguma coisa. Montesquieu também não desconhecia a distinção romana entre *ius* e *lex*, que Hobbes recupera, associando-a ao quadro das *paixões*.

Assim como Hobbes, Montesquieu vê o homem como um *ser de paixões*, deixando à *razão* um papel menos importante. A *razão primitiva* de que fala o capítulo inicial do *Espírito das leis* não passa do produto de uma regularidade no *curso* das *paixões*. A vida humana transita em meio a tais *apetites* e *aversões*, constituindo-se no cenário de seu *progresso*. Nas *Cartas Persas*, as *paixões* encontram-se em um movimento quase caótico. No *Espírito das Leis* encontrarão seu repouso quando assentadas nos *regimes* políticos.

A Montesquieu também foi difícil encontrar um povo em situação de inexistência de coerção social. Os *trogloditas*, destarte, possuíam *governo*, mas se rebelaram tanto contra o governante imposto quanto contra aquele que escolheram, “*concordaram em não obedecer mais a ninguém, cada um zelaria unicamente por seus interesses, sem consultar os dos outros*”. Destruíram-se, “*vítimas de sua própria maldade e injustiça*”. Permaneceram, porém dois homens “*bem singulares: conheciam a justiça, eram humanos, amavam a virtude*”. A *compaixão* motivou-lhes o acerto de uma *nova aliança*. Recuperaram a civilização dos *trogloditas*, criaram *instituições* e *festividades*; até que escolhessem um novo *governante*, viveram apenas sob o jugo da *virtude*.

De resto, a história dos ciclos de *grandeza* e *decadência* dos *trogloditas* não corresponde à hipótese do *estado de natureza* de Hobbes, e igualmente se distingue daquela de Locke. O que, em resumo, coloca Montesquieu diante de indagações diversas, não abandonando, contudo sua condição de *leitor* privilegiado.

5. Nas *Cartas Persas*, a *ficção* e o *jogo* constituem a própria filosofia.

Tem-se procurado extrair as lições de Montesquieu a partir da citação de uma ou outra passagem do texto. O procedimento é, necessariamente, equivocado,

uma vez que suprime o encadeamento da narração e o prazer do *romance*, do *jogo* que aos poucos vai se desenrolando: “*o que mais agradou nas Cartas Persas foi que os leitores puderam encontrar nelas sem que o esperassem - uma espécie de romance. Tem começo, andamento e fim. Os vários personagens são encadeados numa história que os liga ... Essa espécie de romance costuma alcançar sucesso, porque nela cada um expõe em pessoa sua situação atual - o que nos leva a sentir as paixões melhor do que qualquer narrativa poderia fazer ... Na forma de cartas...os atores não são selecionados...os assuntos tratados não dependem de nenhum propósito ou plano previamente elaborado, o escritor goza da vantagem de poder acrescentar a filosofia, a política e a moral a um romance, e de articular o conjunto inteiro por meio de uma cadeia secreta e, por assim dizer, desconhecida ... Todo o agrado desta obra só podia consistir no eterno contraste entre as coisas reais e a maneira singular, nova ou estranha, pelas quais elas eram percebidas*”

Como o compromisso do autor com as idéias que seus personagens expõem nas epístolas é muito tênue - isto quando não deixa a questão em aberto, compele o leitor a participar, cobrindo claros os críticos buscaram confirmar as opções do escritor em suas obras posteriores, chegando mesmo a afirmar que as *Cartas Persas* e o *Espírito das Leis* seriam um só livro, ou que a primeira constituiria o esboço e a segunda o acabamento. Em nome da coerência, destrói-se a especificidade de um pensamento.

O *divertimento* do romance resiste, como *jogo*, a “*toda análise e interpretação lógicas*” que suspenderiam seu “*caráter profundamente estético*”

A *filosofia*, a *moral*, a *política* ali se encontram, mas a *cadeia* que as une ao enredo permanece *secreta*, quer dizer, somente o leitor pode optar no lugar do escritor, na medida em que endosse a opinião de certo personagem. Observe-se que cada um possui o seu interlocutor privado. Quem torna manifesta a trama é o selecionador das missivas. O leitor necessita adivinhar o *jogo* da *escrita* e da *recepção*, a partir de suas próprias *paixões* e não de sua *razão*: “*o jogo, seja qual for a sua essência, não é material ... ultrapassará os limites da realidade física*”

6. Finalmente, em Hobbes, o caráter lúdico aparece na concepção do *contrato*, forma elementar da geometria política, espalhando-se por toda a construção planejada do *Leviathan*, livro e artefato.

A questão do *jogo* no *Direito* é abordada por Huizinga exclusivamente em sua faceta de *processo*. Todavia, a idéia do *contrato* aparece quando refaz a concepção original do termo *wedding* (casamento), que remontaria “*aos primeiros*



alvares da história jurídica e social. Wedding relaciona-se com a wedde, penhor simbólico mediante o qual alguém se compromete a obedecer a uma convenção”

Em Hobbes, o contrato encerra o universo da guerra e impõe o império da palavra, contudo isenta dos abusos que podem perpetuar a situação de conflito. Substitui o desenrolar ilimitado dos desejos por regras bem estabelecidas a partir do atributo da soberania. Suprime a luta e impõe a perspectiva do soberano para a cultura da corte: “a cultura de corte tem uma tendência especial para adotar a forma do jogo, dado o fato de mover-se dentro de um círculo restrito. O respeito que se sentia na presença do imperador era por si só suficiente para impor toda espécie de regras e ficções”

E a doutrina do contrato é bastante específica, ao estabelecer suas regras e ficções.

Essa idéia de montagem da sociedade a partir de um princípio que conduz todo o seu movimento ou constância: “a Common-wealth is said to be Instituted, when a Multitude of men do Agree, and Covenant, every one, with every one, that to whatsoever Man, or Assembly of Men, shall be given by the major part, the Right to Present the Person of them all, (that is to say, to be their Representative;) every one, as well he that Voted for it, as he that Voted against it, shall Authorise all the Actions and Judgements, of that Man, or Assembly of men, in the same manner, as if they were his own, to the end, to live peaceably amongst themselves, and he protected against other men. From this Institution of a Common-wealth are derived all the Rights, and Facultyes of him, or them, on whom the Sovereigne Power is conferred by the consent of the People assembled” não passa de um jogo imposto por uma convenção, isto é, uma ficção que todos aceitam como maneira de sustar a guerra.

Montesquieu conserva esse procedimento, muito embora tenha se mostrado mais complexo na confecção de seu tabuleiro. Cada forma de governo tem seu princípio, que conforma a sociedade e mantém disciplinadas as paixões, pela prevalência de uma, que nomeia a natureza do regime.<sup>3</sup>

São Paulo, janeiro de 2001.

---

3. Para outras questões pertinentes na leitura de Hobbes por Montesquieu e para bibliografia, consulte-se a tese de doutorado: ATTÍE Jr., A. *Montesquieu: tópica das paixões e estilo moraliste*. FFLCH.USP., 2000.



## A JUSTIÇA KELSENIANA

*Eduardo Carlos Bianca Bittar*

Doutor pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;  
Professor de Filosofia do Direito, da Universidade São Marcos e  
da Universidade Ibirapuera

### Resumo:

Trata-se de investigar alguns aspectos pontuais da teoria kelseniana da Justiça, sobretudo destacando-se a relação das pesquisas ligadas ao purismo metodológico com o relativismo da Justiça. Com este intuito é que se direcionam as pesquisas para a compreensão do justo e do injusto nesta concepção.

### Resumé:

Il s'agit d'une recherche de quelques remarques ponctuelles de la théorie kelsenienne de la Justice, surtout en détachant la relation entre le purisme méthodologique et le relativisme de la Justice. C'est avec cette intention qu'on dirige les recherches pour la compréhension du juste et de l'injuste dans cette conception.

**Unitermos:** teoria kelseniana; purismo metodológico; justo e injusto.

### Sumário:

1. O positivismo jurídico
2. A Ciência do Direito
3. A Justiça e o Direito

Conclusões

Bibliografia

1. O positivismo jurídico

Para que se possa compreender com todo rigor necessário o que Hans Kelsen pretende em sua teoria acerca do valor Justiça, é mister atravessar a longa

planície de suas investigações propriamente jurídicas. Ou seja, para que se possa dizer algo sobre o Kelsen da Justiça é necessário passar anteriormente pelo esquadramento de conceitos-chave e pontos nodais de desenvolvimento de sua Teoria do Direito. Isto parece *conditio sine qua non* para o avanço da reflexão. Porém, quando se faz uma pesquisa se debruçar por sobre o complexo sistema de idéias jurídicas de Kelsen, não se pode senão fazê-lo de modo instrumental, dentro das pretensões deste escrito; uma análise detida da teoria kelseniana do Direito demandaria esforços incontidos, que aqui se voltam somente para a compreensão do problema da Justiça. Assim, ao se propor que este texto se refira ao Kelsen da Teoria do Direito, estar-se-á a fazê-lo de modo instrumental. De qualquer forma feito isto, poder-se-á perceber a intrínseca relação mantida entre seu sistema de idéias acerca do Direito e acerca da Justiça.

Hans Kelsen, como pensador do Direito, se qualifica dentro do diversificado movimento a que se costuma chamar de positivismo jurídico. A importância de situá-lo neste movimento está em localizar seu pensamento, suas principais fontes de influência e compreender suas pretensões teóricas. Neste sentido, há teóricos do positivismo que diferem em absoluto da postura kelseniana, o que motivou a que se mencionasse a teoria do filósofo vienense de positivismo normativista.<sup>1</sup>

Reflexo do positivismo científico do séc. XIX,<sup>2</sup> o positivismo jurídico,<sup>3</sup> como movimento de pensamento antagônico a qualquer teoria naturalista, metafísica, sociológica, histórica, antropológica... adentrou de tal forma nos meandros jurídicos que suas concepções se tornaram estudo indispensável e obrigatório para a melhor compreensão lógico-sistemática do Direito. Sua contribuição é notória no sentido de que fornece uma dimensão integrada e científica do Direito, porém, a metodologia do

1. O leque extenso de autores positivistas não permitiria que se estivesse a estudá-los sequencialmente sem comprometimento dos fins deste estudo, de modo que se pode remeter o leitor à seguinte obra, mais extensa sobre o assunto: Grzegorzczuk, Christophe; Michaut, Françoise; Troper, Michel (sous a direction de). *Le positivisme juridique*. Paris; Bruxelles: CNRS; Université Paris X; LGDJ; Story scientia, 1992.

2. "Il est généralement admis que la théorie de Kelsen est radicalement positiviste, et ceci dans plusieurs sens de ce terme. Tout d'abord, elle l'est sur le plan philosophique: les liens qui unissaient Kelsen aux penseurs néo-positivistes groupés dans le Wiener Kreiss se manifestent dans son approche de la connaissance en tant que *valeur en elle-même*. Ceci explique d'ailleurs le refus catégorique que le maître autrichien opposait à toute forme de 'métaphysique' comme stérile sur le plan cognitif" (Grzegorzczuk, Michaut, Troper, *Le positivisme juridique*, 1992, p. 56).

3. "A pureza metodológica perseguida por Kelsen baseia-se na ausência de juízos de valor, de que acabamos de falar, e na unidade sistemática da ciência: volta-se, portanto, para uma nova noção de ciência fundada em pressupostos filosóficos da escola neokantiana" (Mario Losano, na Introdução em *O problema da Justiça*, p. XIII).

positivismo jurídico identifica que o que não pode ser provado racionalmente não pode ser conhecido; sem dúvida nenhuma, retira os fundamentos e as finalidades, contentando-se com o que *ictu oculi* satisfaz às exigências da observação e da experimentação, daí sua restrição ao posto (*positum ius positivum*).<sup>4</sup>

Com os pilares teóricos fixados no método positivista é que Hans Kelsen (*Teoria Pura do Direito*) procurou delinear uma Ciência do Direito desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa. Assim alhear o fenômeno jurídico de contaminações exteriores à sua ontologia seria conferir-lhe cientificidade. Neste sentido, o isolamento do método jurídico seria a chave para autonomia do Direito como Ciência. Desta forma, através das ambições de sua teoria, ter-se-ia uma descrição do Direito que correspondesse apenas a uma descrição pura do Direito.

As categorias do ser (*Sein*) e do dever-ser (*Sollen*) são os pólos com os quais lida Hans Kelsen para distinguir realidade e Direito, que caminham em flagrante dissintonia, em sua teoria. Mais precisamente, é com a quebra da relação ser/dever-ser que pretende Hans Kelsen operar para diferir o que é jurídico (fenômeno jurídico puro) do que é não-jurídico (cultural, sociológico, antropológico, ético, metafísico, religioso...). A Teoria Pura do Direito se propõe a uma análise estrutural de seu objeto, e, portanto, expurga de seu interior Justiça, sociologia, origens históricas, ordens sociais determinadas... A ela não se defere a tarefa de empreender todo este estudo, mas sim de empreender uma sistematização estrutural do que é jurídico, propriamente dito.<sup>5</sup>

Ser e dever-ser diferem entre si na mesma medida em que ciências sociais (humanas) diferem das ciências naturais (físico-matemáticas). Esta diferenciação repousa na distinção provocada pelos termos causalidade e imputação e suas conseqüências lógico-teóricas.<sup>6</sup> De fato, condição e conseqüência se ligam pela imputação de uma sanção a um comportamento, na esfera do Direito; neste sentido, a sanção pode ser, como pode não ser aplicada.<sup>7</sup> Causa e efeito, estudadas pelas ciências

---

4. "A sua Teoria Pura do Direito constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da Ciência do Direito como ciência – mantendo-se embora sob império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje a conhecer" (Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa. 1989.p. 82).

5. Kelsen, *O que é Justiça? A justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 291-293.

6. "Condição e conseqüência estão ligadas não segundo o princípio de causalidade, mas segundo o princípio de imputação" (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 327).

7. "O princípio da imputação afirma: se A existe, B deve existir" (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 331).

naturais, se comportam com regularidade, e, então, o que é causa provoca necessariamente o efeito respectivo.

Tendo em vista estas considerações, o conceito de responsabilidade (*zurechnungsfähig*) passa a significar que a sanção pode ser imposta a um sujeito (sujeito capaz de direito e de fato); o conceito de irresponsabilidade (*unzurechnungsfähig*) passa a significar que a sanção não pode ser imposta a um sujeito (louco, doente mental, menor, incapaz por surdez...). Assim, causalidade (ciências naturais) e imputação (ciências sociais) passam a ser as grandes categorias a partir das quais Kelsen estrutura seu pensamento. Como derivação desta distinção decorrem inúmeras conseqüências teóricas, sobretudo aquelas ligadas à distinção entre ser e dever-ser, isolados e neutralizados laboratorial e aritmeticamente. O dever-ser jurídico não se enraiza em qualquer fato social, histórico; não é condicionado por nada o que possa perverter sua natureza de puro dever-ser; Kelsen desenraiza o Direito de qualquer origem fenomênica, a título de compreendê-lo autonomamente em sua mecânica.

Então, a atitude do jurista, segundo Kelsen, deve consistir num partir da norma jurídica dada para chegar à própria norma jurídica dada. Esta postura é nitidamente contrária à que procura questionar os valores que antecederam à elaboração da norma jurídica (aqui se procede raciocinando a partir da norma retrospectivamente), ou ao que seria possível de se conceber após a elaboração da norma jurídica (aqui se procede raciocinando a partir da norma prospectivamente). Para o positivismo kelseniano, a norma jurídica é o alfa (a) e o ômega (W) do sistema normativo, ou seja, o princípio e o fim de todo o sistema.

Inclusive, em sua teoria, a noção de Estado se identifica com a noção de Direito, sendo que este consiste no ordenamento de normas jurídicas coercitivas da conduta. Assim, todo Estado é um ordenamento jurídico, mas nem toda ordem jurídica é um Estado.<sup>8</sup> Apenas a ordem jurídica centralizada pode ser dita Estado.

Se a norma jurídica encontra posição nuclear em seu sistema teórico, o conceito-chave, e de maior importância de sua teoria, é o conceito de validade. Esta consiste na existência da norma jurídica, ou seja, em sua entrada regular dentro de um sistema jurídico, observando-se a forma, o rito, o momento, o modo, a hierarquia, a estrutura, a lógica de produção normativa prevista num dado ordenamento jurídico.

---

8. "Se o Estado é uma comunidade, é uma comunidade jurídica" (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 290). Mas, "nem toda ordem jurídica é um Estado" (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 290).

Ser válida, não significa o mesmo que ser verdadeira ou falsa, mas sim estar de acordo com procedimentos formais de criação normativa previstos por um determinado ordenamento jurídico. A validade não submete a norma ao juízo do certo ou do errado, mas sim ao juízo jurídico, propriamente dito, ou seja, ao juízo da existência ou-não (pertinência a um sistema formal) para um determinado ordenamento jurídico.<sup>9</sup>

Do conceito de validade<sup>10</sup> é que se pode partir para o conhecimento do fundamento de todo o ordenamento jurídico: a norma fundamental (*Grundnorm*). De fato, na cascata das recíprocas relações de validade entre as normas é que reside a chave para a dissecação do conceito de norma fundamental, que nada mais é que o fundamento último de validade de todo um sistema jurídico. O sistema jurídico, para Kelsen, é unitário, orgânico, fechado, completo e auto-suficiente; nele nada falta para seu aperfeiçoamento; normas hierarquicamente inferiores buscam seu fundamento de validade em normas hierarquicamente superiores. O ordenamento jurídico se resume a este complexo emaranhado de relações normativas. Qualquer abertura para fatores extrajurídicos comprometeria sua rigidez e completude, de modo que a norma fundamental desempenha este papel importante de fechamento do sistema normativo escalonado.

Ao problema de onde estaria o ponto de apoio de todo o sistema jurídico a resposta do positivismo kelseniano seria: numa estrutura escalonada de normas, onde a última aparece como norma fundamental, ápice de uma pirâmide de relações normativas. Onde há hierarquia há interdependência entre normas, onde há interdependência a validade da norma inferior é extraída da norma superior, e assim até uma última norma, a norma fundamental. Esta não é a norma constitucional de um Estado (Constituição da Argentina, Constituição da França, Constituição do Brasil...), mas sim um pressuposto lógico do sistema, o cume da pirâmide escalonada de normas jurídicas. Ela não existe historicamente, e nem fisicamente, mas é pressuposta logicamente. O estatuto teórico da norma fundamental (qual a sua natureza, a sua função,

---

9. "Uma importante diferença entre a verdade de um enunciado e a validade de uma norma consiste em que a verdade de um enunciado precisa ser verificável, quer isto dizer: ser verificável como verdadeiro ou falso. A validade de uma norma não é, porém, verificável!" (Kelsen *Teoria Geral das Normas*, 1986, p. 227).

10. "À pergunta: qual o objetivo da teoria pura do Direito? A resposta é unívoca: o objetivo da teoria pura do Direito é ser uma teoria da validade do Direito" (...) "Dizer que uma norma jurídica existe, significa, para Kelsen, dizer que ela é válida" (Mario Losano, na Introdução em *O problema da Justiça*, p. XVI).

a razão de sua existência...) parece ser o maior problema para esta criação da teoria kelseniana.<sup>11</sup>

Neste mesmo sentido é que se pode desenvolver esta questão com outras palavras. Para Kelsen, a Teoria do Direito possui dois juízos de valor: 1. valores de Direito, cujo parâmetro objetivo é a norma jurídica (lícito/ ilícito); 2. valores de justiça (justo/ injusto), cujo parâmetro subjetivo repousa em dados variáveis e indedutíveis (Justiça democrática, autoritária, nacionalista, demagógica...).<sup>12</sup> Abordando-se os valores, pode-se dizer que a norma jurídica é a única segurança para a teoria do Direito; é ela o centro das investigações positivistas do Direito. Mas, ela não é a simples expressão da vontade do legislador,<sup>13</sup> porque são muitas as possíveis vontades do legislador, o que torna a pesquisa da norma um dado fluído. A norma está sempre sujeita à interpretação, e é isto que permite que diversos sentidos jurídicos convivam num só ordenamento.

Assim, o conjunto das normas forma a ordem jurídica, que é um “sistema hierárquico de normas legais”<sup>14</sup> Toda ordem jurídica requer um regresso *ad infinitum* através das normas, até a norma fundamental (esta é “pressuposição do pensamento jurídico”<sup>15</sup> e não um dado histórico). Caso contrário, inexistente a norma fundamental, devem-se aceitar pressupostos metafísicos para a fundamentação da ordem jurídica (Deus, ordem universal, contrato social, Direito Natural...). O que se pode reconhecer é que existe um consentimento de todas as pessoas em aceitar a Constituição,<sup>16</sup> e é a partir deste simples dado que deve raciocinar o jurista; este é o “princípio da eficácia” kelseniano. Kelsen termina por afirmar que a “ciência jurídica não tem espaço para os juízos de Justiça”<sup>17</sup> mas somente para os juízos de Direito.

11. “Este princípio (da unidade) recebe em Kelsen o nome de norma fundamental, noção intuitivamente simples de ser percebida (se as normas do ordenamento compõem séries escalonadas, no escalão mais alto está a primeira norma da série, de onde todas as demais promanam) mas difícil de ser caracterizada (é a questão do seu estatuto teórico: é norma? É um ato ou fato de poder? É uma norma historicamente positivada ou uma espécie de princípio lógico que organiza o sistema?)” (Ferraz Jr., *Introdução ao estudo do Direito*, 1994, 2ª edição, p. 176).

12. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 203-224.

13. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 210-211.

14. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 215.

15. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 218.

16. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 218-219.

17. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 223.



Numa doutrina, onde as normas têm total preponderância, até mesmo o fundamento do ordenamento vem definido como sendo uma norma, a norma fundamental, aquela que não remete a nenhuma outra.<sup>18</sup> Seu caráter é técnico-gnosiológico, e sua existência, puramente lógica.<sup>19</sup> Assim, esta norma possui uma natureza puramente pensada, como forma de estancar o regresso *ad infinitum* do movimento cadenciado de busca do *principium* de validade de toda a estrutura piramidal do ordenamento jurídico; trata-se de uma ficção do pensamento, na busca de determinar logicamente um começo e um fim.<sup>20</sup>

Toda esta regência de normas por uma norma fundamental não exclui a possibilidade de o juiz agir aplicando e interpretando, ou seja, produzindo normas individuais. Também a atividade aplicativa é uma atividade que está às voltas com normas; interpretam-se normas gerais e criam-se normas individuais.

Neste passo, o sentido as normas jurídicas se alcança por meio da interpretação, mas esta não consiste em um processo de cognição de um sentido imanente, inefável, apriorístico, causado por leis morais ou naturais; trata-se simplesmente das possibilidades de sentido de um texto normativo, em sua literalidade.<sup>21</sup>

---

18. Sobre a norma fundamental: "O próprio Kelsen, porém, deve admitir que essa não é uma norma jurídica no sentido definido pela teoria pura do Direito. Para esta, de fato, são jurídicas apenas as normas estatuídas pelo legislador; a norma fundamental, ao contrário, 'deve ser pressuposta, porquanto não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência deveria repousar sobre uma norma ainda mais elevada'" (Mario Losano, na Introdução em *O problema da Justiça*, pp. XIX-XX).

19. "A teoria pura do Direito, porém, é uma teoria jurídica monista. Segundo ela, só existe um Direito: o Direito Positivo. A norma fundamental definida pela teoria pura do Direito não é um Direito diferente do Direito Positivo: ela apenas é o seu fundamento de validade, a condição lógico-transcendental da sua validade, e, como tal, não tem nenhum caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnosiológico" (Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998, p. 117).

20. "A norma fundamental de uma ordem jurídica ou moral positivas – como evidente do que precedeu – não é positiva, mas meramente pensada, e isto significa uma norma fictícia, não o sentido de um real ato de vontade, mas sim de um ato meramente pensado. Como tal, ela é uma pura ou verdadeira ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia de Como-Se, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma. Pois a suposição de uma norma fundamental de uma ordem religiosa: "Deve-se obedecer aos mandamentos de Deus, como determina historicamente a primeira Constituição" – não contradiz apenas a realidade, porque não existe tal como sentido de um real ato de vontade; ela também é contraditória em si mesma, porque descreve a conferição de poder de uma suprema autoridade da Moral ou do Direito e com isto parte de uma autoridade – com certeza apenas fictícia – que está mais acima dessa autoridade" (Kelsen, *Teoria Geral das Normas*, 1986, pp. 328-329).

21. "O conteúdo das normas jurídicas não está, para ela, por qualquer modo pré-determinado pela razão, pela lei moral, ou por qualquer teleologia imanente, mas pode ser todo conteúdo que se queira" (Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1989, p. 86),

Neste esquema de idéias, interpretação e aplicação estão intimamente relacionadas, pois se trata de um processo cognitivo em direção à fixação do sentido da norma a ser aplicada. Não há normas jurídicas que não passem pelo processo de interpretação.<sup>22</sup> A interpretação, que é fundamentalmente a compreensão da literalidade das palavras da lei,<sup>23</sup> no entanto, adverte Kelsen, não está ligada somente à aplicação do Direito, mas também aos processos cognoscitivos da Ciência do Direito; ao jurista teórico, como ao jurista prático, interessa a interpretação. Assim, para aquele, será a atividade do pensamento que identifica os possíveis sentidos jurídicos de uma norma jurídica, e para este, um ato de escolha de um destes possíveis sentidos por meio de um ato de vontade, a decisão.<sup>24</sup> Há, portanto, duas formas de interpretação jurídica, para Kelsen.<sup>25</sup>

Quem aplica o Direito exerce a chamada interpretação autêntica do Direito.<sup>26</sup> Autêntica aqui quer dizer que se trata do ato de interpretação copulado com o de aplicação;<sup>27</sup> quando há esta fusão, então aquele que determina o sentido também decide, e aquele que decide também determina o sentido de forma concreta e final. É este ato e somente este ato que pode realmente pôr fim à cadeia das interpretações e discussões acerca do sentido de uma norma jurídica. Neste sentido, enquanto a Ciência do Direito polemiza (interpretação não-autêntica), o aplicador do Direito define (interpretação não-autêntica).

---

22. A interpretação será “de todas as normas jurídicas na medida em que hajam de ser aplicadas” (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 463).

23. “Ele limita a interpretação jurídica à mera interpretação verbal, à indicação das significações possíveis, de acordo com o sentido das palavras, entre as quais tem de escolher quem aplica a norma jurídica” (Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1989, p. 95).

24. “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 463).

25. Mas, os cientistas do Direito também interpretam, mas sem aplicar, de modo que: “existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica” (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 464).

26. “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito” (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 470).

27. “A interpretação feita pelo órgão aplicador é autêntica, no sentido de que cria Direito, ainda que na sentença judicial só para o caso concreto. Coisa diversa se produz com a Ciência do Direito. Diversamente, a interpretação por um órgão jurídico não é produção de Direito, mas apenas ‘fixação puramente cognitiva do sentido de normas jurídicas’ (RR, p. 352)” (Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, 1989, p. 94).

E isto tudo se deve ao fato de que a norma jurídica não possui somente um sentido, mas vários possíveis.<sup>28</sup> A Ciência do Direito procura somente identificar e descrever estes possíveis sentidos.<sup>29</sup> As muitas possibilidades jurídicas facultam muitas escolhas, e é nisto que reside a liberdade do juiz, ou seja, no poder de determinar qual dos sentidos é o mais adequado para o caso concreto.<sup>30</sup> Feita a escolha, no entanto, não há nada no Direito Positivo que permita dizer que esta escolha é melhor que aquela outra.<sup>31</sup> Nenhum método torna esta escolha um ato objetivo e sensivelmente positivo a ponto de se tolher as possibilidades de escolha do juiz.

Este lineamentos são bastantes para se recordar a postura positivista (não-axiológica, não-política, não-ética...) e normativista (normas e validade; norma fundamental e fundamento de validade; norma geral e individualização da norma) encontradas nos textos de Hans Kelsen.

## 2. A Ciência do Direito

Quando se trata de estudar o tema da ciência e do método kelsenianos, não se trata de dizer que sua teoria é uma teoria do direito puro (Direito como um fenômeno puro), mas sim que sua teoria é uma teoria pura do Direito (teoria metodologicamente pura).<sup>32</sup> Esta parece ser a primeira advertência necessária para que se possam evitar equívocos na leitura e interpretação das especulações kelsenianas; sua teoria representa por si só um purismo, porém não há em Kelsen a pretensão de

---

28. E para a aplicação, tende-se dar conta de que "...o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis" (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 465).

29. "A interpretação científica é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas" (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 472); "A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica" (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p.472); A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correcta" (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 472).

30. "Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objecto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro desta moldura existem" (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 467).

31. Afirma Kelsen: "Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito Positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar, possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser clarificado como de Direito Positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como correcta – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica" (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 468).

alargar este purismo para que transforme o Direito, como acontecimento social, em fenômeno puro. Não se trata, portanto, de dizer que Kelsen afirmava a pureza do Direito em si; a pureza é atributo da ciência que quer construir.

Seus intentos científicos não se voltam para a descrição deste ou daquele ordenamento jurídico. Não se trata de detectar, ou descrever, este ou aquele Direito Positivo (belga, francês, alemão, inglês...), mas sim de se descrever cientificamente o Direito, sem recorrer a pressupostos alheios à matéria jurídica e pertencentes a outras dimensões teóricas (Sociologia, Antropologia, Ética...).<sup>33</sup> Em outras palavras, a Teoria Pura, ou seja, a Ciência do Direito para Kelsen, possui um objeto, ou seja, o Direito Positivo; é deste que deve se incumbir, sem pretender penetrar nas ambições das outras ciências geometricamente delimitadas.

Como já se disse, sua pretensão não é a de estudar, por meio desta ciência, os direitos positivos *in concreto* (Direito brasileiro, Direito islâmico, Direito uruguaio, Direito francês...), ou os possíveis ordenamentos vigentes num dado momento histórico, mas sim de estudar as estruturas com as quais se constrói o Direito Positivo, estruturas que seriam comuns a todos os sistemas, independentemente de sua localização geográfica ou de sua situação histórico-temporal. Descrever com a Teoria Pura o Direito é tratar das estruturas normativas (validade, vigência, promulgação, eficácia, sanção, revogação...).

Exclui-se de seu objeto, portanto, todo conteúdo de sociologia, de Justiça e seus respectivos juízos axiológicos... O que a Teoria Pura procura identificar como relevante para a pesquisa jurídica é o estudo da validade (existência de uma norma jurídica), a vigência (a produção de efeitos de uma norma jurídica), a eficácia (condutas obedientes e observantes a uma norma jurídica). Toda pesquisa da Teoria Pura se resume e se baseia no estudo da norma jurídica.<sup>34</sup> Se assim é, não se deve confundir seus

---

32. "Kelsen esclareceu repetidamente que a sua teoria é uma teoria pura do Direito Positivo e não uma teoria do Direito puro, ou seja, de um Direito desligado da realidade" (Mario Losano, na Introdução em *O problema da Justiça*, p. XVI).

33. "As idéias nucleares do sistema kelseniano são as seguintes: construção de uma teoria do Direito Positivo, mediante a pureza do método, isto é, despojar o Direito de seus resíduos sociológico, psicológico, histórico, político, afastando toda conotação teleológica – característica da Política, da Ética e da religião. Finalmente, elaborar um Direito puro, sem os seus condicionamentos externos" (Macedo, *História do pensamento jurídico*, 1982, p. 132).

34. "A Teoria Pura do Direito está apenas tirando uma conclusão óbvia quando formula a regra de Direito (usando o termo em sentido descritivo) como um juízo hipotético em que o delito surge como condição essencial e a sanção como a consequência" (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 271).

pressupostos metodológicos com os de outras escolas de pensamento do Direito que não possuam estas preocupações.<sup>35</sup>

A ciência, para Kelsen, deve, por exemplo, se diferenciar da política. O político e o jurídico devem estar separados para que a ciência jurídica não se contamine com elementos de natureza política, correndo o risco de perder sua independência.<sup>36</sup> A ciência não é ciência de fatos, de dados concretos, de acontecimentos, de atos sociais...<sup>37</sup> a ciência, para Kelsen, é a ciência do dever-ser, ou seja, a ciência que procura descrever o funcionamento e o maquinismo das normas jurídicas.<sup>38</sup>

Deve-se grifar, ainda, que a ciência, exercendo sua função de cognição de um objeto, não possui qualquer papel de autoridade, que decorre do exercício do poder de instituições sociais. Com isto se quer dizer que a Ciência do Direito, para Kelsen, não possui nenhum caráter vinculativo, pois a decisão judicial ou administrativa é que, evidentemente, determinará qual o sentido possível e admissível de uma norma jurídica a ser aplicado num caso concreto. A atividade da ciência consiste no produzir proposições jurídicas, descrevendo seu objeto; não está a ciência revestida de autoridade para decidir conteúdos de direito.<sup>39</sup> Mais que isto, a Ciência (do Direito) interpreta, e

---

35. Distingue-se: da jurisprudência analítica e da jurisprudência sociológica. “Visto que a Teoria Pura do Direito limita-se à cognição do Direito Positivo e exclui dessa cognição a filosofia da Justiça, bem como a sociologia do Direito, sua orientação é em boa parte a mesma da chamada jurisprudência analítica, que teve sua orientação americana clássica com a obra de John Austin” (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 267).

36. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 368/374.

37. “A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente. Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objecto não é o que é ou acontece, mas sim um complexo de normas” (Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1989, p. 82).

38. “A Teoria pura do Direito, muito ao invés, não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas: verifica o sentido, a possibilidade e os limites de todo e qualquer enunciado jurídico (não de um certo enunciado jurídico), bem como a espécie e o modo de seu estabelecimento” (Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, 1989, p. 83); ainda: “À Teoria pura do Direito o que interessa é a especificidade lógica e a autonomia metódica da Ciência do Direito” (Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1989, p. 85).

39. “Se as proposições por meio das quais a Ciência do Direito descreve seu objeto forem chamadas regras de Direito, devem ser distinguidas das normas jurídicas descritas por essa ciência. As primeiras são instrumentos da ciência jurídica, as segundas são funções da autoridade jurídica. Ao descrever o Direito por meio de regras de Direito, a Ciência do Direito não exerce a função de autoridade social, que é uma função da vontade, mas a função da cognição” (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 362).

desta interpretação derivam-se os múltiplos sentidos de uma norma jurídica; o papel da Ciência do Direito é descrever estes múltiplos sentidos.

### 3. A Justiça e o Direito

Quando se trata de avançar em direção à compreensão do tema da Justiça em Kelsen, se trata de avançar primeiramente no sentido de se compreender a relação mantida entre as normas jurídicas (objeto de estudo do Direito) e as normas morais (objeto de estudo da Ética). Assim, discutir sobre Justiça é discutir sobre normas morais. Mas, para Kelsen, discutir sobre Justiça não é discutir sobre Direito, e vice-versa, e isto porque toda ordem jurídica é definida pelas normas jurídicas que possui. Assim, as normas jurídicas são estudadas pela Ciência do Direito, e são normas entre outras sociais, e estas últimas são morais, objeto de estudo da Ética como Ciência. Com esta delimitação já se percebe que a(s) doutrina(s) da(s) Justiça(s) não é objeto de conhecimento do jurista, que deve estar afeito a compreender a mecânica das normas jurídicas.

O Direito possui a nota característica de poder *ser moral* (Direito justo), e de poder *não-ser moral* (Direito injusto); certamente, prefere-se o Direito moral ao imoral, porém não é isto que retira validade de um determinado sistema jurídico.<sup>40</sup> Um Direito Positivo pode ser justo ou injusto, ou seja, um Direito Positivo sempre pode contrariar algum mandamento de Justiça, e nem por isso deixa de ser válido.<sup>41</sup> O Direito não precisa respeitar um mínimo moral para ser definido e aceito como tal, pois a natureza do Direito, para ser garantida em sua construção, não requer nada além do valor jurídico.<sup>42</sup> Mais uma vez deve-se afirmar que o que foi posto pelo legislador é norma jurídica se consignado internamente no ordenamento jurídico dentro dos moldes procedimentais e hierárquicos suficientes para tanto.

Assim, a conclusão acerca da relação entre Direito e Moral não pode ser outra senão a de que: “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a Moral*”<sup>43</sup> Assim, é válida

---

40. Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 100.

41. “Um Direito Positivo pode ser justo ou injusto; a possibilidade de ser justo ou injusto é uma consequência essencial do fato de ser positivo” (Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, p. 364).

42. Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 103.

43. Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 104.

a ordem jurídica ainda que contrarie os alicerces morais.<sup>44</sup> Validade e Justiça de uma norma jurídica são juízos de valor diversos, portanto (uma norma pode ser válida e justa; válida e injusta; inválida e justa; inválida e injusta).

A discussão sobre a Justiça não se situa dentro das ambições da Teoria (Pura) do Direito, e isto porque Kelsen quer expurgar de seu interior a preocupação com o que é justo e o que é injusto. Discutir sobre a Justiça, para Kelsen, é tarefa da Ética, ciência que se ocupa de estudar não normas jurídicas, mas sim normas morais, e que, portanto, se incumbe da missão de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto. E muitas são as formas com as quais se concebem o justo e o injusto, o que abeira este estudo do terreno das investigações inconclusivas.<sup>45</sup> Enfim, o que é Justiça?

Na mesma medida em que para a Ciência do Direito é desinteressante deter-se em investigações metodologicamente destinadas a outras ciências (Antropologia, Sociologia...), a Ética é considerada ciência autônoma sobre a qual não pode intervir a Ciência do Direito. A discussão sobre a Justiça não se situa dentro das ambições da Teoria do Direito, portanto, e isto porque Kelsen quer expurgar de seu interior a preocupação com o que é justo e o que é injusto. Discutir sobre a Justiça, para Kelsen, é tarefa da Ética, ciência que se incumbe de estudar não normas jurídicas, mas sim normas morais, e, portanto, incumbida da missão de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto.

Isto não-significa dizer que Kelsen não esteja preocupado em discutir o conceito de Justiça, e mesmo buscar uma concepção própria acerca deste valor. Isto quer dizer, pelo contrário, que toda discussão opinativa sobre valores possui um campo delimitado de estudo, o qual se costuma chamar de Ética. Aqui sim é lícito debater a Justiça ou a injustiça de um governo, de um regime, de determinadas leis... Por isso, Kelsen não se recusa a estudar o justo e o injusto; ambos possuem lugar em sua teoria, mas um lugar que não o solo da Teoria Pura do Direito; para esta somente o Direito Positivo deve ser objeto de preocupação. Daí dedicar-se, fora de sua obra *Teoria pura do Direito*, a extensas investigações sobre a Justiça, tendo publicado inúmeros artigos,

---

44. O Direito da *Teoria Pura* não pode ser por essência um fenômeno moral (Kelsen, *Teoria pura do Direito*, 1976, p. 107).

45. "De fato, muitas e muitas normas de justiça, muito diversas e em parte contraditórias entre si, são pressupostas como válidas. Um tratamento científico do problema da Justiça deve partir destas normas de Justiça e por conseguinte das representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente se fazem e fizeram daquilo que eles chamam justo, que eles designam como Justiça. A sua tarefa é analisar objetivamente as diversas normas que os homens consideram válidas quando valoram algo como justo" (Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998, p. 16).

e se detido com muito afínco no estudo de algumas teorias sobre a Justiça, como, por exemplo, a teoria platônica da Justiça, que se tornou obra coesa, publicada postumamente (*O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência; O problema da Justiça; A ilusão da Justiça...*).

Em *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, as doutrinas sobre a Justiça são divididas em racionalistas (Aristóteles, Kant, direito natural...) e metafísico-religiosas (Platão, Jesus...), e recebem um pormenorizado estudo. Já nos estudos preambulares da obra Kelsen declara sua opinião de que a Justiça não pode ser concebida de forma absoluta, e que, portanto, não pode ser entendido como lugar estanque, comum a todos os homens, de conteúdo inefável, tratando-se, pelo contrário, de algo extremamente mutável, variável. Para Kelsen, é este relativismo que deve induzir à tolerância, e a tolerância à aceitação. Sua teoria da Justiça se resume à isto.

A resposta cristã ao problema da Justiça consiste na obediência a qualquer Direito, pois todos os Direitos derivam de Deus. Neste caso, a fundamentação parte para uma concepção religiosa; seria nesta certeza religiosa que repousaria uma possível certeza científica. Porém, Kelsen adverte de que a fé não garante certeza à ciência.<sup>46</sup>

Desenvolve, então, em suas investigações,<sup>47</sup> a idéia da Justiça das *Sagradas Escrituras* como uma Justiça extremamente contraditória. E isto não por outro motivo, senão porque a *Palavra Revelada* deveria ser a fonte não de idéias díspares, incompatíveis, conflitantes, mas sim de harmonia, integração, coesão, signos da imutabilidade da lição divina. Sua pesquisa, então se desenvolve no sentido de mostrar as incongruências textuais do textos sagrados, sobretudo aquelas existentes entre o Antigo e o Novo Testamento.

Trata-se de estudar, com estas ambições, uma fonte religiosa sobre a Justiça (Bíblia), onde sua concepção vem estritamente fundada no poder da Revelação de Deus (atos e palavra); seus atos são suas intervenções na vida das pessoas, sua palavra, aquela dada nos Evangelhos. Este tipo de investigação deveria satisfazer no sentido de se identificar um conceito único e definitivo de Justiça (a Justiça como valor absoluto), ou seja, um sobre o qual se pudesse confiar toda fé, toda esperança, todo fulgor da alma, podendo-se, então, dormir o sono científico dos justos... Porém, existe uma franca contradição entre o Antigo Testamento (princípio da retaliação

---

46. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 251-259.

47. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 27-80.



ensinado por Javé) e o Novo Testamento (com Cristo, a lei do amor e do perdão). É esta contradição que motiva à descrença num valor absoluto, perene, único, que induz ao relativismo. A diferença é muito acentuada, destaca Kelsen, entre os ensinamentos dados pela lei mosaica (Moisés e o Decálogo), a doutrina crística (Jesus Cristo e sua pregação) e os ensinamentos paulianos (Paulo de Tarso e suas Cartas e Exortações).

Estas variações não permitem falar de uma unidade de conceitos ou de valores cristãos-judaicos absolutos dentro dos Evangelhos; muitas contradições conduzem a soluções de Justiça diversas, o que faz pressentir falta de homogeneidade na *Palavra Revelada*. É acentuado o fato de que o juízo final provocará muitos males, e sua Justiça ocorrerá através da retribuição (penas e castigos; ranger de dentes).<sup>48</sup>

Se, pelo contrário, a pesquisa se detiver sobre concepções filosóficas, as mais evidentes e de maior influência na Antigüidade grega, talvez seja possível reter algo de definitivo acerca do conceito de Justiça. Porém, a pesquisa elaborada por Kelsen sobre as teorias platônica<sup>49</sup> e aristotélica é exatamente uma pesquisa que demonstra o caráter insatisfatório das mesmas para responder à questão: o que é Justiça?

De fato, quanto à teoria platônica da Justiça, para Kelsen, reafirma-se o aspecto metafísico e transcendente da teoria platônica, que operacionaliza seus conceitos a partir das categorias real/ideal; a análise debruça-se sobre os principais aspectos aprofundados em *A ilusão da Justiça*. A Justiça, na teoria platônica, é uma virtude, e liga-se diretamente à virtude a idéia de conhecimento (só se erra por ignorância), de modo que a virtude é algo ensinável;<sup>50</sup> mas, se todo conhecimento somente pode ser dito como tal se se detiver nas Essências, e não nas aparências, então, a Justiça que se ensina é acerca do que É e não do que parece ser; entre Bem e Mal, a Justiça ensinável é algo que aponta para o Bem.<sup>51</sup> Mas, o que é justo não pode ser objeto de *dóxa*, mas somente de *epistéme*, e esta não é senão o conhecimento por meio da dialética; a própria massa dos homens não está em acordo quanto ao que seja a Justiça.<sup>52</sup>

A crítica de Kelsen recai no fato de a teoria platônica estar exercendo

---

48. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 69-70.

49. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 81-107.

50. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 142-152.

51. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 01-17.

52. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, p. 279.

uma vontade de eticizar o mundo natural,<sup>53</sup> como ocorre no *Fédon*, julgando-o entre Bem e Mal. Nesta concepção, tudo que é material é efêmero, e tudo que é só pode ser entendido como tal se inefável, transcendente. A justiça (humana, relativa, inconstante...) nada mais é que cópia da Justiça (Absoluta, Verdadeira, Real...), pois, instável e imperfeita, só pode ser algo que deriva do conhecimento instável e imperfeito que o homem possui da Verdade, da Realidade, do que É, de acordo com a teoria metafísica do conhecimento exposta no *Mênon* e no *Fedro*.<sup>54</sup> Entre o Justo Absoluto, inalcançável de imediato, somente contemplável, e o Injusto Absoluto, existe o justo empírico, humano, realizável.<sup>55</sup>

Em poucas palavras, extrai-se da doutrina que não se pode ser justo ou injusto somente para esta vida, pois se a alma preexiste ao corpo, é porque também subsiste à vida carnal, de modo que ao justo caberá o melhor e ao injusto o pior (doutrina órfico-pitagórica; dualismo escatológico);<sup>56</sup> ao justo, a ilha dos bem-aventurados, ao injusto, o Tártaro; toda alma aparece nua diante de um Tribunal, que sentenciará os acertos e os erros,<sup>57</sup> determinando o fim de cada qual no Além.<sup>58</sup>

Neste sentido, o Direito Positivo (Justiça relativa, imperfeita, realizável, humana...) deve ser obedecido, pois seu fundamento está na natureza e na

53. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 189-192.

54. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 203-218.

55. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 40-61.

56. O castigo corrige, emenda, ensina; é a única forma de correção do incorreto; também a intimidação metafísica (temeridade pelo futuro no Hades) é aliada da correção e educação das almas (pp. 305/310). Mais que tudo, a Justiça como retribuição (paga pelos males causados a homens e a deuses) no Além é a doutrina da pedagogia do agora, pois atemoriza pela possibilidade da sanção. O castigo que corrige vem baseado numa Lei de Talião (olho por olho dente por dente). O melhor à alma que se separa do corpo é nada dever a ninguém, pois aquele que algo dever, ainda que se esconda (*Leis*, 905), sob a Justiça encaminhada pela providência divina haverá de sucumbir. De fato, a retribuição é o modo de Justiça metafísica (*República*, 613) que ocorre desde o aqui e também no Além. O mito final da República ilustra a doutrina da paga no Além: as almas despidas apresentam-se ao tribunal, umas justas passam à direita de Deus (gozos), outras injustas à esquerda e para baixo de Deus (penas); as almas, neste ciclo de mil anos, permanecem indo e vindo, e suas penas nunca são eternas. Toda alma que transmigra tem Direito a escolher, diante das três moiras, a sorte que deseja cursar, dentro de vasto leque de opções, com profissões e posições sociais, levando-se em conta as aptidões que possui; logo em seguida submete-se a alma a beber a água do rio Ameles para o esquecimento. O próprio renascimento, neste sentido, significa a Justiça em funcionamento (Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 315-323).

57. Seja no *Górgias*, seja nas *Leis*, 904, seja na *República*, a retribuição aparece como a forma providencial de justiça cósmica. Nas *Leis*, sobretudo, a ordem do mundo é dada pela Justiça retributiva (*Leis* 903). Esta é infalível (Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 325-327).

58. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 300-304.

transcendência da própria Justiça absoluta, esta inatingível, inalcançável, inexprimível; o Estado aí é mero instrumento para a realização da Justiça.<sup>59</sup> A obediência, mesmo às leis iníquas deve ser irrestrita, pois também Sócrates submeteu-se, feliz, à sentença condenatória que, injustamente, lhe fora imposta (*Apologia de Sócrates*); assim, o Direito Positivo vem justificado metafisicamente, e a legitimidade deste direito deriva deste direito natural irracional.<sup>60</sup> De todo o esforço platônico não resta um conceito estável e sólido sobre o que seja a Justiça; mais ainda, a fluidez de sua metafísica transforma a Justiça num valor inefável, e, portanto, destituído de conteúdo material e humano.

Quanto à teoria aristotélica da Justiça,<sup>61</sup> partindo de uma premissa equivocada, a de que Aristóteles é um racionalista, Kelsen interpreta o sistema de idéias sobre a justiça contida na *Ética à Nicômaco* como sendo um esquema matemático-geométrico. Assim, a justiça dotada de igualdade e proporcionalidade, dividida em distributiva (geométrica), comutativa (aritmética)... seria nada mais que um esboço de matematização da justiça, esboço naturalmente, segundo Kelsen, fadado ao fracasso teórico.

Partindo da identificação do bem maior metafísico (Deus), causa incausada, procura-se identificar na investigação da *Ética* uma busca pelo que é o bem para o homem (felicidade). Residindo a felicidade na virtude, e sendo a Justiça uma virtude, nestes quadrantes é que se tecem considerações sobre a doutrina do meio termo (*mesótes*). Kelsen, quer declarar insuficiente remeter a definição da Justiça a uma fórmula vazia, ao “a cada um o seu” (segundo o mérito ou segundo o princípio da não-invasão do que é do outro); mais que isto, o que é meu, e o que é seu, para Kelsen não parece claro o suficiente para que sirva de parâmetro para definição.

A Justiça aristotélica aparece dividida em *justo total* (legitimidade), subdividido em *justo natural* e *justo positivo*, e *justo particular*, subdividido em *justo*

59. A divisão do trabalho é a regra de Justiça no Estado Ideal; três classes dividem-se em três atividades (política; defesa; economia), não podendo haver interferência de uma classe na atividade da outra; a interferência representa a injustiça (Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, p. 462). Isto, pois, cada classe corresponde a uma parte da alma, e a alma racional, aliada à epitimética, deve governar. Onde o filósofo platônico governa não são necessárias leis, pois sua vontade é a vontade do Estado as leis somente aparecem como um paliativo, como uma alternativa viável para a falta de um verdadeiro homem sábio. Neste caso, as leis não devem e não podem ser desobedecidas em hipótese alguma, como se afirma no *Político*, 300 (Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 498-501 e p. 503).

60. Kelsen, *A ilusão da Justiça*, 1995, pp. 504-519.

61. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 109-135.

*distributivo* (igualdade geométrica) e *justo comutativo* (igualdade aritmética). Aqui estaria para Kelsen, a falha da teoria, que, preocupada com a identificação de espécies e subespécies, de tipos e classificações, teria perdido a noção de sua importância prática. Mais que isto, quando Aristóteles remete a discussão sobre a Justiça para a necessidade da amizade (entre amigos não há a necessidade de Justiça), Kelsen quer ver aí uma renúncia de Aristóteles à discussão do tema do qual se acercou: a Justiça. Porque, para Kelsen, Aristóteles teria deixado de definir o que é a justiça, remetendo o problema para a amizade.

Resposta alguma, muito menos, sobre o que seja a Justiça se pode encontrar, para Kelsen, nas teorias jusnaturalistas.<sup>62</sup> Em qualquer Teoria do Direito Natural, qualquer que seja sua origem e sua proposta, sempre se estará procurando uma constância de valores imanentes na “natureza” No fundo, o que se quer dizer é que a resposta do Direito Natural é a seguinte: a natureza aparece como legisladora; ou melhor, a natureza é a norma fundamental de todo ordenamento jurídico. Como o conceito de “natureza” em si já é fluido, esta natureza pode ser: natureza humana; natureza biológica; natureza social; natureza racional. A ambigüidade e os retoques teóricos já começam aqui, demonstrando-se que o terreno do que seja o natural é em si fonte de discórdias entre seus próprios teóricos. A dificuldade avulta quando se procura identificar justiça e natureza, e por consequência, Justiça e Direito, pois, o que ocorre é uma confusão imperdoável entre valor (*dever-ser*) e fato (*causa/feito*). Desta forma, este tipo de abordagem recai invariavelmente na aceitação de um essencialismo dedutível e observável da natureza. Na avaliação de Kelsen, a demonstração, método próprio da ciência natural, é confundida com a avaliação, método próprio das ciências valorativas. O(s) jusnaturalismo(s), portanto, procedendo desta forma, não estaria(m) apto(s) a responder ao desafio do que seja a Justiça.

Enfim, quer-se dizer que as escolas e teorias sobre o justo e o injusto são muitas.<sup>63</sup> Podem-se, pelo menos, alistar as seguintes teorias que partem de um pressuposto para encerrarem suas conclusões, a saber: 1. O dar a cada um o seu (*suum cuique tribuere*); 2. a regra de ouro (Não faças aos outros o que não queres que façam a ti); 3. o imperativo categórico (Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal); 4. o evitar o mal e o fazer o bem (*bonum faciendum et male vitandum*); 5. o costume como valor de Justiça social; 6. o meio-

---

62. Kelsen, *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*, 1998, pp. 177-201.

63. Cfr., sobretudo, Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998.

termo aristotélico (*mesótes*); 7. a retribuição; 8. a equivalência na prestação; 9. o amor ao próximo; 10. o contrato social, a democracia liberal; 11. a Justiça e a felicidade; 12. o jusnaturalismo da natureza, da razão...

Diante deste enorme desfile de escolas e doutrinas, a posição kelseniana é cética, negando preponderância a uma ou a outra. São plúrimas as formas de se compreender o que seja a Justiça; a resposta à questão fica em aberto, portanto. Assim, se todas estas teorias e concepções concorrem para uma resposta ao problema, a Justiça deve ser um valor inconstante, relativo, dissolúvel e mutável; é nisto que se resume a concepção kelseniana sobre o fenômeno.

Assim, o que ocorre é que este ceticismo leva Kelsen a afirmar que o terreno dos valores está destituído de qualquer constância; a existência de valores díspares é motivo de descrença para o filósofo da matematização e do rigorismo.<sup>64</sup> Não admitindo existência à Justiça absoluta, que só pode se conceber a partir de pressupostos metafísicos e não-científicos, sua doutrina se abeira da noção de Justiça relativa, como resposta à questão do que seja a Justiça. Kelsen afirma mesmo que a multiplicidade de valores sobre o justo e o injusto só pode reafirmar o fato de que todo Direito Positivo se entrecruze pelo menos com um destes.<sup>65</sup>

Justiça e injustiça nada têm a ver com validade de um determinado Direito Positivo; é esta a nota distintiva entre Direito e Ética.<sup>66</sup> A validade de uma ordem jurídica não vem contrariada pelo simples fato de que o Direito se tenha construído contra a moral.<sup>67</sup> O que é válido prepondera sobre o que é justo, pois o que é válido

---

64. "Ao considerar o tema da justiça, Hans Kelsen aplica à teoria dos valores a mesma metodologia usada ao construir uma Teoria pura do Direito: no exame da justiça, assim como no do Direito, ele identifica cientificidade com não-valoração" (Mario Losano, na Introdução em *O problema da Justiça*, p. XXV).

65. "Admitindo-se a possibilidade de normas de Justiça diferentes e possivelmente contraditórias, no sentido, não de que duas normas de Justiça diferentes e possivelmente contraditórias possam ser tidas ao mesmo tempo como válidas, mas no sentido de que uma ou outra das duas normas de Justiça diferentes e possivelmente contraditórias pode ser tomada como válida, então o valor de Justiça apenas pode ser relativo; e, nesse caso, toda ordem jurídica positiva tem de entrar em contradição com qualquer uma destas normas de justiça. Por outro lado, cada ordem jurídica positiva pode corresponder a qualquer das várias normas de justiça constitutivas apenas de valores relativos, sem que esta correspondência possa ser tomada como o fundamento da sua validade" (Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998, p. 69).

66. "Na independência da validade do Direito Positivo da relação que este tenha com uma norma de Justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do Direito Natural e o positivismo jurídico" (Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998, p. 07).

67. A este respeito consulte-se Grzegorzczuk, Michaut, Troper, *Le positivisme juridique*, 1992, p. 145.

está de acordo com os modos de existência normativa de um dado ordenamento jurídico; o que é justo, por sua vez, está no plano das especulações, dos valores... e aceitar que o justo prepondera com relação ao válido é trocar o *certum* pelo *dubium*.<sup>68</sup> O que pode determinar o princípio de validade de todo um ordenamento é sua norma fundamental, pressuposto lógico-técnico do sistema,<sup>69</sup> e não qualquer norma de Justiça.<sup>70</sup> A norma fundamental basta para a clausura do ordenamento jurídico. Desvincular validade de Justiça, norma fundamental de Justiça... é a tarefa do positivismo kelseniano.

A questão da Justiça pode ser tratada por um detido estudo do que é e do que não é justo/ injusto, mas desta tarefa está isenta a Ciência do Direito, ao estilo kelseniano. O que há é que uma teoria sobre a Justiça responde por concepções acerca do justo e do injusto, e o que é justo e injusto nem sempre é claro e unânime. Porém, que há um justo e que este justo é um justo relativo, isto Kelsen admite.<sup>71</sup>

## Conclusões

O que há de se reter de toda esta reflexão é que a teoria da Justiça kelseniana, no fundo, e em verdade, é reflexo de sua postura jurídico-metodológica. O relativismo da Justiça, é o que se quer dizer, é, na teoria kelseniana, fruto do positivismo jurídico. Em síntese, as idéias de que a ciência pura é a ciência *a-valorativa*, *a-histórica*, *a-ética*... refletem o entendimento de que é possível, em ciências humanas, não-só extrair do fenômeno jurídico o que é não-jurídico, mas sim compreender o fenômeno jurídico como mecânica dotada de certeza, rigorismo e especificidade; tudo isto é feito com sacrifício dos valores.

68. "Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma norma do Direito é independente da validade de uma norma de Justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do positivismo jurídico" (Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998, p. 11).

69. "A norma fundamental determina somente o fundamento de validade, não o conteúdo de validade do Direito Positivo. Este fundamento de validade é completamente independente do conteúdo de validade. A norma fundamental abandona a determinação do conteúdo do Direito Positivo ao processo determinado pela constituição, da criação positiva do Direito" (Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998, p. 116).

70. "A norma fundamental de uma ordem jurídica não é de forma alguma uma norma de Justiça. Por isso, o Direito Positivo, isto é, uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com a sua norma fundamental, ao passo que esta mesma ordem pode muito bem estar em contradição com o Direito Natural, que se apresenta com a pretensão de ser o Direito justo" (Kelsen, *O problema da Justiça*, 1998, p. 117).

71. A este respeito consulte-se Grzegorzczuk, Michaut, Troper, *Le positivisme juridique*, 1992, pp. 143-145.

A autonomia do Direito, para Kelsen, só se alcança isolando o jurídico do não-jurídico. Isto quer dizer que o Direito, como ciência, deve significar um estudo lógico-estrutural seja da norma jurídica, seja do sistema jurídico de normas. Neste emaranhado de idéias, a própria interpretação se torna um ato, cognoscitivo (Ciência do Direito) ou não-cognoscitivo (jurisprudência), de definição dos possíveis sentidos da norma jurídica. A interpretação do juiz, ato prudencial, por natureza, para Kelsen, se transforma no ato de criação de uma norma individual. Qualquer avanço no sentido da equidade, dos princípios jurídicos, da analogia só são admitidos desde que autorizados por normas jurídicas.

Assim, a teoria da Justiça kelseniana só pode estar profundamente marcada por este conjunto de premissas. Assim, as mesmas prevenções do positivismo jurídico se transplantaram para o campo da discussão axiológica, dos valores. E estas perseguições se dão como forma de se ratificar a própria validade teórica da Ciência pura do Direito; a teoria dos valores induz ao relativismo, e este ao positivismo. E, assim, vice-versa.

São Paulo, dezembro de 2000.

## Bibliografia

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 2. edição. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

\_\_\_\_\_. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 4. edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.

ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges. *História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias* (sob a direção de Antoine Prost e Gérard Vincent). Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. v. 5.

\_\_\_\_\_. *História da vida privada: da Revolução Francesa à Primeira Guerra* (sob a direção de Michelle Perrot). Trad. Denise Bottmann e Bernardo Joffily. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. v. 4.

BITTAR, Eduardo C. B. A evolução histórica da filosofia, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 89, pp. 228-254, São Paulo, 1994.

\_\_\_\_\_. La reconstruction des droits humains d'après Celso Lafer: points de repère pour l'étude de la problématique de la rupture totalitaire, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 90, pp. 399-410, São Paulo, 1995.

BOBBIO, Norberto. Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires, in *La règle du Droit*, Bruxelles, Ed. Perelman, 1971.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5ª edição. Trad. de Antonio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DURANT, Will. *A História da Filosofia*. Trad. Luiz Carlos do Nascimento Silva. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

GRZEGORCZYK, Christophe; MICHAUT, Françoise; TROPER, Michel (sous a direction de). *Le positivisme juridique*. Paris; Bruxelles: CNRS; Université Paris X; LGDJ; Story scientia, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. de Ana Maria Bernardo, José Rui Meirelles Pereira, Manuel José Simões Loureiro, Maria Antonia



Espadinha Soares, Maria Helena Rodrigues de Carvalho, Maria Leopoldina de Almeida, Sara Cabral Seruya. Lisboa: Dom Quixote, 1990.

HART, L.A. *O conceito de Direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HUISMAN, Denis; VERGEZ, André. *História dos filósofos ilustrada pelos textos*. Trad. de Lélia de Almeida Gonzales. 2. edição. São Paulo: Freitas Bastos, s.d.

JERPHAGNON, Lucien. *História das grandes filosofias*. Trad. Luís Eduardo de Lima Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

KELSEN, Hans. *A ilusão da Justiça*. Trad. de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. Trad. de João Baptista Machado. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *O que é Justiça? A Justiça, o Direito e a política no espelho da ciência*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4ª edição. Trad. de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1976.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Trad. de Luis A. Peluso. São Paulo: Papyrus Editora, 1993.

MACEDO, Silvio de. *História do pensamento jurídico*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1982.

POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. 2ª edição. Trad. de E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1976.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1962.



# **DIREITO CONTEMPORÂNEO**



## O PLANEJAMENTO DO FUTURO

*Goffredo da Silva Telles Júnior*

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Governo à deriva! Condição para o desenvolvimento de um país: *o planejamento do futuro*. Impossível confiar esse planejamento ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo. Necessidade de um Órgão Planejador, independente dos Poderes e dos partidos políticos: *o Conselho Nacional do Planejamento*. Conselheiros em número reduzido (vinte ou trinta) designados por um “*senso alto*” nacional, definido na Constituição.

### Abstract:

Government at a loss! Condition for a country development : the planning of the future. It is impossible to entrust the Legislative Power and the Executive Power with the task of planning. A Planning Organ working independently from public Powers and from political parties is a necessity: the National planning Council. A short list of members (twenty or thirty people) to be appointed according to a nationwide evaluation of *high standard of excellence*.

**Unitermos:** desenvolvimento; Conselho Nacional do Planejamento.

Governo à deriva! – Esta é a dura realidade. No Congresso Nacional, total descaso pelos deveres da *representação política*: inoperância, desmotivação, desfibramento, destempero, subserviência. No Executivo, desdém pela Constituição, descaso pela disciplina jurídica; usurpação de poderes, displicência com o que é essencial para o povo, sujeição a impérios financeiros intervencionistas, enganação.

Entranhado nos tecidos da República, instalou-se o vírus da corrupção, da improbidade, da insensibilidade moral. Por toda parte, um clima de perdição. Uma deprimida da vontade política.

Mas, no coração dos inconformados, há uma incontida indignação, uma revolta incontrolável – uma onda decidida de oposição e de amor pelo Brasil.

Na verdade, tudo aquilo é uma coisa só: *atraso*. É atraso de *formação*, atraso *cultural*, atraso de *senso ético*, atraso *na definição dos rumos*.

Pois bem, o que os inconformados anseiam é *sair do atraso*. O que querem é o oposto do atraso: é o *desenvolvimento* de sua Terra.

Enlevados por esta aspiração, eles imediatamente relembram uma lição do passado: *a condição preliminar do desenvolvimento é o planejamento do futuro*. Este é um valiosíssimo ensinamento, de que se deveria valer o Governo brasileiro.

O que uma velha experiência demonstra é que, nos países do Segundo Mundo – com povos ainda judiados por seu atraso, mas desejosos de progredir – não bastam, para alçá-los na comunidade das Nações, as soluções emergenciais dos problemas de cada hora e de cada lugar. Não bastam as medidas casuísticas, as providências eventuais e contingentes. Em tais países, há necessidade, antes de mais nada, de uma decisiva definição de metas, de uma preordenação de objetivos, de um planejamento transcendente, que inclua, mas ultrapasse, as urgências do *hoje*, em razão de uma poderosa imagem do *futuro*.

O que esses países precisam, antes de mais nada, é de uma *previsão do porvir*; para disciplinar o presente.

Observe-se com atenção: o desenvolvimento *verdadeiro* não significa apenas crescimento. Ele é crescimento, sem dúvida, mas crescimento aliado ao processo de transformação das estruturas e da melhoria das condições de vida de toda a população.

Tal melhoria não se restringe à costumeira política de amparo a populações carentes. Não se limita à imprescindível política de assistência e de subsídio a este ou aquele setor ou atividade. Nem sequer se reduz à política apressada de obras públicas, de grande ou pequeno porte, sejam de emergência ou sejam de utilidade. E, certamente, não se adstringe à hermética e acaparadora política da alta finança internacional.

Todas essas políticas, e tantas outras, mesmo as que precisam ser realizadas já, inadiavelmente, deverão ser harmonizadas com os imperativos de uma programação global, de um projeto nacional supremo, para que todas as vantagens e lucros se articulem com o aperfeiçoamento geral das condições de vida da população tomada como um todo.

Tal é o motivo pelo qual a política do verdadeiro desenvolvimento de uma Nação não somente se aterá aos dados da estação presente, mas, sobretudo, se há

de iluminar com a visão telescópica das estações do futuro. Em verdade, ela forçosamente exprimirá uma sábia preconização, relativa aos diversos setores fundamentais da vida do povo e do Estado.

Importante, pois, extraordinariamente importante, é a eminente obrigação do Governo de fazer o seu planejamento do futuro.

Mas cumpre assinalar que não deve a Constituição confiar tal encargo ao presidente da República, nem a ministros. Não deve confiá-lo à Câmara dos Deputados, nem ao Senado.

Planejar o futuro do País é obra política, sem dúvida, mas não pode ser misturado e confundido com apaixonadas preocupações menores, tão freqüentes nas políticas domésticas do Congresso Nacional e dos partidos; nem pode ser obumbrada pelos projetos temporários de flutuantes Ministérios. É obra excelsa, necessariamente infensa ao contágio das ambições de cargos e de Poderes, e incontaminável por seduções e vanglórias da Presidência da República.

Para o presidente, e para os senadores e deputados, as premências assoberbantes do presente e as aspirações naturais das campanhas em curso constituem um biombo: biombo inevitável, mas opaco, obscurecendo e ocultando as exigências do futuro.

Já se tem dito e repetido que o futuro não se comprime em esquemas de curto prazo. De fato, planejar o futuro é façanha que não se prende a legislaturas, e não se submete às imposições do orçamento anual. É obra que não se vincula a circunstâncias do momento, nem às crises de um período.

Tal planejamento é operação que tem começo, mas que jamais termina, porque se vai processando, ininterruptamente, no mesmo passo em que suas metas evoluem e se atualizam, cintilantes como estrelas condutoras, no firmamento da política nacional.

Em conclusão: para planejar o futuro, um novo órgão se impõe: o Órgão Planejador. O professor Fábio Konder Comparato foi quem primeiro o recomendou. (“Muda Brasil” ed. Brasiliense, pp. 24 e 25; “Documentos brasileiros” n. 196, ed. José Olímpio, seção IV). Eu, também, a ele me tenho referido reiteradamente, mas lhe dando estrutura diversa. Nós o denominamos Conselho Nacional do Planejamento.

Esse novo órgão, com quinze ou vinte titulares, talvez trinta, não mais, poderia ser criado pela Constituição, nos seguintes termos: “Art. 2º. São Poderes do Governo, independentes uns dos outros, harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, assessorados pelo Conselho Nacional do Planejamento”

O domínio de competência do Conselho não se confundiria com os da Câmara dos Deputados e do Senado, embora as funções das três Casas fossem reciprocamente complementares.

Ao Conselho Nacional do Planejamento não seria dada a competência de legislar. O que lhe caberia seria o planejar.

No exercício autônomo de seu específico labor, na faina de realizar plenamente a sua multifária e envolvente obra planejadora, o Conselho haveria de se manter em comunicação permanente com os centros de estudo e pesquisa mais credenciados do País. Haveria de solicitar a colaboração das entidades especializadas e das autoridades de notável saber, assim como dos representantes autorizados das categorias e classes de trabalho, de que é constituído o povo. Haveria de se manter atento aos movimentos sociais significativos, permanecendo sempre sensível aos anseios profundos da multidão; aos ventos e às marés da História.

De imediato, o Conselho seria levado, certamente, a projetar as grandes linhas da necessária reforma partidária. Ele haveria de renegar, sem dúvida, os atuais extravios. Conseqüentemente, não admitiria, no rol dos partidos políticos, agremiação que não estivesse a serviço de ideais de interesse coletivo, claramente enunciados em seu programa de luta. E prognosticaria, por força, os imperativos do regime de fidelidade partidária, a fim de tornar realidade a representação política – ou seja, para suscitar a eclosão, em nossa terra, de uma Democracia de verdade.

Radicalmente incompatível com o retrocesso, o Conselho teria, de pronto, nos dias de hoje, a missão urgente de reproclamar as olvidadas competências e funções do Legislativo, e de denunciar a inconstitucionalidade da usurpação dos Poderes do Congresso Nacional pelo Poder Executivo de um extraviado presidente da República.

Entre as atribuições do Conselho, inscrever-se-ia a de suscitar, perante o Judiciário, a incompatibilidade de leis e atos que contrariassem normas legais ou constitucionais de seus planejamentos, assim como a de apontar omissão no cumprimento do dever, em caso de inexecução do que, em tais normas, esteja prescrito.

Observe-se que o Conselho Nacional do Planejamento seria uma instituição absolutamente apartidária. A designação dos Conselheiros não poderia depender de filiações políticas, mas exclusivamente de seu alto valor próprio e de sua própria reconhecida competência.

Como se faria essa designação?

Tudo parece indicar que ela deveria resultar de uma consulta periódica, talvez decenal, a um “senso alto” nacional, definido na Constituição.



Dimanado de uma tal sondagem, o Conselho do Planejamento seria uma equipe de “excelência” assessoria preciosa dos Poderes da República, inteiramente dedicada à elaboração e à eficiência do Programa de Metas da Nação.

São Paulo, 12 de março de 2001.



## O TERROR E A JUSTIÇA

*Guilherme Guimarães Feliciano*

Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Taubaté e doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.  
*Co-editor do Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*

### **Resumo:**

Em 11 de setembro de 2001, os EUA foram surpreendidos pelos mais contundentes atentados terroristas de todos os tempos. Em resposta, os norte-americanos mobilizaram forças militares e iniciaram poderosos ataques ao Afeganistão, imputando a Osama bin Laden e à organização *Al Qaeda* a autoria daqueles atentados. Superada a perplexidade do primeiro instante, apresentam-se ao jurista indagações sobre a subsunção jurídica dos atos de destruição em massa perpetrados em solo americano, como também sobre a juridicidade e a legitimidade da represália militar engendrada. Com o propósito de contribuir para esse debate, à luz do Direito Penal e do Direito Internacional Penal, o autor aborda tais eventos do ponto de vista sociológico e jurídico, ferindo aspectos como a natureza dos crimes internacionais (crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a Humanidade) à mercê do Estatuto de Roma, de 1998, a filosofia penal da legítima defesa e da pena repressiva no contexto internacional, o caráter propedêutico da norma penal internacional, a guerra de agressão e de defesa em face do princípio da igualdade de soberanias, a responsabilidade penal dos Estados (anteprojeto Ago) e a Justiça como valor histórico do Direito.

### **Abstract:**

In 11 of September of 2001, the United States of America had been surprised by most forceful attempted against terrorist at all the times. In reply, the North Americans had mobilized military forces and had initiated powerful attacks to the Afeganistão, imputing the Osama bin Laden and to the organization *Al Qaeda* the authorship of those attempted. Surpassed the perplexity of the first instant, appears for the jurist the indagations about the juridical tutelage of the mass destruction acts perpetrated in American ground, as also on the legality and the legitimacy of the produced military retaliation. With the intention to contribute for this debate, to the light of the Criminal law and the Criminal International

law, the author approaches such events of the sociological and legal point of view, wounding aspects as the nature of the international crimes (crimes against the peace, crimes of war and crimes against the humanity) at the mercy of the Statute of Rome of 1998, the criminal philosophy of self defense and the repressive penalty in the international context, the propaedeutics character of the international criminal norm, the war of aggression and defense in face of the principle of the equality of sovereignty, the criminal responsibility of the States (Ago first draft) and justice as value description of the Right.

**Unitermos:** crimes contra a Humanidade; crime de guerra; atos ilícitos dolosos; Tribunal Penal Internacional.

Em 11 de setembro de 2001, os EUA sofreram o maior atentado de toda a sua história. Em ação concertada de terroristas que posteriormente seriam vinculados ao milionário saudita Osama bin Laden (líder da organização paramilitar fundamentalista *Al Qaeda* e já então integrante da lista dos dez criminosos mais procurados pelo *Federal Bureau International* æ FBI), as duas torres do *World Trade Center*, em Nova York, e parte do Pentágono, na Virgínia, foram alvejadas e destruídas por três aviões de carreira preordenadamente seqüestrados para servirem à fatídica colisão, vulnerando a América naquilo que simbolizava, respectivamente, o seu poder econômico (escritórios de mais de 1,5 mil empresas e representações oficiais do Governo norte-americano, incluídos o escritório de alfândega e o Instituto Mundial do Comércio) e o seu poder militar (sede do Ministério da Defesa dos EUA). Um quarto avião seqüestrado, com 38 passageiros, dois pilotos e cinco comissários, caiu no oeste da Pensilvânia, possivelmente em função da reação de usuários e tripulação. O histórico *World Trade Center*, cuja construção consumiu mais de dez anos e US\$ 750 milhões, veio abaixo entre 11h00 e 11h30, com 290 mil toneladas de destroços, outrora distribuídos em 110 andares. Havia “*um cheiro doce de queimado, que embrulha o estômago*”<sup>1</sup> Em 20.09.2001, o saldo de mortos era de 233 corpos recuperados no WTC, com 170 corpos identificados, mais 5.422 desaparecidos.

Em represália, os EUA mobilizaram a quinta, a sexta e a sétima frotas da

---

1. Sérgio Dávila (“*Corpos, destroços e confusão compõem cenário de horror*”), de Nova York, in Folha de S.Paulo, 12.09.2001, p.A-9.

Marinha norte-americana (totalizando, entre outros, três porta-aviões, três fragatas, sete cruzadores, onze *destroyers* e treze submarinos), o porta-aviões Roosevelt e várias esquadrilhas de combate, incluindo aviões do tipo B-1 e B-52. Em 07.10.2001, iniciaram violentos ataques ao Afeganistão, aos quais aderiu a *Real Air Force* britânica, com o objetivo declarado de exterminar os campos do *Al Qaeda* e forçar o *Taleban*, organização político-religiosa que controla a maior parte do território afegão, a entregar Osama bin Laden; para tanto, engendraram vultosa trama de alianças internacionais, cooptando apoio político (Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas), militar (Inglaterra e França), logístico (Rússia) e estratégico (Turquia, Uzbequistão).

Indagar-se-ia o que este escorço jornalístico interessa a um texto científico ou a uma publicação especializada de literatura jurídica. A par das implicações de ordem político-prognóstica para o Direito Internacional Público e, nesta seara, para o Direito Penal, não se há de olvidar que incidentes de tais proporções suscitam, desde logo, discussões fundamentais sobre o estado de ordem jurídica que informa a malha das relações internacionais e, nessa medida, sobre a *subsunção jurídica* do fato humano æ nas poucas linhas destrinchadas, expressões como “*criminoso*” e “*terrorista*” alhures empregadas, revelam a vocação jurídica indelével do debate æ e o *âmbito de legitimidade* da pretensão à retaliação æ a despeito da falácia política que pretende ver, na ação militar norte-americana, mero esforço de defesa. À difícil tarefa de redefinir o terror e a guerra à luz do Direito e, com essa premissa, ferir os dois aspectos precitados, dedico este trabalho.

Do ponto de vista sociológico, não restam dúvidas de que os atentados do dia 11.09.2001 jamais abandonarão o imaginário das nações; tornar-se-ão, com o tempo histórico, mitos negativos que serão lembrados nos bancos escolares e nas atividades lúdicas. Vê-se já nos dias de hoje esse fenômeno, conquanto incipiente, o que traduz a intensidade das impressões sociais desses fatos nas culturas humanas; nos EUA, as *estórias em quadrinhos (HQ)* æ poderosa manifestação da cultura popular urbana daquele país æ adiantam-se aos livros de História e retratam o Capitão América (da *Marvel Comics*), principal símbolo infanto-juvenil da liberdade e do modo de vida norte-americano, chorando pelos cidadãos americanos mortos no WTC, com a imagem do desastre ao fundo da ilustração, de autoria do brasileiro Mike Deodato Jr. Também o *Superman* (da *DC Comics*, maior concorrente da *Marvel Comics* no mercado norte-americano de quadrinhos) deverá surgir em pôsteres coloridos com a frase “*Nós saudamos os heróis da América*”<sup>2</sup> No cinema de Hollywood, especulam-se já

---

2. Cfr. Diego Assis (“*Editoras e desenhistas de HQ unem forças para reerguer NY*”) in Folha de S.Paulo, 21.09.2001, p.E-1 (*Folha Ilustrada*).

produções de médio e grande porte inspiradas nos ataques de 11.09.2001, verificando-se o mesmo na literatura de ficção. A força do fato social impõe-se, inexorável, às manifestações culturais do homem, ainda que a contragosto de muitos.

E o fato social traz, necessariamente, a nota da *coerção exterior*, no sentido de que os indivíduos *æ e*, *a fortiori*, os Estados *æ* agem conforme “*o figurino das regras socialmente aprovadas*”<sup>3</sup> respondendo ao fenômeno social segundo o que dita as bases culturais vigentes, que os precedem em existência; com efeito, fato social é, na eterna acepção de Durkheim, “*toda maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior*”<sup>4</sup> O atentado ao WTC foi, sem dúvida, um fato social de proporções desconcertantes, de tal modo intenso que, ademais de subsumir-se a um figurino social (inapreciável para a hipótese, sem precedentes históricos), tende a *impressionar* as bases culturais da civilização contemporânea e dimensionar, a partir do que se consolidar em seu derredor, um novo padrão de coercibilidade social, ajustado à irracionalidade do ato terrorista de proporções genocidas<sup>5</sup> Não por outra razão *æ* para firmar aquele novo padrão e garantir-lhe legitimidade institucional *æ* os EUA não iniciaram os ataques ao Afeganistão sem antes submeter suas evidências ao crivo do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e a diversos governos estrategicamente imbricados no conflito.

3. Carlos Benedito Martins, *O que é Sociologia*, São Paulo, Brasiliense, 1994, p.49. Em sentido similar cfr., na doutrina Penal, Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho Penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Madrid, Civitas, 1996, p.121, *in verbis*: “*Dicho de otro modo: por regla general lo socialmente adecuado precede al Derecho; su legitimación la obtiene del hecho de que constituye una parte de la configuración social que ha de ser preservada. Utilizando de nuevo un ejemplo relativo al tráfico rodado: el hecho de que se considere que el tráfico de los particulares en un día de fiesta es un lujo fácilmente renunciabile, o que sencillamente es lo normal, o incluso una manifestación especialmente importante de la libertad general de actuación, es decir, que pueda conllevar, en todo caso, costes reducidos, normales o incluso altos, depende de cómo la sociedad se defina a sí misma, y esta autodefinición es parte de la configuración que el Derecho ha de preservar (mientras que esa idiosincrasia no se haya convertido en algo internamente contradictorio)*”. O modelo teórico de Jakobs para a imputação objetiva, segundo pensamos, recebe sensível influxo das teorias sociológicas de Émile Durkheim.

4. E. Durkheim, *As Regras do Método Sociológico*, S.Paulo, Ed. Nacional, 1972, p.52.

5. Nesse sentido é que, seguindo o exemplo e o discurso norte-americano, o Governo russo de Vladimir Putin predisps-se a apoiar a operação Internacional antiterrorista liderada pelos EUA, desde que a diplomacia Internacional amenizasse as críticas à intervenção militar russa na Chechênia, uma vez que também os extremistas chechenos empregariam métodos terroristas de combate; da mesma forma, após o assassinato de ministro israelense Rehavam Zeevi (Turismo) por extremistas palestinos (FPLP *æ* Frente Popular para a Libertação da Palestina), o Governo de Israel justificou a ação militar em áreas de ocupação palestina com o argumento de que a Autoridade Nacional Palestina, de Iasser Arafat, age como o Taleban afegão, ocultando terroristas e apurando atentados com leniência.

Fato social dessa relevância, apto a determinar, para adiante, o padrão de alteridade em circunstâncias similares, reclama indelevelmente as vestes talares do Direito. Daí porque a leitura jurídica do fato há de ser feita *agora*, à mercê da melhor técnica, para nortear as ações humanas subseqüentes; essa convicção, mais que outras idéias quaisquer (como *Justiça* ou *liberdade* que, embora legítimas, são imprecisas e ensejam profunda insegurança social), há de informar a atitude dos povos e, sobretudo, das vítimas, para que não se pratique, a pretexto de reprimir um crime, outro ainda mais grave.

Nesse contexto, a ótica jurídica abre ensanchas aos rudimentos que a doutrina universal construiu em torno do chamado *Direito Internacional Penal*, que se distingue do *Direito Penal Internacional* pelo seu *objeto*: o primeiro trata dos denominados *crimes internacionais* æ crimes contra a paz, crimes de guerra, crimes contra a Humanidade (inclusive o genocídio, conforme o Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, instituído pelo Acordo de Londres de 08/08/1945); o segundo, que Manuel A. Vieira denomina de "*Derecho Penal interetatico*" abrange os demais ilícitos que, contemplados em convenções internacionais, não são reputados típicos crimes internacionais e submetem-se às jurisdições estatais internas, embora sua repressão universal esteja assegurada por tratados de cooperação<sup>6</sup> (traço que a doutrina especializada enuncia como *princípio da Justiça penal cosmopolita ou universal* æ e.g., art.7º, II, "a" do Código Penal brasileiro<sup>7</sup>). Os estudiosos do Direito Internacional Público viam com extremas reservas as pretensões de autonomia de um Direito Internacional Penal, sobretudo pela inexistência de uma Jurisdição internacional *permanente* para o processo e o julgamento de crimes internacionais; com efeito, o Tribunal de Nuremberg, marco histórico da Jurisdição penal internacional, era um tribunal "*ad hoc*" constituído especialmente para o processo e o julgamento dos criminosos de guerra dos regimes nazifascistas. Mais recentemente, porém, fora instituído o *Tribunal Penal Internacional* ("*International Criminal Court*"), de vocação permanente, cujo estatuto fora adotado em 17.07.1998 por uma conferência diplomática de plenipotenciários da Organização das Nações Unidas. Tal estatuto subordinou à jurisdição do tribunal os mais graves crimes perpetrados em meio à comunidade

---

6. Manuel A. Vieira, *Derecho Internacional Penal y Derecho Penal Internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1969, *passim*. Cfr. também "A *Illicitude nos delitos internacionales* æ *Contribuição à construção científica de um Direito Penal Internacional*", de nossa lavra, in *Direito ao Avesso* n. 02, São Paulo, RT, março/1997, p.50.

7. Cfr., por todos, Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1o volume, São Paulo, Saraiva, 199, p.116.

Internacional<sup>8</sup>, a saber, o crime de genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão (art. 5º). Entre os crimes contra a Humanidade, descritos como atos ilícitos dolosos praticados como parte de um ataque sistemático ou anunciado dirigido contra alguma população civil, estão os de *assassinio* (art. 7º, I, “a”<sup>9</sup>); já entre os crimes de guerra estão os ataques intencionais dirigidos contra a população civil ou contra civis individualmente considerados que não tenham tomado parte direta nas hostilidades (art. 8º, 2, “b (i)”<sup>10</sup>). Não há dúvidas, pois, de que os atentados terroristas que alvejaram o WTC, na condição de ataques alienígenas orientados direta e sistematicamente a alvos estritamente civis, atentaram contra as relações internacionais, consubstanciando crime contra a Humanidade (pressupondo-se fossem atos beligerantes em tempo de paz) ou crime de guerra (pressupondo-se fossem atos beligerantes em tempo de guerra, como se nos aparenta mais adequado, diante das declarações de Bin Laden e Ayman al Zahri<sup>11</sup> — admitindo-se que os ataques tenham partido, realmente, da *Al Qaeda*).

A despeito disso, porém, tais atos não podem ser levados ao julgamento do Tribunal Penal Internacional pelo Estado ofendido — os EUA — simplesmente porque este país, no afã de garantir sua hegemonia política mundial, *não aderiu* à convenção de 1998 (Estatuto de Roma), que instituiu aquela Corte; não sendo Estado-parte, não pode submeter aos procuradores internacionais, para investigação e persecução judicial, os fatos criminosos que, sob a Jurisdição material da Corte, foram perpetrados em seu território (arts. 12 e 14). Ademais, tampouco os acusados — o Taleban, Bin Laden e a *Al Qaeda* — sujeitar-se-iam às leis internacionais ou à jurisdição da Corte<sup>12</sup>. Restou à América, por conseguinte, a ação militar unilateral, informada por um discurso ético e legalista e pela cooptação política de Estados, direta ou

8. “(...) *the most serious crimes of concern to the international community as a whole*”

9. “*For the purpose of this Statute, ‘crimes against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder (...)*”

10. “*For the purpose of this Statute, ‘war crimes’ means (...)* (b) *Other serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: (i) Intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities*”

11. Em fevereiro de 1998, Bin Laden lançou decreto religioso — *fatwa* — para que muçulmanos matassem norte-americanos e seus aliados. Ayman al Zahri, da cúpula da *Al Qaeda* e do *Jihad* islâmico do Egito, prometeu vingança contra EUA e alertou os americanos para que aguardassem a guerra, logo após a resposta militar americana aos atentados nas Embaixadas do Quênia e da Tanzânia, nos campos do Sudão e do Afeganistão (agosto de 1998).





*O terrorismo é capaz de realizar o inimaginável em realidade.*

indiretamente interessados no conflito; nada, porém, afeiçoado ao Direito Internacional Penal tal como alvitrado por seus pensadores.

Eis, pois, o que se tem: a reação militar e o discurso, como formas de impor ao delinqüente Internacional a justa repressão por seu ilícito. *Justa repressão*. Como se entender, nesse contexto injurídico (porque alheio à apreciação de uma Corte Internacional permanente), o ideal de *Justiça*? O que é *justo* em uma guerra de agressão? Os militares norte-americanos pretenderam batizar a reação militar aos atentados de 11.09.2001 como “*operação Justiça infinita*” abandonando depois a expressão, por provocativa aos olhos da população islâmica, para adotar a denominação “*operação liberdade duradoura*”; a primeira expressão, contudo, reflete melhor o espírito de luta e vingança que tomou de assalto significativa fração do povo norte-americano, ferido em sua integridade e em seu orgulho. Com efeito, toda reação *infinita* é necessariamente *injusta*, como toda “*Justiça infinita*” há de ser, em certo momento, pura e fria *vingança*. O quão justo é bombardear um país em escombros, economicamente debilitado e politicamente sem rumos, com reflexos nefastos — ainda que indiretos — à população civil, para homenagear a memória de outros tantos mortos nos atentados de setembro de 2001? O quão “*infinita*” pode ser a resposta justa, para não desbordar dos limites do justo?

Tais indagações vão além da mera argüição jurídica, nos lindes do Direito Internacional Penal. Remetem-nos, adiante, à própria *filosofia Penal* e à própria natureza da *pena repressiva*, seja como dever-ser, seja como conveniência. De fato, porque de *legítima defesa*, como se anunciara de início, não é convincente dizer-se tratar. A reação norte-americana foi planejada, concertada, precedida de ajustes estratégicos, econômicos e políticos; não se assemelha àquilo que, na ordem Internacional, tende a ser reconhecido como legítima defesa: ataque armado injusto e atual, “*até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais*”<sup>13</sup> Sobre a *atualidade* da legítima defesa, é da doutrina universal que “*es actual la agresión inminente, la que se realice entonces y la que persiste aún*” sendo que “*también perdura la agresión si, aun habiéndose producido ya la lesión del interés protegido, cabe todavía anularla total o parcialmente mediante una acción contraria que siga inmediatamente al ataque*”<sup>14</sup>. Na espécie, porém, os EUA iniciaram sua reação militar mais de vinte e cinco dias após os atentados de 11 de setembro,

---

12. Cfr. Márcio Senne de Moracs (“*Lei Internacional não impede retaliação, dizem analistas*”), in Folha de S.Paulo, 23.09.2001, Caderno Especial (*Guerra na América*), p.04.

13. Art. 51, da Carta das Nações Unidas, assinada a 26.06.1945,

quando não mais era possível anular total ou parcialmente a lesão ao bem jurídico, e sem qualquer intenção de subordinar-se às medidas alvitradas pelo Conselho de Segurança da ONU para a manutenção da segurança Internacional; o Conselho de Segurança foi consultado apenas para dar chancela política à agressão armada<sup>15</sup>. Não houve, pois, a *atualidade* necessária para que a operação militar seja reputada ato de legítima defesa coletiva (haja vista que também a Inglaterra, conquanto não atingida diretamente pelos atentados, participou dos primeiros bombardeios); tampouco houve observância ao art. 51, da Carta das Nações Unidas, tendo em vista que as ações militares não são medidas do Conselho de Segurança, mas medidas unilaterais norte-americanas. Também não havia hipótese clara de autodefesa, se não existia uma perspectiva séria de agressão continuada (o planejamento lento e metódico dos ataques ao WTC e ao Pentágono, assim como a própria característica das ações terroristas, apontavam para a natureza episódica do atentado) e tampouco a certeza de que os ataques ao Afeganistão fariam cessar alguma forma de beligerância (uma vez que os ataques não partiram de solo afegão e sua autoria não foi avocada pelo Afeganistão)<sup>16</sup>.

Sendo, pois, *pena* (e o disseram as mensagens emitidas na guerra psicológica norte-americana: “*Nós vamos caçar e punir esses terroristas. Eles pagarão com sangue*”<sup>17</sup>), em que medida pode ser *aplicada e executada* pelo Estado norte-americano, tanto mais quando os “réus” — Osama bin Laden e a *Al Qaeda* — negam participação nos atentados e o Estado que lhes dá guarida — o Afeganistão — não tem acesso às evidências do suposto envolvimento criminoso de seus aliados?<sup>18</sup>

---

14. Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal — Parte General*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, 4 a ed., Granada, Comares, 1993, p.307. Note-se que “*no Direito Penal, a legítima defesa pressupõe o uso moderado dos meios indispensáveis a fazer cessar a agressão injusta, atual ou iminente. Esse conceito pode ser trasladado para o plano do Direito das Gentes, inclusive, com apoio na lição de Paul Fauchille, para quem só se pode admitir o exercício do Direito de defesa do Estado diante de ‘uma agressão injusta, contrária ao Direito e contra a qual o emprego da violência é o único recurso possível’*” (Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, *Direito Internacional Público*, 1o v., Rio de Janeiro, Forense/ Universidade Federal de Pelotas, 1989, pp.336-337).

15. De fato, o Conselho de Segurança limitou-se a reputar convincentes as evidências carregadas pelos EUA, reproduzindo a exigência de que o Taleban entregasse Osama bin Laden (cfr. Folha de S.Paulo, 19.09.2001, p.A-1).

16. Em sentido contrário, confirmam-se as opiniões de Thomas C. Heller, da Universidade Standford, e de Allan A. Rayan, da Universidade Harvard (Folha de S.Paulo, 23.09.2001, Caderno *Guerra na América*, p.04).

17. Cfr. Folha de S.Paulo, 19.10.2001, p. A-11 (*Folha Mundo*): “*O Pentágono divulgou mensagem transmitida no Afeganistão em que orienta soldados do Taleban a se entregarem ‘às forças dos EUA’, no mais forte indício até agora de que os norte-americanos já têm, ou terão em breve, tropas para combate*

É do escólio de Stamatios Tzitzis<sup>19</sup> que, na concepção kelseniana, cujas raízes estão em Thomas Hobbes, a parte vindicativa da lei obriga o magistrado a punir devido a um ato ilegal, de tal forma que a norma jurídica implica um *sollen* (dever-ser) dirigido à autoridade competente — o magistrado — para que a respectiva sanção seja executada. A significação jurídica de um ato (*sein*) tem como validade uma norma; nessa medida, os atos ilícitos (*sein* — ser) preordenam o dever-ser da punição (*sollen*). A condição da sanção não é, pois, a obrigação jurídica, mas o comportamento antijurídico, porque o comportamento juridicamente prescrito não é o comportamento devido; *devida* é, na hipótese, apenas a sanção. Tal é o positivismo jurídico, que justifica desde o mais estrito legalismo até os mais sangrentos regimes (a exemplos das leis de limpeza étnica e segregação do *III Reich* e do *apartheid* sul-africano, ambos regimes condenados pela comunidade Internacional). Michel Valley, com melhor propriedade, situa a análise nas antípodas destas idéias; inspira-se no aristotelismo tomista e na filosofia helênica para substituir o *sollen* pelo *deon* — a *conveniência*. O Direito não traduz um *fiat*, i.e., uma obrigação a cumprir, mas antes indica uma *realidade*, de modo a preordenar cada qual àquilo que lhe convém segundo o seu mérito. O magistrado, assim, não se limita a reconhecer a sanção como dever-ser irretorquível, articulado pelo mundo das coisas (*sein*); ao revés, ele devassa uma região do ser negligenciada em tempos de nominalismo, a saber, a esfera do *justo concreto*: cabe-lhe dizer o que pode ser percebido como *justo* nas relações sociais, assim como ao poeta cabe identificar o *belo* apercebido nas coisas. O justo, como valor, emana da norma e deve ser apreendido como tal, mas também deve ser perquirido nas relações concretas como aspecto possível do ser e objeto ideal do Direito; não traduz, porém, uma regra de ação automática, assim como se afirmar o quão bela é a sinfonia em sol menor de Mozart não-significa que todos devam, indistintamente, agradecer-se dela ou aplaudi-la. Na feliz expressão do autor, “o dizer do dikaiôn indica a parte que diz respeito propriamente a cada um,

---

*em solo afegão*”. As mensagens, transmitidas em frequências de rádio pelo avião EC-130 em *pashu* e *dari* (línguas oficiais do país), foram dirigidas aos civis afegãos (“os alvos da ação militar não são vocês, honoráveis habitantes do Afeganistão, mas aqueles que os oprimem e os transformam em escravos” etc.) e aos soldados do Taleban (“vocês garantiram sua própria morte”; “nossas forças são maiores, mais ágeis e mais fortes, com armas mais modernas e tropas mais bem treinadas” etc.).

18. Cfr. Folha de S.Paulo, 23.09.2001, Caderno *Guerra na América*, p.01: “(...) o Taleban rejeitou o ultimato para entregar Osama bin Laden. ‘Se os americanos têm evidência (...), devem apresentá-la’, afirmou o embaixador do Taleban no Paquistão, Abdul Salam Zaef. (...) Em pronunciamento feito em árabe, acrescentou que os Estados Unidos criaram ‘muitos inimigos’, e que Bin Laden não seria o maior deles”.

19. Stamatios Tzitzis, *Filosofia Penal*, trad. Mário Ferreira Montic, Porto, Legis Editora, 1998, pp.27-35.

nomeia, portanto, a diferença na partilha justa. A diferença que faz o 'próprio de cada um deriva da propriedade do justo, já que o justo distribui a cada um aquilo que lhe convém (portanto o seu próprio) segundo o seu mérito"; daí concluir que "a punição do culpado é uma exigência da Justiça que ultrapassa o campo das normas jurídicas" porque "a regra Penal não implica um simples indicativo que inspira fragilmente o juiz para fazer a parte das coisas. A regra penal mostra, no sentido do verbo *deiknymi*, o que é injusto" Dito de outro modo, "a regra Penal incita os homens a uma certa conduta, assinalando o que é justo e o que não é; ela mostra o caminho da ética jurídica e a seguir; e as conseqüências da desobediência. Nesse sentido, não é nem puramente normativa, nem inteiramente indicativa, mas, antes de mais nada, propedêutica: ela indica, instruindo sobre o porquê, o *dever-ser*" (g.n.). Essa preleção é particularmente importante à vista dos fatos ora comentados: os deploráveis atentados de 11.09.2001, decerto antijurídicos, não se bastam por si mesmos à conclusão de que os responsáveis e seus coadjuvantes mereçam *qualquer* sanção, como *sollen* auto-exequível imanente ao Direito público de autodefesa; não é devida *qualquer* sanção, mas a *sanção justa*, proporcional, aplicada pelo juiz investido desta competência e/ou à luz das garantias mínimas de defesa do acusado. A norma Penal — e também a *norma Penal Internacional*, porque a ela se reporta, em tese, o Governo norte-americano, sempre que evoca expressões como "Justiça" e "liberdade" ou metáforas maniqueístas como "*batalha do bem contra o mal*" — *instrui* sobre o *dever-ser* e seu fundamento ético, o que a torna propedêutica e não meramente normativa ou indicativa; executar sua sanção em desacordo com seu fundamento é agir, pois, à sua margem.

Dentro dessa lógica, e em vista do que dispõe o preâmbulo ("(...) *reafirmar a fé (...) na existência de direitos iguais (...) entre nações grandes e pequenas*") e o art. 2º, §1º, da Carta de São Francisco ("*A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros*"), óbvio está que um país, ainda quando covardemente agredido (ressalvada a hipótese do art. 51, da Carta, única eximente de ilicitude nos atos de beligerância Internacional<sup>20</sup> mas inócua "*in casu*"), não pode se arvorar em órgão de investigação, julgamento e execução de pessoas e Estados soberanos, agindo ao seu inteiro alvitre e dosando a pena ao sabor da opinião pública interna e/ou exterior. Tal procedimento avilta qualquer padrão de legitimidade jurídica na ação militar armada, tornando-a tão-somente mais uma guerra de agressão, proscrita pela Carta de São Francisco (art. 2º, §4º) e pelas convenções de Genebra, de 1949<sup>21</sup>. A retórica da ética jurídica não responde aos anseios internacionais de Justiça, quando

---

20. Cfr., nesse sentido, "*A Illicitude...*", *op.cit.*, p.58.

não lhe corresponde uma ética engajada na ação militar, mormente porque a operação de ataque ignora o primeiro bastião da Justiça universal: o *devido processo legal*.

Sobre esse tema, de rara felicidade editorial que reconhecia ser “*cruelmente irônico que um regime que jamais teve o menor apreço pelo devido processo legal, como é nitidamente o caso do Taleban no Afeganistão, se apegue agora a ele para explicar por que não pretende entregar o milionário saudita Osama bin Laden aos Estados Unidos*”<sup>22</sup> Realmente, “*apresentar evidências faz, sim, parte do devido processo legal*”; logo, ao exigir dos EUA a exibição das evidências contra Bin Laden para somente então o render, o Taleban reclamava para si — menos por convicção que por estratégia — a observância de um dos princípios mais caros ao mundo ocidental civilizado, insito àquele caráter propedêutico da norma Penal. Como insinua o editorial, em idênticas circunstâncias, mas sem o mesmo ingrediente emocional, um juiz norte-americano — sob cuja cultura cunhou-se a expressão “*due process of law*” — não aceitaria o argumento do sigilo, inclinando-se pelo cumprimento integral dos consectários do devido processo legal (inclusa a exibição das provas às autoridades afegãs). Desse modo, abstraem-se os fundamentos do Direito para fazê-lo valer apenas no que aproveita ao ofendido, a um tempo juiz e executor; falseando-se a regra jurídica para legitimar um discurso de autodefesa justa, aproxima-se a ação da mera retaliação militar. A ofensiva contra o terror, identificado como o “mal”, é praticada sem maiores critérios, à margem de garantias fundamentais que devem ser respeitadas no Direito interno como no Direito internacional, ressalvadas as exceções legais ou consuetudinárias; no plano internacional, as soberanias não podem ser simplesmente ignoradas, porque também os Estados têm, na ordem jurídica internacional, *direitos essenciais* ou *fundamentais*: o *Direito à existência* e ao *legítimo desenvolvimento como Estado* (Le Fur), açambarcando direitos acessórios (igualdade jurídica, domínio exclusivo sobre o território nacional, legação ativa e passiva etc.)<sup>23</sup>.

Isso tudo nos conduz ao *caráter polemogêneo* do Direito Penal como *Direito de punir*, que “*revela a guerra em nome da inocência da vítima contra os maus*

21. Cfr., nesse sentido, J. Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, 4a ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pp.377/378: “*A Carta de São Francisco ditaria finalmente, em 1945, a proscricção da guerra e de fenômenos variantes (...)* A guerra repontava agora como ilícito Internacional, o que por certo fazia caducar uma série de normas — notadamente avençadas na Haia — sobre o ritual militar, mas não varria da cena Internacional a perspectiva da eclosão de conflitos armados não menos sangrentos e duradouros que as guerras declaradas de outrora. Impunha-se atualizar e ampliar o acervo normativo humanitário”

22. Folha de S.Paulo, 21.09.2001, p.A-2.

23. Cfr. Corrêa Meyer Russomano, *op.cit.*, pp.331-341.

*efeitos do acto culpado*<sup>24</sup>”; a pena opera pela paz, em nome do restabelecimento de uma harmonia perturbada no universo e na alma do indivíduo, lutando contra todo o elemento de anarquia, i.e., contra todo ato que, imbuído de vontade rebelde, tende à desordem do crime. O Direito Penal, parafraseando o apóstolo Paulo, *combate o bom combate*: guerreia pela paz (polemogêneo: “*polemos*” [= guerra] + “*gennân*” [= engendrar] ⇒ engendrar a guerra contra o ilícito e pela paz), seja internamente, seja — em se o admitindo naquele âmbito — perante a comunidade Internacional. A retórica norte-americana sugere, na figura do “*bem contra o mal*” a luta pelos inocentes; evoca, pois, o caráter polemogêneo do Direito de punir. Mas atendê-lo-á no curso dos acontecimentos e sob o testemunho da História? A operação antiterror perpetrada mediante intervenção militar em Estados soberanos (Afeganistão, Somália e Sudão) servirá ao propósito da paz ou, antes, incitará os povos de tradição muçulmana ao ódio antiamericano e à assimilação dos discursos fundamentalistas de *jihad* (guerra santa)? Nesse último quadro — de maior probabilidade, à mercê das reações populares documentadas nas diversas nações islâmicas e da onda de bioterrorismo (*anthrax*) inaugurada após os eventos de 11.09.01 — o Direito de punir, tal como exercitado, não estará atendendo ao seu *teleos* fundamental; estará, ao contrário, contraproduzindo mais celeuma e desordem, com detrimento à ordem pública Internacional e à tranqüilidade social — propósitos do *polemos* da pena. Não será, pois, polemogênea, mas *polemogenética* — fonte primeira da guerra. Esse estado de coisas é o sintoma mais claro de que a ação militar norte-americana tem sido percebida, notadamente pelas populações muçulmanas, como *castigo moral* e não-sanção jurídica; moral, como *moral* é a *jihad* islâmica e toda forma de fundamentalismo religioso. Com efeito, é condição indispensável à *pena* como sanção jurídica a sua individualização e racionalização, segundo a máxima “*nulla poena sine culpa*”; já para a Moral, a máxima fundamental inverte-se, para ser enunciada como “*nulla culpa sine poena*<sup>25</sup>”: admitte-se o castigo de inocentes, circunstancial (persecução de culpados sem exibição de provas) ou indissociável (civis afegãos) da reação ofensiva, para a expiação do crime e a satisfação da sanha coletiva. Nesse caso, o ofendido nivela-se ao ofensor e o ingrediente do *justo* é expurgado do contexto da ação, tornando-a injurídica.

Quanto ao Afeganistão, acusado de ocultar terroristas e secundar suas ações pelo mundo, uma breve digressão se impõe. O Direito Internacional Público

---

24. Stamatios Tzitzis, *op.cit.*, pp.37-51.

25. *Idem*, p.50.

ainda não admite a *responsabilidade criminal do Estado*, à vista do que dispõe o art. 25 (1) do Estatuto de Roma (“*The Court shall have jurisdiction over natural persons pursuant to this Statute*”); logo, suas responsabilidades, aferidas no plano Internacional, cingir-se-iam à esfera do indenizável: *responsabilidade dos Estados por atos ilícitos civis internacionais*, a exemplo do que prescrevem a Convenção sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares (Viena, 1963), a Convenção de Bruxelas, de 1971, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), a Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo (Bruxelas, 1969), a Convenção sobre a Responsabilidade por Danos Causados por Objetos Especiais, de 1972, etc. A perspectiva doutrinária, todavia, antevê a responsabilidade criminal, mormente aos influxos da chamada *doutrina penalística*, baseada na idéia de unidade de desenvolvimento entre o Direito interno e o Direito internacional; por esse pensamento, não há diversidade de estrutura ou base social entre aqueles dois sistemas jurídicos, mas apenas um estado diverso de desenvolvimento: enquanto o Direito interno adianta-se em fase avançada de evolução, o Direito internacional encontra-se em fase primitiva. Logo, à doutrina cumpriria empenhar-se em tornar mais célere o desenvolvimento do Direito Internacional, de forma que o crime Internacional do Estado aparece como instituto “*de jure condendo*” subordinado à criação de estruturas ainda inexistentes, como um tribunal Internacional Penal e um código Penal abrangentes da responsabilidade criminal do Estado<sup>26</sup>. Nesse sentido, aliás, encaminhava-se o Projeto da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, baseado nos anteprojetos de Ago, Riphagen e Arangio-Ruiz, cujo art. 19 (2) reconhece que “*o fato internacionalmente ilícito resultante de uma violação por um Estado de uma obrigação Internacional tão-essencial para a salvaguarda de interesses fundamentais da comunidade Internacional que sua violação esteja reconhecida como crime por essa comunidade Internacional constitui um crime Internacional*”<sup>27</sup>” Hoje, porém, identificada a cumplicidade do Estado afegão, não se poderia mais que instá-lo, no limite, ao ressarcimento dos EUA e demais Estados prejudicados pelos danos causados em seu território e/ou aos seus nacionais, a par dos embargos econômicos que aquele país já vem sofrendo.

---

26. Gabriella Carella, *La Responsabilità dello Stato per Crimini Internazionali*, Napoli, Jovenc, 1985, pp.14-15.

27. Cfr. Guido Fernando Silva Soares, *As Responsabilidades no Direito Internacional do Meio Ambiente*, Campinas, Komedi, 1995, p.559 (Anexo E).



À guisa de conclusão, portanto, releva dizer que não se há debater a *Justiça* de uma resposta, inclusive armada, aos atentados de 11.09.2001; tampouco se há de negar o caráter *criminoso* de tão-hediondos atos — admitindo, inclusive, subsunção típica às *fattispecies* abertas do Estatuto de Roma, de 1998 (Tribunal Penal Internacional). A *Justiça*, porém, não transige com a qualidade do *infinito* (com vênias para cogitar, ainda uma vez, da primeira denominação dada às operações militares norte-americanas), porque a ação justa não se afasta dos fundamentos de sua Justiça sem se tornar inexoravelmente injusta. Uma Justiça que opere à míngua dos padrões de liceidade do mundo ocidental democrático, ignorando premissas como o devido processo legal, a racionalização da pena e o juízo de culpabilidade (ainda que adequadas, todas, à realidade unipolar da sociedade internacional; confirmam-se, a propósito, os arts. 22, 23, 24, 25 e 55 do Estatuto de Roma), não será mais que torta injustiça; a ação militar que nela se fiar não será, por conseguinte, mais que uma guerra de retaliação.

São Paulo, outubro de 2001.



# **TRABALHOS ACADÊMICOS**



# O EQUILÍBRIO DO PODER NA REGULAÇÃO DA INTERNET: CRITÉRIOS E CONSEQUÊNCIAS

*Seiiti Arata Jr.<sup>1</sup>*

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade  
de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

Nos últimos anos, o advento de formas digitais de comunicação trouxe uma mudança em nossas vidas, repercutindo em diversas áreas da atuação humana como o aprendizado, trabalho, lazer, comércio e mesmo a cidadania. Nosso estudo mostrará que esta evolução do nível de comunicação tem relação com outras mudanças que já aconteciam em outros campos, como a própria vida e a manipulação da matéria, caracterizando um processo sistêmico de alta interação. Essas mudanças são refletidas nas relações de poder dentro da coletividade. Os indivíduos ganham poderes não previstos pelos legisladores. A problemática está localizada no uso destes poderes e o papel que o Estado deve exercer sobre ele. Analisaremos casos da experiência americana, nos quais diferentes abordagens foram tomadas, com diferentes resultados. A regulação obtida é dada através da colaboração entre as forças de mercado, científica e governamental, e não apenas desta última isoladamente. Os problemas apontados não intentam apoiar a corrente libertária, anárquica, de grande força na comunidade *online*. Ao contrário. É necessário encontrar a técnica ideal para a nova organização de poderes, identificar quais fatores estão envolvidos para que o governo possa corresponder às expectativas de um Estado democrático. Para isso, estudaremos as formas de poder e como o ciberespaço é por elas influenciado. Sendo o objetivo deste estudo discutir as mudanças nas leis brasileiras, faz-se necessário verificar o papel do direito no processo de regulação e saber quando e como aplicá-lo no novo contexto.

## Abstract:

In the last years, the arrival of digital forms of communication has brought a transformation in our lives, reflecting in different areas of human interaction,

---

1. Este artigo é uma adaptação da monografia “O Processo de Regulação do Comércio Eletrônico na Internet: Critérios e Consequências”, elaborada para a Fapesp em caráter de iniciação científica, sob orientação do professor titular Luiz Olavo Baptista, aos quais o autor é imensamente grato.

such as learning, working, leisure, trade and even citizenship experiences. Our research will demonstrate that such evolution in the communication experience has a strong relation to other changes already in course in fields such as live itself and the manipulation of matter, characterizing a systemic process of high interaction. Such modifications are reflected in power relations inside the society. Individuals acquire new powers, unforeseen by the legislators. The problem is located in the due use of these powers and the role government should play over it. North American cases, where different approaches were taken, will be analyzed, as well as their results. The regulation obtained is a result not only from the market forces, but also from scientific and governmental ones. The problems identified do not intend to support the libertarian doctrine, which has a strong popularity in online communities. By the contrary. It is necessary to find the ideal technique to the new organization of power structures, identify which forces are involved so that government is able to correspond to the expectations of a democratic state. To do so, the existing forms of power and how cyberspace is influenced by them will be analyzed. Since the purpose of this article is to discuss how modifications in Brazilian laws should be directed, it is necessary to verify the role of Law in the regulation process and to know when and how to be applied in the new context.

**Unitermos:** Teoria Tridimensional do Direito; propriedade intelectual; Internet; poder; ciberespaço.

## I - Descrição do fenômeno

### 1. Do molar ao molecular

Uma nova cultura surge com a revolução digital, modificando nossa condição como seres individuais e sociais. Estudando os efeitos da expansão do ciberespaço sobre a cultura humana, o filósofo Pierre Lévy faz uma análise das grandes evoluções tecnológicas, identificando uma tendência ao aumento de precisão da técnica e da interdisciplinaridade. O desenvolvimento das tecnologias *moleculares* aborda de forma mais precisa os objetos e processos controlados, superando as tecnologias *molares*, de tratamento em massa de maneira desordenada. As técnicas moleculares reduzem os desperdícios e as rejeições ao mínimo, em alta velocidade, considerando as microestruturas de seus objetos.

O progresso destas tecnologias ocorre em diferente velocidade nos diversos setores da cultura humana. De forma geral, o governo acompanha esta evolução

em ritmo mais vagaroso, carecendo de uma adaptação aos desafios propostos pela revolução digital. É necessário superar o descompasso entre as técnicas molares que o soberano deseja aplicar a uma sociedade organizada de forma molecular.

O professor da Universidade de Paris ilustra a aplicação do conceito de tecnologias molares e moleculares em campos como a vida, a matéria e a informação:

Na vida, anterior à molar e à molecular, a técnica *arcaica* transformava as espécies sem incidência de qualquer elemento de vontade humana. Com a agricultura e a pecuária, os homens iniciam uma seleção artificial, técnica *molar* de escolha de certas plantas e animais. Esta técnica, apesar de ser muito mais rápida que a arcaica, apresenta baixa eficácia quando comparada à técnica *molecular*: a influência direta nos genes, nas moléculas.

As técnicas de domínio da matéria são classificadas em três categorias: mecânicas, quentes e frias. As *mecânicas* estão ligadas aos primórdios da existência humana, produzindo ferramentas como lanças e machados. Transformando as qualidades dos materiais e gerando energia, as técnicas *quentes* despontam com a Revolução Industrial através das técnicas de uso do carvão e do vapor; sua eficácia é muito maior, apesar de ainda serem classificadas como *molares*. As técnicas *frias* ou *moleculares* seriam a nanotecnologia, o uso de supercondutores, a manipulação atômica e subatômica da matéria.

No campo da informação, as técnicas de controle de mensagens podem ser *somáticas*, *midiáticas* e *digitais*. As *somáticas* implicam a presença efetiva para a produção de signos, como as *performances* ao vivo de espetáculos. As *midiáticas* fixam essas mensagens, podendo reproduzi-las de forma independente no espaço e no tempo, através dos sistemas de reprodução de textos, imagens e sons, como a imprensa, a fotografia, a televisão. As mídias transportam as mensagens em escala que os meios somáticos jamais poderiam conseguir. Entretanto, neste processo, descontextualizam tais mensagens. São técnicas *molares*, agindo sobre as mensagens a partir de fora, por alto e em massa; é clara a distinção entre transmissor e receptor. Finalmente, a informática, garantindo um controle total da microestrutura das mensagens, manipulando os *bits*, é uma técnica *molecular*, pois não apenas as transmite, mas permite que elas sejam modificadas; assim é o hipertexto, diferente do texto tradicional, estático. “O tratamento molecular da informação” segundo Lévy, “abre um *ciberespaço* que interconecta virtualmente todas as mensagens digitais, multiplica os captadores e ‘semáforos’, generaliza as interações e os cálculos em tempo real”. O hipertexto recupera a contextualização perdida pelas técnicas molares.

Mais do que meros exemplos isolados, as evoluções apresentadas por Lévy interagem entre si, condicionando-se mutuamente na forma de uma espiral ascendente. Sem os avanços da informática, por exemplo, as técnicas de engenharia genética e nanotecnologia não poderiam ter sido desenvolvidas; o avanço das técnicas de manipulação de materiais influenciam o avanço digital, com a fabricação de *microchips* e redes de fibra ótica.

As repercussões não se restringem a campos eminentemente técnicos, mas influenciam também a dimensão humana de forma impressionante. O sociólogo Manuel Castells, destacando os principais aspectos do paradigma da tecnologia da informação, faz referência à penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias: sendo todas as atividades humanas dependentes de informação, os novos meios tecnológicos de transmissão de informações influenciam os processos de nossa existência individual e coletiva.

Ilustra esta afirmação a discrição que os indivíduos começavam a formar sobre a informação recebida e suas crenças, conforme impressos eram disponibilizados pela imprensa de Gutemberg. Em 1542, Johann Sleidan, historiador alemão, fazia referência à arte da imprensa e seus efeitos: “*Each man became eager for knowledge, not without feeling a sense of amazement at his former blindness*”<sup>2</sup> Um exemplo fresco em nossas memórias é a força que a nova tecnologia de transmissão de informações exerceu no processo de revolução na Europa Oriental no fim deste século.

No processo de evolução para as técnicas moleculares, a coletividade humana é, assim, influenciada por vários impulsos. Para que o Direito possa vislumbrar as possibilidades e exigências da inteligência coletiva, cumprindo seu papel de manutenção da ordem social neste processo, não devemos aplicar cegamente as regras existentes. Tampouco é necessário reinventar a roda: devemos entender os princípios basilares das normas já testadas e aprovadas pelo tempo e adequá-los ao novo contexto.

## 2. A coletividade molecular

As técnicas moleculares da informática têm como resultado direto um aumento do poder individual de controlar o fluxo de informações, além de uma série de efeitos indiretos.

---

2. Michael Hauben, *The Expanding Commonwealth of Learning: Printing and the Net* Capturado em 17 set. 2000. Online. [http://wuarchive.wustl.edu/doc/misc/acn/nctbook/ch.9\\_printing](http://wuarchive.wustl.edu/doc/misc/acn/nctbook/ch.9_printing)



Nos primeiros anos subseqüentes ao lançamento comercial dos computadores pessoais, a opinião geral dos consumidores era de que computadores eram máquinas enormes, bizarras e distantes da realidade cotidiana. Os comandos, a comunicação entre a máquina e o usuário, eram feitos através de fórmulas arcanas conhecidas por poucos. Reconhecendo este problema, os fabricantes de produtos informáticos iniciaram as pesquisas para o desenvolvimento de computadores que proporcionassem um maior conforto para o usuário, aumentando o seu poder de controle sobre a máquina, facilitando a comunicação. Para isso, fugindo do padrão textual dos *Personal Computers* (PCs) disponíveis, a Apple lançou o Macintosh, o primeiro PC com interface gráfica e um *mouse*. O conceito icônico “*user-friendly*” de pastas, menus e lixeiras foi mais tarde seguido pela Microsoft com o ambiente Windows, consagrando um mercado de massa onde os usuários ganharam de forma geral um poder maior sobre seus computadores.

Até a explosão da Internet, este controle estava restrito à produção e gerenciamento dos arquivos pessoais, à mudança na cor da tela, ao tamanho das letras, à aparência do *desktop*. Com a técnica de tratamento da informação em nível molecular, este universo é expandido: é possível a interação com diferentes comunidades *online*, rastreamento de documentos, personalização de notícias, comprar, estudar e trabalhar à distância. A tecnologia evolui de forma a tornar cada vez mais sutil a distinção entre o espaço material e o ciberespaço.

As ações *online* dos indivíduos têm certamente um impacto na vida de outros indivíduos e da comunidade. A facilidade de reprodução de dados que os indivíduos encontram no meio digital, prejudicando os titulares de direitos autorais, por exemplo, trouxe inúmeros debates sobre a propriedade intelectual, conflito que será tratado no capítulo dois.

Estamos diante de uma mudança nas relações de poder devido ao progresso da tecnologia. O nível de poder é uma medida usada para avaliar diferenças entre indivíduos quanto a certas capacidades de atuação. Um de seus componentes é o nível de tecnologia e o grau de influência que esta exerce sobre as relações humanas. Nas relações *online*, a interação entre homem e máquina é muito forte, inspirando a literatura de ficção a explorar os limites entre esta relação entre corpo, alma, máquina e conhecimento<sup>3</sup>, aceitando ou não a nossa condição

---

3. A esse respeito, a obra de William Gibson, *Neuromancer*, é freqüentemente lembrada como a primeira exploração do conceito de ciberespaço como um mundo de informações, onde humanos podiam separar-se de seus corpos, receptáculos que os prendiam ao mundo material.

como ciborgues<sup>4</sup> na chegada do novo milênio, reconhecemos que a dependência da tecnologia é uma importante influência sobre nossas capacidades de ação.

O poder é uma boa medida para analisar o ciberespaço, onde não é simples identificar as bordas entre o social, o cultural e o tecnológico<sup>5</sup>. O poder direciona a discussão para questionamentos sobre que pode ser feito, quem tem poder e quem não. O poder permite que comecemos com a presunção de que as análises sociológicas, políticas e culturais de sociedades baseadas na tecnologia estão intimamente ligadas.

### 3. Foucault e o poder

Conforme o homem produz e encontra novas necessidades e desenvolve a tecnologia para a sua satisfação, as normas que regulam as potenciais relações tornam-se mais numerosas e complexas. Tais normas existem não apenas no plano de governador e governados, mas nas várias esferas de poder como a família, igreja, empresas, organizações internacionais.

Para Michel Foucault, poder é uma força que gera estruturas de desigualdades entre as pessoas; o poder é uma relação e não uma posse. É constituído por um conjunto de táticas que afetam o cotidiano, mas independente de uma força de vontade orientadora, seja individual ou organizacional. A microfísica do poder está difusa por toda a sociedade, sujeitando os indivíduos a uma estrutura de deveres formais e agressões informais.

A visão de poder de Foucault é interessante por desafiar a idéia de poder como soberania tão-somente: além do triângulo “soberano – cidadão – direito”, devemos ter uma noção de vigilância e disciplina, de formas mais sutis, privadas, informais e materiais de coerção. Os avanços tecnológicos permitem um inédito armazenamento e manipulação de informações, que podem ser usadas com diversos propósitos.

Foucault aponta para o aparente conflito da coexistência de uma linguagem formal de política organizada pelas relações entre soberano e cidadão, expressa por regras e sanções aplicáveis *ex post facto*, ao lado de uma verdadeira

---

4. Nosso estado como ciborgues, homens-máquina, é apresentada por Tim Jordan, que instiga seus leitores dizendo que é possível argumentar que os óculos inauguraram o primeiro estágio para a aparição dos ciborgues. Da mesma forma que as lentes ampliaram a capacidade de visão, as redes informáticas podem auxiliar os homens a atingir um patamar superior de comunicação.

5. Tim Jordan, *Cyberspace: the Culture and Politics of Cyberspace and the Internet*, 1ª ed., London, Routledge, 1999, p.8.

experiência de poder exercida por várias fontes não-estatais<sup>6</sup> que freqüentemente dependem de meios materiais ou tecnológicos de execução de suas ordens. Esta multiplicidade de fontes de poder é um dos pontos críticos da regulação do comércio eletrônico, pelo aumento do poder privado alterando o equilíbrio vislumbrado pelos antigos legisladores. É neste âmbito que argumentamos que as antigas normas não estão adequadas para lidar com as novas relações de poder.

O pensamento de Foucault é, nesse sentido, o mais apropriado para analisar as forças de poder no ciberespaço, por considerar diversas forças regulatórias e suas respectivas esferas de influência. James Boyle contrapõe Foucault à visão de um direito positivo, um comando apoiado em ameaças, sanções, emanadas por um soberano, direcionadas a uma população geograficamente definida que deve àquele soberano total obediência. Tal conceito é claramente inadequado para lidar com a vida no ciberespaço.

A análise de poder de Foucault é uma análise das formas de governância, não de governo. Governância é a análise de todos os vetores, não apenas institucionais, que regulam nossa conduta, nossas possibilidades. Não são tão-somente as formas de ação do Estado sobre seu povo mas também as dos indivíduos consigo mesmos.

Nosso estudo buscará identificar as forças regulatórias atuantes no ciberespaço, sua constituição, sua arquitetura, estruturas e limites direcionados a certos valores. Afinal, como toda tecnologia desenvolvida por homens, a Internet possui uma série de valores. Este é o primeiro princípio do Tecnorrealismo<sup>7</sup> Devemos fugir do mito da neutralidade, de que, por ser um artefato inanimado, a tecnologia é neutra, não estimula certas formas de comportamento. Ao contrário, as tecnologias são repletas de conseqüências, algumas desejadas, outras imprevisas, nos campos político, social, cultural e econômico.

#### 4. Tecnopoder, código

O tecnopoder, para Tim Jordan, é a constante oscilação, mutação entre os objetos que parecem ser neutros, como teclados, monitores, *software* de comunicação,

---

6. Conforme James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.tprc.org/abstracts97/foucault.htm>

7. O Tecnorrealismo busca a compreensão das implicações sociais e políticas das tecnologias de forma a alcançar um maior controle sobre a construção do futuro, analisando como as novas tecnologias podem auxiliar ou prejudicar a qualidade de vida pessoal, comunitária e as estruturas econômicas, políticas e sociais. Mais informações em <http://www.technorealism.org>

e os valores sociais e éticos imbuídos nestes objetos. Um questiona o outro. Se um fórum de discussões *online* permite que o conteúdo de uma mensagem torne-se mais poderoso do que a eloquência de seu orador<sup>8</sup> podemos perguntar o porquê desta mudança, quem foram os arquitetos desta estrutura de comunicação, que fins eles tinham em mente e quais finalidades foram alcançadas.

Além do Governo e do setor empresarial, existem vários grupos com diversos interesses participando da construção da arquitetura do ciberespaço. O trecho abaixo foi transcrito de “*A Cypherpunk’s Manifesto*”:<sup>9</sup>

“We must defend our own privacy if we expect to have any. We must come together and create systems which allow anonymous transactions to take place. People have been defending their own privacy for centuries with whispers, darkness, envelopes, closed doors, secret handshakes, and couriers. The technologies of the past did not allow for strong privacy, but electronic technologies do. We the Cypherpunks are dedicated to building anonymous systems. We are defending our privacy with cryptography, with anonymous mail forwarding systems, with digital signatures, and with electronic money. Cypherpunks write code. We know that someone has to write software to defend privacy, and since we can’t get privacy unless we all do, we’re going to write it. We publish our code so that our fellow Cypherpunks may practice and play with it. Our code is free for all to use, worldwide. We don’t much care if you don’t approve of the software we write. We know that software can’t be destroyed and that a widely dispersed system can’t be shut down”

*O tecnopoder está presente tanto nos ambientes online como offline, materializando pela tecnologia as mais diversas preferências, como a velocidade e segurança de automóveis ou mesmo o sabor e temperatura de sorvetes*<sup>10</sup> *Estamos cercados de artefatos tecnológicos que refletem valores sociais. A diferença entre o mundo material e o ciberespaço é que no último as relações sociais dependem fundamentalmente, se não completamente, de tecnopoderes.*

---

8. Em uma hipotética reunião no mundo material, as pessoas mais carismáticas e eloquentes teriam a tendência de atrair maior atenção de sua platéia do que os oradores mais tímidos, de voz baixa. Isso acontece, entre outros motivos, pois a nossa capacidade de reconhecimento sonoro permite que poucas pessoas falem simultaneamente. Uma discussão *online* não é assim limitada e em geral ganham maior atenção (por exemplo sob a forma de respostas às mensagens publicadas para comentários) aqueles que fazem comentários construtivos e polêmicos.

9. Eric Hughes, *A Cypherpunk’s Manifesto*. Capturado em 17 set. 2000. Online. [http://www.cff.org/pub/Privacy/Crypto\\_misc/cypherpunk.manifesto](http://www.cff.org/pub/Privacy/Crypto_misc/cypherpunk.manifesto)

10. Tim Jordan, 1999, p.113.

Argumentamos que as estruturas do tecnopoder no ciberespaço são mais flexíveis, dinâmicas, já que a Internet pode ser modificada com facilidade e,<sup>11</sup> através do seu *Código*<sup>12</sup> como denomina o constitucionalista americano Lawrence Lessig.

O Código é que determina como a informação flui *online* e quem pode controlá-la. O Código é a criação dos programadores, como os tais *cypherpunks*: “*Cypherpunks write code*”. *Software*, periféricos, protocolos técnicos, *designs* de rede constituem o ciberespaço tal como o conhecemos. “Código” nesta concepção, pode variar dependendo do contexto. Parte do Código está na camada IP (Internet Protocol), onde os protocolos de intercâmbio de dados, como o TCP/IP, operam. Parte do Código está acima da camada IP, que é a de maior relevância para a teoria de Lessig. Esta camada superior incluiria os aplicativos que podem interagir com a rede, como *browsers* e programas de *e-mail*, bem como plataformas de sistemas operacionais sobre as quais tais aplicativos podem funcionar. A natureza do ciberespaço é definida pelo Código que predomina em determinado momento. Entretanto, novos padrões para o Código podem ser desenvolvidos e aceitos, o que influencia no produto final da regulação, como analisaremos em nosso estudo.

Os primeiros pensamentos sobre o ciberespaço partiam da premissa de que o governo não poderia regular o ciberespaço e que desta forma este permaneceria inevitável e essencialmente livre. Contrariamente às manifestações de pensamento desta primeira geração de pensadores, como a famosa *Declaração de Independência do Ciberespaço*<sup>13</sup> de John Perry Barlow, afirmamos que o Código não é estático; logo, não nos garante liberdade ou justiça, muito menos o desaparecimento do Estado.

A regulabilidade das ações no ciberespaço depende de sua arquitetura. É exatamente sobre o controle do Código que repousam os conflitos sobre o futuro. Com algumas arquiteturas, o comportamento no ciberespaço pode ser facilmente controlado. Com outras, não.

Lessig, em “*Code and other laws of cyberspace*”, lidera a corrente de pensamento de que o desenvolvimento da arquitetura está caminhando no sentido de

---

11. Dentro do modelo chamado Open Systems Interconnect, as modificações a que nos referimos seriam aquelas direcionadas à camada de aplicação.

12. Ou *Lex Informatica*, como prefere Joel Reidenberg em [http://www.privacy.fgov.bc/conference/pt4\\_2.html](http://www.privacy.fgov.bc/conference/pt4_2.html)

13. A *Declaração de Independência do Ciberespaço* pode ser encontrada em <http://www.cff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

uma maior regulação. A anterior “natureza” de desregulação está sendo modificada pelo setor privado, amparado pelo governo, para permitir o desenvolvimento do comércio eletrônico.

##### 5. Código. Forças regulatórias.

Para a *New Chicago School*, de Lessig, sobre a coletividade influem quatro fatores regulatórios com suas respectivas repreensões: (i) leis e sanções; (ii) normas sociais e estigmas impostos pela comunidade; (iii) mercado e preço e (iv) arquitetura e suas restrições físicas, sendo a regulação final um produto destes vetores. Para elucidar o conceito, ele usa a regulação sobre o fumo como exemplo, apontando os fatores que influenciam diretamente na decisão de acender um cigarro:

Pela dimensão *legal*, o fumo é restrito em certas condições, como no interior de aviões e elevadores. Menores de idade também não podem adquirir cigarros. As *normas* de convívio social dizem que o fumo não é recomendado dentro de um carro junto com não-fumantes, ou durante uma refeição. O *mercado* por sua vez influencia pelo preço e variedade de cigarros disponíveis. Finalmente, os limites da tecnologia, da *arquitetura* dos cigarros, encontram-se na quantidade de nicotina e nos seus efeitos de dependência química. Dos elementos apresentados, alguns têm maior influência que os outros, porém uma análise completa considera todos eles, para um balanço efetivo. Este mesmo modelo pode ser usado para a análise do ciberespaço.

A descrição é simplista, apresentando a regulação como resultado de influência direta das forças sobre o comportamento. Mais adiante veremos como as dimensões interagem entre si, regulando o comportamento de forma indireta.

No ciberespaço, as dimensões da *New Chicago School* atuam de forma semelhante. A lei regula o comportamento através da imposição de sanções pela violação de suas previsões. As normas também regulam pelas sanções impostas diretamente por uma comunidade *online*<sup>14</sup> ou indiretamente pela comunidade *offline* que associa as ações cometidas no ciberespaço aos indivíduos no espaço material. Os mercados regulam através do preço, atraindo e afastando consumidores e anunciantes. A arquitetura do ciberespaço é o Código, criando o ciberespaço e as regras que dão liberdades e restrições ao comportamento conforme as especificações e valores escolhidos pelos programadores do Código.

---

14. O modelo de negócios do *web site* de “leilão” eBay, por exemplo, procura criar uma comunidade onde os compradores e vendedores recebem “notas”, estabelecendo sua reputação e aumentando sua credibilidade.

Essa análise do Direito como um sistema dinâmico e multidimensional aproxima-se da célebre Teoria Tridimensional do Direito. Para Miguel Reale, “a norma jurídica é a indicação de um caminho, porém, para percorrer um caminho, eu devo partir de determinado ponto e ser guiado por certa direção: o ponto de partida da norma é o fato, rumo a determinado valor”<sup>15</sup>

A força que o mercado exerce para a regulação, mencionada na teoria de Lessig, não será levada em consideração como uma dimensão independente, visto que pode ser incorporada pelas outras dimensões.

Segundo Miguel Reale,

“a) onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um *fato* subjacente (fato econômico, geográfico, demográfico, de ordem técnica, etc.); um *valor*, que confere determinada significação a esse fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo; e, finalmente, uma *regra* ou *norma*, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor;

b) tais elementos ou fatores (*fato*, *valor* e *norma*) não existem separados uns dos outros, mas coexistem numa realidade concreta;

c) mais ainda, esses elementos ou fatores não-só se exigem reciprocamente, mas atuam como elos de um processo (já vimos que o Direito é uma realidade histórico-cultural) de tal modo que a vida do Direito resulta da integração dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.”<sup>16</sup>

O progresso tecnológico, mudança no plano fático, implica em modificações na forma como a lei é aplicada. As dimensões do Direito não são totalmente independentes; elas interagem. Para melhor compreender a Teoria, o professor Reale, em aula proferida na Universidade do Rio de Janeiro, ofertou a seus alunos o seguinte caso:

“Eu tive um fato muito curioso. Havia em São Paulo, uma grande casa de modas, chamada Casa Vogue, que era, digamos assim, o esplendor da moda feminina. A Casa Vogue cresceu muito, cresceu tanto que o dono da casa, que era meu cliente, resolveu derrubar uma parede para aumentar a sua oficina. Sabendo disso, o locador entrou na mesma hora com uma ação de despejo, porque havia uma cláusula no contrato

---

15. Miguel Reale, *Linha evolutiva da teoria tridimensional do Direito*, Revista da Faculdade de Direito, São Paulo, v. 88, p. 303, 1993.

16. Miguel Reale, *Lições preliminares de Direito*. 1ª ed. São Paulo : José Bushatsky, p.74, 1974.

que proibia alterações no imóvel locado. Aceitando a causa, procurei no Código Civil um artigo, segundo o qual os tapumes, as paredes divisórias de madeira, podem ser removidos livremente pelo locatário. Então eu disse ao Tribunal de São Paulo mais ou menos o seguinte: ‘Ilustres desembargadores, o que houve foi uma mudança essencial no plano dos fatos. O Código Civil brasileiro foi feito numa época em que as paredes sustentavam edifícios, mas, hoje em dia, quando os edifícios têm estrutura metálica, ou de cimento armado, as paredes internas são removíveis como se fossem tapumes, não afetam a estrutura do edifício. Quando o inquilino sair, no término do contrato, ele reporá a parede no lugar’ Eu ganhei a causa e ganhei mais experiência jurídica”<sup>17</sup>

Foram descritas as dimensões que regulam o indivíduo. Tais dimensões podem ser modificadas. No caso analisado, a lei foi alterada mediante o fato, ou arquitetura: a evolução das técnicas de construção implicou em mudanças na cláusula contratual por uma ampliação da interpretação da lei.

Para nosso estudo, são importantes as mudanças que a lei e a arquitetura terão influenciando as outras dimensões, por ser a lei a dimensão mais auto-consciente e a arquitetura a mais penetrante.

A lei funciona em duas formas distintas: de forma *direta*, indicando como os indivíduos devem se comportar e os ameaçando com sanções caso descumpram as regras, e de forma *indireta*, buscando modificar as outras forças regulatórias. A influência da lei sobre as outras forças é uma regulação indireta. Retomando o exemplo do combate ao fumo:<sup>18</sup> o Governo pode usar a lei diretamente, proibindo o fumo em locais públicos,<sup>19</sup> desta forma regulando diretamente o comportamento que deseja modificar. Ou a lei poderia influenciar indiretamente, criando uma campanha de âmbito nacional, visando alertar a população sobre os malefícios advindos com o hábito do fumo,<sup>20</sup> assim, modificando as normas sociais como maneira de controlar o comportamento. Ou então a lei poderia agir de forma indireta exigindo que os fabricantes reduzam o

---

17. Miguel Reale, 1993, p.310.

18. Exemplo dado por Lawrence Lessig em *Code and Other Laws of Cyberspace*. 1st. ed. Cambridge: Harvard Press, 1999.

19. Ver, por exemplo, a Lei Estadual nº 11.999, de 3 de agosto de 1992, do Estado do Ceará, que dispõe sobre a proibição do uso do fumo em estabelecimentos da rede estadual de Saúde e de Educação bem como nos veículos de transportes coletivos intermunicipais.

20. É o texto do artigo 1º da Lei n.7.488, de 11 de junho de 1986, que institui o Dia Nacional de Combate ao Fumo.



nível de nicotina, desta forma regulando o plano dos fatos de modo que a dependência química pelos cigarros diminuísse e, assim, diminuindo seu consumo.

Cada uma destas ações teria uma certa vantagem e um certo custo. A verdadeira arte é saber balancear estas formas de regulação, de modo a obter um resultado otimizado. E, para o ciberespaço, considerada a teoria do tecnopoder, uma maneira interessante de obter a regulação é através dos fatos: modificando a própria arquitetura ou das instituições que produzem a arquitetura, como tentou o FBI,<sup>21</sup> solicitando que a *Internet Engineering Task Force*, um dos organismos que participa do processo de padronização do ciberespaço,<sup>22</sup> produzisse um novo modelo para que permitisse a interceptação das comunicações na Internet, de maneira semelhante como foi feito com a modificação dos padrões da arquitetura de telefonia digital, para facilitar a quebra do sigilo telefônico.<sup>23</sup>

Vemos que as formas indiretas de regulação são mais sutis e assim devemos sempre estar atentos aos valores fundamentais da sociedade a que se destina proteger. O problema não é com a regulação indireta, mas sim sobre a transparência deste processo. Em uma democracia as regulações devem ser públicas.

A idéia do tecnopoder expande as ferramentas que o Governo pode usar para a regulação, dada a dependência que o ciberespaço tem da tecnologia. O Código torna-se mais uma ferramenta de regulação. Indiretamente, regulando a produção do Código, o Governo pode atingir fins regulatórios. Devemos estar atentos a esta regulação pois ainda não temos uma noção clara sobre os valores relacionados a esta crescente eficiência regulatória. Lembrando a fórmula realiana de que “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores,” é imprescindível estabelecer quais são os valores que devem orientar a produção legislativa.

Tal possibilidade já havia sido apresentada pela visão pioneira de Luiz Olavo Baptista, em tese de 1986:

*“Já no que se refere aos controles prévios não se pode dizer o mesmo. O fato de que as TEIF podem ser originadas quer de um cartão de crédito, quer de um*

---

21. McCULLAGH, Declan. IETF Says ‘No Way’ to Net Taps. *Wired News*, Washington, 11 nov. 1999. <http://www.wired.com/news/politics/0,1283,32455,00.html>

22. INTERNET ENGINEERING TASK FORCE. Overview of the IETF. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.ietf.org/overview.html>

23. Communications Assistance of Law Enforcement Act (CALEA), Pub. L. No. 103-414, 108 Stat. 4279 (codified at 47 U.S.C. §§ 1001-1010), solicitando que companhias telefônicas selecionassem uma arquitetura de rede que facilitassem a escuta telefônica.

*terminal situado em um estabelecimento comercial ou industrial qualquer, ou mesmo em terminais abertos ao público dia e noite, apresenta problemas que deverão ser resolvidos não só em termos regulamentares, mas, também, em termos de programação. Aqui, coloca-se um interessante problema para os estudiosos de Teoria Geral do Direito, o da possibilidade de existência de regras de conduta, dirigidas às pessoas, via computador!”*

Este controle da conduta via computador deve estar orientado de acordo com os princípios já existentes. Para o professor da Faculdade de Direito da Universidade Harvard, Laurence Tribe, devemos encontrar maneiras de neutralizar a tecnologia, mantendo os valores originais da Constituição, papel que deve ser exercido pelos juízes:

*“Constitutional principles should not ‘vary with accidents of technology’ In a sense, that’s the fifth and final constitutional axiom I would urge upon this gathering: that the Constitution’s norms, at their deepest level, must be invariant under merely ‘technological’ transformations. Our constitutional law evolves through judicial interpretation, case by case, in a process of reasoning by analogy from precedent. At its best, that process is ideally suited to seeing beneath the surface and extracting deeper principles from prior decisions. At its worst, though, the same process can get bogged down in superficial aspects of preexisting examples, fixating upon unessential features while overlooking underlying principles and values”<sup>24</sup>*

Concordamos que o método mais adequado é ler a Constituição de forma diferente, para proteger na mesma medida os valores que ela prevê. Entretanto, em alguns casos esta releitura não será simples, e poderemos nos deparar com o que Lessig chama de *ambigüidades latentes*, momentos em que deveremos fazer uma escolha entre diferentes possíveis alternativas, cada uma coerente com os valores constitucionais. São pontos não tratados com clareza pelos legisladores, novos tópicos. Esta novidade pode transpirar um caráter político nas decisões a serem tomadas e as Cortes podem preferir deixar tais discussões para os legisladores, como o juiz Kaplan fez no julgamento do caso DeCSS que será analisado.

A revolução digital abala novamente a presunção da existência de um ordenamento jurídico completo. Devemos nos preparar para preencher novas lacunas. Apesar da releitura ser uma das formas para lidar com estes novos desafios, a simples análise das decisões e valores do passado pode revelar não ser suficiente, como no caso das ambigüidades latentes.

A releitura em particular é uma técnica útil para a decisão de conflitos

---

24. Laurence Tribe, *The Constitution in Cyberspace*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.sjgamcs.com/SS/tribe.html>

dentro de uma ordem interna, por fazer referência aos valores constitucionais de um povo. Entretanto, muitos são os problemas que estão interconectados no espaço mundializado, em um nível superior e mais amplo. Os sistemas de governos não estão preparados para responder a estas exigências.

Lessig reconhece que a releitura tem suas limitações. Destacamos os casos, nos quais a base tecnológica comum do ciberespaço gera uma nova dimensão de demandas que não tem seus efeitos limitados a uma cultura e sistema jurídico regional, mas de influência global. Deve então o direito internacional ocupar-se de organizar as jurisdições nacionais e uniformizar uma norma para atender com equidade a todos.<sup>25</sup> O Direito Internacional leva em conta o poder das situações transnacionais, que podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estado, ou outros grupos.

## II Duas questões de propriedade intelectual

Na primeira parte mostramos como a revolução digital altera o anterior equilíbrio de poder e que indivíduos, organizações e governos reagem de formas distintas a essas mudanças. Neste processo, o papel do Estado é questionado pelo aumento de poder de seus nacionais e pelas dificuldades que a Internet apresenta à regulação tal como sua arquitetura é encontrada hoje.

Nesta parte vamos analisar a aplicação dos conceitos já desenvolvidos a duas questões relacionadas ao campo da propriedade intelectual: sistemas de proteção a direitos autorais e patentes de *software*. A tecnologia, como ferramenta de controle, pode atuar de forma a assegurar a manutenção de certos valores.

Todavia, existe a possibilidade de um exagero no uso deste controle, um fenômeno que Andrew Shapiro chama de *oversteer*, “derrapagem”. A analogia simboliza o motorista inexperiente que tenta exercer, em uma manobra, uma força tão grande que acaba perdendo o controle, indo além do planejado, com conseqüências perigosas. Conforme abraçamos o potencial de controle que o ciberespaço nos oferece, devemos lidar com este poder com cuidado.

Analisamos aqui as conseqüências dos critérios para a adaptação jurídica às novas relações humanas. A análise apenas de Jurisprudência nacional ficaria prejudicada em razão da escassez de casos relacionados ao tema no Brasil. Desta forma nossa pesquisa recebeu uma abordagem com enfoque na experiência dos Estados

---

25. Esta tendência é visível na Política Uniforme de Resolução de Disputas sobre nomes de domínio elaborada pela ICANN encontrada em <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm>

Unidos, devido ao seu relativo avanço jurisprudencial, doutrinário e legislativo sobre a matéria. Entretanto, em especial no que se refere ao Direito de Autor, o estudo de Direito Comparado exige cuidado com as distinções entre os sistemas jurídicos analisados, em especial o sistema individual e o comercial.

O sistema individual, *Droit d'Auteur*, é o da Convenção de Berna, subjetivo, buscando a proteção do autor. Caracterizam este regime o alcance limitado das convenções celebradas pelo autor para a exploração da obra, a interpretação estrita dessas convenções, criando limites contratuais em defesa dos interesses do criador e a proteção independentemente de registro.

O sistema comercial, *copyright*, é o desenvolvido nos países de influência anglo-saxã. É objetivo, voltado para a obra em si. O *copyright* é concedido ao titular, sendo exigidas algumas formalidades para seu exercício de exclusividade conforme definido pela Convenção de Genebra, de 1952.

Independentemente do sistema de proteção autoral, fato é que a perfeição das cópias feitas, através de sistemas digitais e o relativo baixo custo associado a estas cópias levou a uma crença de que o sistema de direitos autorais era ineficiente para proteger as criações intelectuais na Internet. John Perry Barlow chegou a afirmar que tudo o que sabíamos sobre a propriedade intelectual até então estava errado.<sup>26</sup> Além desses argumentos, predominava o sentimento de que o governo não teria como rastrear e punir aqueles que violassem os direitos.

Estas discussões causaram pânico para a indústria privada e para os operadores do Direito, que, para equilibrar a mudança causada pela tecnologia, pretendia ampliar os direitos de propriedade intelectual.

A batalha entre a tecnologia e a norma jurídica faz parte da história do Direito Autoral. Antes do advento da imprensa, os custos associados à cópia das obras artísticas eram tão grandes que não justificavam a existência de uma proteção por parte do Governo, através de leis. Analisando o progresso da propriedade intelectual, percebemos um delicado equilíbrio entre a ampliação dos direitos concedidos pelo Estado e as ameaças da tecnologia em facilitar a cópia.

### 1. Copyright management systems

A novidade trazida pela revolução digital é o uso da própria tecnologia para proteger a propriedade intelectual. Cada vez mais os sistemas de criptografia e

---

26. John P. Barlow, *Selling wine without bottles*. Capturado em 17 set. 2000. Onlinc. [http://www.cff.org/pub/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/HTML/idea\\_economy\\_article.html](http://www.cff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html)

segurança tendem a proteger os autores. Estas ferramentas são conhecidas de forma genérica como *Copyright Management Systems* (CMS), com premissas nos *trusted systems* ou *secure digital envelopes* que protegem o conteúdo autoral dando acesso e subsequente cópia ou impressão apenas na extensão das concessões do autor original.<sup>27</sup> Mark Stefik assim descreve o *trusted system*:

*“A trusted system is a system that can be relied on to follow certain rules. In the context of digital works, a trusted system follows rules governing the terms, conditions and fees for using digital works. Suppose that you have a digital work stored on a trusted system, and you do not have a right to copy the work. Then if you ask the trusted system to make a copy, it simply will not do it. Instead, it will give you an error message. If you do have a right to copy and, for example, exercising the right requires paying a fee and certification that you are over 18 years old, then the trusted system would first make sure that the conditions are satisfied. Only then would it make the copy.*

*Suppose that a customer then wants to buy the digital work. In a typical case, he would use a network browser to select the digital work from an on-line distributor. At this point, the two systems—the consumer’s system and the distributor’s system—need to establish that they are both trusted systems and to determine their security levels and billing methods. One way to do this is with a challenge-response protocol. This protocol is similar to what you might imagine in a ‘spy versus spy’ scenario when two secret agents who are strangers to one another first meet.”<sup>28</sup>*

Diferentemente de leis ou contratos, que necessitam da participação do Judiciário para executar suas previsões, através de sanções após a ocorrência das infrações, a proteção através da tecnologia cria barreiras à própria violação. Este sistema de proteção torna-se mais poderoso ainda quando amparado pela lei, pela regulação indireta.

A regulação indireta a que nos referimos é a da lei regulando a tecnologia. O desenvolvimento de técnicas de fraude a sistemas de proteção sempre caracterizou uma verdadeira corrida entre as formas de segurança e as técnicas de fraude. Entretanto, a lei pode contribuir com a regulação indireta, como fez a *Digital Millennium Copyright*

---

27. Conforme Charles Clark, *The Publisher in the Digital World* <http://associnst.ox.ac.uk/~icsuinfo/clark.htm> e Mark Stefik, *Shifting the Possible: How Digital Property Rights Challenge Us to Rethink Digital Publishing* [http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12\\_1/Stefik/html/text.html](http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12_1/Stefik/html/text.html)

28. Mark Stefik, *Shifting the possible*

*Act* (DMCA) norte-americana, que incluiu a previsão de antifraude, que considera crime praticamente toda tentativa de fraude aos sistemas de proteção de direitos autorais, assim como a produção e oferecimento ao público deste tipo de tecnologia.

O DMCA foi promulgado em outubro de 1998 como uma adaptação à lei de *copyright* para a era digital, resultado do WIPO Copyright Treaty, que em seu art. 11 previa que cada estado “*shall provide adequate legal protection and effective legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law*”

Para Lessig, o grande problema deste sistema de regulação é que o uso não-autorizado de uma obra nem sempre é caracterizado como infração; os CMS desconsideram a importância que o uso livre tem para a sociedade. Nada assegura que os sistemas privados de proteção, como os *trusted systems*, irão incluir a previsão de uso livre conforme as previsões legais. O DMCA prevê algumas hipóteses de uso considerado livre, como a engenharia reversa, testes de segurança, pesquisa de criptografia e certos usos por bibliotecas.<sup>29</sup>

Como uma tecnologia de caráter transnacional poderia adequar-se às diversas particularidades que o uso livre teria de país para país? O problema é agravado ao observarmos que as decisões são tomadas em última instância pelos EUA, devido à força de suas empresas e leis. Exemplo foi o julgamento da empresa canadense *ICraveTV*, que transmitia programação televisiva pela Internet de forma permitida naquele país<sup>30</sup>, mas não nos EUA. Duas ações foram movidas contra aquela empresa, uma composta pela National Football League e National Basketball Association e outra composta por diversas empresas da indústria cinematográfica. De acordo com a medida cautelar concedida em favor das empresas americanas, a empresa canadense não deveria

---

29. 17 U.S.C. §§ 1201 (d), (f), (g), (j)

30. A argumentação de William Craig, fundador da empresa, era de que suas atividades estavam sujeitas ao Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission, que eximia as operações de Internet de serem reguladas. A decisão sobre se suas atividades realmente infringiam ou não as leis canadenses não chegou a ser resolvida, pois em ocasião na qual empresas canadenses processavam a *ICraveTV*, um acordo foi firmado entre as partes. Para o professor da University of Ottawa, Michael Geist, a *ICraveTV* não teria infringido qualquer lei canadense caso estivesse apenas retransmitindo sinais inalterados. O ponto da discussão que nos interessa é que se tais atividades fossem consideradas legais em território canadense, não seriam pelas leis americanas, que prevaleceram após a decisão do juiz Donald Ziegler em conceder medida cautelar contra as operações da empresa que tivessem efeitos em território americano.

transmitir seu conteúdo para os EUA por noventa dias, o que implicou na suspensão completa de suas atividades. Três semanas depois da decisão americana, a *ICraveTV* e os querelantes entraram em acordo. Este é um exemplo de como casos onde deveria prevalecer a *lex fori* acabam tornando-se confusos em questões envolvendo a Internet.

Além do desafio imposto às hipóteses de uso livre, os CMS ameaçam a privacidade dos indivíduos na medida em que precisam de certos dados para sua correta operação. Pela descrição de Stefik, elementos como a idade do usuário e a sua vontade em fazer cópias da obra são informados ao sistema de gerenciamento das informações. Este sistema potencialmente teria muitas informações pessoais sobre seus usuários e sobre as obras consultadas por estes.

Para Julie Cohen, da Universidade de Pittsburgh, deveria existir uma forma legal de proteção à antiga anonimidade existente antes do surgimento desta forma de monitorização. Existe um valor de “liberdade intelectual” de que possamos ler anonimamente. A respeito da ameaça ao uso livre, ela defende um direito de resistir, de burlar os *trusted systems* quando o uso for previsto pela lei como livre.

Estas soluções buscam realizar uma espécie de releitura. Porém não caracterizam a releitura completamente pois estamos tratando de questões inéditas, não previstas pelos legisladores devido às antigas relações de poder que impediam este controle de direitos autorais<sup>31</sup>

É justificado o medo de que a tecnologia possa prejudicar os autores, pela cópia e distribuição de material com facilidade, baixo custo e alta qualidade, em geral com impunidade. Entretanto as tendências de proteção da informação dos governos e indivíduos estão caminhando de forma abusiva; as técnicas contratuais<sup>32</sup> e os CMS cada vez mais diminuem os direitos dos usuários, implantando um sistema de uso mediante pagamento; o uso livre fica ameaçado. Este exagero no exercício do controle é uma modalidade de *oversteer*, derrapagem. Shapiro é da mesma opinião de Cohen sobre a existência de um direito a burlar dos mecanismos de proteção:

*“Government should recognize the importance of this breathing room, by adopting a rule analogous to fair use that might be known as ‘fair hacking’ or ‘fair breach’. This would give individuals the right in certain limited situations to circumvent*

---

31. O congresso americano debateu muito estas questões antes da aprovação da versão final do DMCA, conforme declaração do juiz Kaplan.

32. O problema encontrado no sistema anglo-saxão imposto pelas cláusulas de cessão de direitos através de *clickthrough agreements* e *shrinkwrap licences* é amenizado no sistema jurídico pátrio, que considera muitas destas provisões abusivas e nulas de pleno direito.

*technological protections of information or to ignore the provisions in clickwrap contracts. If legislatures fail to enact such exceptions, courts should find that constitutional principles, including the First Amendment, require that they be recognized.”*

### 1.1 O caso DeCSS

O juiz Lewis Kaplan trouxe uma resposta a este dilema nas últimas palavras de uma sentença de 89 páginas a respeito do caso DeCSS, no qual oito grandes estúdios cinematográficos americanos processavam os responsáveis pelo *web site* 2600.com, distribuidor do *software* DeCSS que permitia a fraude de mecanismos de proteção de DVDs.

O *Content Scramble System* (CSS) é um meio de controle de acesso e prevenção de cópia, desenvolvido pela indústria cinematográfica, com o uso de criptografia implementada de forma que apenas os aparelhos de reprodução de DVDs possam decifrar e reproduzir, mas não copiar, os filmes em DVDs. A tecnologia necessária para isto deve ser obtida através de licenciamento. O DeCSS é um *software* que permite a fraude ao sistema CSS dando o poder aos seus usuários a assistir a DVDs em aparelhos não-licenciados e inclusive fazer cópias digitais. Este *software* foi desenvolvido através de engenharia reversa por Jon Johansen, um norueguês de quinze anos de idade, junto com dois outros indivíduos que não tardaram em divulgá-lo na Internet em seus *web sites* pessoais.

Após essa divulgação inicial, vários *web sites* copiaram o *software*, que passou a ser disponível em diversas fontes pela Internet. Cientes disto, os estúdios cinematográficos passaram a enviar diversas notificações extrajudiciais exigindo que o DeCSS não permanecesse disponível ao público, o que foi cumprido por parte considerável dos operadores daqueles *web sites*, mas não pelos réus. Em janeiro de 2000, Eric Corley foi processado por oferecer o DeCSS para *download* pelo *web site* de sua empresa, 2600 Enterprises, Inc.

Obedecendo à decisão da medida cautelar, o réu removeu o DeCSS do *web site* 2600.com, porém, no que chamaram de “*electronic civil disobedience*” instigaram diversos outros *web sites* a oferecer o *software* para *download* com um pedido que dizia “*We have to face the possibility that we could be forced into submission. For that reason it’s especially important that as many of you as possible, all throughout the world, take a stand and mirror these files*” assim, buscando frustrar os fins dos autores e da decisão judicial de impedir a propagação do *software*.



A argumentação do réu era de que o DMCA não deveria afetar sua conduta, pois se houver restrição de uso de mecanismos de fraude a sistemas de proteção à propriedade intelectual, isto prejudicaria aqueles que desejam obter acesso às obras protegidas com a intenção de exercer o uso livre (*fair use*). Assim, aqueles que desejam exercer o uso livre, não infrator, das obras protegidas precisam de meios como o DeCSS para burlar os meios de controle de acesso.

Os autores por sua vez empreenderam legitimamente capital e esforços para a produção de seus filmes na expectativa de obtenção de retorno econômico dentro da proteção concedida pelos institutos de propriedade intelectual. Para eles, o advento de novas tecnologias não deve abalar esta estrutura, de longa data.

De fato, os CMS têm a capacidade de prevenir tanto o uso infrator como o uso livre, surgindo um conflito entre o uso destas ferramentas de controle de acesso e o uso livre. Os réus, como observa Kaplan, não foram os primeiros a reconhecer esta possibilidade. O Congresso americano, no processo legislativo que deu origem ao DMCA, estava preocupado com esta questão. Os proponentes de medidas mais robustas de controle das obras intelectuais argumentavam que a proteção legal contra a fraude deveria ser essencial para que os titulares dos direitos intelectuais fossem devidamente protegidos. Seus oponentes respondiam dizendo que o monopólio inapropriado do *copyright* poderia prevenir o seu uso livre. Ao fim, o Congresso chegou a uma decisão, cujo mérito não deve ser discutido pelo Judiciário. A lei é clara em estabelecer que a publicação do DeCSS viola o DMCA.

Kaplan finaliza sua sentença apontando a impossibilidade do *fair hack* por decisão judiciária, argumentando que “*each side is entitled to its views. In our society, however, clashes of competing interests like this are resolved by Congress. For now, at least, Congress has resolved this clash in the DMCA and in plaintiffs’ favor. Given the peculiar characteristics of computer programs for circumventing encryption and other access control measures, the DMCA as applied to posting and linking here does not contravene the First Amendment. Accordingly, plaintiffs are entitled to appropriate injunctive and declaratory relief*”

A decisão sobre a provisão da Section 1201 (a) (1) do DMCA que diz que “*no person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title*” só teria efeito após dois anos a partir de outubro de 1998 para que o Congresso tivesse tempo para investigar como melhor conciliar os interesses privados e públicos, resultado que deve ser divulgado em breve.

## 2. Patentes de *software*

As patentes são uma forma de regulação, um monopólio concedido pelo Governo. Este monopólio tem a finalidade de estimular a produção científica. Muitas pesquisas e invenções não teriam sido feitas sem a proteção governamental das patentes. Porém, a proteção demasiada não implica necessariamente em um aumento na produção científica, em especial para as questões do ciberespaço.

Os requisitos para a concessão de patentes como a novidade, não obviedade e utilidade são de difícil identificação em um novo campo, onde não existe um consenso sobre o atual estado da técnica, ou *prior art*. Assim, nos EUA, uma série de patentes duvidosas começou a ser aprovada pelo *United States Patent and Trademark Office* (USPTO) para criações relacionadas ao ciberespaço.

Uma decisão de segunda instância, reformando o entendimento anterior, abriu precedente para a aprovação das patentes de negócio (*business methods patents*)<sup>33</sup> com o reconhecimento da patenteabilidade do sistema informatizado “*hub and spoke*” que manipulava os ativos de fundos de investimento dentro de um *portfolio*. A Corte reconheceu a sua utilidade prática, sendo suficiente a produção de um “*useful, concrete and tangible result*”, mesmo se referido resultado fosse simplesmente expresso em números. Assim, o Federal Circuit deixou claro que a proteção às patentes não mais será negada com a justificativa de ter produção de resultados puramente numéricos ou serem simples métodos de negócios.

As críticas a este sistema argumentavam que a partir da implantação da comunicação pelo protocolo TCP/IP uma infinidade de novas possibilidades surgiu, não pelos frutos de esforços conduzidos por pesquisadores e capital investido, mas pelo fato de ser o TCP/IP uma linguagem versátil que permite muitas aplicações.

As *business methods patents* davam aos seus titulares um monopólio sobre a forma de condução de negócios que iniciassem por meios tecnológicos. Se isto já é preocupante no mundo material, no ciberespaço é mais ainda, pois não existe limite para este tipo de patente. A quase totalidade dos métodos de comércio eletrônico em princípio começam através de tecnologia, do Código. Assim, todos os métodos negociais de Internet são potencialmente patenteáveis.

O medo dos críticos a este sistema, que poderia ensejar a concessão de patentes a inúmeras aplicações, se concretizou: estranhos resultados têm sido aprovados

---

33. *State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.* Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.law.cmory.edu/fedecircuit/july98/96-1327.wpd.html>

pelo USPTO. A patente americana número 5.715.314 por exemplo dá ao seu titular o monopólio a “*network-based sales systems*” o que é uma descrição demasiadamente genérica, podendo ser interpretada como qualquer atividade de comércio eletrônico. As críticas às patentes de negócio recrudesceram os critérios de análise do USPTO<sup>34</sup>, que incluirá uma ampla busca por documentos patentários americanos e literatura não-patentária, bem como um segundo nível de revisão para os pedidos aprovados.

Diante das patentes de *software*, cada vez mais as empresas de tecnologia têm se preocupado em estabelecer tanto estratégias defensivas, checando se suas atividades não infringem patentes existentes, como ofensivas<sup>35</sup> garantindo que todas as suas idéias possam ser expressas sob a forma de patentes.

O Congresso americano tem forçado cada vez mais a produção de novas leis aumentando a proteção da propriedade intelectual de forma geral. A proteção concedida pelas patentes, como vimos, é uma forma de regulação pelo Governo que tem um forte fundamento econômico. No contexto da nova economia, questionamos os benefícios econômicos trazidos pelas patentes de *software*. Estaria o equilíbrio da propriedade intelectual resguardado neste contexto?

A Amazon.com, após receber sua patente número 5.960.411 para a tecnologia *one-click purchasing*<sup>36</sup> sobre “*method and system for placing a purchase order via a communications network*” causou grande furor, principalmente para Richard Stallman, fundador da Free Software Movement, que argumentou que um boicote deveria ser feito àquela empresa<sup>37</sup>, quando esta usou sua patente sobre esta óbvia e importante tecnologia<sup>38</sup> contra a sua concorrente, BarnesandNoble.com, obtendo liminar em 1º de dezembro de 1999, manifestando sua intenção de monopolizar o comércio eletrônico.

---

34. USPTO. *Business Methods Patent Initiative: An Action Plan*. Capturado em 17 set. 2000. Online <http://www.uspto.gov/wcb/offices/com/sol/actionplan.html>

35. É a recomendação de diversos consultores americanos, como David Kline, no artigo “The Best Offense Is a Pit Bull Patent Lawyer”, publicado na *Revista eCompany Now*, de junho de 2000.

36. USPTO. *Method and system for placing a purchase order via a communications network*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.gnu.org/philosophy/amazonpatent.html>

37. Richard Stallman, *Boycott Amazon!*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.gnu.org/philosophy/amazon.html#whyBoycott>

38. Através de um pequeno arquivo, o *cookie*, o *browser* pode manipular informações sobre a identidade do consumidor no processo de compra

Em resposta às inúmeras críticas que recebeu da comunidade *online*, Jeff Bezos, presidente da Amazon.com, divulgou uma carta aberta, em que reconhece que as patentes prejudicam o desenvolvimento do comércio eletrônico e propõe algumas mudanças, como a diminuição do prazo de proteção<sup>39</sup>. Entretanto, Bezos afirmou que não pretende abdicar as suas patentes voluntariamente. Em fevereiro, a Amazon.com anunciou que recebeu uma patente para o *software* relacionado ao seu programa de filiação que pode causar comoção maior do que a patente one-click. O programa de filiação permite que outros *web sites* façam um *link* para a Amazon.com e recebam uma comissão pelas vendas efetuadas pelas suas “indicações”. Várias outras empresas usam um sistema similar.

Se não respeitarmos o equilíbrio que este instituto deve ter, os custos serão maiores que os benefícios. A objeção deste monopólio pelos seus teóricos beneficiários, algumas empresas de *software*, incluindo grandes nomes como Oracle e Adobe, indica que talvez não seja esta a melhor alternativa para lidar com a questão, pois o processo de desenvolvimento de *software* pode tornar-se muito caro.

Este problema é muito perigoso, principalmente no contexto do comércio internacional. Para usar uma idéia ou tecnologia no ciberespaço, as pessoas deveriam entrar em contato com companhias americanas, detentores de praticamente todas as patentes relacionadas a tecnologias para Internet. Este mercado global tendencioso deve ser combatido.

Luiz Olavo Baptista informa que, já em 1979, Alan Salzman previa os efeitos dos conflitos de tratamento internacional à proteção do *software* e o poder econômico americano, afirmando que “*o grosso da sua produção ocorrem neste país. Mas, assim como é impossível avaliar os efeitos domésticos potenciais da patenteabilidade dos programas, não é possível avaliar os efeitos que uma decisão unilateral dos Estados Unidos teriam para encorajar desenvolvimentos similares em outros países*”

Observamos hoje esses efeitos: após diversas formas de pressão, o Japão incorporou ao seu sistema jurídico a previsão de proteção a patentes de *software*. A questão, levada ao conselho administrativo do *European Patents Office*, tende à aprovação de patentes de *software* também para a Europa, como já manifestado em controversa votação<sup>40</sup> de dez votos a favor e nove contra. Ainda em novembro deste

---

39. Jeff Bezos, *An open letter from Jeff Bezos on the subject of patents*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.amazon.com/cxccc/obidos/subst/misc/patents.html/102-3131897-1582554>

40. Verlag Heinz Heise, *Europäisches Patentamt befürwortet Software-Patente*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.heise.de/newsticker/data/odi-14.09.00-000/>

ano uma conferência será feita para ratificar esta decisão. Isto insinua uma tendência de exportação das leis americanas para o mundo. Se aprovada, o *software* na Europa receberá tanto o tratamento autoral como patentário.

Seria necessária a proteção por patentes para o *software* uma condição de desenvolvimento desta indústria? A resposta não é simples. O aumento de patentes aumenta os incentivos e os custos. De acordo com estudo feito pelo *Massachusetts Institute of Technology*,<sup>41</sup> estas patentes já prejudicaram o investimento em pesquisa e desenvolvimento de *software* nos Estados Unidos.

Com o aumento de patentes nas mais básicas funções de desenvolvimento de *software*, aumentam as possibilidades de “infrações” comprometendo o processo de desenvolvimento do software. Richard Stallman assim descreve o ambiente atual nos Estados Unidos: “*Imagine that each time you made a software design decision, and especially whenever you used an algorithm that you read in a journal or implemented a feature that users ask for, you took a risk of being sued.*”

Para a advogada nova iorquina Marylee Jenkins o comissário Todd Dickinson tem autoridade para realizar o reexame das patentes, o que já aconteceu no caso de uma retomada de patente concedido a um inventor da Califórnia sobre sistema para a correção do bug do milênio.<sup>42</sup> “*I could see the commissioner using his discretionary power here if there’s a loud outcry from a segment of the industry*”, diz Jenkins.

Em resposta a uma crítica de que muitas patentes óbvias têm sido concedidas pelo USPTO, Dickinson respondeu que “*the courts have told us that computer software is patentable. People like to be able to protect their creativity and investments. The goal is to make sure this doesn’t unnecessarily impede technological advancement*” O seu conselho foi que se o USPTO conceder patentes e os interessados puderem demonstrar que o exame falhou na consideração do atual estado da técnica, que o façam<sup>43</sup>

## Conclusão

Não se pode ignorar o impacto que a revolução digital trouxe a todos os aspectos de nossa sociedade, elevando o patamar de relacionamento humano com a implantação de técnicas moleculares.

---

41. Disponível em <http://www.rscarchoninnovation.org/patent.pdf>

42. USPTO, *Patent and Trademark Office Orders Reexamination of Y2K Fix Patent*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.uspto.gov/web/offices/com/spccchcs/99-51.htm>

43. USPTO, *Transcript of PTO commissioner’s on-line discussion*. Capturado em 17 set. 2000. Online. <http://www.uspto.gov/web/offices/com/chats/chat0002.htm>

Diante deste processo de evolução, o Governo deve tomar uma posição, intervindo, quando necessário, de forma equilibrada. Cabe ao poder legislativo a decisão de quais leis devem ser implantadas e como.

Observamos que em alguns momentos a intervenção governamental é necessária, pois os indivíduos não podem se auto-regular sozinhos, como no caso dos *Copyright Management Systems*. A ausência de previsões antifraude por leis como a DMCA anularia os efeitos de proteção que o setor privado produz. Em dezembro de 1996, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual produziu o “*WIPO Copyright Treaty*”, que em seu art. 11 prevê que os Estados deverão prever meios legais adequados e sanções contra a fraude de meios tecnológicos usados pelos autores na proteção de seus direitos. Casos como este, que requerem trabalho legislativo, devem fazer uma delicada análise dos princípios existentes nas leis anteriores, dos valores que estas desejam proteger. Assim, a “derrapagem” dos indivíduos é controlada.

Em outras áreas, entretanto, a regulação pode ser prejudicial, e a “derrapagem” pode acontecer não pela tentativa de controle individual, mas governamental, como no caso da proteção patentária para o *software*, prejudicando um setor que tem condições de progredir independentemente do monopólio concedido pelo Governo.

A revolução digital amplia a nossa liberdade, podendo causar conflitos de interesses. A resposta a estes conflitos deve ser dada pela imposição de limites às nossas liberdades. Dalmo de Abreu Dallari, opondo-se à doutrina individualista da liberdade, alertava que o homem, como ser social, deve ter sua liberdade concebida tendo em vista o homem social, o homem situado, que não-existe isolado da sociedade. A liberdade humana é, assim, uma liberdade social, que leva em conta o relacionamento de cada indivíduo com todos os demais, o que implica em deveres e responsabilidades. O espírito da liberdade é aquele que pesa os interesses pessoais com os coletivos.

Os governos, corporações e poderes institucionais devem reconhecer a liberdade individual, trazida pelas inovações tecnológicas, que possibilitam a tomada de decisões inéditas. Os indivíduos, por sua vez, devem aceitar o desafio de ser cada vez mais responsáveis, pelo seu próprio bem-estar e o da sociedade coletiva. Devem, assim, reconhecer certos limites. Esta é a noção de equilíbrio.

Aí encontra-se o papel do Direito, nas sábias palavras do professor Miguel Reale: “*O ideal é que cada homem possa realizar os seus fins da maneira mais ampla, mas é intuitivo que não poderia coexistir o arbitrio de cada um com o dos demais sem*

*uma delimitação harmônica das liberdades, consoante clássico ensinamento de Kant. Desse modo, o Direito delimita para libertar: quando limita, liberta.*"<sup>44</sup>

São Paulo, setembro de 2000.

---

44. Rcalc, 1974, p. 72

## Bibliografia

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Aspectos Jurídicos das Transferências Eletrônicas Internacionais de Fundos*. São Paulo, 1986. Tese (Livre Docência em Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito, USP, 1986.
- \_\_\_\_\_. *A Vida dos Contratos Internacionais*. São Paulo, 1993. Tese (Titular de Direito Internacional Privado) – Faculdade de Direito, USP, 1993.
- \_\_\_\_\_. *A proteção dos programas de computador em direito comparado e internacional*, *Revista Forense*, v. 293, pp. 121-130. Conferência proferida no “Seminário sobre Aspectos Jurídicos do Software”, organizado pela SEI; 6 de out. 1981, Brasília.
- BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino: Giappichelli, 1970.
- CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 617 p.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DOHANEY, M. Scott. *Dispute Resolution in Cyberspace*. *Journal of International Arbitration*. Great Britain, 15(4): 127-168, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999
- GRECO, Marco Aurélio. *Internet e Direito*. 1.ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- HUET, Pierre (Org.). *Le droit du multimédia – de la télématique à Internet*. Paris: Editions du téléphone, 1994.
- JESSUP, Philip C. *Direito Transnacional*. 1ª ed. São Paulo: Editora Fundo de Cultura, 1965. 92 p.
- JORDAN, Tim. *Cyberpower: The Culture and Politics of Cyberspace and the Internet*. 1ª ed. London: Routledge, 1999.
- KATSH, Ethan. *Law in a Digital World*. New York: Oxford University Press, 1995.
- LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. 1ª ed. New York: Basic Books, 1999.



LÉVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva: por um antropologia do ciberespaço*. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999. 212 p.

de LUCCA, Newton (Org.). *Direito & Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2000.

PEIRCE, Charles S. *Semiótica*. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1995.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 1ª ed. São Paulo : José Bushatsky, 1974.

\_\_\_\_\_ *Linha evolutiva da teoria tridimensional do Direito*. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 88, pp. 301 – 312, 1993.

\_\_\_\_\_ *Teoria Tridimensional do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

\_\_\_\_\_ *O Direito Como Experiência*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_ *Fundamentos do Direito*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998.

RHEINGOLD, Howard. *A Comunidade Virtual*. 1ª ed. Lisboa: Gradiva, 1996.

SHAPIRO, Andrew. *The Control Revolution: How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*. 1ª ed. New York: Public Affairs, 1999. *Online*

BARLOW, John Perry. Selling wine without bottles: the economy of mind on the global net. Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: [http://www.eff.org/pub/Publications/John\\_Perry\\_Barlow/HTML/idea\\_economy\\_article.html](http://www.eff.org/pub/Publications/John_Perry_Barlow/HTML/idea_economy_article.html)

BOYLE, James. Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hard-Wired Censors. Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://www.tprc.org/abstracts97/foucault.htm>

CLARK, Charles. The copyright environment for the publisher in the digital world. Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://associnst.ox.ac.uk/~icsuinfo/clark.htm>

COHEN, Julie E. Copyright and the jurisprudence of self-help. Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://eon.law.harvard.edu/h2o/property/alternatives/self-help.html>

\_\_\_\_\_ Lochner in cyberspace: the new economy orthodoxy of “rights management”. Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://eon.law.harvard.edu/h2o/property/alternatives/cohen1.html>

\_\_\_\_\_ Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them. Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: [http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12\\_1/Cohen/html/text.html](http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12_1/Cohen/html/text.html)

HAUBEN, Michael. The Expanding Commonwealth of Learning: Printing and the Net Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet:

[http://wuarchive.wustl.edu/doc/misc/acn/netbook/ch.9\\_printing](http://wuarchive.wustl.edu/doc/misc/acn/netbook/ch.9_printing)

INTERNET ENGINEERING TASK FORCE. Overview of the IETF. Capturado em 11 fev. 2000. *Online*. Disponível na Internet <http://www.ietf.org/overview.html>

INTERNET SOCIETY. All about the Internet: History. Reston, 2000. Capturado em 26 jan. 2000. *Online*. Disponível na Internet <http://www.isoc.org/internet/history/cerf.html>

LESSIG, Lawrence. Cyberspace's Constitution. Capturado em 15 fev. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/AmAc1.pdf>

\_\_\_\_\_. Governance. Capturado em 21 jan. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/final.pdf>

\_\_\_\_\_. Reading the Constitution in Cyberspace. Capturado em 02 fev. 2000. *Online*. Disponível na Internet: [http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT\\_ID=41681#Paper%20Download](http://papers.ssrn.com/paper.taf?ABSTRACT_ID=41681#Paper%20Download)

\_\_\_\_\_. Reclaiming a Commons. Capturado em 11 nov. 1999. *Online*. Disponível na Internet: <http://cyber.law.harvard.edu/events/lessigkeynote.pdf>

\_\_\_\_\_. The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach. Capturado em 21 jan. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/finalhls.pdf>

National Telecommunications and Information Administration. DNS Statement of Policy. Washington, 1998. Capturado em 24 jan. 2000. *Online*. Disponível na Internet [http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6\\_5\\_98dns.htm](http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/6_5_98dns.htm)

RODITTI, Esther C. Is self-help a lawful contractual remedy? Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: <http://eon.law.harvard.edu/h2o/property/alternatives/roditti.html>

STEFIK, Mark. Trusted Systems. Capturado em 09 dez. 1999. *Online*. Disponível na Internet: <http://www.sciam.com/0397issue/0397stefik.html>

\_\_\_\_\_. Shifting the possible: how trusted systems and digital property rights challenge us to rethink digital publishing. Capturado em 17 set. 2000. *Online*. Disponível na Internet: [http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12\\_1/Stefik/html/text.html](http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/12_1/Stefik/html/text.html).

# DOS EFEITOS DA DAÇÃO EM PAGAMENTO NOS CASOS DE CRÉDOR EVICTO\*

*Alessandro Hirata*

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

A análise dos casos de evicção na dação em pagamento apresenta soluções opostas nos diversos ordenamentos estrangeiros e, especialmente, no Código Civil brasileiro. Essa controvérsia é originária das fontes romanas, destacando-se os textos de Marciano e Ulpiano. Por conseguinte, faz-se necessária a abordagem sobre a natureza jurídica da dação em pagamento, já que é fator determinante para o tratamento dos casos de credor evicto.

Desse modo, após esta investigação, explica-se as diversas possibilidades de solução existentes para os casos de credor evicto. Finalmente, o autor desse artigo procura apontar a melhor solução para o tratamento dessa matéria.

## Abstract:

The analysis of the cases of eviction in the *datio in solutum* shows different solutions in many systems of law, especially in the Brazilian Civil Code. This problem is founded on Roman Law, particularly on texts of Marcianus and Ulpianus. Due to that circumstance, it's necessary to examine the nature of the *datio in solutum*, because the treatment of the cases of eviction is based on it.

Then, after this investigation, the possibilities of the cases of evicted creditor are explained. Finally, the author of the present essay tries to demonstrate which is the best solution to the treatment of this subject.

**Unitermos:** *dação em pagamento; extinção das obrigações; evicção.*

---

\* O presente artigo é parte do relatório final, apresentado como resultado da pesquisa realizada pelo Autor como bolsista do PIBIC/CNPq, durante o biênio de 1998/2000, tendo como orientador e *Maestro* o Prof. Eduardo C. Silveira Marchi, Professor Titular de Direito Romano da Faculdade de Direito da USP, a quem é dedicado este estudo. O trabalho foi merecedor de Menção Honrosa no 8.º SIICUSP e o Autor selecionado para participar das atividades de Iniciação Científica na *Rutgers University – The State University of New Jersey*, Estados Unidos, em abril de 2001.

## I Introdução

O exame da figura jurídica da *datio in solutum*<sup>1</sup> revela-nos importantes questões controversas. Tais questões são levantadas, uma vez que, desde as fontes romanas, legisladores e doutrinadores têm tratado esta figura jurídica de modo bastante diverso.<sup>2</sup>

Dentre elas, cuidaremos separadamente dos efeitos da dação em pagamento nos casos de credor evicto, que apresentam soluções opostas nos diversos ordenamentos estrangeiros e, especialmente, no Código Civil brasileiro. Essa controvérsia é originária das fontes romanas, destacando-se os textos de Marciano<sup>3</sup> e Ulpiano.<sup>4</sup>

1. Este é o termo consagrado pelas fontes romanas, sendo utilizado até hoje pela doutrina moderna. Vale lembrar as várias traduções utilizadas pelos autores, designando tal figura como *dação em pagamento*, no Brasil (cf. Beviláqua, *Direito das obrigações*, 2ª ed., Bahia, Livraria Magalhães, 1910, p. 146 e Antunes Varela, *Direito das obrigações*, v. 2, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 195; cf., também, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado – Parte Especial – Tomo XXV*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 3, que preferiu traduzir a denominação como *dação em soluto*), *dação em cumprimento* pela moderna civilística portuguesa (cf. Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, v. 2, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1990, p. 160) que considera tal terminologia melhor do que a adotada pela doutrina clássica, ou seja, *dação em pagamento* (cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, v. 4, tomo 2, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1955, p. 824), uma vez que não se trata de pagamento *stricto sensu*; como *dation en paiement* na França (cf. Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, tomo 4, 5ª ed., Paris, Marchal et Billard, 1902, p. 258 e Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil – des obligations*, tomo 2, 3ª ed., Paris, L. Laros & L. Tenin, 1907, p. 787), *Leistung an Erfüllungsstatt* ou *Annahme an Erfüllungsstatt* pela doutrina moderna alemã (cf. Esser, *Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2ª ed., Karlsruhe, C. F. Müller, 1960, p. 306; Espínola, *Garantia e extinção das obrigações*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 66, n. 122; e Allara, *La prestazione in luogo di adempimento (datio in solutum)* in *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, v. 13, Palermo, Boccone del Povero, 1929, p. 33, n. 1) e como *Angabe, Hingabe, Geben* ou *Gebung an Zahlungsstatt* pelo direito germânico, conforme observação de Allara e Carvalho de Mendonça, *Doutrina e Prática das Obrigações*, v. 1, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p. 579. Os autores italianos utilizam a expressão *dazione in pagamento* (cf. Bianca, *Diritto Civile*, v. 4, Milano, Giuffrè, 1990, p. 431; e Rodotà, *Dazione in pagamento (diritto civile)* in *ED 11* (1962), p. 734). Bianca e Rodotà, entretanto, acrescentam que o Código Civil italiano de 1942 adotou a expressão *prestazione in luogo di adempimento*, que fora proposta por Allara, que a considerava mais correta, uma vez que abrangeria prestações de diversa natureza. Ou seja, o termo *prestazione in luogo di adempimento* é mais amplo, abrangendo a *dazione in pagamento* “in senso stretto”, que significa dar coisa diversa da original (cf. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. 3, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1959, p. 271 e Zaccaria, *La prestazione in luogo dell’adempimento – fra novazione e negozio modificativo del rapporto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 254). Cabe ressaltar que Teixeira de Freitas, *Esboço do Código Civil*, v. 1, 3ª ed., Brasília, Fundação Universitária de Brasília, 1983, p. 261, criou uma nova expressão, denominando a figura por *pagamento por entrega de bens*, uma vez que privilegiou a utilização da língua portuguesa, apesar da grande profusão do termo *datio in solutum*. Por fim, lembra Zaccaria, *op. cit.*, pp. 8-9, n. 3, no sistema de *Common Law*, ou direito atlântico, temos a figura do *Accord and satisfaction*, semelhante à dação em pagamento.

2. Cf. Allara, *op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 29-30.

3. D. 46, 3, 46 pr.-1, Marci. 3 *regularum*.

4. D. 13, 7, 24 pr., Ulp. 30 *ad edictum*.

Por conseguinte, faz-se necessária a abordagem sobre a natureza jurídica da dação em pagamento, já que é fator determinante para o tratamento dos casos de credor evicto. O tema da natureza jurídica da *datio in solutum* é, também, bastante polêmico, conforme veremos posteriormente. Significativo, neste sentido, é o fato da obra de Planiol,<sup>5</sup> nas diversas edições de seu tratado, ter sofrido alterações a respeito do assunto, adotando-se nas últimas edições a tese que veementemente era criticada nas primeiras.<sup>6</sup>

Desse modo, propomo-nos, após investigar a natureza jurídica da dação em pagamento, apresentar as diversas possibilidades de solução existentes para os casos de credor evicto. Além disso, na medida do possível, pretendemos apresentar uma solução *de lege ferenda* no direito brasileiro, já que, a nosso ver, sua posição destoante da legislação estrangeira não parece ser a ideal.

Por fim, cabe ressaltar a importância do estudo da *datio in solutum*. Zaccaria,<sup>7</sup> ao tratar desta figura jurídica, indaga o sentido em analisá-la atualmente, uma vez que seu interesse econômico e social foi bastante diminuído e sua vetustez é notória.<sup>8</sup> Entretanto, afirma o mesmo autor, a dação em pagamento ocupa uma posição central no sistema de relações obrigacionais.

Desta maneira, salienta Zaccaria, nossa figura relaciona-se com inúmeros outros temas, como a novação, as obrigações facultativas, a cessão de crédito *pro soluto* e *pro solvendo*, ao pagamento com sub-rogação, dentre outros. Em suma, representa fecundas possibilidades de estudo, já que remetem a figuras jurídicas clássicas que se

---

5. *Traité élémentaire de droit civil*, tomo 2, 4ª ed., Paris, LGDJ, 1907, pp. 647-648; e Planiol-Ripert-Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, tomo 2, 3.ª ed., Paris, LGDJ, 1949, pp. 172-173.

6. Desse modo, como lembram Espínola, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 68; e Cunha Gonçalves, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 829; nas primeiras edições da já citada obra, Planiol condena a posição adotada pela maioria da doutrina francesa, ou seja, de que a dação em pagamento implicaria uma novação objetiva (cf. cap. III.2.2). O autor afirma que as partes não constituiriam uma nova obrigação para ser extinta imediatamente. Afinal, a intenção das partes, ao realizar a dação em pagamento, é de apenas extinguir a obrigação primitiva e não de construir uma nova. Além disso, ao tratar dos casos de credor evicto, o autor critica aqueles que consideram o art. 2.308 do Código Civil francês um retrato da relação entre a *datio in solutum* e a novação objetiva, uma vez que tal artigo considera a prestação primitiva extinta. Entretanto, já nas edições posteriores do *Traité élémentaire de droit civil*, revistas por Ripert e Boulanger, temos uma alteração completa na sua posição, passando-se a defender a tese de que a dação em pagamento implica uma novação objetiva. A obra passa a afirmar que essa posição é mais lógica e satisfatória do que a posição tradicional, que considera a *datio in solutum* como uma modalidade do pagamento, como um modo especial de extinção de obrigações. Salienta-se, ainda, que não pode ser alterado o objeto de uma obrigação sem que ela sofra novação.

7. *Op. cit.*, (nota 1 supra), pp. 1-2.

8. O estudo da dação em pagamento teve seu grande desenvolvimento no início do século XX, especialmente na Alemanha, onde podemos encontrar inúmeras teses sobre o tema. Cf., dentre outros,

transformam visando a adequar-se ao moderno pensamento jurídico. A *datio in solutum*, ainda, devido ao seu papel no sistema, deve ser confrontada com a teoria geral do adimplemento.

## II Datio in solutum

### 1. Aspectos preliminares

O adimplemento das obrigações, no Direito Romano e moderno, é regido pelo princípio “*solutio eius quod debetur*” presente nas Institutas de Gaio<sup>9</sup> e Justiniano.<sup>10</sup> Desse modo, o devedor terá de adimplir mediante a prestação devida, não podendo alterá-la segundo a sua vontade e o credor não pode exigir prestação diversa.

Deste princípio romano decorre outro, de Paulo: “*aliud pro alio invito creditori solvi non potest*”<sup>11</sup> consagrado pelo art. 863 do Código Civil brasileiro.<sup>12</sup> Entretanto, pode-se inferir que é possível alterar a prestação devida com o consentimento do credor. Assim, tem-se a *datio in solutum*, que pode ser definida

Melcher, *Gegensatz des Rechtscharakters der Leistung an Erfüllungsstatt und der Leistung Erfüllungshalber*, Borna-Leipzig, Noske, 1903, Friedländer, *Wer haftet dem Gläubiger für Mängel einer Sache, die er für die Leistung seines Schuldners von einem Dritten an Erfüllungsstatt angenommen hat?*, Greifwald, J. Abel, 1904, Stampe, *Das causa-Problem des Civilrechts – eine Rechtspolitische Studie an § 343 BGB*, Greifwald, Julius Abel, 1904, Mickel, *Hingabe an Erfüllungsstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, Metz, Lang, 1905, Krüsmann, *Die juristische Natur der Hingabe an Erfüllungsstatt*, Borna-Leipzig, Noske, 1906, Epstein, *Die Leistung an Erfüllungsstatt nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Halle, Kaemmerer, 1913, Meyer-Oelschigk, *Die Mängelhaftung bei Datio in solutum nach deutschen und ausländischen Recht*, Borna-Leipzig, Noske, 1935, Ceglarek, *Die Folgen einer rechtmangelhaften Leistung an Erfüllungsstatt*, Breslau, Kleinert & Söhne, 1936, Tegeler, *Wenn ist eine Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt übernommen? § 364 Absatz II BGB*, Lengerich i. W., Lengericher Handelsdruckerei, 1936, Hartmann, *Rechts- und Sachmängel bei der Leistung an Erfüllungsstatt*, Jena, Neuenhahn, 1940. Além disso, cabe ressaltar o estudo de Harder, *Die Leistung an Erfüllungs Statt (datio in solutum)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1976, que, como vereinos (cf. cap. III.2.3), inovou em relação à doutrina tradicional alemã.

9. Gai. 3, 168.

10. Inst. 3, 29 pr.

11. Paul. 28 *ad edictum*, D. 12, 1, 2, 1.

12. “O credor de coisa certa não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa” Cf. Marky, *Curso elementar de direito romano*, 8.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 147, Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 5, Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, v. 2, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1995, p. 227, Carvalho Santos, *Dação em pagamento in REDB 14* (s.d), p. 213, Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, Piccin, 1986, p. 655, e Salkowski, *Istitutionen – Grundzüge des Systems und der Geschichte des römischen Privatrechts*, 9.ª ed., Leipzig, Bernhard Tauchnitz, 1907, p. 434.

como a substituição da prestação devida por outra, com o consentimento das partes, extinguindo-se a dívida.

No Direito Romano pós-clássico, Justiniano admitia, para certos casos, devido a difícil situação econômica da época, a *datio in solutum necessaria*,<sup>13</sup> que prescindia do consentimento do credor.

Assim, em Nov. 4, 3 de 535, Justiniano introduz a *datio in solutum necessaria* em favor do devedor de um mútuo que, embora tendo imóveis, não podia pagar a dívida com dinheiro ou móveis. Desse modo, entregaria os imóveis (ou um deles) ao credor, que era obrigado a aceitar, após uma avaliação justa, realizando a *datio in solutum*. Já em Nov. 120, 6, 2 de 544, tem-se uma determinação particular para os débitos de igrejas e obras pias, que não possam extinguir a dívida pela entrega de móveis ou através da anticrese de imóveis.<sup>14</sup>

Por conseguinte, a *datio in solutum necessaria* opõe-se à *datio in solutum voluntaria*, ou seja, *creditor consentiente*, na qual prevalece a vontade das partes e continua presente no Direito moderno.<sup>15</sup> A escassez da moeda, como ainda lembra Pontes de Miranda,<sup>16</sup> gerava a importância da *datio in solutum necessaria*.

Cabe citarmos os elementos da *datio in solutum*, os quais a doutrina traz

---

13. Cf., dentre outros, Moreira Alves, *Direito Romano*, v. 2, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 92, n. 934, Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, 14.ª ed., Napoli, Jovene, 1984, p. 394, Guarino, *Diritto Privato Romano*, 8.ª ed., Napoli, Jovene, 1988, p. 720, Girard, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, 4ª ed., Paris, Arthur Rousseau, 1906, p. 686, Marrone, *Istituzioni di diritto romano (Ius. Processus. Fatti e negozi giuridici. Persone e famiglia. Cose. Diritti reali. Possesso. Obbligazioni. Donazioni. Successioni)*, Palermo, Palumbo, 1989, p. 716, Kaser, *Das römische Privatrecht. II. Die nachklassischen Entwicklungen*, 2.ª ed., München, C. H. Beck, 1975, p. 442, n. 22, Di Marzo, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1938, p. 318, Voci, *Istituzioni di diritto romano*, 4.ª ed., Milano, Giuffrè, 1994, p. 379, n. 2, Burdese, *Manuale di diritto privato romano*, 3.ª ed., Torino, UTET, 1987, p. 596, Pastori, *Elementi di diritto romano – le obbligazioni*, Milano, Cisalpino, 1991, p. 241, e Nardi, *Radiografia dell'aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare in BIDR 73 (1970)*, p. 72.

14. Cf. Marrone, *op. cit. (nota 13 supra)*, p. 716, Kaser, *Das römische Privatrecht II cit. (nota 13 supra)*, p. 442, n. 22, e Nardi, *op. cit. (nota 13 supra)*, p. 72.

15. Alguns autores (cf. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 78-80) cogitam a existência de uma *datio in solutum necessaria* no Direito moderno, para os casos de execução forçada. Desse modo, estaria inserta no direito processual, podendo o credor exercitar o seu direito sem o consentimento do devedor. Dentre eles, Dusi, *Istituzioni di diritto civile*, v. 2, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1937, p. 61, n. 8, defende que há dação em pagamento necessária para situações excepcionais, como a execução forçada e a herança de imóvel hipotecado. Allara, a nosso ver corretamente, contesta esta teoria, afirmando não ser cabível tal extensão desta figura de Direito contratual para o Direito processual.

16. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 4.

diversamente.<sup>17</sup> Preferimos a posição de Allara,<sup>18</sup> mais detalhada e precisa. Desta maneira, podemos identificar cinco elementos essenciais da *datio in solutum*: a) a preexistência de uma relação obrigacional; b) os sujeitos da *datio in solutum*; c) o consentimento das partes; d) o objeto (diverso) e; e) a causa.

Muito se discute sobre a extensão da figura da *datio in solutum*. O art. 995, do Código Civil brasileiro, refere-se apenas ao caso mais comum, o de *rem pro pecunia*, ou seja, substituição da prestação pecuniária por uma coisa diversa. A doutrina,<sup>19</sup> contudo, é clara ao ampliar a interpretação desse artigo, baseando-se nas características da figura, admitindo-se assim qualquer substituição da prestação original mediante o acordo entre as partes.

Por conseguinte, Carvalho Santos<sup>20</sup> traz, a nosso ver, os casos possíveis de *datio in solutum*: “a. uma coisa móvel ou imóvel ao invés de uma outra (*rem pro re*); b. em lugar de dinheiro (*rem pro pecunia*); c. ou em substituição a um fato (*rem pro facto*); d. um fato positivo ou negativo do devedor em lugar de um outro fato (*factum pro facto*); e. ou em lugar de uma coisa (*factum pro re*); f. ou em lugar de dinheiro (*factum pro pecunia*); g. um crédito do devedor ou de outra pessoa em vez da coisa (*nomen iuris pro re*); h. ou em lugar de dinheiro (*nomen iuris pro pecunia*); i. ou, finalmente, em lugar de um fato devido (*nomen iuris pro facto*)”.<sup>21</sup>

Vale esclarecer que a *datio in solutum* não se confunde com as obrigações

17. Cf. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 184-187; Serpa Lopes, *op. cit. (nota 12 supra)*, pp. 246-247; Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 4, e Carvalho Santos, *op. cit. (nota 12 supra)*, pp. 214-215. Cabe ressaltar que a doutrina brasileira considera um elemento essencial que a nova prestação não seja em dinheiro, devido ao determinado pelo art. 995 do Código Civil brasileiro.

18. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 184-187.

19. Antunes Varela, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 196-197, Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 4, e Carvalho Santos, *op. cit. (nota 12 supra)*, p. 215.

20. *Op. cit. (nota 12 supra)*, p. 215.

21. Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 4, cita sete dos casos supra mencionados, não constando os de *nomen iuris pro re* e *nomen iuris pro facto*. Já Antunes Varela, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 196-197, vai além, defendendo o alargamento da dação em pagamento a todos os casos em que uma prestação diversa da devida é aceita e realizada, visando à extinção imediata de uma obrigação. Assim, inclui os casos de substituição de uma prestação de coisa por uma de dinheiro. Tal situação é expressamente proibida pelo art. 995 do Código Civil brasileiro, mas é aceita pela doutrina estrangeira. O autor explica que esta posição obedece a essência da *datio in solutum*. Crome, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Recht der Schuldverhältnisse*, Tübingen und Leipzig, J.C.B. Mohr, 1902, pp. 262-263, do mesmo modo, afirma que a dação em pagamento pode ter como nova prestação “Sache oder andere Leistung”, ou ainda, “eine Forderung”. Também concordamos com a opinião de Antunes Varela, apesar da redação do art. 995 do Código Civil que, a nosso ver, deveria ser alterada. Solazzi, *L'estinzione della obbligazione*, Napoli, Jovene, 1931, pp. 153-154, afirma que a doutrina estrangeira, apesar de controversa, admite esta hipótese.



alternativas, nem com as facultativas.<sup>22</sup> Antunes Varela<sup>23</sup> explica que nestes tipos de obrigação o acordo é anterior, geralmente na constituição da mesma, enquanto que na *datio in solutum* ocorre no momento da prestação ser cumprida.<sup>24</sup>

O mesmo autor diferencia a *datio in solutum* da dação *pro solvendo*.<sup>25</sup> Tal explicação faz-se necessária quando a nova prestação é um título de crédito, hipótese prevista pelo art. 997, do Código Civil brasileiro, que a classifica como uma cessão de créditos. O cerne desta distinção está na vontade das partes, diferente em ambos os casos.

### III Natureza Jurídica da *datio in solutum*

Como já foi dito, a natureza jurídica da *datio in solutum* provoca numerosas discepções. Vale lembrar que também no Direito Romano não há consenso entre os autores, que destacam as soluções dos Sabinianos e a dos Proculianos, as quais examinaremos posteriormente.

Alguns autores<sup>26</sup> afirmam ainda, que a dificuldade em caracterizar-se a natureza jurídica da dação em pagamento está no fato de alguns ordenamentos (*v. g.*, o Código Civil italiano de 1865) não a terem previsto, gerando aproximações equivocadas com outros institutos.<sup>27</sup>

---

22. Cf., dentre outros, Villaça Azevedo, *Dação em pagamento* in ESD 22 (1977), p. 186.

23. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 195, n. 12.

24. Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 4, acrescenta que nas obrigações alternativas, assim como nas facultativas, só ocorre dação em pagamento quando o objeto prestado é diverso de ambas as prestações previstas.

25. Desta maneira, na *datio in solutum*, o título de crédito entregue pelo devedor visa a extinguir a obrigação no ato, sendo assim os riscos da cobrança deste título assumidos pelo credor. Já na dação *pro solvendo*, a obrigação só extingue-se com o pagamento efetivo do título, não tendo o credor o risco da cobrança, ou seja, o devedor entrega o título de crédito apenas para facilitar a sua execução e não para extinguir a dívida. Cf. também, dentre outros, Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 1945, p. 381, Chironi, *Elementi di diritto civile*, Torino, Fratelli Bocca, s.d, p. 197, Inzitari, *Le obbligazioni in Istituzioni di diritto privato*, org. por Mario Bessone, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1995, p. 440, Molitor, *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., München, C.H. Beck, 1965, p. 134, e Fikentscher, *Schuldrecht*, 9ª ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1997, p. 190.

26. Cf. Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 735, e Grassetti, *Datio in solutum* in NDI 4 (1938), p. 550.

27. Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 735, justifica a dificuldade da caracterização da *datio in solutum* na sua aproximação, errônea segundo sua opinião, com a compra e venda e com a novação. Conforme o autor, essa aproximação atendia o interesse econômico das partes, presente nas figuras da novação e da compra e venda, além da conveniência de estender algumas normas destinadas a essas duas figuras à dação em pagamento, que não expressamente prevista pelo ordenamento italiano de 1865, sendo tratada pelo Código Civil de 1942.

Para o nosso estudo, como aponta Cunha Gonçalves,<sup>28</sup> as várias teorias sobre a natureza jurídica da dação em pagamento são de importância fundamental para a discussão dos casos de anulação e de credor evicto na *datio in solutum*. A natureza jurídica da *datio in solutum*, continua o autor, é fator determinante, nos casos de credor evicto, para decidir entre a retomada da prestação original, juntamente com suas garantias ou a prestação permanece extinta e o credor conta com a garantia por evicção.

### 1. *Direito Romano: Sabinianos e Proculianos*

Ao tratar dos modos de extinção das obrigações, Gaio revela a divergência entre os sabinianos e proculianos<sup>29</sup> quanto aos efeitos da *datio in solutum*:

28. *Op. cit.*(*nota 1 supra*), p. 825. Cf. nota 6.

29. Assim, vários autores mencionam a discussão no direito clássico entre as teses sabinianas e as proculianas: cf. Moreira Alves, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 92, Corrêa-Sciascia, *Manual de direito romano*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 175, Chamoun, *Instituições de direito romano*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1954, p. 301, Pontes de Miranda, *op. cit.* (*nota 1 supra*), p. 15, Espínola, *op. cit.* (*nota 1 supra*), p. 72-73, n. 134, Carvalho de Mendonça, *op. cit.* (*nota 1 supra*), p. 585, Beviláqua, *op. cit.* (*nota 1 supra*), p. 146, Allara, *op. cit.* (*nota 1 supra*), p. 33, n. 2, Zaccaria, *op. cit.* (*nota 1 supra*), p. 22-23, n. 16, Cruz, *Da Solutio – Épocas Arcaica e Clássica*, v. 2, Coimbra, 1962, pp. 122-123, Giorgi, *Teoria delle Obbligazioni*, v. 7, 7ª ed., Torino, UTET, 1927, p. 389, Dernburg, *Pandekten. II. Obligationrecht*, Berlin, H. W. Müller, 1897, p. 163 (trad. it. de Francesco Bernardino Cicala, *Pandette – Diritto delle Obbligazioni*, v. 2, Torino, Fratelli Bocca, 1903, p. 239, Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts. II*, Frankfurt, Rütten & Loening, 1906 (trad. it. de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, *Diritto delle Pandette. II*, Torino, UTET, 1925, p. 316), Astuti, *Dazione in pagamento – Diritto romano e intermedio in ED 9* (1962), p. 728, Solazzi, *op. cit.* (*nota 21 supra*), p. 155, Longo, *Datio in solutum – Diritto romano in NNDI 5* (1957), p. 173, Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, Giuffrè Editore, 1990, p. 639, Pacchioni, *Corso di Diritto Romano*, v. 3, Torino, UTET, 1922, p. 144, Perozzi, *Istituzioni di Diritto Romano*, v. 2, 2ª ed., Milano, Vallardi, 1928, p. 416, Jörs-Kunkel-Wenger, *Römisches Rivatrecht – Abriß des römischen Zivilprozeßrechts*, 3.ª ed., Berlin, Springer, 1949, p. 196, Lepointe et Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954, p. 372, Arangio-Ruiz, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 394, Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, 10ª ed., Torino, Giappichelli, 1946, p. 423, Guarino, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 720, Giffard, *Précis de Droit Romain*, tomo 2, Paris, Dalloz, 1934, p. 238, Girard, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 686, Monier, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, tomo 2, Paris, Domat-Montchrestien, 1948, p. 220, Kaser, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 1971, p. 638, Biondi, *Corso di istituzioni di diritto romano*, v. 2, Catania, Siciliana, 1930, p. 158, Leonhard, *Allgemeines Schuldrecht des BGB. I*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1929, p. 594, Marrone, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 716, Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, Ricerche, 1961, p. 604, Burdese, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 596, D'ors, *Derecho privado romano*, 7.ª ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1989, p. 444, Cuj, *Les institutions juridiques des romains. II. Le droit classique et le droit du bas-empire*, Paris, LGDJ, 1908, p. 519, Czyhlarz, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, 13ª e 14ª ed., Wien und Leipzig, Tempsky-Freytag, 1914, p. 215, Schulz, *Classical Roman Law*, London, Clarendon Press, 1951, pp. 629-630, Di Marzo, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 318, Voci, *op. cit.* (*nota 13 supra*), p. 379, Villers, *Rome et le droit privé*, Paris, Albin Michel, 1977, p. 401, Weiss, *Institutionen des römischen Privatrechts*, 2.ª ed., Stuttgart, Franz Mittelbach, 1948, p. 434, Sciascia, *Istituzioni di diritto romano – Regulae Iuris*, 3.ª ed., Roma, Stamperia Nazionale, 1969, p. 109, Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, 9.ª ed., Soveria Mannelli,

Gai. 3, 168: “*Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debetur. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur; quod nostris praeceptoribus placet, an ipso iure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est*”

Gai. 3, 168: “A obrigação, por outro lado, extingue-se principalmente pelo pagamento daquilo que é devido. Sendo que no caso que um, com consenso do credor, tenha pago uma coisa pela outra, entende-se que se libera *ipso iure*, aqueles que são nossos precedentes, ou entende-se que de pleno direito permanece obrigado, mas devendo defender-se o requerente com a *exceptione doli mali*, aqueles autores da outra escola”

De um lado, os sabinianos defendiam a tese de que a *datio in solutum* era uma hipótese de extinção *ipso iure* da obrigação,<sup>30</sup> ou seja, agia como fato de eficácia no plano da existência da dívida. De outro lado, os proculianos consideravam a dação em pagamento como uma extinção *exceptionis ope* da obrigação, devendo, assim, o devedor utilizar a *exceptio doli mali* para paralisar a *actio* do credor, agindo a dação no plano da eficácia do crédito.<sup>31</sup>

Os motivos dessa diferença não são conhecidos.<sup>32</sup> Segundo Falchi,<sup>33</sup> os proculianos eram presos à tradicional estrutura dos institutos e privilegiavam a identificação dos efeitos jurídicos originários na *fattispecie*.<sup>34</sup> Já os sabinianos davam prevalência à pesquisa do escopo perseguido em concreto pelos sujeitos jurídicos<sup>35</sup>

Rubbettino, 1996, p. 305, Puchta, *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, 8.ª ed., Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1875, p. 377, Musumeci, *Marciano e gli effetti della 'datio in solutum'* (osservazioni su D. 46, 4, 36) in *IURA* 20 (1969), p. 524, Falchi, *Le controversie tra sabiniani e proculiani*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 179-182, Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Roma, “L’erma” di Bretschneider, 1970, p. 91, Ernst, *Die Folgen mangelhafter Beschaffenheit der Leistung an Zahlungsstatt nach römischem Recht*, Zurich, Orell Füssli, 1890, p. 70.

30. Desta maneira, para os sabinianos o *aliud pro alio* era uma alteração da *solutio*, com a mesma natureza jurídica (cf. Falchi, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 180, e Baviera, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 92). Essa conclusão pode ser conferida em D. 46, 3, 54, Paul. 56 *ad edictum*.

31. Cf. Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 15.

32. Cf. Baviera, *op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 91-92.

33. *Op. cit. (nota 29 supra)*, p. 182.

34. Ainda conforme Falchi, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 180, esse apego à tradição dos proculianos mitiga a posição do devedor, uma vez que segundo tal escola, este conta apenas com uma defesa processual.

35. Por conseguinte, continua Falchi, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 182, alguns princípios podem ser identificados: enquanto os proculianos interpretam objetivamente, sem priorizar o elemento de vontade, os sabinianos utilizam a ótica subjetiva do escopo da ação, entendendo de modo instrumental as figuras jurídicas da *fattispecie*.

Tal controvérsia apenas foi resolvida por Justiniano,<sup>36</sup> que privilegiou a tese sabiniana, igualando os efeitos da *solutio* direta e os da indireta:<sup>37</sup>

Inst., 3, 29 pr.: “*Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse qui debet an alius pro eo: liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii qui pro eo intervenerunt liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit i non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus*”

Inst., 3, 29 pr.: “Toda obrigação, por outro lado, extingue-se pelo pagamento daquilo que é devido, ou se, com o consento do credor, tenha-se pago uma coisa pela outra. Nem importa quem paga, se o mesmo que deve, ou se um outro por ele: libera-se também se paga um outro, esteja o devedor ciente, ignorante ou contra a sua vontade o pagamento. Do mesmo modo, se o devedor tiver pago, também liberam-se aqueles que intervieram por ele. O mesmo, pelo contrário, ocorre se tiver pago o *fideiussor*: não apenas ele se libera, mas também o devedor”.

Além disso, cabe ressaltar que a posição dos sabinianos foi vitoriosa pois eles convertiam o valor da coisa para o seu equivalente em dinheiro, o que fazia a entrega da coisa equivaler ao seu valor, extinguindo o crédito,<sup>38</sup> como já dissemos,<sup>39</sup> do mesmo modo que a *solutio* direta em dinheiro.<sup>40</sup>

36. Analisando tal texto juntamente com o de Gaio, Gai. 3, 168, Silveira Marchi, *Concurso de Creditores – e pactum ut minus solvatur*, Lecce, Edizione del Griffio, 1997, p. 47, n. 27, lembra que o preceito justinianeu é mais pungente, uma vez que utiliza “*obligatio*” ao invés de “*omnis obligatio*” e descartou o termo “*praecepit*”

37. Segundo alguns autores, os proculianos consideravam o pagamento e a *datio in solutum* figuras distintas, assim como consideravam a permuta distinta da compra e venda. Já os sabinianos confundiam o pagamento com a *datio in solutum*, do mesmo modo que consideravam a permuta e a compra e venda com princípios unívocos. No Direito justinianeu, foi vencedora a tese proculiana a respeito da permuta e da compra e venda, ou seja, foram consideradas figuras distintas. Contudo, quanto à *datio in solutum* e ao pagamento, prevaleceu a tese dos sabinianos, identificando assim, a confusão entre ambas as figuras (cf. Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 585, e Baviera, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 92). Baviera, entretanto, não acredita que a controvérsia entre os proculianos e sabinianos tivesse essa origem, ou seja, a natureza do preço na compra e venda. Segundo o mesmo autor, na nossa divergência, ambas as escolas admitiam que uma coisa diversa do preço pudesse extinguir a obrigação. Desse modo, a questão resvale sobre a natureza da extinção da obrigação, parecendo ser teórica. Cabe lembrar ainda, a relação deste problema com os casos de credor evicto na *datio in solutum*. Alguns autores, conforme veremos (cf. cap. IV.1), baseiam sua solução de exegese para os textos de Marciano, D. 46, 3, 46, pr-1, Marci. 3 *regularum*, e Ulpiano, D. 13, 7, 24 pr., Ulp. 30 *ad edictum* nessa polémica entre os sabinianos e proculianos (cf. Ernst, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 70).

38. Cf. Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 585, e Baviera, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 92

39. Cf. notas 36 e 37 *supra*.

40. Cf. Cruz, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 123.

Para o nosso estudo, a discussão entre os sabinianos e dos proculianos, além de ilustrar a polêmica sobre os efeitos da *datio in solutum*,<sup>41</sup> tem profunda relação com os casos de credor evicto.

## 2. Direito Moderno: diversidade de teses

### 2.1. Compra e venda

A primeira tentativa de estudo da natureza jurídica da *datio in solutum*, originária do Direito Romano,<sup>42</sup> equipara-a à compra e venda, ou ainda, à troca (ou permuta).<sup>43</sup> Essa aproximação é devida à influência da tradição grega helenística,<sup>44</sup> que igualava as duas figuras.<sup>45</sup>

---

41. Apesar de sanada essa divergência, já que, desde Justiniano, não se discute os efeitos de extinção *ipso iure* da *datio in solutum* (cf. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 250, n. 1).

42. Cf., dentre outros, Zaccaria, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 4-5, n. 3, e Arndts, *Lehrbuch der Pandekten II*, 5.<sup>a</sup> ed., München, Cotta'schen, 1865, p. 358, que afirma: "Die Annahme an Zahlungsstatt wirktübrigens gleich einem Kaufe, wobei die Schuldsumme als der Kaufpreis gilt"

43. Cf. Antunes Varela, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 207, Espínola, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 69-70, Cunha Gonçalves, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 827-829, Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 582-583, e Alves Moreira, *Instituições de Direito Civil português – das obrigações*, v. 2, Coimbra, F. França Amado, 1911, p. 278.

44. Cf. Nardi, *op. cit. (nota 13 supra)*, p. 114-115, n. 105, Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 12, De Francisci, *La dottrina bizantina della "datio in solutum" di fronte al materiale papirologico in Aegyptus I* (1920), pp. 302-308, e Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte – mit Beiträgen zu den Lehren von der Injuzession und vom Pfandrecht in ZSS 28* (1907), pp. 311-379.

45. De Francisci, *La dottrina bizantina cit. (nota 44 supra)*, p. 302, afirma que a doutrina é pacífica em atribuir a aproximação da dação em pagamento à compra e venda no direito romano aos bizantinos. Segundo Steiner, *Datio in solutum*, München, C. H. Beck, 1914, explica De Francisci, tal equiparação é bizantina, já que eles entendem *contractus* como acordo de vontades, enquanto que os clássicos definem-no como todo negócio que faz nascer uma obrigação tutelada por ação civil ou pretoriana. Por conseguinte, para os clássicos a *datio in solutum* não poderia ser um contrato, já que extingue uma obrigação. De Francisci concorda que a os bizantinos consideravam a dação em pagamento um contrato com base em um acordo de vontades, apesar de não compartilhar do mesmo conceito de Steiner sobre contrato. Entretanto, essa explicação é apenas dogmática, negligenciando o lado histórico. De Francisci e Rabel, *Nachgeformte cit. (nota 44 supra)*, pp. 312-313, revelam que os papiros de Tenos § 34, l. 87-89, CPR. I, 9 a.271 n. Chr., Amh. 95 a.109 e Ravennater Pap. Marini 119 v.J.551 igualam a *datio in solutum* à compra e venda, entendendo que o débito compensava o preço. De Francisci acrescenta que a especificação do preço, essencial no período tolemaico e romano, não era fundamental nesses casos, sendo necessário apenas que o vendedor fosse devedor da pessoa que figura como comprador e a coisa dada substituída a prestação originária. Além desses documentos, suficientes para demonstrar a influência greco-helenística, De Francisci, *La dottrina bizantina cit. (nota 44 supra)*, p. 306 e Rabel, *Nachgeformte cit. (nota 44 supra)*, pp. 317-318 apresentam outros indícios. Nos papiros P. BGU 526 a.86, Flor. 20 a.127 e P. BGU 636 a.20 encontramos um contrato de locação de terreno desfigurado, servindo à função de *datio in solutum* dos frutos. Já em PMeyer 12, l. 15, esclarece De Francisci, *La dottrina bizantina cit. (nota 44 supra)*, p. 307, tem-se uma sublocação por um ano estipulada em pagamento de um débito pré-existente em analogia

Tal tese foi abandonada pela doutrina no fim do século passado,<sup>46</sup> uma vez que apresentava inúmeras falhas, as quais explicaremos no decorrer deste capítulo.

Segundo esta teoria a dação em pagamento seria análoga à compra, quando se entrega uma coisa em lugar de dinheiro, e à troca, quando se entrega uma coisa no lugar de outra<sup>47</sup>

Essa semelhança<sup>48</sup> pode ser demonstrada pelo brocardo jurídico romano *dare in solutum est quase vendere* (ou *vicem venditionis obtinet*).<sup>49</sup> Assim, a doutrina entendia que, na *datio in solutum*, o devedor venderia um bem ao credor visando a compensar o direito do credor sobre o preço, representado pela prestação original.<sup>50</sup> É a tese defendida por Alves Moreira.<sup>51</sup>

Entretanto, conforme já dissemos, essa posição a respeito da natureza jurídica da *datio in solutum* encontra várias críticas.

Aponta-se, freqüentemente, que a compra e venda não abrangeria, *v. g.*, a prestação de fato no lugar de outra prestação de fato,<sup>52</sup> uma vez que necessariamente tem-se uma coisa e uma contraprestação em dinheiro. Desta maneira, todos os casos

com a compra e venda, o que demonstra a importância dos papíros sobre o contrato de locação. A conclusão de De Francisci, *La dottrina bizantina cit. (nota 44 supra)*, p. 308, tem grande relevo atual. Segundo o autor, essa tradicional aproximação confirma que se pode valer do termo *contrato* para designar o que para os clássicos era apenas um substituto do pagamento.

46. Cf. Zaccaria, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 4-5, n. 3.

47. Cf. Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 435.

48. A semelhança com a compra e venda é admitida por Hedemann, *Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1949, p. 121. Ressalta, entretanto, que não se trata de uma verdadeira compra e venda: "Dabei erwächst ein neues Rechtsverhältnis, auf der Einwilligung des Gläubigers beruhend: Er ist z. B. bereit, statt der geschuldeten Geldsumme eine Schreibmaschine 'in Kauf zu nehmen'. Ein eigentlicher Kauf ist das nicht". Cf., dentre outros, no mesmo sentido, Vigié, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1905, p. 720. No direito brasileiro, a aproximação da *datio in solutum* à compra e venda pode ser percebida pelo art. 996 do Código Civil, que determina a incidência das normas relativas à compra e venda no nosso instituto (cf. Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 582).

49. *Ant.*, C. 8, 44, 4 (de 212 d. C.)

50. Cf. Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 435.

51. *Op. cit. (nota 43 supra)*, p. 278.

52. Cf. Antunes Varella, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 208, Zaccaria, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 4-5, n. 3, e Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 736. Além de tal crítica, Antunes Varella defende que a tese da compra e venda não explica a possibilidade do devedor, nos casos de inexistência da dívida, exigir de volta a coisa dada.

que envolvam a substituição por uma prestação de *facere* estariam excluídos desta teoria. Allara<sup>53</sup> também explica que a essa relação entre as duas figuras não pode ser aplicada a todas as hipóteses de *datio in solutum*, já que em alguns casos torna-se absurda.<sup>54</sup>

Cunha Gonçalves,<sup>55</sup> dentre outros autores,<sup>56</sup> também não aceita tal tese. Primeiramente, considera a dação em pagamento totalmente diferente da troca, uma vez que, na figura citada, cada uma das partes entrega uma coisa que lhes pertence, recebendo outra, enquanto que na *datio in solutum* se considerarmos apenas o devedor entrega uma coisa, ao passo que o credor só recebe a tal coisa.<sup>57</sup>

Por conseguinte, Cunha Gonçalves apresenta uma série de argumentos para distanciar a *datio in solutum* da compra e venda. Assim, segundo o autor, enquanto a compra e venda é um contrato bilateral, já que o comprador deve entregar o preço e o vendedor, a coisa vendida, a *datio in solutum* é um contrato unilateral, pois apenas o devedor deve a coisa em pagamento. Contra tal raciocínio, Enneccerus-Lehmann<sup>58</sup> explicam que, enquanto o devedor cede a coisa, o credor cede o crédito, sendo assim, um contrato bilateral oneroso como a compra e venda.

Além disso, aponta, ainda, a diferença de tratamento nos dois contratos para os casos de evicção, uma vez que na compra e venda, o vendedor deve ressarcir o comprador com o valor do preço (e não-entregar outra coisa igual), ao passo que na *datio in solutum*, temos o renascimento da prestação primitiva, não sendo possível, apesar da dação ser válida, a ação de evicção por parte do credor evicto.<sup>59</sup>

---

53. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 40.

54. Desse modo, Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 40, cita, v. g., o caso do objeto da prestação primitiva ser uma coisa corporal e a nova prestação ser pecuniária ou quando o objeto da prestação devida seja um *facere*, o que poderia levar a um contrato inominado com imediata compensação. Assim, o autor defende uma construção menos artificial, que corresponda à intenção das partes e todas as várias hipóteses dessa vontade.

55. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 829.

56. Cf., dentre outros, Scuto, *Istituzioni di diritto privato*, 2ª ed., Napoli, Jovene, 1938, p. 557.

57. Esse apontamento também encontra paralelo em Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 8, que afirma não se tratar de troca a *datio in solutum*, pois não podemos falar em transmissão da coisa devida ao devedor, frente à transmissão da coisa dada pelo devedor ao credor. Entretanto, apesar da crítica dos autores e da notável artificialidade dessa construção, não nos parece inaceitável visualizar a *transmissão da coisa devida ao devedor, frente à transmissão da coisa dada pelo devedor ao credor na datio in solutum*.

58. *Recht der Schuldverhältnisse*, 15.ª ed., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1958, p. 263.

59. Essa diferença explicitada por Cunha Gonçalves, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 829, só pode ser considerada com base no art. 998 do Código Civil brasileiro, citado pelo próprio autor.

Uma diferença essencial, apontada por vários autores,<sup>60</sup> é que a *datio in solutum* é um contrato de natureza real, enquanto que a compra e venda, como sabemos, é consensual. Assim, a compra e venda tem na transmissão da propriedade da coisa uma mera consequência do contrato, já que se trata de um contrato consensual. Já a *datio in solutum*, por sua vez, tem na dação da coisa um elemento essencial, uma vez que só produzirá efeitos após a *traditio*, com a transmissão da propriedade, pois se trata de um contrato de formação real.

A nosso ver, entretanto, a principal diferença entre a figura da *datio in solutum* e o contrato de compra e venda é a diversidade de causa entre ambos. Assim, enquanto o primeiro tem o nítido intuito de solver uma obrigação, o segundo visa a contrair obrigações, o que torna as figuras bastante diversas.<sup>61</sup> Bianca<sup>62</sup> defende, justamente, que essa tese a respeito da natureza jurídica foi afastada pela doutrina, devido a constatação que a *datio in solutum* não possui a mesma causa da compra e venda. Allara<sup>63</sup> vai além, afirmando estar abandonada esta teoria pela doutrina, porque apesar desta construção ser juridicamente possível, é totalmente inaceitável, não encontrando respaldo nas fontes, na lei e, ainda, na vontade das partes, que não têm tal intuito na *datio in solutum*. Além disso, a aproximação destas duas figuras nas fontes romanas deve-se ao caráter oneroso de ambas.<sup>64</sup>

---

60. Messineo, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 272; Cunha Gonçalves, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 829; Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, tomo 2, 10.<sup>a</sup> ed., Paris, Dalloz, 1953, p. 649, e Lacerda de Almeida, *Dos efeitos das obrigações*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1934, pp. 250-251, que acrescenta, que no caso da dívida originária não-existir, na compra e venda a transferência da propriedade permanece, sendo exigível o preço. Já na dação em pagamento, perde-se a sua causa, podendo ser repetida a própria coisa.

61. Vários autores apontam essa divergência fundamental entre os dois institutos em questão. Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 736, afirma que a *datio in solutum* e a compra e venda têm diferenças essenciais, ressaltando que a primeira só ocorre com o intuito de solver uma dívida preexistente, não estando presente tal intuito na compra e venda, ou seja, os institutos possuem causas completamente diversas. Do mesmo modo, Grasseti, *Datio in solutum – Diritto Civile in NNDI 5* (1957), p. 174 e *Datio in solutum in NDI cit. (nota 26 supra)*, p. 550, explica que enquanto o primeiro é um contrato essencialmente liberatório, o segundo é um contrato que visa a contrair obrigações. Em outras palavras, a *datio in solutum* é um instituto *distrahendi* ou *solvendi causa*, enquanto que compra e venda, ou permuta, são contratos *contrahendi causa*. Segundo autor, essa é a mesma diferença entre a dação em pagamento e a cessão de bens ao credor. Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 435, também utiliza o argumento da diversidade entre as causas para afastar os dois institutos.

62. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 436.

63. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 35.

64. A extinção do crédito nessa tese, esclarece Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 35-37, baseia-se na compensação, o que também não está presente nas fontes. Na verdade, as fontes são opostas a esta afirmação,



Desta maneira, considerando demonstrada ser falsa a identificação da *datio in solutum* com a compra e venda, permuta ou um contrato inominado, Allara<sup>65</sup> acrescenta que a analogia entre as duas figuras é inexata e perigosa. Afinal, as estruturas jurídicas de ambas apresentam profundas diferenças, lembrando que a única semelhança é a onerosidade, presente na maioria dos negócios jurídicos. Por conseguinte, é uma questão de interpretação da vontade a classificação entre uma dação em pagamento e uma compra e venda. Um critério coerente de interpretação, segundo o autor, é o tratamento dado pelas partes à relação entre a prestação nova e a extinção da antecedente. Assim, no caso de uma relação de mera coincidência cronológica, temos uma compra e venda. Já nas situações de uma relação de causalidade, temos a *datio in solutum*.

## 2.2. Novação

Segundo doutrina francesa dominante,<sup>66</sup> a dação em pagamento tem como natureza jurídica a novação. Assim, como afirmam Aubry et Rau<sup>67</sup> a *datio in solutum* implicaria uma novação expressa ou tácita operada entre as partes, uma vez que houve a substituição da prestação primitiva por uma outra.<sup>68</sup>

---

uma vez que a extinção da relação obrigacional dá-se com o efetivo adimplemento da nova prestação. Por conseguinte, Allara defende ser necessário para tal identificação da *datio in solutum* com a compensação uma idêntica evolução histórica da eficácia extintiva das duas figuras, o que não ocorreu. Por outro lado, o mesmo autor considera que as figuras são realmente próximas na legislação italiana. Cf., no mesmo sentido, Zaccaria, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 4-5, n. 3, que critica a complexidade desta teoria, ao envolver, além da compra e venda, a figura da compensação. Já a respeito do intuito das partes na *datio in solutum*, Allara também afirma ser preciso o afastamento das duas figuras. O autor explica que não há o elemento preço na *datio in solutum*, nem a vontade de extinguir o crédito primitivo sem o adimplemento do novo: “Può dirsi veramente che il debitore miri ad un prezzo? Risponde all’intento delle parti che il rapporto obbligatorio si estingua in virtù del semplice accordo senza l’efetivo adempimento della nuova prestazione? A queste domande la risposta non può essere che negativa”. Além disso, Allara considera a aproximação da *datio in solutum* com a compra e venda como uma atividade criativa da jurisprudência, que privilegiou o aspecto econômico.

65. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 40-42.

66. Cf. Espínola, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 67, Cunha Gonçalves, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 282, e Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 788.

67. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 258.

68. Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, v. 4, 5ª ed., Torino, UTET, 1927, p. 540, também é adepto da tese que a *datio in solutum* implica novação. Por sua vez, Huc, *Commentaire théorique & pratique du Code Civil*, v. 8, Paris, Cotillon, 1895, p. 46, concorda com tal tese, afirmando não importar que a execução da nova obrigação seja imediata ou posterior, o que levaria a uma novação propriamente dita. Larombière, *Theorie et pratique des obligations*, tomo 4, Paris, A. Durant et Pedore-Lauriel, 1885, p. 131, também defende esta tese, porque, segundo o autor, “dans la dation en payement, *datio in solutum*,

Desse modo, a dação em pagamento extingue a antiga obrigação, através da constituição de uma nova, que é resolvida concomitantemente com o próprio pagamento, ou seja, de imediato.<sup>69</sup> Devemos acrescentar ainda, que a *datio in solutum* seria, então, uma novação tácita e objetiva, já que teríamos a alteração do objeto da obrigação.<sup>70</sup> Além disso, vale lembrar que essa rapidez na formação e na extinção dessa obrigação não modifica a sua natureza de novação.

Segundo De Page,<sup>71</sup> o ponto de partida da teoria da novação remonta ao Direito Romano, que considera o objeto um elemento essencial da obrigação. Assim, a mudança de seu objeto levaria, necessariamente, à constituição de uma outra obrigação.

Como dissemos, o ordenamento francês acolheu essa teoria sobre a natureza jurídica da *datio in solutum*. Por conseguinte, ao tratar dos casos de credor evicto na figura, excluiu a possibilidade de renascimento de prestação primitiva, uma vez que um dos efeitos da novação é, justamente, a extinção da antiga obrigação.<sup>72</sup>

Allara<sup>73</sup> afirma que, segundo essa tese, há uma incompatibilidade jurídica entre a substituição da prestação e a subsistência da relação obrigacional originária.

---

il y a toujours une novation expresse ou tacite". Ainda, podemos citar como defensores da tese da novação: Colin et Capitant, *op. cit. (nota 60 supra)*, p. 647, Josserand, *Cours de droit civil positif français*, v. 2, 2ª ed., Paris, Sirey, 1933, p. 493, Casati-Russo, *Manuale del diritto civile italiano*, Torino, UTET, 1950, pp. 432-433 e, mais modernamente, Huet, *Traité de droit civil – sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 65-66.

69. Cf. Antunes Varela, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 207. Ainda, Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 788, afirma que analisando a *datio in solutum* pôde-se distinguir a convenção de dação em pagamento da sua execução, reconhecendo-se neste período intermediário a constituição de uma nova obrigação.

70. Cf. Cunha Gonçalves, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 282.

71. *Traité élémentaire de droit civil belge*, tomo 3, 3.ª ed., Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1967, p. 509.

72. Cunha Gonçalves, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 282, é bastante claro ao apontar a relação entre a doutrina francesa e os casos de credor evicto, uma vez que devido a essa posição quanto à natureza jurídica da *datio in solutum*, o credor não poderá reviver a prestação primitiva. Desse modo, o art. 2.038 do Código Civil francês, corroborando a posição da *datio in solutum* como uma novação, determina ao devedor prestar garantias por evicção como um vendedor. O autor, contudo, não concorda com tal teoria, como veremos em seguida, apresentando suas falhas, segundo sua própria visão. Por fim, podemos resumir as conseqüências da adoção da teoria da novação nas explicações de De Page, *op. cit. (nota 71 supra)*, p. 511. Segundo o autor, nesta tese, a garantias da obrigação antiga são definitivamente extintas, não podendo executar os antigos prestadores garantias. Do mesmo modo, as cauções também estão liberadas. Além disso, como já dissemos, o credor evicto terá somente a ação de garantia análoga a da compra e venda.

73. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 44.

Essa substituição seria um indicador inequívoco no *animus novandi*, além da nova prestação estar relacionada a uma nova e distinta obrigação.<sup>74</sup>

Mais recentemente, houve uma revisão da teoria da novação, passando-se a considerar uma combinação de várias figuras jurídicas.<sup>75</sup> Desta maneira, segundo alguns autores, a *datio in solutum* compreenderia uma novação e um pagamento.<sup>76</sup> Já conforme outros autores, nossa figura consistiria em uma novação que precederia uma compra e venda ou troca.<sup>77</sup> Em outras palavras, esta parte da doutrina defende uma natureza jurídica mista para a dação em pagamento.<sup>78</sup>

A tese de que a dação em pagamento implica uma novação tem e sempre teve críticos ferrenhos.

Antunes Varela<sup>79</sup> critica tal tese ao afirmar que a novação não se identifica na *datio in solutum*, uma vez que não podemos perceber a intenção das partes em

---

74. O autor não considera correto inferir uma impossibilidade de conciliar a substituição da prestação e a subsistência da relação obrigacional originária. Afinal, se a prestação constitui um elemento essencial na obrigação, também é verdadeiro que a obrigação não se restringe a ela, restando o elemento formal, jurídico. Desse modo, Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 48, pergunta: "Ora, per qual motivo dovrebbe negarsi, in Diritto moderno, alle parti di poter cambiare il primo elemento, inattendendo integro il secondo?"

75. Cf. Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 436 e Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit. (nota 61 supra)*, pp. 174-175.

76. Segundo Savatier, *Cours de droit civil*, tomo 2, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, LGDJ, 1949, p. 252 e Bénabent, *Droit Civil – Les obligations*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, Montchrestien, 1991, p. 351, a *datio in solutum* tem uma natureza mista, compreendendo uma novação, com a substituição da obrigação antiga por uma nova com o objeto diferente, e um pagamento, com a execução imediata da nova obrigação. Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit. (nota 61 supra)*, pp. 174-175 e *Datio in solutum in NDI cit. (nota 26 supra)*, p. 550, critica esta solução que considera a *datio in solutum* como um acordo que modifica o objeto da obrigação, seguido de um adimplemento imediato, o que, segundo o autor, não se adaptaria com perfeição ao ordenamento italiano.

77. Cf. De Page, *op. cit. (nota 71 supra)*, p. 509. De Filippis, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, v. 5, 2.<sup>a</sup> ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1910, pp. 316-317, defende esta teoria. Segundo o autor, a dação em pagamento tem como natureza jurídica uma novação sob forma de venda ou troca, conforme o seu caso (*rem pro pecunia* e *rem pro re*, respectivamente. Cf. cap. III.2.1). Assim, a nova obrigação constituída pela novação seria uma compra e venda ou uma troca.

78. Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 436 e Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit. (nota 61 supra)*, p. 174-175 e *Datio in solutum in NDI cit. (nota 26 supra)*, p. 550 lembram ainda a solução que defende que a nova obrigação tem como fundamento a renúncia do credor ao seu crédito. Essa é a posição de Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. I. Allgemeiner Teil*, 14.<sup>a</sup> ed., 1987, p. 248, que será explicitada na crítica do autor à posição da doutrina alemã quanto ao § 365 do BGB (cf. cap. III.2.3). Bianca critica tal teoria, pois considera que ela não demonstra a função solutória da *datio in solutum*, na verdade a sua principal função. Afinal, segundo o autor, o credor não renuncia ao seu crédito, pelo contrário, tem a sua realização, mesmo que por uma prestação diversa.

79. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 207.

construir uma nova obrigação, mas apenas a de extinguir a obrigação, através de uma prestação diversa da original.<sup>80</sup> Teríamos, então, a mesma obrigação com somente uma prestação diferente.<sup>81</sup> Além disso, finaliza o autor, tal equiparação seria inadmissível no direito civil brasileiro, pois o art. 998 do Código Civil, ao determinar o renascimento da prestação primitiva, afasta a novação, que extinguiria a prestação primitiva.<sup>82</sup>

Também Cunha Gonçalves<sup>83</sup> critica a solução francesa, considerando-a inaceitável. Primeiramente, afirma que não existir, nem na doutrina, nem em qualquer legislação, a novação por mudança de objeto, mas apenas por alteração de credor ou devedor, ou ainda pela mudança da própria dívida.<sup>84</sup> O autor não-considera a dação em pagamento uma nova dívida, mas apenas um pagamento como outro qualquer, com outra forma.<sup>85</sup>

80. Schöninger, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1906, p. 276, difere a dação em pagamento da novação, pois a última não é *solvendi causa*, ou seja, as partes não tem a intenção de, somente, extinguir uma obrigação.

81. Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 4, apresenta crítica semelhante a esta, uma vez que considera um equívoco a posição dos juristas franceses que defendem a natureza jurídica da *datio in solutum* como uma novação, considerando mais absurdo ainda a afirmação da dação em pagamento implicar novação. Pontes de Miranda justifica tal crítica pois, segundo o próprio autor, não há na *datio in solutum* a substituição da dívida, mas apenas a substituição da prestação. Cf., no mesmo sentido, Galgano, *Diritto civile e commerciale*, v. 2, tomo 1, Padova, CEDAM, 1990, p. 89, Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, Padova, CEDAM, 1938, p. 413 e Lacerda de Almeida, *op. cit. (nota 60 supra)*, p. 247. Segundo este último autor, na dação em pagamento há a permanência da obrigação, que desaparece na novação, substituindo-se apenas o objeto do pagamento, havendo uma “subrogação de coisas”. Do mesmo modo, afirma Messineo, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 581-582, acrescentando que a *datio in solutum* pertence à fase de adimplemento, enquanto que a novação objetiva refere-se à fase constitutiva, já que na primeira, “il soggetto dà” e na segunda, “una delle parti promette”.

82. Essa crítica, entretanto, nos parece muito frágil, já que a solução adotada pelo art. 998 não é aceita nos ordenamentos estrangeiros, especialmente no Código francês, país em que a tese da novação possui sua maior força.

83. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 826-827.

84. A afirmação de Cunha Gonçalves, de não existir a novação por mudança de objeto, não pode ser considerada correta. Dentre outros autores, Orlando Gomes, *Obrigações*, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 139, é claro ao explicar a novação objetiva, explicitando que uma de suas causas é a alteração do objeto principal da obrigação. O autor ainda cita um exemplo dessa novação, a substituição da entrega de uma determinada coisa pela prestação de um serviço. Desse modo, esse argumento apresentado por Cunha Gonçalves não pode ser considerado um obstáculo a teoria que a dação em pagamento implica em uma novação.

85. Por sua vez, Venzi, Notas a Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, v. 4, 5ª ed., Torino, UTET, 1927, p. 616, n. g, também condena tal solução, afirmando poder apenas ser aplicada para os casos de *datio in solutum* imprópria, ou seja, nos casos em que o devedor dá em pagamento um novo crédito, substituindo a antiga obrigação por outra. Já na *datio in solutum* própria, quando o devedor entrega uma coisa corpórea, segundo o mesmo autor, não há uma substituição de uma obrigação por outra, mas sim a satisfação do credor mediante a entrega da coisa.

Outro crítico de tal tese é Rodotà.<sup>86</sup> O autor explica que apesar de parte da doutrina aceitar integralmente a teoria de ser a *datio in solutum* um equivalente da prestação original, sendo assim difícil distinguir a dação em pagamento da novação, isso ocorre porque tais autores consideram que as figuras difeririam apenas quanto à qualidade do bem recebido pelo credor. Na verdade, tais figuras distinguir-se-iam no modo de execução da prestação original. Desta maneira, segundo o autor, enquanto a *datio in solutum* extingue a obrigação primitiva sem a instituição de uma nova, a novação tem como característica justamente a constituição de uma nova obrigação.<sup>87</sup> Em outras palavras, a dação em pagamento provoca uma modificação permanente e imediata no campo patrimonial, tanto do credor quanto do devedor, devendo ser ressaltado o conteúdo de direito real presente na *datio in solutum*.<sup>88</sup>

Além disso, Allara<sup>89</sup> afirma que o surgimento de uma nova obrigação e o seu imediato adimplemento é uma construção artificial<sup>90</sup> e contrária ao intuito das partes. Afinal, a substituição da prestação implicaria a extinção da relação obrigacional, que é vista como independente da execução da nova prestação, configurando a *datio in solutum* como “prestazione dietro rinuncia”<sup>91</sup> del credito originario<sup>92</sup> “

---

86. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 736.

87. Rotondi, *Istituzioni di Diritto Privato*, Padova, CEDAM, 1937, p. 405, também distingue a *datio in solutum* da novação. Segundo o autor, a novação objetiva consiste em uma declaração expressa e bilateral das partes em substituir a primeira por uma nova obrigação. Já a dação em pagamento “presuppone invece l'estinzione attuale della obbligazione con prestazione diversa da quella originaria, ma consentita dal creditore”. No mesmo sentido, Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 5ª ed., Padova, CEDAM, 1950, p. 471, e Perlingieri, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, v. 4, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 26.

88. Também compartilha dessa posição Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 436, que considera a *datio in solutum* essencialmente diversa da novação objetiva. Do mesmo modo, Nicolò, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, Giuffrè, 1936, p. 249, ressalta o caráter de direito real da *datio in solutum*. Segundo esse mesmo autor, a dação em pagamento acarreta um aumento definitivo no patrimônio do credor, seja ele devido a uma transferência de direito ou da realização de uma atividade, enquanto que a novação cria um novo direito.

89. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 48-49.

90. Também De Page, *op. cit. (nota 71 supra)*, p. 513, considera a tese da novação artificiosa, uma construção jurídica abusiva.

91. Cf. nota 94 supra.

92. Allara (*op. cit. (nota 1 supra)*), p. 48. Desse modo, segundo o mesmo autor, não se verifica os efeitos reais da dação em pagamento que, na verdade, diferencia-se da novação, pois remete à relação entre a nova prestação e a renúncia ao crédito originário e não à relação entre a última e a obrigação de efetuar a prestação. Por conseguinte, na hipótese de não execução da nova prestação ou desta tornar-se impossível, na *datio in solutum*, o credor tem o direito de retornar à prestação original, afastando a renúncia. Já na novação, esse direito não é admitido, uma vez que a nova obrigação extingue completamente a primitiva.

### 2.3. Modalidade de pagamento: *Theorie des Änderungsvertrages* e *Theorie des Erfüllungsvertrages*

A doutrina dominante no Direito alemão considera a *datio in solutum* como um modalidade do pagamento.<sup>93</sup> Assim, a *datio in solutum* basear-se-ia no ato de cumprimento da obrigação, que teria o seu objeto modificado pelas partes. Por conseguinte, a dação agiria do mesmo modo do pagamento, extinguindo a obrigação originária.<sup>94</sup>

Cunha Gonçalves<sup>95</sup> considera essa tese como sendo a mais correta, citando ser esta a posição de Planiol, em suas primeiras edições, como já explicamos. Conforme o autor, o próprio nome *datio in solutum* revela ser, tal figura, uma modalidade de pagamento. A *datio in solutum* seria apenas uma convenção acessória, que modifica o modo de execução da obrigação, permitindo ao devedor, após aceitação do credor, entregar coisa diversa da avençada originalmente, dando o credor a quitação. Desse modo, não temos uma nova obrigação, mas apenas o pagamento e a extinção da obrigação original, ou seja, não há como se falar em novação.

Além disso, o autor entende que, como se trata de um pagamento, a sua anulação ou os casos de credor evicto implicariam o renascimento da prestação primitiva.<sup>96</sup> Lembra ainda ser esta é a posição do Direito brasileiro, que, mediante o art. 998 do Código Civil, determina o restabelecimento da obrigação primitiva, não tendo efeito a quitação, excetuando quando houver convenção em contrária.<sup>97</sup>

93. Cf. Antunes Varela, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 207.

94. O próprio autor, Antunes Varela, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 207, entretanto, critica tal tese, baseando-se no art. 998 do Código Civil, afirmando ser contraditório o renascimento da prestação original previsto pelo artigo supracitado e a modificação do objeto efetuada pela *datio in solutum*, uma vez que se as partes acordaram para modificar a prestação, não se cogitava o restabelecimento da mesmo. Vale lembrar que essa crítica só é válida para o Direito brasileiro, já que na Alemanha, *v. g.*, onde a tese da modalidade de pagamento é dominante, o § 365 do BGB não prevê o renascimento da prestação antiga, mas sim a prestação da garantia de evicção como se fosse um compra e venda.

95. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 829-830.

96. Vale lembrar que Cunha Gonçalves, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 829, considera a evicção nos casos de *datio in solutum*, de certo modo, uma anulação da dação em pagamento. Deve-se esclarecer que, de forma alguma, podemos confundir evicção com anulação da dação em pagamento, como salienta Espínola, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 76. As duas situações podem, em determinados ordenamentos, *v.g.*, no Código Civil brasileiro, terem os mesmos efeitos, o que não significa que são a mesma coisa.

97. Cunha Gonçalves, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 829, cita o art. 1.107 do Código Civil brasileiro e o art. 303 do Anteprojeto do Código de Obrigações. Infelizmente, não podemos perceber com clareza qual a intenção do autor quando cita o art. 303 do Anteprojeto do Código de Obrigações, que claramente se opõe ao art. 998 do Código Civil, uma vez que *não* restabelece a prestação primitiva nos casos de evicção, ressaltando convenção em contrário.

De Page<sup>98</sup> também defende tal teoria, afirmando que há na dação em pagamento um efeito mais radical do que o da novação. Trata-se, propriamente, de uma modalidade de pagamento, que altera a obrigação sem afetar os direitos do credor e do devedor.

Ainda, nos casos em que o devedor efetiva a *datio in solutum* por erro, ou por não ser ele realmente devedor, essa posição de modalidade de pagamento como natureza jurídica proporcionária, ressalta ainda Cunha Gonçalves,<sup>99</sup> o renascimento da prestação primitiva. Se, entretanto, fosse adotada a posição da compra e venda, o devedor (ou vendedor) não poderia reclamar a coisa dada em pagamento, mas apenas o seu valor em dinheiro.

Como dissemos, essa tese é a dominante no Direito alemão adotada por, dentre outros, Leonhard,<sup>100</sup> Esser,<sup>101</sup> Esser-Schmidt,<sup>102</sup> Blomeyer,<sup>103</sup> Endemann<sup>104</sup> e Gernhuber.<sup>105</sup> Desse modo, a doutrina germânica considera a *datio in solutum* um contrato modificativo, por meio do qual se altera o objeto da obrigação, sendo que a extinção desta relação obrigacional se dará com o adimplemento do débito conforme foi modificado. Zaccaria<sup>106</sup> afirma que a doutrina francesa mais moderna também preferiu essa solução. É a chamada *Theorie des Änderungsvertrages*, ou seja, dos contratos modificativos.

---

98. *Op. cit.* (nota 71 *supra*), p. 513.

99. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 829

100. *Op. cit.* (nota 29 *supra*), pp. 596-597.

101. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 306, também defende a *datio in solutum* como modalidade de pagamento, seguindo a doutrina alemã dominante “Es handelt sich somit um einen Schuldänderungsvertrag, zu welchem freilich hinsichtlich der Mängelhaftung infolge der Bestimmung des § 365 gewisse novierende Elemente hinzutreten”.

102. *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1984, pp. 261-262: “Die Vereinbarung der Hingabe und Annahme einer Leistung an Erfüllungs Statt setzt als inhaltsändernder Vertrag Geschäftsfähigkeit und die sonstigen rechts geschäftlichen Wirksamkeitselemente voraus; die dahingehenden Erklärungen sind bei Willensmängeln anfechtbar”

103. *Allgemeines Schuldrecht*, 4ª ed., Berlin, Franz Vahlen, 1969, pp. 231-233.

104. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Einleitung – Allgemeiner Teil – Recht der Schuldverhältnisse*, 9ª ed., Berlin, Carl Heymanns, 1903, p. 806.

105. *Die Erfüllung und ihre Surrogate in Handbuch des Schuldrechtes III*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1983, pp. 180-183.

106. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 6-7, n. 3. O autor lembra, ainda, que os autores franceses mais recentes, ao adotarem esta tese que define a *datio in solutum* como uma forma de pagamento, aproximaram-se da doutrina francesa mais antiga, que também defendia esta solução.

Tal teoria foi questionada por Harder,<sup>107</sup> que define a dação em pagamento como um negócio solutório, que não-gera direitos ou deveres. Sua conclusão depende da relação original, que apenas extingui-se-á com a satisfação do interesse do credor. Esta é a *Theorie des Erfüllungsvertrages*. Larenz<sup>108</sup> concorda com essa teoria,<sup>109</sup> criticando a *Theorie des Änderungsvertrages*,<sup>110</sup> afirmando que esta não foi a adotada pelo BGB.

Conforme vimos anteriormente<sup>111</sup> Bianca<sup>112</sup> critica essa posição de Larenz. Além disso, critica também a tese de que a *datio in solutum* é uma modalidade de pagamento, ou seja, um contrato que modifica o conteúdo da obrigação original, convertendo tal obrigação em uma outra prestação diversa. Segundo este mesmo autor, a *datio in solutum* não modifica o conteúdo da obrigação original. Ou seja, a nova prestação seria, na verdade, fruto da faculdade conferida às partes, não incidindo sobre as posições do débito e crédito originais. Desse modo, a prestação devida permanece sendo a originária.

#### 2.4. Outras teses

Como pudemos perceber, a natureza jurídica da dação em pagamento é bastante controversa. As tradicionais soluções adotadas pela doutrina, de que a *datio in solutum* remeteria a uma novação, à compra e venda ou a uma modalidade de pagamento, conforme já explicamos, apresentam grandes falhas. Entendemos que, diante de tantos argumentos controversos, qualquer defesa de alguma das teses citadas torna-se frágil e equivocada.

---

107. *Op. cit. (nota 11 supra), passim.*

108. *Op. cit. (nota 78 supra), pp. 248-249.*

109. *Op. cit. (nota 78 supra), p. 248.* Segundo o autor, a teoria de Harder, *op. cit. (nota 11 supra), passim*, é a mais justa: “Dem wird am ehesten die von Harder aufgestellte Theorie des Erfüllungsvertrages gerecht. Der Schuldner leistet, um dadurch – mit Zustimmung des Gläubigers – auf eine andere als die vorgesehene Weise seiner Verpflichtung nachzukommen, um sich so von seiner Schuld zu befreien”

110. Segundo Larenz, *op. cit. (nota 78 supra), p. 248*, essa teoria não encontra compatibilidade com o § 365 do BGB, que trata dos casos de vícios da coisa e da evicção na *datio in solutum*. Como sabemos, o § 365 do BGB determina que o devedor, na *datio in solutum*, deve responder pelos vícios e pela evicção da coisa dada como se fosse um vendedor, não podendo haver o restabelecimento da obrigação primitiva. Desse modo, segundo o autor, o BGB entende que houve uma renúncia por parte do credor da dívida primitiva que é substituída pela nova prestação. Por conseguinte, como a nova prestação extingue a primitiva, uma vez que o credor renuncia a ela, o § 365 do BGB equipara o credor evicto ao comprador.

111. Cf. nota 78 supra.

112. *Op. cit. (nota 1 supra), pp. 436-438.*



Por conseguinte, alguns autores têm adotado outras soluções quanto a natureza jurídica da *datio in solutum*. Antunes Varela,<sup>113</sup> v. g., desenvolveu tese própria sobre o tema. O autor, como explicitamos anteriormente, não-aceita as teses consagradas pela doutrina, relativas à doutrina jurídica da dação em pagamento, uma vez que tais teses não são compatíveis com o ordenamento brasileiro, particularmente o art. 998 do Código Civil. Desse modo, o autor desenvolve sua solução, adequando a natureza jurídica da *datio in solutum* ao nosso direito vigente.

Assim, o autor busca um conceito em que está presente o aspecto duplo da dação em pagamento no momento único no qual se realiza o ato. Afinal, a *datio in solutum* é uma ato de solução da obrigação pelo intermédio da substituição da prestação, realizada mediante acordo entre as partes. Desse modo, tal acordo, efetuado no momento da *datio*, fundamenta tanto a nova prestação efetuada quanto a extinção da obrigação anterior, ambas calcadas na vontade do credor.

Caracteriza-se tal tese de Antunes Varela pelo meio e pelo fim do ato. Para o autor, só teremos a conceituação precisa deste instituto ao considerarmos o meio, que é a realização de uma prestação diversa da original, mediante acordo entre as partes e efetuada no momento da dação, e o fim, que é a extinção da obrigação, determinada pela vontade do credor.<sup>114</sup>

Outros autores<sup>115</sup> preferiram salientar as características basilares do instituto, não se prendendo a uma categoria preestabelecida.

Desta maneira, temos que o principal efeito da *datio in solutum* é a extinção de uma relação obrigacional preexistente. Então, a primeira conclusão que

---

113. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 208-209.

114. Não nos parece necessária, contudo, tal elaboração feita pelo autor. Afinal, a discussão em torno da natureza jurídica da *datio in solutum*, como já explicamos, data desde as divergências entre os sabinianos e os proculianos, não encontrando consenso na doutrina até hoje, que ainda se divide entre as teorias expostas anteriormente (cf. cap. III.2.1.; III.2.2.; e III.2.3.). Desse modo, uma nova teoria não nos parece uma solução para as divergências doutrinárias sobre o assunto, mas apenas uma opção a mais para tal discussão. Além disso, essa construção doutrinária de Antunes Varela baseia-se no fato de, segundo o próprio autor, não haver adequação do art. 998 do Código Civil com as demais teorias sobre a natureza jurídica. Assim, como o art. 998, não é aceito pelos ordenamentos estrangeiros, que defendem a garantia de evicção análoga à compra e venda, parece-nos, devido a esse pressuposto, uma construção frágil, pois fundamenta-se em uma opção do legislador brasileiro não acolhida pelas codificações estrangeiras.

115. Cf. Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 737-738; Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 438-439 e Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit. (nota 61 supra)*, p. 174-175 e *Datio in solutum in NDI cit. (nota 26 supra)*, p. 550.

podemos inferir é tratar-se de um contrato extintivo, ou solutório.<sup>116</sup> Além disso, cuida-se de um contrato oneroso, uma vez que temos a alteração patrimonial de ambas as partes, o devedor dando a coisa em soluto e o credor liberando o devedor da obrigação original.<sup>117</sup>

Temos, ainda, que a *datio in solutum* é um contrato de formação real,<sup>118</sup> uma vez que apenas se aperfeiçoará com a *traditio* da coisa dada em pagamento.<sup>119</sup> Ou seja, a obrigação apenas extinguir-se-á, liberando o devedor, quando efetivamente for cumprida a nova prestação.<sup>120</sup> Tal consequência demonstra o caráter real da dação em

116. Assim, Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 737-738, lembra que para a realização da *datio in solutum*, é necessário o consentimento do credor, uma vez que a dação em pagamento pressupõe a vontade das partes envolvidas, credor e devedor, com intuito de extinguir uma obrigação já existente. Trata-se, desse modo, de um contrato extintivo, já que esse é o principal efeito. O autor ainda lembra que para sua realização, é necessária a existência de uma obrigação válida. O autor é acompanhado por Bianca, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 438-439, que cita a qualificação da *datio in solutum* como contrato solutório. Dentre os contratos solutórios, a dação em pagamento caracteriza-se por gerar uma extinção satisfatória do crédito através da efetuação de uma nova prestação, diversa daquela devida. O autor acrescenta que a *datio in solutum* satisfaz um interesse do credor que substitui aquele interesse primitivo. Por sua vez, Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit. (nota 61 supra)*, p. 174-175 e *Datio in solutum in NDI cit. (nota 26 supra)*, p. 550, também salienta que a *datio in solutum* é um contrato liberatório, já que visa ao *solvere*, à extinção de uma obrigação. Afirma ainda que a *datio in solutum* é derivada da *solutio*, podendo-se assim aplicar as normas destinadas ao pagamento em geral.

117. Cf. Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 737-738. Messineo, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 273, corrobora esta tese, definindo nossa figura como um negócio solutório bilateral a título oneroso.

118. Cf. Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 737-738, Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit. (nota 61 supra)*, p. 174-175 e *Datio in solutum in NDI cit. (nota 26 supra)*, p. 550, Messineo, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 273, Colin et Capitant, *op. cit. (nota 60 supra)*, p. 649, Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 5.ª ed., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 552-553, e Nicolò, *op. cit. (nota 88 supra)*, p. 249.

119. Rodotà, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 737-738, e Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit. (nota 61 supra)*, p. 174-175 e *Datio in solutum in NDI cit. (nota 26 supra)*, p. 550, acrescentam que a *datio in solutum* é um contrato real, mesmo quando o objeto não é um *dare*, mas sim uma prestação de fazer ou não fazer ou seja, é um *facere* ou um *non facere*, ou ainda mesmo uma transferência de crédito. Assim, a *datio in solutum* só se aperfeiçoará com a tradição da coisa ou, nestes outros casos, com a execução da prestação nova, uma vez que o simples consenso das partes não basta. No mesmo sentido, Nicolò, *op. cit. (nota 88 supra)*, p. 250, afirma que a dação em pagamento “non può considerarsi perfetta se non quando il trasferimento si sia effettivamente attuato” Também Crome, *op. cit. (nota 21 supra)*, pp. 262-263, defende que a *datio in solutum* é um *Realgeschäft*, devendo ser necessariamente efetiva. Desta maneira, segundo o autor, podemos cogitar uma *promissio in solutum*.

120. Galgano, *Diritto privato*, 6.ª ed., Padova, CEDAM, 1990, p. 193, é bastante claro ao afirmar que o devedor somente liberar-se-á no momento em que a prestação diversa da original for executada e não quando o credor consente em receber tal prestação diversa.

pagamento.<sup>121</sup> Dessa forma, lembra Messineo,<sup>122</sup> sem que haja a transferência do direito de propriedade ou de outro direito, a dação em pagamento não se aperfeiçoa. Essa é a posição dominante na doutrina, apesar de existirem aqueles que a consideram um contrato consensual.<sup>123</sup>

Após tais considerações, podemos concluir que a posição adotada por esses autores que preferiram destacar as características fundamentais de nossa figura jurídica nos parece a mais acertada. Afinal, trata-se de uma postura mais coerente e imune a críticas, tão frequentes e volumosas, como explicamos nesse capítulo.

#### IV Efeitos quanto ao Credor Evicto

Passemos agora ao exame do tema principal desse trabalho, ou seja, os efeitos da dação em pagamento nos casos do credor evicto.

Essa hipótese é prevista pelo art. 998 do Código Civil, que determina para esses casos o restabelecimento da obrigação primitiva, tornando a quitação dada sem efeito. Além disso, o direito brasileiro, em face do restabelecimento da prestação original, determina o renascimento das garantias e acessórios do crédito, inclusive as garantias prestadas por terceiro, excetuando-se a fiança.

A solução adotada pelo art. 998 afasta-se das consagradas pelos ordenamentos estrangeiros. Na verdade, afasta-se também do próprio art. 996 do Código Civil, que equipara a *datio in solutum* à compra e venda, ao não aplicar a garantia por evicção,<sup>124</sup> tornando-se assim uma exceção ao art. 996 supracitado.

---

121. Colin et Capitant, *op. cit.* (nota 60 *supra*), p. 649, e Huet, *op. cit.* (nota 71 *supra*), p. 66, lembram que a *datio in solutum* geralmente visa a transferir um direito de propriedade. Huet acrescenta que, desse modo, nossa figura aproxima-se da compra e venda, que também visa ao efeito translativo da propriedade, tendo assim, *v. g.*, as mesmas conseqüências quanto ao *periculum rei venditae*. Vale lembrar que tais considerações da doutrina francesa devem ser examinadas cuidadosamente, uma vez que aproximam a compra e venda da *datio in solutum* em virtude da peculiaridade do ordenamento francês que classifica esta primeira figura como modo de aquisição de propriedade. Ou seja, na França, o contrato de compra e venda gera a transferência do direito de propriedade, ao contrário, *v. g.*, do direito brasileiro, em que tal contrato gera apenas obrigações.

122. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 273.

123. Grassetti, *Datio in solutum* in *NNDI cit.* (nota 61 *supra*), pp. 174-175 e *Datio in solutum* in *NDI cit.* (nota 26 *supra*), p. 550; afirma que parte da doutrina defende tal idéia, ou seja, de que se trataria de um contrato consensual, posição esta condenada pelo autor. Segundo o autor, tal posição não reconhece a eficácia extintiva e liberatória da *datio in solutum*, além de impossibilitar a distinção entre o instituto e a compra e venda (ou permuta). Afinal, considerar-se-ia uma compra e venda, a compensação do preço com a prestação primitiva (nos casos de *rem pro pecunia*), e uma permuta, a troca da coisa dada em soluto no lugar da coisa devida (nos casos de *rem pro re*), já que não seria necessária a transferência da coisa para a *datio in solutum* aperfeiçoar-se.

124. Cf. Antunes Varela, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 205. Também Espínola, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 77, n. 139; ressalta que os arts. 996 e 998 do Código Civil brasileiro são contraditórios.

O art. 998 do Código Civil brasileiro consagrou a posição de Marciano e Paulo, ou seja, determina a retomada da obrigação primitiva, como veremos em seguida, enquanto que os ordenamentos estrangeiros abarcaram a tese de Ulpiano, construindo a responsabilidade pela evicção e pelos vícios<sup>125</sup> nos mesmos moldes da compra e venda.<sup>126</sup>

Esse breve panorama revela o quão controverso apresenta-se o tema desse estudo. As duas posições a respeito desse assunto, presentes nas fontes romanas, dividem a doutrina e separam a legislação brasileira das demais.

### 1. *Direito Romano: Controvérsia entre Marciano e Ulpiano*

A controvérsia doutrinária e dos códigos sobre os casos de credor evicto na dação em pagamento, como dissemos, remete às soluções totalmente opostas adotadas por Marciano e Ulpiano. Tratemos, primeiramente, do texto de Marciano:

Marci. 3 *regularum*, D. 46, 3, 46 pr.-1: “*Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor; nisi pro solido eius fieret. 1. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. Tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipientis*”

Marci. 3 *regularum*, D. 46, 3, 46 pr.-1: “Se alguém tiver pago alguma coisa no lugar de outra àquele que concedeu e a coisa tiver sido evicta, permanece a antiga obrigação. Ainda que tenha sido evicta em parte, todavia a obrigação permanece *pro solido*, pois estando íntegra a coisa, o credor não a teria aceito, a não ser que ela se fizesse dele inteiramente. 1. Mas também, se tiver dado dois terrenos, por exemplo, como pagamento, estando evicto um deles, permanece íntegra a obrigação. Então, portanto, a coisa paga no lugar da coisa libera o devedor, quando integralmente torna propriedade daquele que a recebe”

---

125. Vale lembrar que também o Esboço de Teixeira de Freitas e o Anteprojeto do Código das Obrigações também preferiram a posição de Ulpiano.

126. Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 11, também trata das diferenças entre os sistemas jurídicos. Segundo o autor, o direito francês e o italiano revelam resquícios da controvérsia sobre o tratamento dos vícios redibitórios e da evicção da *datio in solutum*. Além disso, Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 13-14; lembra que o art. 998 só é aplicado para os casos de evicção, restringindo a interpretação de Marciano, uma vez que não abrange os casos de vícios redibitórios. Por conseguinte, o art. 998 consagra a tese de Marciano relativa à evicção, mas não a posição dos proculianos sobre a *exceptio doli mali* (cf. cap. III.1).

Assim, o texto apresenta em seu início a *datio in solutum* nos casos de credor evicto, já que temos o pagamento de uma coisa por outra que se queira e tal coisa torna-se evicta em parte (evicção parcial). Por conseguinte, temos o cerne do texto de Marciano, que considera a obrigação original conservada por inteiro (*manet pristina obligatio*), mesmo nos casos de evicção parcial.

Além disso, o § 1 traz um exemplo de um débito de dois terrenos e apenas um deles torna-se evicto. Mesmo em tais casos, a obrigação inicial permanece inteira. Desse modo, podemos perceber que Marciano defende o restabelecimento da obrigação primitiva para os casos de credor evicto na *datio in solutum*.

A doutrina tradicional<sup>127</sup> aponta que este é o mesmo entendimento do seguinte texto de Paulo:

Paul. 15 *quaestionum*, D. 46, 3, 98 pr.: “*Qui res suas obligavit, postea aliquam possessionem ex his pro filia sua dotem promittendo obligavit et solvit. Si ea res a creditore evicta est, dicendum est maritum ex dotis promissione agere posse, ac si statuliberum remve sub condicione legatam dotis nomine pro filia pater solvisset: harum enim rerum solutio non potest nisi ex eventu liberare, scilicet quo casu certum erit remanere eas.*”

Paul. 15 *quaestionum*, D. 46, 3, 98 pr.: “*Quem grava seus bens, sucessivamente, prometendo o dote pela sua filha, vincula e paga com uma propriedade que deve ser cumprida. Se a coisa se torna evicta para o credor, diz-se que o marido pode agir com base na promessa de dote, como se, a título de dote pela filha, o pai tivesse pago uma coisa legada sob condição: o pagamento desta coisa, não pode se liberar, a não ser em função do seu êxito, que é neste caso a certeza que permanecerão.*”

Desse modo, segundo estes autores, em Paul. 15 *quaestionum*, D. 46, 3, 98 pr. teríamos o restabelecimento da prestação primitiva, uma vez que a ação do credor seria com base na promessa do dote, a dívida original. Entretanto, este não parece ser o entendimento ideal. Assim como Nardi<sup>128</sup> e Melillo,<sup>129</sup> entendemos que tal texto não trata de *datio in solutum*, mas sim de, simplesmente, uma *solutio*. Não existe o acordo que substitui o objeto da obrigação, característico da dação em pagamento.

127. Cf., dentre outros, Astuti, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 729, Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 160, e Zaccaria, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 19, n. 12, que afirmam serem os textos Marci. 3 *regularum*, D. 46, 3, 46 pr.-1 e Paul. 15 *quaestionum*, D. 46, 3, 98 pr., coincidentes, reservando ao credor evicto contra o devedor uma ação que renasça o crédito originário.

128. *Op. cit. (nota 13 supra)*, p. 63.

129. *In solutum dare – contenuto e dottrine negoziali nell’adempimento inesatto*, Napoli, Jovene, 1970, pp. 120-122.

Passemos, então, ao texto de Ulpiano:

Ulp. 30 *ad edictum*, D. 13, 7, 24 pr.:  
 “Elegantem apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret idque evictum esset, an habeat contrariam pignoratitiam. Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Immo utilis ex empto accommodata est, quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit, et compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia vel ex alia causa cum eo agetur”

Ulp. 30 *ad edictum*, D. 13, 7, 24 pr.:  
 “Elegantemente questiona-me se um credor, que houvesse obtido de *Caesar* poder ter o penhor e este fosse evicto, havia a pignoratícia contrária. Assim, a obrigação apresentar-se-ia finita e seria recendido o contrato. Ao invés disso, é dada uma *utilis ex empto*, como se a coisa lhe fosse dada em pagamento, de modo que seja satisfeito pelo montante do débito ou por quanto do seu interesse, e o credor pode ter a compensação se, por ventura, contra ele tenha-se usado a pignoratícia ou por outra causa”

A questão proposta a Ulpiano, presente em tal texto, trata do caso de um credor de *Caesar* que se torna evicto por intermédio de um penhor. Assim, reserva-se a esse credor uma *actio empti utilis* (ou *actio utilis ex empto*), ou seja, a mesma ação do comprador evicto. A obrigação primitiva é extinta incondicionalmente. Desta maneira, Ulpiano constrói a *datio in solutum* como uma compra e venda, a que correspondem as mesmas garantias por evicção.

Esta equiparação da dação em pagamento a uma compra e venda também é encontrada no texto de Caracalla:

*Ant.*, C. 8, 44, 4 (de 212 d.C.): “*Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum, causa pignoris mutata non est. Igitur si hoc iure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. Nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*”

*Ant.*, C. 8, 44, 4 (de 212 d.C.): “Se o terreno dado em pagamento a ti tinha sido gravado em favor de outros credores, a condição do penhor não é alterada. Portanto, se torna-se evicto devido a isto, lhe é reservada uma *actio utilis* contra o devedor. Na verdade esse contrato tem o lugar de uma compra e venda”

Estando presentes nas fontes textos de opiniões opostas, a doutrina passou a elaborar diversas soluções que procuram explicar tal divergência.

A primeira solução<sup>130</sup> para a exegese dos textos pode ser encontrada na

---

130. Cf. Astuti, *op. cit.* (nota 29 *supra*), p. 729, Solazzi, *op. cit.* (nota 21 *supra*), pp. 160-161, Allara, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 252, n. 1, Giorgi, *op. cit.* (nota 29 *supra*), p. 390, Zaccaria, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 19, n. 14, Steiner, *op. cit.* (nota 45 *supra*), pp. 50-51, e Ernst, *op. cit.* (nota 29 *supra*), pp. 3-4.

Glosa, sendo também adotada por Doneau.<sup>131</sup> É fundada na distinção entre a *datio in solutum* quando uma *res pro pecunia* e quando uma *res pro re*, ou seja, distinguia-se a dação de uma coisa dada no lugar de dinheiro da dação de uma coisa dada em lugar de outra coisa.

Assim, se o objeto devido primitivamente é uma quantia em dinheiro, a dação de uma coisa passa a ser uma espécie de venda. Desse modo, como a compra e venda, segundo o direito romano, não importa na transferência da propriedade da coisa, o débito deve se considerar extinto apesar da evicção, tendo o credor uma *actio empti utilis* para o seu ressarcimento. Se, pelo contrário, dá-se no lugar da coisa devida uma outra coisa, temos os elementos da permuta.<sup>132</sup> Por conseguinte, percebendo-se que a coisa não é de propriedade daquele que a deu, ocorrendo a evicção, demonstra-se que a permuta não é perfeita, permanecendo a primeira obrigação.<sup>133</sup>

A *segunda solução*<sup>134</sup> é apresentada por parte da doutrina pandectista,

---

131. *Opera Omnia – commentariorum de Jure civili IV*, Florantiae, Clius, 1842, p. 770, n. 12. O autor também equipara a *datio in solutum* à compra e venda: “*Datio in solutum est emptio quae fit brevi manu. Celeritate enim conjugendorum actuum, is actus qui solvendo, et soluto pretii vice reddendo expediendus quasi per occultum intermortuus videtur, arg. L. 3. Ultimo de don. int.vir.*”

132. Este é o mesmo entendimento de Otto-Schilling-Sintenis, *Corpus Juris Civilis in's Deutsche übersezt*, v. 4, Leipzig, Carl Focke, 1832, n. 87, que, citando Cuiacio, afirmam ser o texto Marci. 3 *regularum*, D. 46, 3, 46 pr.-1 reservado a permuta: “*weil jenes Geben einer anderen Sache gleichsam eine permutatio war, und diese ungültig ist, wenn eine fremde Sache gegeben ist*”

133. Segundo Astuti, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 729 e Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 161, trata-se de uma distinção gratuita e arbitrária, levando-nos a concluir que a *datio in solutum* poderia ter uma natureza e uma eficácia diversa quando proveniente de uma prestação de coisa ou de uma prestação em dinheiro. Segundo o autor essa prestação deve ser excluída. Além disso, Solazzi lembra que o conceito unitário do instituto foi distorcido sem razão alguma, não tendo qualquer vantagem. Além disso, o direito romano clássico regulava a evicção do mesmo modo nos casos de compra e venda e nas obrigações de transferência de propriedade. Assim, em ambos os casos o credor não poderia agir antes de sofrer a evicção, sendo a ação sempre aquela referente ao crédito. Conforme tais princípios, o credor que tenha a coisa recebido a coisa em pagamento evicta pode exercer a ação nascida do crédito não satisfeito. Solazzi faz ainda importante observação, acrescentando que essa solução é contrária ao texto de Paulo, em Paul. 15 *quaestionum*, D. 46, 3, 98 pr., onde o débito primitivo era quase sempre uma soma em dinheiro e onde não era permitido a *actio empti*, mas sim o credor tem a seu favor o renascimento do crédito antigo. Além disso, Zaccaria, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 20, n. 14, esclarece que a doutrina considera que tal interpretação dos textos ultrapassa o escrito nas fontes, que não são precisas quanto aos termos utilizados para designar a prestação original. Ou seja, não se pode definir, pelas fontes, se a prestação originária era de coisa ou de dinheiro.

134. Cf. Astuti, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 729, Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, pp. 162-163, Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 253, n. 2, e Steiner, *op. cit. (nota 45 supra)*, pp. 54-58.

principalmente na figura de Dernburg<sup>135</sup> e Ernst.<sup>136</sup> Tal solução tenta superar a dificuldade da conciliação entre os textos,<sup>137</sup> dispondo que os juristas clássicos divergiam sobre a caracterização não só acerca dos efeitos da *datio in solutum*, mas também sobre a sua natureza jurídica, considerando alguns como uma espécie de pagamento, enquanto outros, pelo contrário, como uma espécie de compra e venda ou permuta.

Por conseguinte,<sup>138</sup> Marciano e Paulo consideravam a *datio in solutum* como uma variedade de pagamento, enquanto que Ulpiano tratava-a como um negócio de venda ou permuta. Tais conceituações diversas tem como fundamento funções econômicas diferentes. Desta maneira, Ulpiano defendia que ambas as partes renunciavam a um bem (o credor a um débito e o devedor à coisa dada em pagamento), para adquirir um outro, ao qual atribuíam um valor maior. Já Marciano baseava-se na situação em que o credor, aceitando um acordo, não estava a fazer uma troca, mas, sim, a efetuar uma outra forma de pagamento, uma vez que as condições patrimoniais do devedor não-permitiam, ou pelo menos não-assegurariam mais, a prestação inicialmente devida.<sup>139</sup>

---

135. *Op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 238-240. Dernburg, na verdade, (a despeito da citação de Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 161, e de Astuti, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 729, influenciado pelo primeiro) considera que a solução de Marciano e de Ulpiano são inconciliáveis segundo os princípios. Segundo o mesmo autor, a solução de Marciano baseia-se no condicionamento da extinção da antiga obrigação ao fato do credor poder reter a coisa dada em pagamento. Já a solução de Ulpiano considera a antiga obrigação incondicionalmente extinta. O autor lembra, que o entendimento dominante tenta remover essa antinomia, conciliando os textos, apenas por estarem ambas presentes nas compilações justinianéias. Assim, o credor teria a escolha entre uma ou outra ação. Entretanto, o autor considera tal conciliação exterior pouco satisfatória. Desta maneira, Dernburg considera a melhor solução conceder ao credor apenas a garantia por evicção (cf. Cuq, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 520, que também considera a solução de Ulpiano melhor que a de Marciano: “une solution meilleure fut proposée par Ulpian”). Afinal, a dação em pagamento extinguiu definitivamente, e não condicionalmente, a obrigação primitiva. O autor afirma que a repristinação da relação obrigacional não pode ser fundada na vontade das partes, que a extinguiu sem qualquer reserva. Essa preferência de Dernburg pela garantia por evicção, talvez tenha influenciado a sua consagração pelo § 365 do BGB, como sugere Ernst, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 72: “Vielleicht sind diese Bestimmungen unter dem Einfluss der Dernburg’schen Ausführungen getroffen worden”

136. *Op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 70-71.

137. Deveremos lembrar que os pandectistas tinham sempre o intuito de conciliar as diversas fontes romanas, uma vez que, até o início do século XX, o *Corpus Iuris Civilis* era direito vigente na Alemanha. Assim, é preciso analisar cuidadosamente tais soluções.

138. Cf. Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 162-163.

139. Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 163, critica tal solução, pois considera muito discutível que se possa ou mesmo, seja útil, empreender uma pesquisa sobre o ânimo inicial das partes que compõem a *datio in solutum*. Segundo o autor, não podemos encontrar qualquer vestígio de uma pesquisa em tal sentido feita pelos juristas romanos, uma vez que os textos enunciam as discussões contrastantes, mas não as justificam, nem se referem a conceitos diversos sobre a *datio in solutum*.



Solazzi<sup>140</sup> critica essa interpretação, pois considera-a prejudicada pelo fato de que o mesmo jurista tinha soluções diferentes sobre a razão dessa *datio in solutum*. O mesmo autor aponta outro texto de Ulpiano:

Ulp. 26 *ad edictum*, D. 12, 6, 26, 4: “*Si centum debens, quasi ducenta deberem, fundum ducentorum solvi, competere repetitionem Marcellus libro vicensimo digestorum scribit et centum menere stipulationem: licet enim placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem, tamen si ex falsa debiti quantitate maioris pretii res soluta est, non fit confusio partis rei cum pecunia (nemo enim invitus compellitur ad communionem), sed et conditio integrae rei manet et obligatio incorrupta: ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur*”

Ulp. 26 *ad edictum*, D. 12, 6, 26, 4: “Se devendo cem, pensa que devesse duzentos e dá em pagamento um terreno de duzentos, *Marcellus* no livro vinte do Digesto escreve, que compete a repetição, subsistindo a dívida de cem. Assim, pode-se determinar que uma coisa dada em pagamento no lugar de dinheiro, produz a liberação, porém se por erro for dada coisa de preço maior, não há a compensação de parte da coisa com o dinheiro (pois não se obriga contra a sua vontade em comunhão com a do outro), mas permanece a repetição da coisa inteira e a obrigação intacta: o terreno será devolvido até que a dívida seja paga”

Assim, se Ulpiano, em Ulp. 30 *ad edictum*, D. 13, 7, 24 pr., iguala a *datio in solutum* à compra e venda, ao passo que, em Ulp. 26 *ad edictum*, D. 12, 6, 26, 4, enuncia uma decisão que não é compatível com tal equiparação à venda.<sup>141</sup> Tem-se o caso que um devedor de uma quantia de cem faz a *datio in solutum* com uma propriedade que valha duzentos, transformando-se por erro em um devedor de duzentos. Desse modo, se a *datio in solutum* fosse concebida análoga a venda, percebendo-se que o devedor teria vendido ao credor a propriedade por duzentos, haveria a compensação do preço com o débito, pois assim identificar-se-ia a dívida da quantia de cem e reconhecer-se-ia ao devedor o direito de se repetir os outros cem. De qualquer forma, entretanto, a propriedade deveria permanecer com o credor. Ulpiano, pelo contrário, decide que o antigo crédito de cem perdura e o devedor teria possibilidade de ser restituído na propriedade, não mantendo assim, em Ulp. 26 *ad edictum*, D. 12, 6, 26, 4, a equiparação à compra e venda feita em Ulp. 30 *ad edictum*, D. 13, 7, 24 pr.<sup>142</sup>

---

140. *Op. cit.* (nota 21 *supra*), p. 163.

141. Solazzi, *op. cit.* (nota 21 *supra*), p. 163.

142. Ainda segundo Solazzi, *op. cit.* (nota 21 *supra*), p. 163, Paulo também apresenta soluções controversas. Em Paul. 15 *quaestionum*, D. 46, 3, 98 pr., declararia que se a coisa dada em pagamento se torna evicta, permanece a antiga obrigação (“*dicendum est maritum ex dotis promissione agere*”). Entretanto, o mesmo jurista em Paul. 54 *ad edictum*, D. 41, 3, 4, 17, equipara a *datio in solutum* à permuta,

Karlowa<sup>143</sup> e Kretschmar<sup>144</sup> apontam uma *terceira solução*,<sup>145</sup> que busca conciliar a antinomia das decisões concernentes à evicção da coisa dada em pagamento, baseando-se na controvérsia entre os sabinianos e proculianos sobre a eficácia liberatória da *datio in solutum*. Segundo os proculianos, em caso de evicção, a obrigação originária deveria conservar-se completa, excluindo a oponibilidade da *exceptio doli* ao credor evicto. Já entre os sabinianos, como a obrigação estaria extinta *ipso iure* pela *datio in solutum*, era coerente atribuir ao credor uma *actio empti utilis* contra o devedor.<sup>146</sup>

Tal opinião foi bastante criticada. Primeiramente, Solazzi<sup>147</sup> defende que as divergências entre os sabinianos e proculianos não alterariam os efeitos da *datio in*

não restabelecendo a obrigação primitiva. Melillo, *op. cit. (nota 134 supra)*, p. 96, diferentemente da *communis opinio*, entende que Ulpiano, em Ulp. 26 *ad edictum*, D. 12, 6, 26, 4, não retoma a prestação primitiva devido a falta da transferência do domínio no negócio. Mas sim, a vontade foi viciada, sem efeito translativo. Já em Paul. 54 *ad edictum*, D. 41, 3, 4, 17, Melillo, *op. cit. (nota 129 supra)*, pp. 120-122, entende não se tratar de um texto de *datio in solutum*.

143. *Römische Rechtsgeschichte. II-1. Privatrecht*, Leipzig, Veit & Comp., 1901, p. 1382.

144. *Die Erfüllung I*, Leipzig, Veit & Comp., 1906.

145. Cf. Astuti, *op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 729-730, Solazzi, *op. cit. (nota 45 supra)*, pp. 161-162, Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 253, n. 4, e Steiner, *op. cit. (nota 21 supra)*, pp. 58-59.

146. Essa é a solução defendida por Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 20. Desse modo, observa o autor, como Marciano era um proculiano, defendia a retomada da prestação original da dívida, pois, repita-se, por ser proculiano, acreditava não produzir a *datio in solutum* uma extinção *ipso iure* a obrigação. Já Ulpiano, ainda segundo o mesmo autor, justamente por ser um sabiniano, conferia ao credor a garantia por evicção como se fosse um comprador evicto, uma vez que, para ele a dação em pagamento era um modo de extinção *ipso iure* da obrigação, não tendo sentido o renascimento da prestação original, já extinta. Tal opinião de Pontes de Miranda revela o quão complicada é a solução adotada pelo direito brasileiro. Ao se privilegiar a solução de Marciano quanto aos casos de credor evicto, fez-se necessário abrir uma exceção à regra geral da extinção *ipso iure* da dívida, efetuada pela dação em pagamento, uma vez que, obviamente, não se pode falar em extinção *ipso iure* com restabelecimento da prestação primitiva. Sohm-Mitteis-Wenger, *Institutionen – Geschichte uns System des römischen Privatrechts*, 17.<sup>a</sup> ed., München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1923, p. 480, também concordam com a solução de Karlowa, *op. cit. (nota 198 supra)*, p. 1382, e Kretschmar, *op. cit. (nota 199 supra)*, uma vez que nos casos de evicção na *datio in solutum*, afirma que os proculianos a consideravam nula, podendo o credor reviver o antigo crédito, até mesmo sobre a coisa penhorada e contra o fiador. O autor cita o texto de Marciano como fonte de tal solução. Já segundo os sabinianos, a *datio in solutum* não seria inválida, tendo o credor, entretanto, a mesma ação de garantia da compra e venda contra o devedor, citando, o autor, o texto de Ulpiano.

147. *Op. cit. (nota 21 supra)*, p. 162.

*solutum* nos casos de evicção.<sup>148</sup> Já Musumeci<sup>149</sup> vai além, criticando o posicionamento de Solazzi e demonstrando que Marciano não classificava a dação em pagamento como modo *ope exceptionis*, como os proculianos, mas sim como extinção *ipso iure*, do mesmo modo que os sabinianos.<sup>150</sup>

Ferrini<sup>151</sup> também apresenta uma tese própria sobre os textos de Marciano e Ulpiano, a nossa *quarta solução*.<sup>152</sup> O autor considera a *datio in solutum* como uma verdadeira forma de pagamento, regida pelo princípio de que se a obrigação consiste em um *dare* e o credor torna-se evicto, não tendo a propriedade da coisa recebida, “*manet pristina obligatio*”, ou seja, renasce a obrigação primitiva. Entretanto, o credor seria equiparado ao comprador, concedendo-se a ele uma *actio empti utilis*, nos casos em que a *datio in solutum* seja “*pro debito*”, considerado o domínio da coisa pignoratícia.<sup>153</sup>

A nossa *quinta solução* é a defendida pela doutrina pandectista tradicional, como informa Astuti.<sup>154</sup> Trata-se da coexistência entre as duas ações em concurso eletivo.

---

148. Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 162, nega, inclusive, a controvérsia, neste ponto, entre sabinianos e proculianos. Para os sabinianos, que atribuíam a *datio in solutum* a mesma eficácia dada à *solutio*, seria impossível a evicção ter na *datio in solutum* efeitos diversos daqueles produzidos na *solutio*. Assim, se na *solutio* a evicção invalida o pagamento e permite subsistir a obrigação que com o pagamento se pretende extinguir, na *datio in solutum* a evicção não poderia considerar a obrigação primitiva extinta. Além disso, tanto os sabinianos como os proculianos, tratando da *datio in solutum*, consideram o termo *dare* como transmissão da propriedade. Desse modo, as duas escolas devem estar coincidentes que não existe uma *datio in solutum* onde o devedor não é liberado, nem *ipso iure*, nem *ope exceptionem*, se o credor não adquire a propriedade da coisa recebida em pagamento.

149. *Op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 525-538.

150. Musumeci, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 528, afirma que as diversas *fattispecie* previstas em *Marci. 3 regularum*, D. 46, 3, 46 pr.-2, revelam um único princípio. Ou seja, se o credor obtém menos ou não obtém aquilo que tinha aceitado, a *datio in solutum* não produz qualquer efeito, uma vez que não satisfaz o credor. Além disso, o mesmo autor entende que a expressão *manet pristina obligatio* é sabiniana, já que o efeito normal da *datio in solutum* seria, para eles, o da extinção *ipso iure*. Ainda, Musumeci defende que o verbo *liberare*, presente no texto de Marciano, “*ergo res pro re soluta liberationem praesta*” era usado apenas para as extinções *ipso iure*.

151. *Manuale di Pandette*, Milano, Società Editrice Libreria; 1900, p. 626, n. 3.

152. Cf. Astuti, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 730, e Solazzi, *op. cit. (nota 34 supra)*, p. 163.

153. Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 163, entretanto, afirma que as fontes não apresentam nenhuma prova que confirme a solução de Ferrini, *op. cit. (nota 151 supra)*, p. 626, n. 3. Além disso, o mesmo autor afirma que o texto de Ulp. 30 ad *edictum*, D. 13, 7, 24 pr. não faz qualquer alusão ao penhor. Além disso, se o texto *Ant.*, C. 8, 44, 4 (de 212 d. C.) supõe que o credor tenha recebido em pagamento um terreno “*aliis creditoribus obligatum*”, não diz que o destinatário tivesse também um direito de penhor sobre o terreno e, ainda, que este seria considerado “*pro debito*”.

154. *Op. cit. (nota 29 supra)*, p. 730. Cf. também Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 252, n. 3, Giorgi, *op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 390-391, e Steiner, *op. cit. (nota 45 supra)*, pp. 59-60.

É a defendida por, dentre outros, Windscheid,<sup>155</sup> que considera, nos casos de evicção total ou parcial, o direito do credor de escolha entre o retorno ao seu antigo crédito e a exigência da garantia por evicção.

Ainda segundo Windscheid,<sup>156</sup> o primeira ação do credor, encontrada no texto de Marciano, baseia-se no adimplemento da tradição com efeito de transmissão de propriedade (e não da tradição como tal). Já a segunda ação, consagrada por Ulpiano, é atribuída ao vínculo do devedor em transmitir a propriedade da coisa ao credor, presente em sua declaração.<sup>157</sup>

A *sexta solução* é proposta por aqueles que defendem o cúmulo das duas ações até o ressarcimento total do prejuízo advindo da evicção.<sup>158</sup> Dentre tais autores, Glück<sup>159</sup> explica que ao considerar a obrigação primitiva como não-extinta pela *datio in solutum*, nos casos em que a transmissão da propriedade da coisa dada em pagamento permite que haja uma evicção (v. g., nos casos de hipoteca), o credor teria o direito de permanecer com o seu crédito, inclusive com as garantias de penhor.

Segundo o mesmo autor, tal solução concede ao credor a vantagem de poder agir contra o devedor, através da obrigação primitiva, sem que seja necessário sofrer evicção. Além disso, caso esta ocorra, o credor terá a sua disposição a *actio empti utilis*, ou seja, a garantia por evicção.

A *sétima solução* é apresentada por Giorgi,<sup>160</sup> que corrobora aquela proposta por Favre.<sup>161</sup> Baseia-se na distinção entre a ação pessoal, que quando extinta não mais revive, mesmo com a evicção, e a ação hipotecária, que não se extingue nos casos de credor evicto.

---

155. *Op. cit. (nota 29 supra)*, p. 317.

156. *Op. cit. (nota 29 supra)*, p. 317, n. 14.

157. Para Astuti, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 730, tal solução é contraditória, uma vez que a ação que promove o restabelecimento da prestação primitiva pressupõe a sobrevivência da obrigação, enquanto que a *actio empti utilis* pressupõe a extinção da mesma obrigação, não importando a evicção. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 252, n. 3, também critica o entendimento da pandectística tradicional, não considerando que está suficientemente claro nas fontes. Cf. também nota 133 supra e Demburg, *op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 239-240.

158. Cf. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 252, n. 4.

159. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten XVI*, Erlangen, Palm & Enfe., 1868 (trad. it. de Silvio Perozzi e Pietro Bonfante, *Commentario alle Pandette XXI*, Milano, Società Editrice Libreria, 1898, p. 149).

160. *Op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 391-392.

161. *Rationalia in tertiam partem Pandectarum III.1*, Lugduni, Petri Borde & Guilielmi Barbier, 1663, pp. 641-643. Segundo o autor, quando a *actio pignoratitia contraria* for incompatível, *manet pristina obligatio*, ou seja, renasce a prestação primitiva. Caso contrário, aplica-se o texto de Ulpiano.

Assim, segundo o mesmo autor, se a coisa dada em pagamento é reivindicada por um terceiro, que demonstra não ser o devedor o verdadeiro proprietário da coisa, aplica-se a solução de Marciano, ou seja, desconsidera-se a *datio in solutum*, repristinando a obrigação primitiva. Entretanto, se a evicção é baseada em uma ação hipotecária de um outro credor, deve privilegiar-se o texto de Ulpiano, extinguindo-se a antiga obrigação e reservando ao credor evicto a *actio empti utilis*.<sup>162</sup>

A oitava e última solução é defendida por Allara,<sup>163</sup> que tem uma tese própria para a exegese dos textos de Marciano e Ulpiano, apesar de reconhecer a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de uma solução ideal. Assim, o autor defende que a divergência entre os dois grupos de fragmentos decorre da proveniência de ordenamentos diversos das soluções adotadas por Marciano e Ulpiano.

Desta maneira, segundo o *ius civile*, a obrigação primitiva deve ser restabelecida quando não há a transferência de propriedade da coisa dada em soluto, não sendo suficiente a simples *traditio*. Tal solução, como sabemos, é a presente no texto de Marciano, devendo, assim, “*manet pristina obligatio*.” Entretanto, o *ius honorarium* reserva ao credor evicto a *actio empti utilis*, visando à melhor defesa do interesse do mesmo, prevista por Ulpiano.

Além destas soluções, vale lembrar que a doutrina,<sup>164</sup> acompanhando a tese de De Francisci,<sup>165</sup> afirma ser a equiparação do credor evicto da *datio in solutum*

---

162. Giorgi, *op. cit.* (nota 29 supra), p. 392, defendendo tal solução, afirma que se esta não for a interpretação exata dos textos de Marciano e Ulpiano, já que provavelmente são inconciliáveis por pertencerein a escolas contrárias, certamente atendem a justiça e os princípios gerais do direito.

163. *Op. cit.* (nota 1 supra), p. 254.

164. Cf. Kaser, *Das römische Privatrecht I cit.* (nota 29 supra), p. 638, Bonfante, *op. cit.* (nota 29 supra), p. 423, n. 1, Arangio-Ruiz, *op. cit.* (nota 13 supra), p. 394, Monier, *op. cit.* (nota 29 supra), p. 220, Perozzi, *op. cit.* (nota 29 supra), p. 416, n. 2, Biondi, (nota 29 supra), pp. 158-159, Steiner, *op. cit.* (nota 45 supra), p. 75, Weiss, (nota 29 supra), p. 435, e Musumeci, *op. cit.* (nota 29 supra), p. 527, n.9.

165. *La dottrina bizantina cit.* (nota 44 supra), p. 302 e Suum cuique tribuere in *BIDR* 27 (1914), pp. 311-312. Neste último texto, De Francisci explica que sua conclusão, a de que os textos eram interpolados, até então considerada inédita pelo autor, na verdade, já tinha sido proposta por Rabel, *Die Haftung des Verkäufers – wegen mangels im Rechte. 1. Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*, Leipzig, Veit & Comp., 1902, pp. 113-114, doze anos antes. Até os argumentos, revela De Francisci, Suum cuique *cit.* (nesta nota), p. 311, são os mesmos. Tais explicações são corroboradas por Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., Basel, Benno Schwabe & Co., 1955, pp. 144-145: “Der Schuldner haftet wegen Eviktion mit einer Klage, die die Kompilation der *actio empti* analog setzt [Ant., C. 8, 44, 4 (de 212 d.C.)], sicher nach Marcian D. 46, 3, 46 pr. aus der alten Obligation”. Cabe lembrar que, erroneamente, Kaser, *Das römische Privatrecht I cit.* (nota 29 supra), p. 638, n. 33, cita Rabel, *Die Haftung cit.* (nesta nota), p. 113, como um dos autores que considera tais textos autênticos.

ao comprador, trazida pelos textos Ulp. 30 ad *edictum*, D. 13, 7, 24 pr., e *Ant.*, C. 8, 44, 4 (de 212 d. C.), uma construção dos compiladores, sendo interpolados exatamente na parte divergente em relação ao texto de Marciano, Marci. 3 *regularum*, D. 46, 3, 46 pr. 1, que consagra o princípio clássico do renascimento da prestação primitiva. Entretanto, isoladamente, Melillo,<sup>166</sup> entende que a analogia da dação em pagamento com a compra e venda é clássica.

Desse modo, *Ant.*, C. 8, 44, 4 (de 212 d.C.), segundo estes autores,<sup>167</sup> apresenta diversas evidências de interpolação.<sup>168</sup> Primeiramente, tal texto considera a dação em pagamento um *contractus*. Os clássicos não utilizavam o termo “contrato” para uma figura que tem como objetivo extinguir uma obrigação.

Outra indicação está nos verbos *fuerat* e *fuerit*. Entende-se que o fato do terreno dado em pagamento estar sujeito a um penhor é certo e acabado (*fuerat*), enquanto que a evicção seria uma hipótese (*fuerit*). Assim, o primeiro seria uma fato relatado e o segundo uma suposição do imperador, o que seria bastante improvável, já que o imperador não daria conselhos sobre fatos não denunciados. Quanto aos aspectos formais, os termos *igitur*, *utilis actio competit*, *hoc iure*, *eiusmodi*, revelam o estilo dos compiladores.<sup>169</sup>

Já segundo Melillo,<sup>170</sup> os críticos não conseguem demonstrar alterações substanciais, devendo ser autêntico o texto. Outro motivo, que serve de argumento contra a opinião interpolacionista, é que em *Dio. et. Max.*, C. 7, 45, 8 (de 283 d.C.), temos o restabelecimento da prestação primitiva na dação em pagamento. Desta maneira, enfraquece-se a explicação de que era uma tendência justinianéia a concessão da *actio utilis ex empto*.<sup>171</sup>

166. *Op. cit.* (nota 129 supra), pp. 131-132.

167. Cf. notas 164 e 165 supra.

168. Cf. Solazzi, *op. cit.* (nota 21 supra), pp. 166-167.

169. Solazzi, *op. cit.* (nota 21 supra), p. 167, explica que a utilização do termo *igitur* antes de uma preposição era uma característica compilatória. Já *utilis actio competit* não era linguagem clássica, uma vez que em tal época empregavam o verbo *competere* apenas para as ações diretas e *datur* para *actio utilis*. Nardi, *op. cit.* (nota 13 supra), pp. 95-96, n. 84, acrescenta que todo final do texto, que equipara claramente a *datio in solutum* à compra e venda, *nam eiusmodi contractus vicem venditionis obtinet*, é interpolado.

170. *Op. cit.* (nota 129 supra), pp. 112-116.

171. Melillo, *op. cit.* (nota 129 supra), pp. 117-119, considera ainda que o texto *Dio. et. Max.*, C. 7, 45, 8 (de 283 d.C.) apresenta traços de intervenção justinianéia, uma vez que era improvável que a chancelaria respondesse a dois quesitos simultaneamente, a compra e venda e a *datio in solutum*: “Sono perciò riconoscibili nel riscritto due mani; quella, genuina, riferentesi alla compravendita, e quella, spuria, riferentesi alla prestazione sostitutiva”. De Francisci, *La dottrina bizantina cit.* (nota 44 supra), p. 308,

Também o texto Ulp. 30 *ad edictum*, D. 13, 7, 24 pr. demonstra ter sido interpolado.<sup>172</sup> Tal excerto tratava da *fiducia*, uma vez que o livro 30 *ad edictum* de Ulpiano era dedicado a esta figura. Além disso, *ut possideret* remete ao direito do credor fiduciário de obter a posse da coisa, já que tinha a propriedade.

Por conseguinte, a questão apresentada a Ulpiano era se o credor tinha a *actio fidei iuratae contraria*, contra o fiduciante, se a evicção tivesse ocorrido depois da *impetratio possessionis*. Se tal credor torna-se evicto, pelo verdadeiro proprietário, antes da *impetratio possessionis*, não há dúvidas que poderia utilizar a *actio fidei iuratae contraria*. Entretanto, quando pediu ao imperador a posse do objeto da fidei iurata, o credor é retirado do contrato, tendo a permissão para defender-se da evicção. Desse modo, Ulpiano negaria a *actio fidei iuratae contraria* contra o devedor ou qualquer outro.<sup>173</sup>

Portanto, ainda segundo Solazzi,<sup>174</sup> o texto Ulp. 30 *ad edictum*, D. 13, 7, 24 pr. não trata da ação referente ao crédito, mas sim da ação relativa à fidei iurata ou ao penhor. A ação do crédito continuava a disposição do credor, uma vez que o devedor não estava liberado de pleno direito, mas apenas através de uma exceção, que lhe falta com a evicção da coisa. Ademais, os compiladores não teriam compreendido tal situação, confundindo a ação de obrigação principal com a da garantia, entendendo que negada a *actio fidei iuratae contraria*, estar-se-ia refutando qualquer ação.<sup>175</sup>

Ainda, vale lembrar que esta crítica interpolacionista não deve ser considerada tão relevante. Mesmo aceitando, o que nos parece bastante razoável, que

---

um dos percursores da crítica interpolacionista não consegue explicar o conteúdo de *Dio. et. Max.*, C. 7, 45, 8 (de 283 d.C.), limitando-se a comentar ser tal texto contrário a tendência de equiparar a *datio in solutum* à compra e venda.

172. Cf. Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, pp. 168-169. Já Nardi, *op. cit. (nota 13 supra)*, p. 116, n. 108, considera a primeira parte do texto, que trata do penhor, autêntica. Além disso, o mesmo autor, *op. cit. (nota 13 supra)*, pp. 116-117, n. 109, afirma não ser interpolado o trecho *et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum*. Ainda, Nardi, *op. cit. (nota 13 supra)*, pp. 119-120, n. 111, entende ser interpolado o final do texto, *et compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia vel ex alia causa cum eo agetur*.

173. Cf. Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 168.

174. *Op. cit. (nota 21 supra)*, pp. 168-169.

175. O mesmo Solazzi, *op. cit. (nota 21 supra)*, p. 169, acrescenta que a interpolação é certa por outros fatores. Para o autor, a “elegância” da questão estava no pedido de uma *actio fidei iuratae*. Já que não seria elegante o restabelecimento da ação pessoal do crédito. Ainda, é estranha a solução de Ulpiano quanto ao resultado da ação, prevendo *ut in quantitatem debiti ei satisfiat vel in quantum eius intersit*, ou seja, de modo que seja satisfeito pelo montante do débito ou por quanto do seu interesse. Na verdade, a *actio utilis ex empto* só admite como objeto o prejuízo causado pela evicção, portanto, *quantum eius intersit*.

o princípio clássico seria o do restabelecimento da prestação primitiva, presente em Marci. 3 *regularum*, D. 46, 3, 46 pr.-1, é inegável a importância dos textos Ulp. 30 *ad edictum*, D. 13, 7, 24 pr. e *Ant.*, C. 8, 44, 4 (de 212 d.C.).

Assim, entendemos as interpretações dadas pela grande maioria dos autores, tentando a conciliação dos textos de Marciano e Ulpiano devem ser encaradas com certa reserva. A nosso ver, não há qualquer elemento fundamental que permita aceitar como correta qualquer uma das soluções apresentadas. Desse modo, é preciso analisar os textos de Marciano e Ulpiano separadamente, como tratamentos diversos para a mesma matéria. Afinal, os próprios autores admitem a enorme dificuldade de uma interpretação correta.<sup>176</sup>

## 2. Direito Moderno: diversas soluções

Diante da controvérsia exposta, os legisladores e a doutrina moderna divergem sobre a melhor solução para os casos de credor evicto na *datio in solutum*. Segundo Allara,<sup>177</sup> podemos identificar cinco diferentes teses para tais casos, sendo a seguir analisadas.

### 2.1. Retomada da prestação<sup>178</sup> original

O controverso assunto da evicção na *datio in solutum* apresenta como uma de suas soluções a retomada da prestação original da obrigação. Essa era, como já explicitamos, a solução de Marciano no direito romano.

Como sabemos, essa foi a solução adotada pelo Código Civil brasileiro, que em seu art. 998 determina o “restabelecimento da obrigação primitiva” gerando também os renascimentos das garantias e dos acessórios da obrigação, inclusive as garantias provenientes de terceiros, com exceção da fiança.

176. Cf. Giorgi, *op. cit.* (nota 29 *supra*), p. 392, e Allara, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 254.

177. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 255-258.

178. A utilização do termo *prestação* original (ou primitiva) neste estudo no lugar de *obrigação* primitiva, consagrado pelo art. 998, é justificada pela análise da natureza jurídica da *datio in solutum* (cf. cap. III). Afinal, se privilegiarmos a tese da *modalidade de pagamento* (cf. cap. III.2.3.), não podemos falar em retomada da *obrigação* primitiva, já que temos apenas uma obrigação em sentido estrito. Por outro lado, se privilegiarmos a tese da *novação* (cf. cap. III.2.2.), temos duas obrigações em sentido estrito, aquela extinta pela *datio in solutum* e a outra gerada pela mesma, podendo ser utilizada a expressão *obrigação* primitiva. Por conseguinte, ao demonstrarmos nossa solução para a natureza jurídica da dação em pagamento (cf. cap. III.2.4.), entendemos que a tese da *novação* não pode ser priorizada, devendo-se utilizar o termo *prestação* primitiva. Além disso, já vimos que a tese da *novação* não pode ser considerada em relação ao Código Civil brasileiro, o que nos leva a concluir que o termo *obrigação* primitiva, trazido pelo art. 998 não possui o rigor necessário.



Espínola<sup>179</sup> lembra que essa solução é repelida pelos ordenamentos estrangeiros, uma vez que, v. g., os doutrinadores italianos e franceses, em sua maioria, consagram a teoria da teoria da novação para a natureza jurídica da *datio in solutum*, o que inviabiliza a retomada da prestação primitiva.<sup>180</sup>

Beviláqua,<sup>181</sup> sem maiores explicações, adotou a solução de Marciano em nosso Código Civil, pois considerava esta “mais razoável e mais justa”<sup>182</sup> justificando essa decisão citando<sup>183</sup> Carvalho de Mendonça,<sup>184</sup> apesar de admitir ser a solução adotada pelo art. 998 do Código Civil brasileiro oposta à adotada pelos códigos e doutrinas estrangeiros, considera-a a melhor solução, lembrando ainda ser aquela que melhor se adapta ao direito brasileiro.

O autor defende a solução de Marciano pois, como considera a *datio in solutum* uma modalidade de pagamento, entende que o devedor só se libertará da obrigação se satisfazer aos anseios do credor. Assim, segundo Carvalho de Mendonça,<sup>185</sup> como o credor foi vencido na evicção, logicamente não teve seu crédito satisfeito, o que não-permite a exoneração do devedor. Por conseguinte, o credor deve ter o direito de retomar a prestação original, “se aquela que a substituiu veio a ser anulada<sup>186</sup> por fato do devedor”<sup>187</sup> mesmo tendo recebido uma prestação que difere da original, ou ainda, justamente por ter assim recebido. Além disso, justifica o autor, a venda de coisa alheia é “nula”<sup>188</sup> no Direito brasileiro, diferindo da legislação romana, o que nos

---

179. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 74, n. 134.

180. O próprio autor (cf. *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 74, n. 134) privilegia a outra solução para os casos de credor evicto, ou seja, as garantias por evicção como se o credor fosse um comprador evicto, solução de Ulpiano que explicamos no item seguinte.

181. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 147.

182. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 147.

183. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (comentado)*, v. 4, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1917, p. 156.

184. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 584-587.

185. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 584-587.

186. Vale lembrar que essa construção de Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 587, baseia-se na anulação da *datio in solutum* por causa da dação de coisa alheia, que resultaria na evicção. Entretanto, como já salientamos, os casos de evicção não se confundem com anulação.

187. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 587.

188. Novamente Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 587, não-emprega corretamente o conceito de *anulação*. Tanto o autor como Beviláqua, *op. cit. (nota 1 supra)*, consideram a venda de coisa alheia, venda *a non domino*, “nulas” no Direito brasileiro. Admitem, entretanto, que tais figuras podem ser convalidadas pela posterior aquisição da coisa pelo vendedor. Na verdade, não se trata de uma venda inválida, já que não estamos no plano da validade. Trata-se de uma venda ineficaz (plano da eficácia), que pode tornar-se eficaz com a aquisição da coisa vendida.

leva a concluir que também a dação de coisa alheia é inválida, o que conduziria a sua anulação<sup>189</sup> e o conseqüente renascimento da prestação primitiva.

Allara<sup>190</sup> afirma que essa primeira solução baseia-se no fato da prestação efetuada pelo devedor ter o lugar do adimplemento pela comum vontade das partes, não havendo nos casos de credor evicto qualquer satisfação do mesmo e, conseqüentemente, a não-extinção da obrigação. Além disso, segundo o autor, para os defensores dessa solução, a *datio in solutum* é um contrato real-extintivo, em que a simples tradição material não é suficiente para a produção de qualquer efeito jurídico.<sup>191</sup>

Por conseguinte, nesta tese, com a evicção da coisa dada em pagamento, e mesmo antes da sua ocorrência, não se tem a extinção da relação obrigacional. Assim, é preciso o caráter de definitivo para que se tenha o adimplemento, ou seja, não-basta a simples entrega da posse, fazendo-se necessária a transmissão da propriedade.<sup>192</sup>

Ainda segundo Allara,<sup>193</sup> tal característica dessa solução impossibilita uma posterior convalidação da *datio in solutum* de coisa alheia e a conseqüente extinção da relação obrigacional, nos casos, *v. g.*, de aquisição posterior da coisa por parte do devedor.<sup>194</sup>

A última observação do autor é, a nosso ver, o principal problema dessa solução: não temos a total proteção do credor, uma vez que não há na ação de retomada do crédito primitivo uma completa indenização de seu prejuízo.<sup>195</sup> Zaccaria<sup>196</sup> acrescenta

---

189. Cf. notas 186 supra e 188 supra.

190. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 259.

191. Giorgi, *op. cit. (nota 29 supra)*, p. 385, tratando dos casos mais comuns de *datio in solutum*, ou seja, os de *rem pro re* e *rem pro pecunia*, afirma ser necessária a transferência de propriedade da coisa para tais casos em que ocorre a entrega de uma coisa. Lembra, ainda, que se for de conhecimento das partes, é válida a *datio in solutum* de coisa alheia, ressalvados os direitos do verdadeiro proprietário.

192. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 259, lembra, entretanto, que a não-ocorrência da transmissão da propriedade não leva a inexistência de qualquer negócio jurídico entre as partes, podendo gerar outros efeitos. Assim, *v. g.*, pode o credor de boa-fé, eventualmente, gozar dos frutos da coisa dada em soluto até que sofra evicção. Contudo, o autor indaga se tal enriquecimento do credor seria compatível com a ação que restabelece o crédito primitivo. A nosso ver, tal observação do autor é bastante pertinente, uma vez que tal solução limita-se a retomar a prestação inicial. Desse modo, teríamos a necessidade de outra ação relativa, *v. g.*, aos frutos da coisa.

193. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 259.

194. O autor também afirma que provavelmente os defensores dessa tese não previram tais hipóteses, não aplicando essa solução em tais casos.

195. Ainda segundo Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 259, o credor poderia fazer valer a sua indenização provando uma *culpa in contrahendo* do devedor, tendo, entretanto, o ônus da prova e a limitação do ressarcimento ao valor do seu interesse negativo.

196. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 261.

que além do restabelecimento da prestação primitiva, o credor evicto poderá pleitear o ressarcimento dos seus danos, com base nas normas de inadimplemento.<sup>197</sup>

Zaccaria<sup>198</sup> ainda questiona se a retomada da prestação originária, que leva à resolução da dação em pagamento, deve ser obtida pelo credor por meio de uma demanda judicial ou pela sua simples manifestação de vontade, exigindo o adimplemento da prestação primitiva. Segundo o autor, não é necessária uma demanda judicial, sendo atribuída ao credor a possibilidade de exigir diretamente.<sup>199</sup>

## 2.2. *Garantia do comprador evicto*

Outra solução possível para os casos de evicto na *datio in solutum* é a de Ulpiano, ou seja, a aplicação da garantia por evicção como se fosse um contrato de compra e venda. Conforme já dissemos, é a solução adotada pelo Direito estrangeiro<sup>200</sup> e completamente contrária à apresentada no item anterior.<sup>201</sup>

Tal posição é adotada pelo § 365 do BGB,<sup>202</sup> ao estabelecer que se uma

---

197. Zaccaria, *op. cit.* (nota 1 supra), p. 261, afirma ainda que tal ressarcimento do credor abrangerá os danos sofridos por não poder dispor da prestação devida. Ou seja, trata-se do mesmo ressarcimento quanto ao devedor constituído em mora.

198. *Op. cit.* (nota 1 supra), p. 259.

199. Zaccaria, *op. cit.* (nota 1 supra), p. 259, lembra que a *ratio* da norma que possibilita a retomada da prestação original nos casos de evicção na *datio in solutum* (no caso, o art. 1.197, II e III do Código Civil italiano) é a proteção do interesse do credor frente a ampla possibilidade do devedor de liberar-se da obrigação pela *datio in solutum*. Segundo o mesmo autor, esta *ratio* não é condizente com a necessidade de uma demanda judicial.

200. Além do § 365 do BGB, Pontes de Miranda, *op. cit.* (nota 1 supra), p. 20, e *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 247-248, lembra que a solução de Ulpiano foi consagrada pelo art. 2.038 do Código Civil francês. Também o art. 783 do Código Civil argentino e o art. 1.493 do Código Civil uruguaio privilegiaram tal teoria, uma vez que foram baseados no art. 1.119 do Esboço de Teixeira de Freitas.

201. Cf. cap. IV.2.1. e Allara, *op. cit.* (nota 1 supra), p. 260. Cf., também, dentre outros, Medicus, *Schuldrecht. I. Allgemeiner Teil*, 11.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 1999, p. 125, Wolf, *Lehrbuch des Schuldrechts. I. Allgemeiner Teil*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1978, p. 395, Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 26.<sup>a</sup> ed., München, C.H. Beck, 1999, p. 98, e Titzte, *Bürgerliches Recht – Recht der Schuldverhältnisse*, 4.<sup>a</sup> ed., Berlin, Springer, 1948, p. 86.

202. Segundo Von Thur, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1924 (trad. esp. de W. Roces, *Tratado de las Obligaciones*, tomo 2, Madrid, Editorial Reus, 1934, p. 12), nos casos de evicção na *datio in solutum*, antes do BGB, o direito comum reservava ao credor a escolha entre o renascimento da prestação primitiva ou a garantia por evicção e vícios da coisa. Com o § 365 do BGB, como sabemos (cf. nota 200 supra), a prestação inicial é completamente extinta. O autor considera a solução adotada pelo § 365 do BGB como a mais justa, uma vez que, caso contrário (ou seja, o renascimento da obrigação primitiva), os fiadores ou prestadores de qualquer outra garantia (v. g., hipoteca), liberados pela *datio in solutum*, estariam novamente responsabilizados os casos de evicção.

coisa, um crédito ou um direito outro é dado em pagamento, o devedor deverá prestar garantia por evicção ao credor, como se este fosse um comprador. O § 365 do BGB, como lembra Allara,<sup>203</sup> exclui qualquer possibilidade de renascimento da prestação originária, que foi extinta definitivamente pelo aceite do credor à troca de objeto.<sup>204</sup> O legislador alemão, continua Allara,<sup>205</sup> entendeu não ser correto o ordenamento jurídico ignorar o acordo de vontades do credor e do devedor que proporcionou a *datio in solutum*, devendo considerar a garantia por evicção da coisa implícita na tradição efetuada pelo devedor.<sup>206</sup>

Essa solução, que equipara o credor evicto ao comprador também evicto, é baseada na aproximação entre a *datio in solutum* e a compra e venda.

Espínola<sup>207</sup> ressalta que essa fôra a posição adotada pelos códigos estrangeiros maciçamente, já que, *v. g.*, os legisladores e doutrinadores italianos e franceses<sup>208</sup> afastaram a hipótese de renascimento da prestação primitiva ao adotarem a tese da novação para a natureza jurídica da *datio in solutum*.

Mais importante que as legislações citadas que consagram essa posição é a explicação de Espínola,<sup>209</sup> que corrobora tal posição, justificando a equiparação do

203. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 260.

204. Vale lembrar a observação de Larenz, *op. cit. (nota 78 supra)*, p. 418; sobre a adoção de tal teoria pelo § 365 do BGB. Segundo o autor, como vimos, ao equiparar o credor evicto da dação em pagamento ao comprador, não podemos reviver a prestação primitiva, o § 365 do BGB tornou-se incompatível com a posição dos doutrinadores que defendem a *datio in solutum* possuir a natureza jurídica de modalidade de pagamento. Entretanto, tal teoria é contestada por Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 50, para quem, a adoção desta teoria contradiz o § 364 do BGB, que considera a *datio in solutum* um contrato real (*Realvertrag*).

205. *Op. cit. (nota 1 supra)*, p. 260.

206. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 260, ainda, critica a posição adotada pelo BGB, uma vez que o seu § 365 considerou extinta a relação obrigacional, mesmo quando não seja efetuada a prestação determinada pelas partes como equivalente ao adimplemento. Segundo o autor, tal solução não encontraria apoio no direito positivo italiano.

207. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 75-77. Espínola lembra também (*op. cit. (nota 1 supra)*), pp. 74-75, n. 135) que tal posição, que iguala o credor evicto ao comprador, também foi privilegiada pelo *Esboço* de Teixeira de Freitas, em seu art. 1.119, e pelo Anteprojeto do Código de Obrigações, em seu art. 303.

208. Cabe ressaltar que Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 12, contudo, critica essa posição, considerando uma falta de técnica dos códigos italiano e francês utilizar analogicamente as normas da compra e venda sobre vícios redibitórios e sobre evicção para os casos de *datio in solutum*. Para o autor, a solução brasileira contida no Código Civil é muito superior, ao trazer no art. 998 a regra sobre o credor evicto na dação em pagamento e nos arts. 1.101-1.106 sobre os vícios redibitórios, que se aplicam a todos os contratos onerosos e comutativos. Assim, a solução do Código Civil brasileiro prescinde da interpretação analógica com a compra e venda, para os vícios redibitórios e a evicção da *datio in solutum*.

209. *Op. cit. (nota 1 supra)*, pp. 76-77.

credor evicto ao comprador que se encontra na mesma situação. Desse modo, segundo aquele autor, primeiramente, deve-se distinguir quando a *datio in solutum* é nula e quando há casos de evicção ou vícios redibitórios. No primeiro caso, da nulidade da dação em pagamento, a obrigação original não foi extinta, uma vez que não há efeito extintivo resultante de uma dação nula. Já no segundo caso, relativos à evicção e aos vícios redibitórios, se a dação em pagamento se efetuou de modo válido, a obrigação primitiva extinguiu-se. Por conseguinte, segundo o mesmo autor, como a obrigação foi extinta, não se deve restabelecer, devendo, portanto, o credor, contar com as garantias mesmas do comprador.

Desse modo, tal garantia do credor levará ao seu ressarcimento. Cabe questionar se tal ressarcimento será respectivo à prestação original ou à nova prestação estabelecida pela dação em pagamento.<sup>210</sup> Segundo Zaccaria,<sup>211</sup> não há dúvidas que tanto no ordenamento italiano quanto no alemão, o ressarcimento deverá ser relativo à nova prestação. Assim, o credor deverá ser indenizado com base no objeto da *datio in solutum* que substituiu a prestação originária.

### 2.3. Escolha a critério do credor evicto

Em face da controvérsia entre as duas posições relativas aos casos de evicção da *datio in solutum*, temos a possibilidade, defendida por alguns,<sup>212</sup> do credor escolher entre a retomada da prestação original e a prestação de garantia por evicção pelo devedor.

Essa foi a solução adotada pelo Código Civil italiano, de 1942, que em seu art. 1.197, II e III, conferiu ao credor evicto a possibilidade de escolher entre o renascimento da prestação original, incluindo as perdas e danos e a garantia por evicção, equiparado ao comprador. Cabe ressaltar que o renascimento da prestação primitiva, prevista pelo Código Italiano, não implica no renascimento das garantias prestadas por terceiro.<sup>213</sup>

---

210. Cf. Zaccaria, *op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 254-255.

211. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 255.

212. Trata-se da mesma solução encontrada por alguns autores quanto aos textos de Marciano e Ulpiano (cf. cap. IV.1, *quinta solução*, e nota 157).

213. Cf. Antunes Varela, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 205 e; Grassetti, *Datio in solutum in NNDI cit.* (nota 61 *supra*), p. 175. Grassetti acrescenta que esta era uma questão controversa no Código Civil italiano de 1865 que, como sabemos, não previa expressamente o instituto da *datio in solutum*. Essa indefinição pode ser percebida no artigo do próprio autor no *Nuovo Digesto Italiano (Datio in solutum cit.* (nota 26 *supra*), p. 550), anterior ao Código Civil, de 1942. Segundo o autor, entretanto, a atual solução é semelhante a que poderia ser inferida do antigo Código.

Sailleilles<sup>214</sup> observa que os romanistas alemães anteriores<sup>215</sup> ao BGB apoiavam essa possibilidade de escolha do credor, pois tentavam conciliar os textos de Marciano e Ulpiano. Os autores justificavam tal posição, considerando que o direito de fazer renascer a obrigação primitiva era referente ao credor ter considerado a transferência da propriedade da coisa dada como se fosse um adimplemento, e que o direito da garantia por evicção decorria da obrigação implícita de transferir a propriedade da coisa mediante a *traditio*, obrigação esta assumida pelo devedor.<sup>216</sup> Vale lembrar, que como vimos, o § 365 do BGB excluiu esta possibilidade escolha, considerando a *datio in solutum* definitiva e aplicando as garantias da compra e venda para a evicção.

Essa solução é bastante criticada, pois considera-se juridicamente impossível uma concorrência alternativa entre as duas ações. Segundo Allara,<sup>217</sup> não se pode aceitar que uma mesma relação obrigacional exista e inexistir ao mesmo tempo, como ocorre em tal solução. Assim, não se pode cogitar em uma escolha do credor, ora revivendo uma obrigação, ora considerando-a definitivamente extinta.

#### 2.4. Outras soluções

Restam ainda duas outras soluções para os casos de credor evicto, a da cumulação de ambas as ações e a da distinção entre a ação reivindicatória e a hipotecária. São originárias de diferentes interpretações dos textos de Marciano e Ulpiano, não tendo grande repercussão no Direito moderno.

Desse modo, a primeira solução concede ao credor evicto o cúmulo das duas ações, a de renascimento da prestação primitiva e a de garantia como um comprador, até o ressarcimento completo do prejuízo proveniente da evicção.<sup>218</sup> Como já examinamos,<sup>219</sup> é a solução defendida por Glück,<sup>220</sup> dentre outros.

Allara<sup>221</sup> explica que o credor que sofre evicção pode cumular as

214. *Théorie générale de l'obligation*, 3ª ed., Paris, LGDJ, 1925, p. 39. Cf., no mesmo sentido, Carvalho de Mendonça, *op. cit.* (nota 1 supra), p. 586.

215. Cf., dentre outros, Arndts, *op. cit.* (nota 42 supra), p. 358.

216. Cf. nota 202 supra.

217. *Op. cit.* (nota 1 supra), p. 262.

218. Cf. nota 157 supra.

219. Cf. cap. IV.1., sexta solução.

220. *Op. cit.* (nota 159 supra), p. 149.

221. *Op. cit.* (nota 1 supra), p. 161.

vantagens das duas ações, sem a necessidade de concorrência.<sup>222</sup> Entretanto, o mesmo autor considera tal cúmulo de ações juridicamente impossível, uma vez que ter-se-ia o absurdo da ação de garantia por evicção não ter como seu objeto a coisa evicta ou o seu valor, já que este seria ressarcido pela ação do crédito originário.

A outra solução é a consagrada, dentre outros, por Giorgi<sup>223</sup>, prevendo o renascimento da prestação primitiva para os casos de ação reivindicatória e a garantia por evicção na ação hipotecária.<sup>224</sup> Também Alves Moreira<sup>225</sup> faz tal distinção, considerando, nos primeiros casos, anulada a transferência de propriedade e, nos casos de execução hipotecária, que o credor ficará sem a coisa ou, caso prefira a expurgação da hipoteca, sem o “preço”<sup>226</sup> (o crédito, no todo ou em parte).<sup>227</sup>

### 3. Extinção das garantias

Com a retomada da prestação primitiva, prevista no art. 998 do Código Civil brasileiro, para os casos de credor evicto na *datio in solutum*, importante questão levanta-se a respeito das garantias: renasceriam também, juntamente com o crédito, todas as garantias acessórias do mesmo? Tal dúvida não se apresenta no direito estrangeiro, já que, como vimos, não se fala em restabelecimento da prestação original.<sup>228</sup>

Em relação à fiança, o art. 1.503, III, do Código Civil brasileiro, é expresso

---

222. Allara, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 261, traz um exemplo de aplicação desta solução: “Da questa formulazione se l’ammontare del credito originario è di 100 e il pregiudizio patrimoniale complessivo dell’evizione è di 150, il creditore potrà pretendere, oltre alla prestazione primitiva, una indennità di 50.”

223. *Op. cit.* (nota 29 *supra*), pp. 391-392.

224. Cf. cap. IV.1., sétima solução.

225. *Op. cit.* (nota 43 *supra*), p. 279.

226. Alves Moreira, *op. cit.* (nota 43 *supra*), p. 279, utiliza o termo preço, uma vez que, como já dissemos (cf. cap. III.2.1), o autor considera que a natureza jurídica da dação em pagamento é a compra e venda.

227. Segundo Allara, *op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 262-263, tal distinção não tem fundamento, uma vez que tanto nos casos de *datio in solutum* de coisa alheia como nos casos de *datio in solutum* de coisa gravada por vínculo hipotecário não temos a satisfação do crédito e, conseqüentemente, a não extinção do mesmo.

228. O art. 1.197 do Código Civil italiano, que possibilita ao credor escolher entre a retomada da prestação primitiva a garantia por evicção (cf. cap. IV.2.3 e nota 213 *supra*), é claro ao afastar o renascimento das garantias prestadas por terceiros: “In ogni caso non rivivono le garantizie prestate dai terzi” (art. 1.197, III). Zaccaria, *op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 279-280, faz interessante observação quanto à utilização do verbo “rivivere”. Segundo o autor, este termo não é o ideal, uma vez que se pode entender que as garantias possam extinguir-se antes da relação obrigacional. Ainda conforme Zaccaria, isso não ocorre na grande maioria dos casos, não sendo possível, assim, que as garantias “rivivono”. O mesmo autor explica que o art. 1.929 do Código Civil italiano, de 1865, o antecedente imediato do art. 1.197 do Código, de

ao liberar o fiador, ou seja, não se revigora a fiança juntamente com a prestação original. Assim, a evicção na *datio in solutum* é um modo de exonerar a responsabilidade do fiador: “se o credor, em pagamento de dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do que este era obrigado a lhe dar, ainda que depois venha a perdê-lo por evicção”

Desta maneira, abrindo esta exceção a respeito da fiança nos casos de evicção, o legislador brasileiro equiparou-se às legislações estrangeiras.<sup>229</sup> A liberação do fiador é baseada na equidade. Afinal, ele não pode ser prejudicado com este acordo posterior entre o devedor principal e o credor, uma vez que não garantiu tal risco, não previsto no contrato originário.<sup>230</sup> Pothier<sup>231</sup> é o precursor desta teoria, mesmo

1942, ocasionava divergências na doutrina. O artigo supracitado dispunha que se o credor aceitava voluntariamente receber coisa diversa do débito principal, mesmo sofrendo evicção, o fiador estava liberado. A controvérsia era a respeito da hipoteca. Assim, alguns autores defendiam que a hipoteca renasceria quando a evicção fosse provocada por um terceiro, mas permanecia extinta caso a evicção decorresse de ação hipotecária promovida por credores que garantiam o imóvel dado em pagamento. Baseavam-se nos arts. 1.240 e 2.031 do Código Civil italiano, de 1865, que determinavam ser inválido o pagamento que tem como objeto uma transferência de propriedade, caso não fosse feito pelo proprietário da coisa ou alguém capaz de aliená-la e que a hipoteca seria restabelecida com o crédito cujo pagamento fosse nulo, respectivamente. Já outros autores entendiam que o crédito originário renascia em todas as hipóteses juntamente com a hipoteca, devendo considerar o fiador como uma exceção determinada pelo art. 1.929 do Código Civil, de 1865. Desse modo, o art. 1.197 do Código Civil italiano, de 1942 resolveu tal questão, considerando extintas quaisquer garantias da prestação original, sejam elas reais ou pessoais. O art. 2.038 do Código Civil francês e o § 365 do BGB não admitem o restabelecimento da prestação inicial para os casos de credor evicto, não apresentando tal problema. Moulon-Demangeat, *Répétitions écrites sur le code civil*, tomo 3, Paris, Garnier Frères, 1892, pp. 543-544, ao explicar o art. 2.038 do Código Civil francês, entende que a dação em pagamento só extingue a obrigação primitiva com a transferência de propriedade da coisa. Caso esta não ocorra, o devedor continua obrigado, devendo, *a priori*, serem mantidas as garantias. Entretanto, em favor do terceiro prestador de garantia, entende-se que as garantias permanecem extintas.

229. No ordenamento italiano, segundo De Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, v. 2, 4ª ed., Messina, Giuseppe Principato, 1926, pp. 99-100, a *datio in solutum* “ha virtù di estinguere il credito e di liberare i fideiussori anche quando il creditor venga in seguito a soffrir l’evizione della cosa” (cf., no mesmo sentido, Lomonaco, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, v. 2, 2ª ed., Torino, UTET, 1925, p. 51, n. i). Do mesmo modo, o Código Civil francês e alemão (cf. nota 228 supra). Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 588 e Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 22, afirmam que o Código Civil brasileiro adotou posição contrária ao BGB quanto à liberação do fiador, já que no direito alemão, nos casos de retomada da prestação primitiva, todas as garantias subsistem. Na verdade, não existe tal divergência, já que o direito alemão não se refere aos casos de evicção, conforme indicam tais autores, mas sim aos casos de anulação da *datio in solutum*, como afirma Dernburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preukens*, v. 2, t. 1, 4ª ed., Halle, Waisenhaus, 1909, p. 326: “War die Leistung na Erfüllungsstatt nichtig – so bleibt selbstverständlich die Forderung als nur scheinbar getilgt bestehen und die Befreiung der Bürgen wie anderer Akzessionen ist nich erfolgt”

230. Cf. Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 588, e Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, v. 5, tomo 1, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1955, p. 262. Cf., também, nota 202 supra.

231. *Oeuvres de Pothier – annotées par M. Bugnet*, v. III, 3ª ed., Paris, Marchal et Billard, 1890, pp. 240-241.



defendendo a subsistência da antiga prestação com todos os seus acessórios na *datio in solutum*,<sup>232</sup> considerando uma injustiça esse aumento de responsabilidade do fiador.

Quanto às outras garantias, cabe-se analisar, principalmente, a hipoteca prestada por terceiros. A doutrina brasileira dominante<sup>233</sup> defende o seu renascimento, juntamente com a prestação original. Segundo tais autores, a hipoteca é tratada especialmente pelo art. 849, I, do Código Civil brasileiro que, combinado ao art. 998, garante a sua retomada. Além disso, segundo Carvalho de Mendonça,<sup>234</sup> não tem *animus solvendi* o devedor que efetua dação em pagamento com bens gravados de hipoteca.<sup>235</sup>

Por outro lado, João Luís Alves<sup>236</sup> entende que a exceção feita para a fiança deve ser estendida à hipoteca, liberando, assim, o terceiro prestador da garantia. O autor apoia a sua posição na doutrina francesa<sup>237</sup> que, ao analisar o art. 2.038 do Código Civil francês (artigo este em que foi baseado o art. 1.503, III, do Código Civil brasileiro), amplia, analogamente, a extinção da fiança à hipoteca e ao penhor.<sup>238</sup>

Por último, resta citar a questão levantada por Antunes Varela:<sup>239</sup> Teria o credor que agisse de má-fé<sup>240</sup> tais garantias? Ou seriam privilegiados os terceiros,

---

232. Pothier, *op. cit.* (nota 231 *supra*), pp. 238-239, não segue a doutrina francesa dominante, criticando a tese da novação. Assim, segundo o autor, não há uma obrigação nova que extingue a antiga (cf. também Giffard, *Droit Romain et Ancien Droit Français – Les obligations*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 1970, p. 318).

233. Cf. Pontes de Miranda, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 22, Carvalho de Mendonça, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 588, Antunes Varela, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 205, Serpa Lopes, *op. cit.* (nota 12 *supra*), pp. 252-253, e Carvalho Santos, *op. cit.* (nota 12 *supra*), p. 218.

234. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 588.

235. Serpa Lopes, *op. cit.* (nota 12 *supra*), p. 253, acrescenta que o renascimento da hipoteca prestada por terceiros tem restrição, principalmente devido a sua condição de eficácia real, que necessita da inscrição no registro imobiliário. Desta maneira, segundo o mesmo autor, o restabelecimento só pode ocorrer contra o terceiro prestador da garantia real, não podendo atingir um terceiro possuidor que tiver transcrito o seu título.

236. *Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil – anotado*, v. 4, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1958, p. 109.

237. Cf. Huc, *op. cit.* (nota 68 *supra*), pp. 48-49.

238. Serpa Lopes, *op. cit.* (nota 12 *supra*), p. 253, entretanto, defende que não se trata de um caso idêntico no direito brasileiro, não havendo elementos para uma aplicação analógica da legislação da fiança.

239. *Op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 206.

240. Antunes Varela, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 206, exemplifica tal situação, com o credor que “forçou ilicitamente o devedor a entregar-lhe, em pagamento da dívida, coisa não pertencente ao autor da entrega ou que o credor sabia (e o devedor ignorava) que a coisa entregue em pagamento pertencia a terceiro”.

prestadores primitivos das garantias, já que seriam exonerados com a extinção da obrigação? O autor enfrenta a questão sem resolvê-la, afirmando que a sua solução não é apresentada pelo direito vigente, não apresentando disposição expressa, nem qualquer caso análogo.<sup>241</sup>

## V Conclusão

Preliminarmente, cabe ressaltar, a relevância das soluções do Direito Romano para o direito civil moderno. As controvérsias presentes nas fontes, quanto à dação em pagamento, são as mesmas que permeiam as posições opostas adotadas pelos ordenamentos atuais. Especialmente para o direito brasileiro, que privilegiou a solução afastada pelos outros códigos. Desta maneira, é fundamental a realização de um estudo de neo-pandectística, mesmo em um trabalho exclusivamente de direito contemporâneo, ao se tratar da *datio in solutum* ou de outras figuras jurídicas que resguardam profundas relações com fontes romanas. Cuidando, obviamente, da diversidade histórica e cronológica, o Direito Romano pode ser visto como uma grande fonte de direito comparado.

Já quanto à natureza jurídica da figura, como já dissemos, preferimos a solução adotada pelos juristas mais contemporâneos, salientando os fundamentos basilares da figura. Entretanto, não se pode afastar a importância de tal discussão para a análise dos casos de evicção na *datio in solutum*, tema central de nosso estudo.

Por conseguinte, segundo nosso entendimento, a melhor solução para os casos de credor evicto na dação em pagamento é a da garantia por evicção análoga ao do comprador, estendendo a aplicação das normas do contrato de compra e venda. Esse tratamento é o que melhor atende aos interesses das partes e do sistema jurídico.

Afinal, deve-se privilegiar o acordo de vontades entre o credor e o devedor que efetuaram a dação em pagamento, mantendo a mudança da prestação.<sup>242</sup> Além disso, preserva as características da própria figura, ou seja, a substituição da prestação inicialmente devida, uma vez que a garantia por evicção remete à nova prestação.<sup>243</sup>

---

241. Segundo o mesmo autor, "as hipóteses previstas no art. 979 (autorização do credor para o levantamento do depósito judicial, depois de o ter aceitado ou de ter contestado a lide) e no art. 1.108 (exclusão da garantia da evicção, quando o adquirente a tenha excluído, sabendo do risco dela, ou tenha assumido esse risco) não têm, de fato, inteira analogia com o caso da dação em pagamento"

242. Cf. Allara, *op. cit.* (nota 1 *supra*), p. 260.

243. Cf. Zaccaria, *op. cit.* (nota 1 *supra*), pp. 254-255. Diferentemente do restabelecimento da prestação primitiva, a garantia por evicção análoga à compra e venda prevê o ressarcimento do credor com base na nova prestação.

Ademais, esse posicionamento elimina o problema das garantias prestadas por terceiros, já que a prestação original está definitivamente extinta. Assim, é inútil a discussão da doutrina pátria<sup>244</sup> sobre quais garantias e acessórios deveriam ser restabelecidos. A nosso ver, não tem sentido responsabilizar terceiro que já havia sido liberado com a *datio in solutum*.<sup>245</sup>

Contudo, o principal argumento que corrobora a adoção desse tratamento para tais casos é a complexão do ressarcimento do credor. Este, notoriamente a parte prejudicada, já que sofreu a evicção, deve ter facilitada a sua indenização. Desse modo, a garantia por evicção proporcionará ao credor a completa satisfação do seu prejuízo, já que tal ação permite reparar todos os danos.<sup>246</sup>

Vale lembrar, ainda, que as outras soluções apresentadas mostram-se bastante inadequadas para a matéria.

Desta maneira, o restabelecimento da prestação primitiva, adotado pelo art. 998 do Código Civil brasileiro, falha no tocante à indenização do credor. Afinal, o mero renascimento do crédito original não-remete aos eventuais outros prejuízos do credor.<sup>247</sup> Além disso, tem-se a questão relativa às garantias por terceiros, já explicada anteriormente.<sup>248</sup>

Já o tratamento que prevê a possibilidade de escolha do credor entre o renascimento da prestação primitiva e a garantia por evicção,<sup>249</sup> segundo nossa opinião, apresenta falhas técnicas. Não é possível considerar que uma única obrigação esteja extinta e não-extinta ao mesmo tempo.<sup>250</sup>

---

244. Cf. Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 22, Carvalho de Mendonça, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 588, Antunes Varela, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 205, Serpa Lopes, *op. cit. (nota 12 supra)*, pp. 252-253, Carvalho Santos, *op. cit. (nota 12 supra)*, p. 218, e João Luiz Alves, *op. cit. (nota 236 supra)*, p. 109.

245. Acompanhamos a opinião de Von Thur, *op. cit. (nota 202 supra)*, p. 12.

246. Nardi, *op. cit. (nota 13 supra)*, p. 120, é bastante claro em considerar a garantia por evicção a melhor solução para os casos de credor evicto: “Ne deriva che il mutare l’azione dalla vendita (*actio utilis ex empto*) offre al creditore possibilità di risarcimento più ampio e sostanzioso – almeno nei casi in cui se ne dia la necessità – di quello connesso con la semplice azione di credito”

247. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 259, e Zaccaria, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 261, acrescentam que o credor evicto, nesses casos, terá de mover outra ação para ser ressarcido, tendo o ônus da prova da *culpa in contrahendo* do devedor e sendo a indenização limitada ao valor do seu interesse negativo. Ou seja, privilegiar essa teoria leva a um aumento desnecessário de ações, todas elas contidas na garantia por evicção.

248. CF. cap. IV.3.

249. Consagrada pelo art. 1.197, II e III do Código Civil italiano.

250. Allara, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 262.

Do mesmo modo, as demais soluções propostas pela doutrina não são adequadas ao melhor tratamento do tema. A cumulação de ambas as ações<sup>251</sup> até o completo ressarcimento do credor esbarra no mesmo problema teórico do art. 1.197, II e III do Código Civil italiano. Já a distinção entre os casos de ação reivindicatória e os de ação hipotecária,<sup>252</sup> a nosso ver, não encontra qualquer justificativa coerente.

Portanto, como sugestão *de lege ferenda*, propomos a revogação do art. 998, do Código Civil brasileiro. A sua supressão, simplesmente, alteraria o tratamento dos casos de evicção, passando do restabelecimento da prestação original para a garantia por evicção, devido a equiparação às normas da compra e venda feita pelo art. 996, do Código Civil. Na verdade, tal equiparação nem precisaria ser prevista, uma vez que nosso Código prevê entre as normas dos contratos onerosos em geral,<sup>253</sup> como a dação em pagamento, as relativas à evicção.

São Paulo, janeiro de 2001.

---

251. Proposta por Glück, *op. cit. (nota 159 supra)*, p. 149. Cf. cap. V.2.4.

252. Cf. Giorgi, *op. cit. (nota 29 supra)*, pp. 391-392, e Alves Moreira, *op. cit. (nota 43 supra)*, p. 279.

253. Como bem ressalta Pontes de Miranda, *op. cit. (nota 1 supra)*, p. 12.

# A INTEGRAÇÃO DAS BOLSAS NACIONAIS E O AUMENTO DE COMPETITIVIDADE<sup>1</sup>

*Carlos Eduardo Vergueiro*

Aluno de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

As Bolsas de Valores do Brasil foram protagonistas de um movimento de Integração e racionalização de atividades, cujo resultado proporcionou maiores condições de competitividade, eliminou obstáculos internos para o desenvolvimento das Bolsas de Valores nacionais e agregou maior liquidez aos mercados, a partir da criação de mercados especializados de negociação. Fusões e integrações de Bolsas de Valores representam um movimento em pleno andamento no panorama internacional, o que permite concluir que cada vez mais existirão menos Bolsas de Valores no mundo, sendo que o mercado deve acabar organizado em função de blocos de países. A Integração das Bolsas nacionais constituiu-se no primeiro passo para a formação de um mercado único de negociação na América Latina.

## Abstract:

Stock Exchanges in Brazil took a lead in a brave integration process, which resulted in better competitiveness for the Brazilian Stock Exchanges, eliminated certain internal obstacles to their development and added greater liquidity to the markets, upon their business specialization. Mergers and integrations of stock exchanges are occurring throughout the world at a prodigious rate, which means that soon there will be less stock exchanges, as the market is likely to be organized into blocks of nations in the future. The Integration of the Brazilian Stock Exchanges was the very first step in the formation of a single one trading market in Latin America.

**Unitermos:** Bolsas de Valores; concorrência interna e externa; integração

## Sumário:

- I. Introdução;
- II. Obstáculos para o Desenvolvimento; das bolsas de valores brasileiras
  - 2.1. A Competição Tecnológica;
  - 2.2. Concorrência Interna vs. Concorrência Externa – A CPMF
- III. O Panorama Internacional
- IV. A Integração das Bolsas Nacionais
  - 4.1. Cenário Anterior à Integração
  - 4.2. O Crescimento das Bolsas de São Paulo e Rio
  - 4.3. Os Procedimentos da Integração
- V. Conclusão - Apêndice: Gráfico da Integração - Gráficos de Participação

## Bibliografia

### I. Introdução

No final de 1999, as Bolsas de Valores do Brasil anunciaram uma completa reestruturação no mercado acionário brasileiro, protagonizando um processo corajoso de integração. Essa união de forças foi capaz de eliminar obstáculos internos para o desenvolvimento das Bolsas de Valores nacionais, agregar maior liquidez aos mercados, a partir da criação de mercados especializados e de ter proporcionado o primeiro passo para a formação de um mercado único de negociação na América Latina.

Toda a operação foi realizada em um momento de forte competição exercida contra as Bolsas brasileiras por parte das Bolsas internacionais, cujas conseqüências foram a “fuga” de negócios e a perda de liquidez das praças brasileiras. As Bolsas internacionais acenavam com custos menores (vide custo CPMF infra), maior liquidez e facilidades para a realização dos negócios. Esses fatores tendiam a se tornarem maiores devido à competição tecnológica entre as Bolsas e, também, aos processos de integrações e fusões que atualmente operam entre as Bolsas internacionais.

Nesse cenário, as Bolsas nacionais tomaram a iniciativa de promover uma reestruturação corajosa, que permitisse a superação de problemas e a conquista de maiores condições de competitividade.

### II. Obstáculos Para o Desenvolvimento das Bolsas de Valores Brasileiras

#### 2.1. A Competição Tecnológica

*“Desde que se acelerou o processo de globalização do mundo, modificaram-se as noções de espaço e tempo. A crescente agilização das comunicações,*

*mercados, fluxos de capitais e tecnologias, intercâmbio de idéias e imagens, modifica os parâmetros herdados sobre a realidade social, o modo de ser das coisas, o andamento do devir. Agora o planeta Terra pode ser concebido como plenamente esférico, ou plenamente plano, dá na mesma.”(Octavio Ianni)<sup>2</sup>*

O avanço da tecnologia foi capaz de proporcionar um novo paradigma para as Bolsas de Valores, cujas mudanças podem ser, principalmente, analisadas nos três aspectos seguintes: (i) na integração dos mercados; (ii) na modernização dos sistemas de negociação; e, (iii) na criação de mercados “alternativos”

A integração dos mercados em velocidade avassaladora talvez seja o efeito mais importante do aprimoramento da tecnologia e das comunicações, cujos efeitos também podem ser percebidos na intensificação da circulação de bens, serviços, capitais, culturas e informações em escala planetária.

Esse “apequenamento” do mundo facilitou a internacionalização da economia e a circulação do capital internacional, tornando mais rápidas as operações dos investidores, e forçando as Bolsas a criarem sistemas que permitissem negociações igualmente rápidas e eficazes. A esse respeito, merece destaque a opinião sobre a velocidade atual de difusão das informações, nas palavras do ministro Celso Lafer, para quem: *“O tempo da mídia é também um tempo on-line. Provoca, no Brasil e no mundo, a repercussão imediata do peso dos eventos nas percepções coletivas (...) leva ao monitoramento e a reações constantes os sinais do mercado e da vida política”<sup>3</sup>*

A modernização das plataformas de negociação está relacionada à redução de custos das operações, na medida em que permite automatizar negociações e difundir informações relevantes. Investimentos em tecnologia têm sido promovidos tanto pelas Bolsas brasileiras, quanto pelas Bolsas internacionais.

Em 1997, a Bovespa implantou o Mega Bolsa, que é um sistema de negociação eletrônica em que as ofertas de compra ou de venda são feitas por terminais de computador. O encontro das ofertas e o fechamento dos negócios são realizados automaticamente pelos computadores da Bolsa.

O Sistema Eletrônico de Negociação Nacional, SENN, foi criado em 1991 e foi operacionalizado pela BVRJ. O sistema permite que as corretoras registrem

---

2. In: *Teorias da Globalização*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000, pp. 209-211 (Não grifado no texto original).

3. In: *Brasil: dilemas e desafios da política externa*, Revista de Estudos Avançados, v. 14, n. 38, 2000, p.265.

no sistema sua intenção de comprar ou vender determinada ação, detalhando o preço desejado e a respectiva oferta. O sistema difunde a informação, tornando-a conhecida de todo o mercado, a quem cabe o fechamento da operação.

Em São Paulo, a Bolsa de Mercadorias & Futuros, BM&F, também foi envolvida na competição tecnológica. No ano 2000, a BM&F ingressou na Aliança Globex<sup>4</sup>, o que passou a permitir a cobertura dos fusos horários das Américas do Norte e do Sul, da Europa e da Ásia. Para viabilizar a interligação eletrônica entre as bolsas aliadas, a BM&F adquiriu o sistema francês NSC, por meio do qual os participantes de um mercado podem negociar os produtos oferecidos em outro 24 horas por dia com *clearing* individualizado. A plataforma tecnológica das corretoras também foi modernizada.

Em 1999, a Nasdaq anunciou com entusiasmo a implementação do chamado OptiMark Trading System. Esse sistema permite que os investidores indiquem seu interesse em determinada ação, especificando os parâmetros de preço e quantidade, baseados em suas estratégias de negociação. A cada dois minutos o OptiMark verifica, anonimamente, as ordens de compra e venda.

Em linhas gerais, portanto, a tecnologia permite avanços para as Bolsas de Valores. Ocorre que tais sistemas são caros e as uniões das Bolsas de Valores podem favorecer a aquisição de novos sistemas.

A introdução de mercados alternativos, assim considerados os não - institucionalizados, foi proporcionada pelo avanço da tecnologia. Pensou-se que tais mercados acabariam por acarretar perda de liquidez das Bolsas de Valores. Entretanto, a ausência de regulamentação e a flexibilidade absurda de suas operações não atraem a atenção dos investidores. Além disso, custos de manutenção das plataformas de negociação têm levado os administradores desses mercados a reverem suas estratégias.

## 2.2. Concorrência Interna vs. Concorrência Externa – A CPMF

Altos custos internos e atrativos externos têm provocado uma fuga de negócios das Bolsas nacionais, em especial da Bovespa, para as Bolsas Internacionais, fazendo com que ações de companhias brasileiras sejam negociadas em pregões estrangeiros, como na New York Stock Exchange NYSE e na NASDAQ<sup>5</sup>

---

4. A Aliança Globex é formada, além da BM&F, pelas Bolsas de Chicago (Chicago Mercantile Exchange), Paris (Euronext NV, ex-ParisBourse), Cingapura (Singapore Exchange-Derivatives Trading), Madri (MEFF – Mercado Oficial de Futuros y Opciones Financieros) e Montreal (Montreal Exchange).

5. Atualmente, valores mobiliários de 30 empresas brasileiras são negociados na NYSE e na Nasdaq.



A realização de negócios no Brasil é cara tanto para as companhias, que têm que arcar com altos custos para manterem-se abertas, e para os próprios investidores, que têm que enfrentar a tributação da CPMF<sup>6</sup> sobre as movimentações financeiras das operações.

De fato, a incidência da CPMF tem se mostrado como um dos principais fatores da “fuga” de negócios para as Bolsas Internacionais. A CPMF, em linhas gerais, traz perdas para as bolsas, que assistem à fuga dos negócios para Bolsas Estrangeiras<sup>7</sup> fazendo com que percam os acionistas, com a menor liquidez do mercado e também trazendo perdas para o Brasil, que poderia alavancar e incentivar sua poupança interna através do mercado de capitais.

### III. O Panorama Internacional

As Bolsas internacionais estão protagonizando um processo de fusões e integrações, que traz como conseqüências custos menores de corretagem e maior liquidez das ações negociadas nos novos centros de negociação formados.

Em 22.9.2000, foi oficializada a criação da Euronext, que é o resultado da fusão entre as Bolsas de Valores de Amsterdam (Amsterdam Exchanges), Bruxelas (Brussels Exchanges) e Paris (Paris Bourse). Essa foi a primeira fusão de três bolsas de diferentes países. As companhias listadas na Euronext permaneceram também listadas em suas respectivas bolsas de origem, mas são negociadas em uma plataforma de comércio única e harmônica. A própria Euronext chegou a anunciar sua intenção de colocar suas próprias ações para negociação. A fusão facilitou o implemento de novas tecnologias, a maior liquidez do mercado e o fortalecimento do mercado de capitais.

A fusão das Bolsas de Valores de Londres e de Frankfurt, cuja união daria origem à denominada iX – International Exchanges, foi um dos eventos mais discutidos e exemplificativos do processo de integração de Bolsas de Valores. Entretanto, tal fusão acabou não se realizando. Após o anúncio do fracasso da operação, o OM Guppen (Bolsa da Suécia) fez uma oferta hostil para aquisição do controle da Bolsa de Londres. A referida aquisição também não se concretizou.

---

6. A Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras – CPMF tem a movimentação financeira como seu fato gerador e incide à alíquota de 0.38%, de acordo com a alíquota vigente em maio de 2001.

7. A negociação de ações emitidas por companhias brasileiras é geralmente realizada por intermédio dos American Depositary Receipts – ADR, que são recibos de ações negociados nos Estados Unidos. O ADR, em si, nada mais é do que um certificado negociável, representativo de ações emitidas por companhias brasileiras. O ADR, portanto, não é ação, ou seja, não é parte representativa do capital social.

Em Hong Kong, ocorreu a unificação das bolsas de ações, futuros e da *clearing house*. Essa iniciativa teve como objetivo conquistar maior competitividade.

Em 29.11.2000, as Bolsas de Tokyo e de Taiwan (Tokyo Stock Exchange & Taiwan Stock Exchange) assinaram um memorando de entendimentos, visando ao estreitamento de suas relações. Trocas de informações e procedimentos para harmonização dos mercados são alguns dos objetivos traçados no acordo. A Bolsa de Tokyo, por sua vez, fundiu-se com as Bolsas de Hiroshima e Niigata (Hiroshima Stock Exchange e Niigata Stock Exchange) em março de 2000.

Dessa forma, devido ao aumento da competitividade externa, a Integração das Bolsas Nacionais é um dos principais meios de se obter redução de custos e crescimento do volume negociado.

#### IV. A Integração das Bolsas Nacionais

No final de 1999, as Bolsas de Valores brasileiras promoveram uma completa reestruturação do mercado acionário nacional. Essa mudança foi capaz de proporcionar maior competitividade para as Bolsas nacionais, eliminando entraves ao desenvolvimento do mercado e promovendo o passo inicial para a formação de uma Bolsa de Valores Única na América Latina.

##### 4.1. Cenário Anterior à Integração

A internacionalização da economia, a concorrência exercida pelas grandes Bolsas de Valores Internacionais, o custo adicional da CPMF para os negócios realizados no Brasil e a separação dos negócios entre as Bolsas nacionais e regionais não favoreciam a continuidade das atividades das Bolsas de Valores brasileiras.

A estrutura anterior das Bolsas de Valores brasileiras não era favorável à eliminação dos problemas acima apresentados e também não atendia aos anseios de competitividade do mercado globalizado.

A estrutura era formada por nove Bolsas de Valores, sendo que as Bolsas de São Paulo e do Rio de Janeiro praticamente sempre dominaram os mercados de negociação (“Bolsas nacionais”). As demais bolsas<sup>8</sup> (“Bolsas regionais”) pouco negociavam.

---

8. Bolsas Regionais: (i) Bolsa de Valores de Minas, Espírito Santo e Brasília – BOVMESB; (ii) Bolsa de Valores do Extremo Sul – BVES; (iii) Bolsa de Valores do Paraná – BVPR; (iv) Bolsa de Valores da Bahia, Sergipe e Alagoas – BVBA; (v) Bolsa de Valores de Pernambuco e Paraíba – BVPP; (vi) Bolsa de Valores Regional – BVRG, representando Ceará e Rio Grande do Norte; e, (vii) Bolsa de Valores de Santos – BVST.

Custos elevados aliados à ausência de grandes investimentos e investidores causaram o “esvaziamento” dos mercados das Bolsas regionais. Isso principalmente agravado porque cada instituição arcava com os custos de operação de suas atividades, tais como pessoal, instalações, sistemas de liquidação e negociação. De fato, dado ao pequeno número de negócios, as receitas das Bolsas regionais provinham das anuidades das companhias listadas e de emolumentos devidos de leilões especiais realizados em seus pregões.

Com o passar dos anos, a concentração econômica no eixo Rio-São Paulo tornou-se a principal causa do crescimento das Bolsas nacionais, e constituiu-se em obstáculo para a consolidação das Bolsas regionais. Isso fez com que a negociação de ações sempre estivesse centralizada nas praças de São Paulo e Rio de Janeiro.

#### 4.2. O Crescimento das Bolsas de São Paulo e Rio

O avanço da informática e das telecomunicações também foi um dos grandes fatores responsáveis pela supremacia das Bolsas nacionais. Em um primeiro momento, a separação entre gestão empresarial e produção possibilitou a transformação da Cidade de São Paulo em um grande centro do setor de serviços, deixando de ser apenas uma cidade industrial.

A BVRJ dominou o volume de negociação no Brasil até a década de 80. O maior crescimento econômico das companhias listadas na Bovespa, uma política agressiva de investimentos em tecnologia e a redução de custos da Bolsa paulista, aliados à privatização de boa parte das empresas negociadas (estatais) na BVRJ e um duro golpe causado por certo investidor no mercado carioca causaram o crescimento da Bovespa e a diminuição do número de negócios da BVRJ.

#### 4.3. Os Procedimentos da Integração

Portanto, nesse cenário em que as Bolsas regionais praticamente viviam sem negócios, as estruturas operacionais se repetiam e os problemas eram maximizados pela concorrência das Bolsas internacionais, não havia outra alternativa de sobrevivência que não uma ampla reestruturação do setor, capitaneada pela Bovespa, líder natural de tal processo.

O primeiro passo da integração das Bolsas nacionais foi a assinatura de um Protocolo para Unificação do Mercado de Capitais. Pelos termos de tal acordo, a BVRJ passou a concentrar a negociação secundária de títulos públicos. A Bovespa, por sua vez, tornou-se o centro exclusivo para a negociação de títulos privados.

A operação foi viabilizada por meio de engenhosas operações contábeis envolvendo títulos patrimoniais das Bolsas de São Paulo e do Rio de Janeiro, e incluiu a incorporação da Câmara de Liquidação e Custódia, CLC, entidade vinculada à BVRJ, pela Câmara Brasileira de Liquidação e Custódia, CBLC, vinculada à Bovespa.

Os procedimentos da integração podem ser assim sintetizados:

(i) inicialmente, cada uma das Bolsas promoveu o desdobramento da totalidade de seus títulos patrimoniais. Cada um dos 76 títulos da Bovespa foi desdobrado em doze, perfazendo um total de 912 títulos. Da mesma maneira, cada um dos cinquenta títulos da BVRJ foi desdobrado em cinco, perfazendo um total de 250 títulos;

(ii) a BOVESPA entregou 150 de seus títulos, em troca da CLC, que foi incorporada pela CBLC;

(iii) a BVRJ, que passou a deter 150 títulos patrimoniais da Bovespa, promoveu a troca entre esses títulos e títulos representativos de seu patrimônio social, na proporção de três para três. Dessa forma, cada sócia da BVRJ permaneceu com dois títulos da BVRJ e tornou-se membro da Bovespa;

(iv) os 150 títulos da BVRJ, recebidos pela instituição carioca na troca acima, foram cancelados;

(v) As corretoras paulistas que desejassem operar na BVRJ puderam adquirir um dos dois títulos da BVRJ, que permaneceram com as sócias daquela instituição.

Ainda como consequência, cada corretora teve a oportunidade de decidir a quantidade de títulos que desejava possuir e, conseqüentemente, a sua estrutura de operação. Isso porque os recursos operacionais, tais como terminais eletrônicos e número de operadores no pregão, são disponibilizados em proporção ao número de títulos possuídos. O desdobramento dos títulos eliminou um obstáculo para a entrada de novas corretoras-membros da Bovespa. Isso devido ao elevado valor que atingiu o título da Bovespa, e que foi minimizado com o desdobramento dos títulos.

Com a integração das Bolsas nacionais, a BVRJ tornou-se o centro exclusivo de negociação de papéis públicos, reafirmando uma atividade que lhe parece ser histórica. Primeira Bolsa de Valores criada no Brasil, sempre teve sua atuação

vinculada às empresas estatais. Desde o final da década de 80, a BVRJ passou a perder participação para a Bovespa e, em 1999, o volume negociado foi de 4.95%. A moderna base tecnológica da BVRJ e a negociação especializada tendem a incrementar a negociação de valores na Bolsa de Valores do Rio de Janeiro.

As Bolsas regionais, por sua vez, irão se concentrar na realização de tarefas de promoção e serviços que possam, em novas bases, ampliar o número de investidores.

## V. Conclusão

A integração das Bolsas nacionais foi extremamente favorável para o crescimento do mercado acionário brasileiro, motivada por um novo paradigma que leva as Bolsas a cada vez mais procurarem agregar liquidez e volume de negócios para os seus pregões. Esses fatos permitem concluir que cada vez mais existirão menos Bolsas no mundo. A Bovespa é a líder natural de eventual processo de unificação das Bolsas de Valores da América Latina.

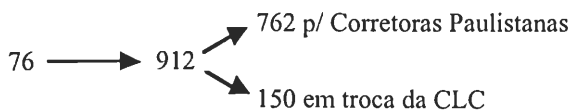
A união de forças, exemplificada pela criação dos mercados especializados da Bovespa e da BVRJ, tende a agregar maior liquidez e proporcionar a redução de custos para a realização de negócios.

Fusões e integrações de Bolsas de Valores representam um processo em pleno estágio de andamento no panorama internacional. Tal acontecimento permite concluir que cada vez mais existirão menos Bolsas de Valores no mundo; sendo que o mercado deve acabar organizado em função de blocos de países. A BOVESPA, que é a maior Bolsa da América Latina, é a líder natural de tal união de forças.

Como síntese de todo o processo, a integração das Bolsas nacionais eliminou entraves ao desenvolvimento, agregou liquidez e criou um novo mercado que nasceu para competir no cenário globalizado.

### (1) Desdobramento dos Títulos Patrimoniais

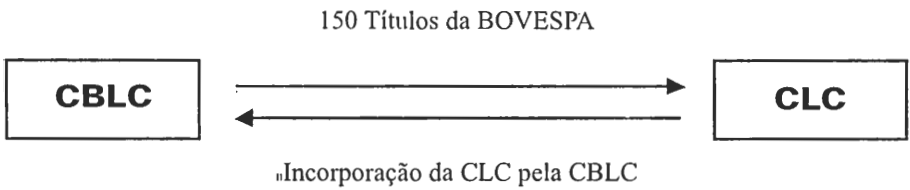
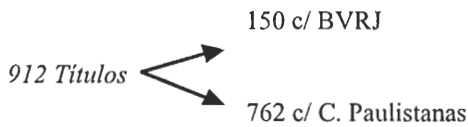
#### BOVESPA



BVRJ

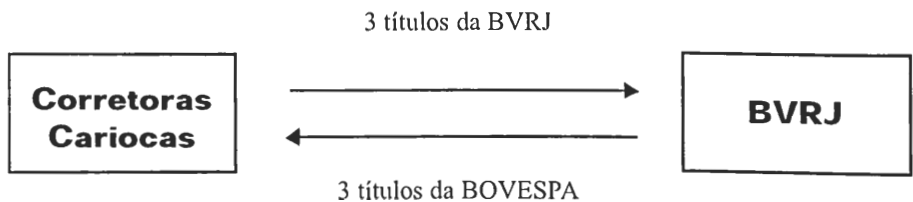
50 —————&gt; 250 c/ C. Cariocas

(2) Incorporação da CLC pela CBLC

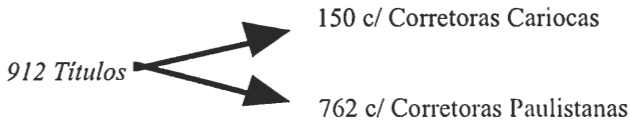
BOVESPABVRJ

250

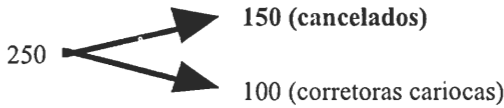
(3) Troca dos 150 Títulos da Bovespa em Poder da BVRJ (Corretoras cariocas tornam-se membros da BOVESPA)



BOVESPA



BVRJ



(4) Principais Conseqüências:

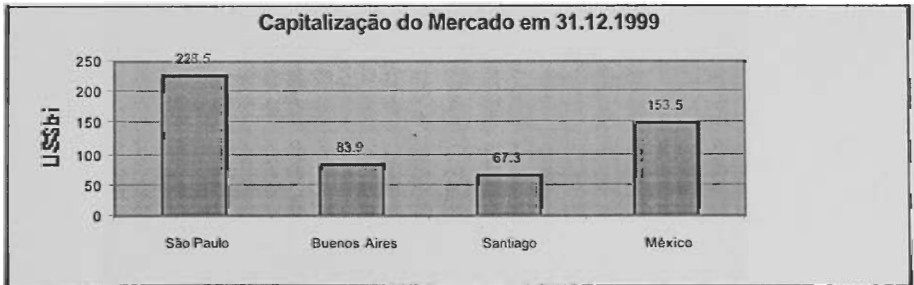
Títulos da Bovespa mais acessíveis (acesso mais fácil para corretoras)

- Fim da competição entre as Bolsas Nacionais
- Eliminação de estruturas desnecessárias das Bolsas regionais
- Especialização e crescimento da BVRJ
- Unificação da CLC e da CBLC
- Ganhos de Escala

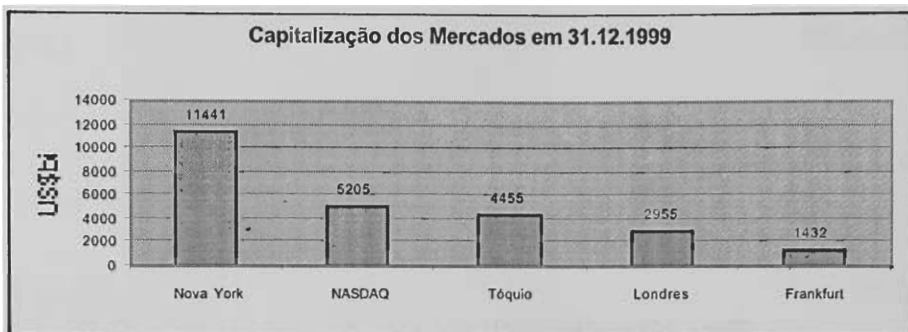
*Corretoras Cariocas:* corretoras que detinham títulos da BVRJ, antes da Integração

*Corretoras Paulistas:* corretoras que detinham títulos da Bovespa, antes da Integração.

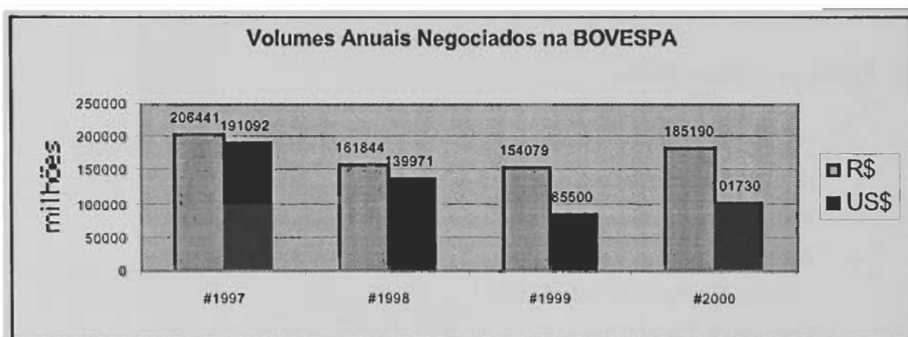
Gráficos de Participação



Fonte: Revista Bovespa Ano VII março/abril de 2000



Fonte: Revista BOVESPA Ano VII Março/Abril de 2000



Fonte: Revista Bovespa Ano VII março/abril de 2000 e Superintendência de Estudos de Mercado da Bovespa

São Paulo, maio de 2001



Bibliografia:

CARMELLO, Milton Huppert Monte. *A Bolsa de Valores de São Paulo: um estudo sobre suas origens, evolução e perspectivas de integração no mercado de valores globalizado*, tese de doutorado apresentada na Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas, FGV.

CAVALCANTE FILHO, Francisco Silva e MISUMI, Jorge Yoshio. *Mercado de Capitais*, 4ª edição, Belo Horizonte, CNBV, 1998.

DE LUCCA, Newton. “As Bolsas de Valores e os Valores Mobiliários” *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 35, jul/set, 1998, pp. 19-38.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

LAFER, Celso. *Brasil: dilemas e desafios da política externa*, *Revista de Estudos Avançados*, *Revista de Estudos Avançados*, v. 14, n. 38, 2000, p.265.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. “Natureza Jurídica das Bolsas de Valores” *Revista de Direito Público*, v. 20, n. 81, jan/mar 1987, pp. 217-222.

ULRICH, Ruy Ennes. *Da Bolsa e suas operações*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1906.

VERGUEIRO CESAR, Abelardo. *Manual dos Negócios de Bolsa*, São Paulo, Empreza graphica da “Revista dos tribunaes”, 1939.

WARSHOW, Robert Irving – *Wall Street – História da Bolsa de Nova York desde suas origens até 1930*. São Paulo, Cultura Brasileira.



## **DISCURSOS E CONFERÊNCIAS**



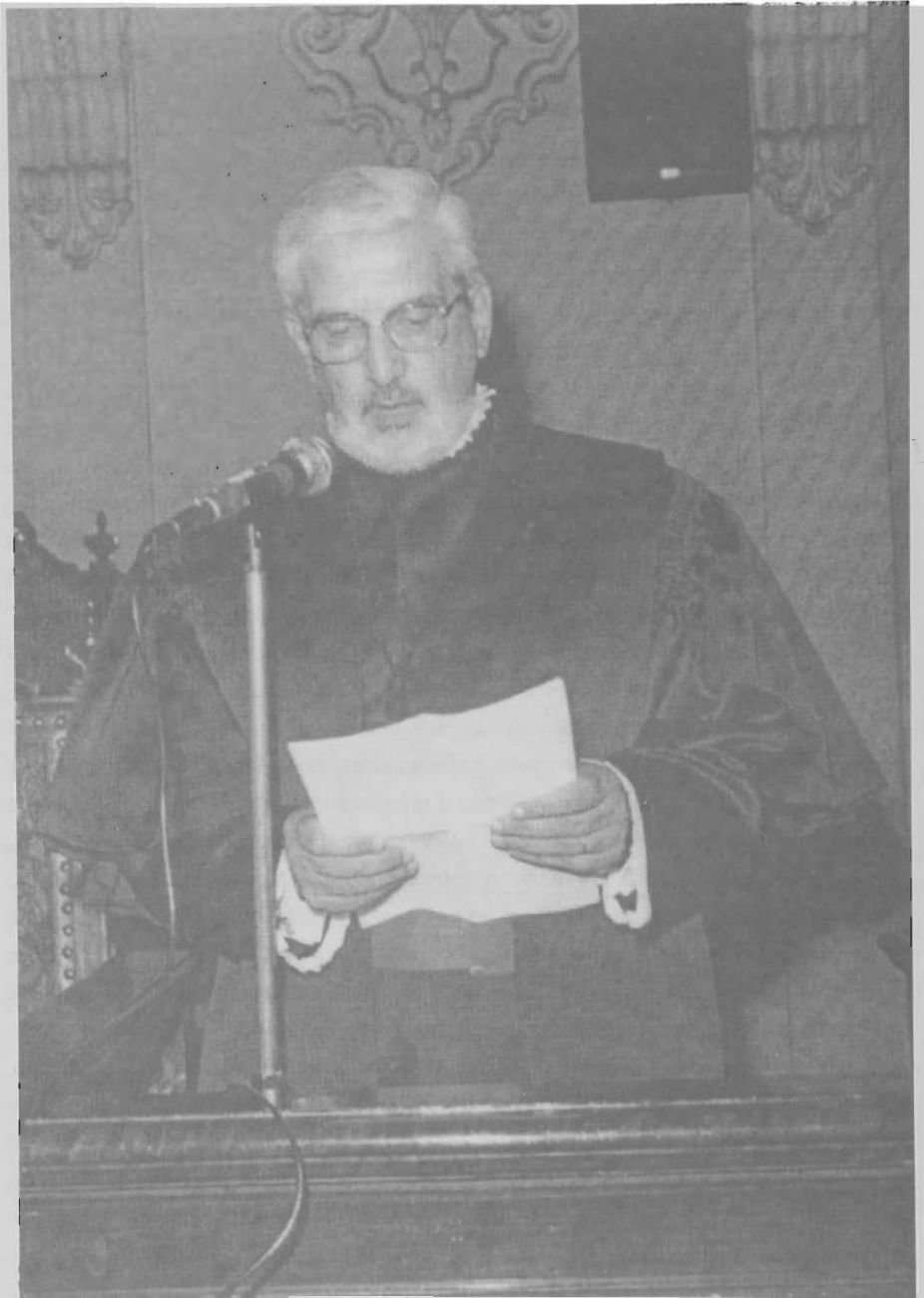
## **DISCURSO PRONUNCIADO POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE POSSE DO PROFESSOR LUIZ CARLOS DE AZEVEDO COMO TITULAR DO DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL**

No momento em que vamos completando quase três décadas de magistério nesta nobre Casa de ensino do Direito, e quando nos acercamos da jubilação pela idade; depois de não sei quantas e tantas aulas de Direito Processual Civil, forçoso é reconhecer que a vida outra coisa não é, também, do que um processo, pois como este e de igual feição, desenvolve-se por etapas, num contínuo e ininterrupto caminhar, caminhar para a frente, empós de um objetivo e de uma finalidade.

Processo de conhecimento, cujo na infância e juventude se adquire, na ânsia e busca para descerrar um mundo novo, que a cada passo se descobre, oferecendo surpresas, perplexidades, desafios, vitórias, ultrapassagens. Armados desta bagagem que o conhecimento proporcionou, partimos para o processo de execução, construindo idéias, realizando-as, atravessando e superando obstáculos para o fim de transmitir toda a experiência consolidada no estádio anterior. E nem se descursa, outrossim, do processo cautelar, no sentido de que este visa assegurar e preservar os resultados obtidos e conquistados.

Não foi outro e nem o é, ainda, o nosso intuito e empenho, desde que aqui ingressamos, primeiro, nos bancos acadêmicos, no início dos anos 50; a seguir, nos anos 70, complementando com aulas práticas, aos sábados, o programa ministrado pela professora Ada Pelegrini Grinover pelo professor Antonio Carlos de raújo Cintra; nesse mesmo período, como pós-graduando, sob a orientação do professor Moacyr Lobo da Costa; continuando o magistério, na assistência deste notável mestre, até que fomos honrados em substituí-lo na regência das aulas do último ano do curso de graduação, já nos anos 80; persistindo esta trajetória no processo civil, como também na História do Processo Civil Romano, Canônico e Lusitano, juntamente com o professor José Rogério Cruz e Tucci, dando seqüência ao curso criado pelo professor Moacyr Lobo da Costa, no âmbito da pós-graduação; e, finalmente, nos anos 90, na História do Direito, a qual voltara a integrar o currículo por iniciativa e mérito do professor Antonio Junqueira de Azevedo.

Havia esta cadeira feito parte do curso de ciências jurídicas durante o século XIX, tendo como responsáveis renomados professores da época: no Recife, o professor Isidoro Martins Junior, autor de conhecido compêndio, a “História do Direito Nacional” o qual, por sua importância, mereceu nova publicação em 1979; em São Paulo, o professor Aureliano de Souza Coutinho, que em seu discurso de posse, nesta casa, ressaltava o valor da História do Direito como fator preponderante para a



*Professor Doutor Luiz Carlos de Azevedo*

compreensão e entendimento das instituições vigentes. Sucedeu-o o professor João Pedro da Veiga Filho, até que, ao sobrevir a reforma do ensino, em 1901, suprimiu-se a disciplina; e não obstante ponderadas e reiteradas manifestações para que retornasse ao curso, a exemplo do que ocorria e ocorre nas mais tradicionais universidades européias, onde o estudo da História do Direito é imprescindível e obrigatório, somente em 1990 veio ela reincorporar-se ao elenco das disciplinas, desenvolvendo-se, hoje, no terceiro e quarto semestres do curso de graduação; situa-se no Departamento de Direito Civil, tendo sido o seu primeiro professor, nesta fase, o professor Antonio Junqueira de Azevedo; e, agora, por este que vos dirige a palavra e pelo professor Ignácio Maria Poveda Velasco.

De sua importância em outro lance já nos referimos, do qual pequeno trecho permitimo-nos relembrar:

“A História do Direito não se reduz a um inventário, nem se limita, apenas, a erguer e revolver os antecedentes históricos das instituições jurídicas; explica-se, não pela volta a antiguidade, mas pelo fato de constituir o único caminho para a compreensão da essência do Direito na sua atual conjuntura.

Na condição de ciência que é, descreve e revela; pesquisa e esclarece; coordena e explicita a vida jurídica de um povo em seus mais variados aspectos, detendo-se nas fontes, nos costumes, na legislação que o rege, em todas as manifestações, enfim, que possibilitem o aperfeiçoamento dessa compreensão como um todo, resultante do conhecimento dos fatos ocorridos e das impressões maiores ou menores que estes deixaram.

É tanto uma ciência histórica, quanto jurídica; em face desta dualidade, sua área de atuação não se restringe a limites rígidos ou previamente direcionados; já que não se conforma com a mera descrição dos fenômenos jurídicos, deve compreendê-los e explicá-los desde o momento em que sucederam, como na seqüência temporal na qual persistiram sobrevivendo ou deixaram de existir.

Não é um trabalho fácil: para bem entender o significado e alcance de um determinado ordenamento de natureza jurídica, o pesquisador desdobra o seu estudo por etapas, dirigindo-se, primeiramente, ao conteúdo das normas e instituições; partirá, depois, para as condições sociais que levaram ao estabelecimento daquelas e destas; competirá perscrutar o problema da efetividade do ordenamento no meio que lhe corresponde, certificando-se de que forma e em que medida tais e quais institutos ainda se encontram válidos, por que desapareceram, ou, ainda, por que não dispõem nem exercem mais a influência que antes gozavam.

Um esforço de tal porte não interessa apenas sob o ponto de vista histórico,

circunscrito ao retrospecto dos fatos e atos vividos e legados aos pósteros; mas traduz utilidade, também, ao jurista de hoje, prático, técnico, dogmático, pois não é possível desvincular o direito atual das causas que determinaram a sua juridicidade.

Há verdades fundamentais a serem consideradas: por mais que se pretenda afogar o passado, o fundo tradicional sempre emerge, principalmente quando se cuida de uma Ciência como o Direito, a qual, por índole, é mais conservadora do que as outras; e por mais que se removam ou substituam as instituições, nunca se desprezam, por inteiro, aquelas que consolidaram a estrutura básica da sociedade, as quais perduram no tempo e no espaço à conta de inarredável condicionalismo histórico.

Ademais, se alguém aspira dedicar-se seriamente ao estudo do Direito, empregando-o e utilizando-o para o exercício de sua atividade profissional, não pode reduzir-se à leitura sistemática dos textos legais vigentes, aplicando-os mecanicamente na medida em que se possam ajustar aos casos concretos; a tarefa é sobremaneira ingente: compreensão e explicação; sugestões e idéias; experiência e interpretação, são qualidades que se integram a este trabalho; e no qual se insere, por sua vez, a História do Direito, pois ela ensina que o Direito não surgiu espontaneamente do nada, mas sempre esteve condicionado a incontáveis ordens de realidade, nunca estáticas, mas dinâmicas, e que se alternam conforme igualmente se modificam outros inumeráveis fatores que a vida continuamente proporciona”

Tais reflexões melhor se exemplificam, todavia, quando comparamos as normas que o direito positivo fornece à sociedade, na seqüência dos anos e dos séculos: algumas, por sua clareza e objetividade, naturalmente permanecem, assim como acontece com as regras do Digesto, e que se repetem em nosso Código Civil, possibilitando o fácil entendimento de quem as lê, e sem dificuldade as compreende; enquanto outras, porque mal seguras na origem e na exposição, pouco duram, são desprezadas, acabam substituídas; é o que se observa no enxurro das ditas medidas provisórias, - que nem medidas são, porque medidas têm limites, e elas não; e que, ao contrário do que dizem, prolongam-se no tempo, aguardando as disposições definitivas, lerdas no chegar; e que, quando chegam, trazem os mesmos vícios e as mesmas dificuldades no entendimento, parecendo que o legislador teve a intenção propositada de torná-la intrincada e difícil, capaz de fazer inveja aos rebuscados e tormentosos trechos das três Ordenações do Reino.

Mas não é este um momento para crítica, muito ao contrário, traduz-se na alegria, conagraçamento, e agradecimento; alegria pelo conhecimento que se pretendeu haurir, obstinadamente, nestes dias, meses e anos de persistente estudo, na convivência



continua dos ideais do Direito; alegria, pelas tarefas que a Divina Providência levou-nos a executar, desde os longínquos tempos da advocacia; junto aos companheiros do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Seccional de São Paulo, da Ordem dos Advogados do Brasil; com os juizes do Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo e desembargadores do Tribunal de Justiça de São Paulo, com os quais muito apreendemos, no período em que nos foi dada a difícil, mas gratificante missão de distribuir e aplicar a Justiça; com os companheiros do ensino superior particular, em instituição que, modestamente iniciada em 1967, transformou-se no Unifieo, centro universitário que reúne, hoje, mais de vinte cursos superiores, ministrados para cerca de doze mil alunos; e de conagração, com os amigos e colegas desde os bancos escolares e acadêmicos; com os nossos mestres de sempre; com a Senhora Diretora, professora Ivette Senise Ferreira, que tão bem dirige os destinos desta tradicional instituição; com os professores da casa e de outras entidades a quem nos foi dada a honra de lecionar; com centenas e centenas de alunos que hoje se encontram desempenhando com esmero e dedicação suas tarefas profissionais; e, por último, e em especial, com a nossa família, esposa, filhos, nora, netos, principal razão de ser de toda esta empreitada. A Ana Maria, Luiz Carlos, Maria Regina, Maria Cristina, Maria Carolina, Regina Helena e aos sete netos, nosso agradecido abraço.

É, enfim, todo um cabedal que se conserva com redobrado afínco, e que nos faz sentir tão jovens como na época em que com o Professor Fábio Nusdeo subíamos as escadarias do Colégio São Luís. Deve ele se lembrar do soneto que tínhamos de decorar nas aulas de literatura, “Contrastes”, do padre Antonio Thomaz, exímio poeta, tanto nas idéias, que colocava, quanto nos decassílabos, que construía; referia-se ele, às “esperanças que seguiam à frente, quando partíamos, no vigor dos anos, rindo e cantando, despreocupadamente; as quais, de repente, quando menos se podia prever, acabavam ficando para trás, rendidas que vinham, pelos desenganos.”

Pois bem. Para nós, podemos afirmar, ao cabo de todo este périplo, embora nem sempre tenham sido amenas as surpresas que a vida nos oferece, sentimos que as esperanças continuam à frente, representada por todos estes inestimáveis valores que nos acompanham, incentivam e confortam.

Estamos aqui e agora, então, assim como o João da Ega e mais o Carlos, de Eça de Queiroz: correndo para não perder a condução: tanto aqueles, “pernas abaixo da rampa do Santos”, como nós, para alcançar o bonde que fazia o percurso pela Avenida Paulista: “Vamos lá, vamos lá, ainda o apanhamos”!

*Arcadas, 17 de agosto de 2.001*



**ORAÇÃO EM HOMENAGEM A NELSON MANNRICH NA  
POSSE SOLENE COMO TITULAR DE DIREITO DO TRABALHO, DA  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

*Ada Pellegrini Grinover*

Professora Titular de Direito Processual da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,  
Pró-Reitora de Graduação da Universidade de São Paulo.

Abrem-se, mais uma vez, as portas do suntuoso Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, a fim de a Congregação receber solenemente seu novo titular de Direito do Trabalho, o Professor Doutor Nelson Mannrich. Seus pares e os demais professores aguardam-lhe a manifestação, que terá sabor de juramento. Familiares e amigos estão emocionados, lembrando os caminhos, freqüentemente ásperos, que trouxeram seu ente querido até aqui. Os estudantes, em respeitoso silêncio, querem prestar ao Mestre um preito de homenagem e agradecimento. Os funcionários participam com alegria desse momento feliz. Este membro da Congregação, que vos fala, sente-se honrada pela designação e sensibilizada pela demonstração de carinho do novo professor titular, que a escolheu. E ele, o que sente ele? Quais as emoções e os sentimentos que se agitam em seu peito? Quais os pensamentos que povoam sua mente? Quais as sensações que perpassam seu ser?

Cada um de nós, os professores titulares que passamos por este momento, sabe que ele é feito de um misto indescritível de expectativas, de responsabilidade, de empenho, de alegria e de ansiedade. De lembranças do passado e de projetos para o futuro. É uma fase que se fecha – caminho feito de dificuldades, ganhos e perdas – e outra que se abre – caminho feito de desafios, estimulantes e assustadores. Mas cada um de nós, que passou por esse momento, foi e é uma pessoa diferente de qualquer outra, senhora de experiências diversas das dos outros, moldada pela vida de forma muito peculiar, tendo que construir passo a passo sua trajetória à sua maneira, fazendo suas escolhas, às vezes dolorosas, traçando seu caminho em meio a mil dificuldades, que também não são iguais para todos.

É isto que torna cada cerimônia de recepção dos novos professores titulares, nesta Casa onde por mais de 170 anos vieram se repetindo solenidades como

esta, um momento novo, surpreendente, único. Porque sempre novo, surpreendente, único é o ser humano, por mais que a pompa e circunstância possam ser as mesmas, por mais que os rituais sigam a tradição, por mais que a alegria, a ansiedade, a emoção possam parecer universais. Cada homem é um homem, resultado daquilo que lhe é inato e daquilo que adquiriu durante a vida, rico de experiências pessoais e moldado pelo meio em que viveu, só – às vezes – em meio aos outros, comunicando-se – freqüentemente – com os outros, mas sempre ele mesmo e diferente de todos os outros.

Por isso, para entender esse momento, vale saber quem é o homem que a Congregação está recebendo. De onde veio, como se forjou nas tempestades e bonanças da vida, quais os caminhos que percorreu para chegar até aqui. Conhecendo-o melhor, poderemos dar um sentido diverso a essa cerimônia e não considerá-la apenas uma dentre tantas e tantas outras. Poderemos viver um momento único, como único é Nelson Mannrich.

Convido-vos, Senhoras e Senhores, a uma viagem no tempo. Vamos encontrar o pequeno “Doutor Celso” como se assinava tão-logo aprendeu a escrever, na escola rural do Alto Vale do Itajaí, numa colônia alemã de Santa Catarina. “Doutor Celso” o que isso significa? Celso, porque com esse nome o quisera registrar o pai, muito embora o oficial do registro civil tivesse preferido escrever “Nelson”. Não ficava bem, para um neto de alemães, logo depois da guerra, levar o nome do almirante inglês e ele foi Celso até a juventude. O choque foi grande quando, aos 12 anos, o pequeno soube que seu nome havia sido trocado, mas não se perturbou. Continuou dizendo a todos que se chamava Celso e o assunto ficou resolvido, até que uma namorada, nas trilhas do que havia sido deliberado pelo Brasil oficial, resolveu que se era Nelson, Nelson seria, e ponto final. Conformou-se mas, mais tarde, batizaria como Celso o primeiro filho homem. E porquê Doutor? Porque aos 6 anos, ele já acalentava um sonho, que era, na verdade, uma vocação: a de ser advogado.

Mas, como continuar os estudos após o primário? Com oito irmãos, numa família de agricultores, as perspectivas não eram das melhores. Até que um dia, quando estava no quarto ano, apareceu na escola um irmão marista, com a função de recrutar meninos para o seminário de São Bento do Sul. Levava fotos, descrevia uma vida laboriosa e serena, falava em estudos gratuitos e em vocações. O pequeno Celso não viu dificuldades em conciliar seu sonho de ser advogado com a vida religiosa e seguiu viagem, feliz, com um bando de garotinhos, embarcando num trem como numa aventura. E se deu bem.

A vida comunitária, o esporte, a disciplina, as orações, os sólidos estudos, incluindo latim e francês, música e poesia, o trabalho no campo, tudo caiu no seu

gosto. Com o noviciado, a vida se tornou mais dura: o silêncio, as leituras e a perspectiva de continuar apenas os estudos religiosos. Como se tornar advogado? Escolhido para o seminário de Caxias do Sul, conseguiu cursar a Escola Normal em colégio de freiras e o clássico à noite. De tarde, estudava francês e inglês. Começou a perceber que a vocação para os estudos jurídicos era mais forte do que a religiosa, e fez sua escolha. Ganhava dinheiro, ministrando aulas e usando o mimeógrafo para reproduzir textos escolares. Queria ser marista, mas sem abdicar de ser advogado. Foi enviado para o Seminário de Senhor do Bonfim, na Bahia, para que tirasse o Curso de Direito da cabeça. Em vão. Finalmente os religiosos tiveram que se conformar e, depois de chamá-lo de volta a Caxias do Sul, o dispensaram, antes que proferisse os votos definitivos. Deixou a vida religiosa com outros jovens que queriam cursar a faculdade, mas o grupo se dispersou e ele se viu sozinho. Onde estudar? Escolheu logo a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

E aqui chegou o jovem Celso – que ainda não era Nelson – em busca da Faculdade, que foi procurar na *campus* da ... Cidade Universitária. Não desanimou e finalmente conseguiu aportar no Largo de São Francisco. Era o fim do ano de 1968 e, adentrando as Arcadas, o moço perguntou à primeira pessoa que viu – provavelmente um funcionário – o que era preciso fazer para cursar Direito. O desconhecido olhou para aquele loiro, alto, com cara de alemão, certamente um imigrante, e resolveu complicar:

Você quer estudar Direito para quê?

Quer ser político ou advogado?

Advogado - respondeu o jovem sem a menor hesitação.

Então você não deve estudar aqui. Seu lugar é na PUC.

E assim foi que Nelson (ex-Celso) cursou Direito na PUC.

Foi um novo deslumbramento. Lançava-se nos dias de sua chegada a São Paulo a pedra fundamental do metrô. E o moço interpretou a coincidência como um prenúncio de mudanças radicais para ele também. Ganhou bolsas no cursinho e na Faculdade como melhor aluno. E percebeu que limitar-se ao Direito seria simples demais. Cursou Sociologia com os jesuítas, fez cursos de Teologia e não desprezou a taquigrafia. Manteve a bolsa até perdê-la por ter sido mandado para o oral numa matéria. Quê matéria? Direito do Trabalho... Qual o professor? Cássio Mesquita Barros...

Compensaria esse revês mais tarde, com o convite do próprio professor para trabalhar em seu escritório.

Mas, por enquanto, era preciso pagar a Faculdade. Numa missa na Igreja Nossa Senhora de Loreto, em Vila Medeiros, ouviu o padre João avisando que em

breve se iniciaria o curso preparatório para os exames de admissão ao ginásio. Foi dito e feito: o jovem ex-marista tinha todas as qualificações para ministrar aulas. De tarde, arrumou trabalho num Banco. Começou a ganhar um dinheirinho, até fazer um curso de corretor de valores e passar a vender fundos de investimentos. Com o bom dinheiro arrecadado, trouxe dois irmãos de Santa Catarina, que sustentou e encaminhou na vida. Dois episódios marcantes dessa fase: as maiores vendas, sempre feitas aos irmãos maristas e a triste perda de um prêmio vultuoso como corretor. Tinha uma namorada, à época, reticente sobre a própria idade, que, generosamente, se ofereceu para comprar as ações necessárias à percepção do prêmio. Foi necessário pedir-lhe a cédula de identidade, pela qual, chocado, se deu conta de que a moça tinha dez anos mais do que ele. *Apietas romana* e a caridade cristã falharam naquele momento crucial: e ele perdeu, ao mesmo tempo, o negócio e a namorada...

Formado, a vida profissional ia de vento em popa: o escritório Mesquita Barros/Magano, onde ficou um ano; o Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo, onde foi entrevistado por Lula e trabalhou com Almir Pazzianotto durante cinco anos; concomitantemente, o cargo público de inspetor do Trabalho, do Ministério do Trabalho, no qual se aposentaria. Começou a carreira universitária, agora já na Faculdade de Direito da USP, como orientado do professor Cássio, em Direito do Trabalho, em 1974. Iniciou as atividades acadêmicas, lecionando no Mackenzie, em substituição ao professor Luiz Carlos Robertella, e na UNESP, em Franca. Mais tarde se tornaria professor da Fundação Getúlio Vargas e abriria o Curso Preparatório para Concursos Mannrich e Robertella. Mas, enquanto isso, sua vida pessoal se transformava num calvário.

Casado em 1976, já com uma filha – Luciana – e logo após o nascimento de Celso, o médico lhe comunicou uma verdadeira tragédia: a mulher era portadora de uma grave doença degenerativa, a esclerose múltipla, irreversível e fatal. Em breve, a esposa não conseguiu mais andar e, após alguns meses, ficou relegada permanentemente a uma cama, sobre um colchão de água. Foram anos de sofrimento, em que cuidou dela, dos filhos, da casa, mantendo a família unida apesar das inúmeras dificuldades. Foi enfermeiro, dono de casa, pai e mãe de crianças que só conheceram a pobre criatura, durante um breve período, em cadeira de rodas e depois, pelo resto da vida, inanimada, numa cama. Nesses anos de atribulações, o homem forte, profundamente religioso, educado na disciplina e na fé, forjado pelas dificuldades da vida, lutou e ganhou, junto a seus filhos, ensinando-lhes o amor à mãe. E só mais tarde, sem jamais abandonar a mulher e sempre cuidando dela pessoalmente, refez sua vida ao lado de outra pessoa, que lhe deu outro filho, André.

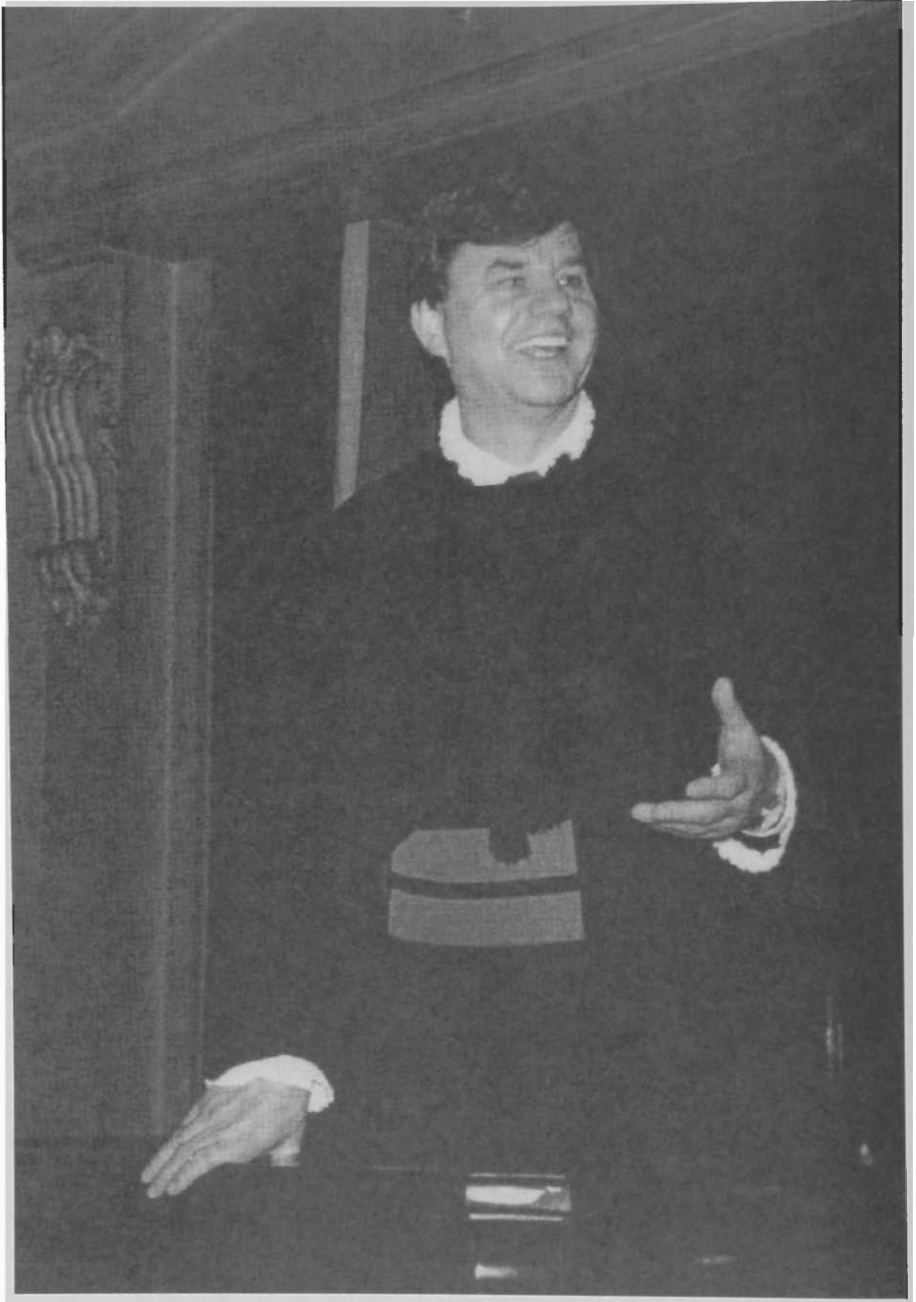
Entre todos esses percalços, consegui defender a dissertação de mestrado, nas Arcadas, em 1982. O doutorado só veio em 1991. A Livre-Docência em 1997 e o cargo de titular, em 1999. Mas sua produção científica sempre foi do mais elevado nível.

Inúmeros artigos de alta qualidade, diversos capítulos de livros, os volumes sobre *Inspecção do Trabalho* e *A Modernização do Contrato de Trabalho*, conferências, palestras, participações em congressos, envolvimento em comissões de estudos e bancas examinadoras e, acima de tudo, as atividades didáticas pelas quais se notabilizou junto aos alunos, que por várias vezes o homenagearam.

Este, Senhoras e Senhores, é o homem, o estudioso, o jurista, o professor que a Congregação da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco se preza de receber hoje. Agora sabemos de onde ele veio e a que veio. E podemos dar a esta cerimônia o sentido adequado à personalidade de um homem probo, justo, generoso, bom, obstinado e lutador que certamente fará, da conquista de hoje, não um ponto de chegada, mas sim um ponto de partida, do qual tomará impulso para enfrentar e vencer desafios ainda maiores.

Sede bem vindo, Professor Titular Nelson Mannrich: *ad sidera!*

São Paulo, 17 de agosto de 2001



*Professor Doutor Nelson Mannrich*



**CONFERÊNCIA DO SENHOR MINISTRO DE ESTADO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, EMBAIXADOR CELSO LAFER, NA CERIMÔNIA DE ENTREGA DO TÍTULO DE *DOUTOR HONORIS CAUSA* PELA UNIVERSIDADE DE BUENOS AIRES - “BRASIL-ARGENTINA UMA RELAÇÃO ESTRATÉGICA: SUA EVOLUÇÃO E PERSPECTIVAS NUM MUNDO EM TRANSFORMAÇÃO”**

Quero expressar inicialmente o profundo reconhecimento e a grande satisfação com que recebo o título de Doutor *Honoris Causa* que o Conselho Superior da Universidade de Buenos Aires decidiu conferir-me. É para mim uma honra adicional receber este título no ano em que a Universidade de Buenos Aires comemora seus 180 anos de existência.

Criada por Bernadino Rivadavia em 1821 – um ano antes, portanto, de proclamada a Independência brasileira – a Universidade de Buenos Aires foi ao longo dos séculos XIX e XX importante centro de pesquisa, ensino e reflexão e, igualmente, caixa de ressonância da história do país. Estou certo de que, juntamente com sua Faculdade de Direito, por onde passou boa parte dos homens públicos argentinos e na qual tantos eminentes juristas lecionaram e lecionam, a Universidade de Buenos Aires continuará, no novo século, a constituir referência obrigatória e vetor diretivo da educação na construção da sociedade argentina.

As razões que levaram a Universidade de Buenos Aires a conceder-me tão alta honraria foram generosamente mencionadas pelo professor Aldo Ferrer em suas palavras de apresentação. Recebo assim este título não só como prestigiosa manifestação de apreço a minha obra acadêmica e a minha vida de intelectual, mas também como expressão de reconhecimento ao meu empenho em prol das relações Brasil-Argentina.

Ao refletir sobre essa dupla motivação registro que a expressão pública inicial desse empenho foi o livro *Argentina e Brasil no Sistema das Relações Internacionais*. Escrito em parceria com meu amigo Felix Peña e publicado, em 1973, com prefácio de Hélio Jaguaribe, um dos tradicionais e recorrentes mentores da aliança estratégica entre nossos dois países, o livro foi editado em Buenos Aires e em São Paulo, num momento de fortes tensões e rivalidades. Ele enfrentava as tendências ao afastamento entre os dois países e já propunha uma aliança estratégica como forma de unir forças e vontades para lidar criativamente na região e no mundo

com os desafios que se colocavam na agenda internacional para os países em desenvolvimento.

Esse primeiro empenho demonstra como, ao longo de minha trajetória, a vocação acadêmica esteve sempre associada ao interesse pelos acontecimentos e ao sentimento de que a ação tem no trabalho intelectual um complemento necessário. Testemunha, por outro lado, uma característica comum à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, minha *alma mater*, e à Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires. Ambas são instituições que, para além da excelência acadêmica que lhes é reconhecida, destacam-se igualmente por sua importância histórica como centros formadores de nossas nacionalidades.

Por isso, a distinção que hoje recebo tem um significado especial para um antigo aluno e hoje professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Fundada em 1827, seis anos depois da Universidade de Buenos Aires, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, como é conhecida, sempre desempenhou importante papel na cultura, no direito e na política de meu país, isso já muito antes de integrar-se à Universidade de São Paulo, criada em 1934.

A referência à Faculdade de Direito de São Paulo oferece-me ocasião para mencionar dois ilustres brasileiros, com vínculos especiais com a Argentina e que também freqüentaram, como alunos, as arcadas do Largo de São Francisco. Refiro-me a Rui Barbosa e ao Barão do Rio Branco.

Rui Barbosa foi designado em 1916, pelo presidente Venceslau Brás, Embaixador Extraordinário para a comemoração do primeiro centenário da Proclamação da Independência da República Argentina. Naquela ocasião, findas as festividades, pronunciou na Faculdade de Direito de Buenos Aires, ao receber o título de *Professor Honoris Causa*, importantíssima conferência intitulada *Conceptos Modernos de Derecho Internacional*, que ficou conhecida posteriormente como *O Dever dos Neutros*. Demonstrando conhecer a fundo o país cujo centenário de Independência se celebrava, Rui Barbosa fez então aprofundada análise da formação da sociedade argentina.

Ao tratar especificamente do tema da neutralidade, realçava que esta, em função das interdependências crescentes, não poderia resultar de uma postura de indiferença, mas, ao contrário, requeria o valor justiça, vetor fundamental do Direito também no plano internacional.

A permanência de Rui em solo argentino é breve, porém intensa, e oferece-lhe oportunidade para examinar de forma detida os aspectos mais relevantes do relacionamento bilateral. Ao apresentar suas credenciais ao presidente Victorino de

la Plaza, sublinha a necessidade de que os antagonismos aparentes se resolvam “por mútuas concessões” E prossegue: *“Estas as condições em que se podem e devem desenvolver, paralela e cooperativamente, a República Argentina e o Brasil, dos quais não se errará, dizendo que tudo na sua situação natural os aproxima, e só uma inteligência superficial das suas necessidades os poderia desunir.”*

Em discurso proferido no Jockey Club, durante banquete em homenagem ao presidente argentino, Rui afirma que a política que inspira o Governo brasileiro é de paz e fraternidade para com a República Argentina *“sua grande irmã, primogênita nas instituições, mas companheira, amiga inseparável e imprescindível colaboradora na obra da civilização, da paz e da honra americana”* E prossegue, num rasgo de admirável presciência: *“só me resta desejar, aguardar, confiar que os dois governos, entrando reciprocamente no campo das medidas que devem converter essas aspirações profundas entre os dois povos em realidades irretratáveis de parte a parte, completem o esboço inicial do ABC com as grandes conseqüências práticas de uma colaboração geral em uma vasta construção contratual das novas instituições internacionais na ordem política, na ordem econômica, na ordem jurídica, pelas quais está chamando o papel destas democracias latino-americanas como precursoras do futuro, que há de submeter o mundo ao divino princípio da resolução de todos os problemas humanos segundo as leis da persuasão, da justiça e da solidariedade.”*

A mesma confiança no importante potencial de cooperação entre Brasil e Argentina é sublinhado por outro antigo aluno do Largo de São Francisco, o Barão de Rio Branco, patrono da Diplomacia brasileira. No discurso que proferiu ao ser homenageado pelos corpos docente e discente da Faculdade de Direito de São Paulo, em 5 de outubro de 1907, saudado por Pedro Lessa, um de meus ilustres antecessores na Cátedra de Filosofia do Direito, Rio Branco afirmou que a Faculdade foi o lugar em que verdadeiramente aprendeu “as regras do Direito e do dever.”

Dentre tais regras, era especialmente cara a Rio Branco aquela que ressalta a importância da paz para o desenvolvimento dos povos, em especial para as nações novas do continente sul-americano. Rio Branco teve como parceiro na construção do entendimento entre os nossos dois países o ilustre diplomata e homem público argentino Ramón Cárcano. Este foi grande amigo seu desde muito jovem, como relata Rosendo Fraga no seu recente livro *Ramón Cárcano diplomático – La história como instrumento de la diplomacia*, editado pelo Conselho Argentino para as Relações Internacionais – CARI, órgão dirigido pelo Embaixador Carlos Muñiz, grande referência da diplomacia argentina e do entendimento entre nossos dois países.

Em discurso proferido em abril de 1909, por ocasião do seu sexagésimo aniversário, Rio Branco criticava duramente aqueles que se entregam “à loucura das hegemonias ou ao delírio das grandezas pela prepotência”, acrescentando: “*Estou persuadido de que o Brasil do futuro há de continuar invariavelmente a confiar acima de tudo na força do Direito e do bom senso*”

Tal convicção traduziria para Rio Branco um dos vetores fundamentais da inserção do país na região e no mundo, pois “*a nação brasileira só ambiciona engrandecer-se pelas obras fecundas da paz, com os seus próprios elementos, dentro das fronteiras em que se fala a língua dos seus maiores, e quer vir a ser forte entre vizinhos grandes e fortes, por honra de todos nós e por segurança do nosso continente.*” Nesse contexto, é significativo o interesse de Rio Branco em promover, por meio de um *Tratado de cordial inteligência e de arbitramento entre Brasil, Argentina e Chile*, o chamado A.B.C., - a que fez referência Rui Barbosa no discurso que mencionei - a incipiente - estamos em 1909 - noção de integração regional, fundamentada num instrumento que permitisse “assegurar a paz e estimular o progresso da América do Sul”

As palavras de Rio Branco ilustram uma visão do Brasil e de sua forma de inserção no mundo. Elas moldaram a maneira do agir diplomático do país e da condução de nossa política externa, que está permeada, no meu entender, por uma leitura essencialmente grociana da realidade internacional. Conflito e cooperação podem ser geridos pelo Direito e pela Diplomacia, que são meios de reduzir o impacto da política de poder e lidar com os riscos de anarquia inerentes à dinâmica de funcionamento do sistema internacional.

As reflexões de Rui e de Rio Branco são pertinentes para minha exposição esta noite e também estão ligadas à minha trajetória de Professor.

É a correlação entre a legitimidade do poder e a justiça da norma que a torna plenamente realizável. Por isso, nas minhas atividades acadêmicas e de homem público venho destacando a determinante confluência entre a Filosofia do Direito e a Filosofia Política. Seguindo a lição de Norberto Bobbio, creio que democracia e direitos humanos, no plano interno, e paz, no plano internacional, operam numa dialética de mútua implicação e polaridade - para recorrer à terminologia de Miguel Reale, meu mestre e antecessor na Cátedra de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito de São Paulo.

É por esse motivo que vejo na elevação do patamar de entendimento entre nossos dois países - que devemos na década de 80 à clarividência dos presidentes Raúl Alfonsín e José Sarney - um lastro axiológico excepcional. Com efeito, ambos

primeiros mandatários foram guiados pela “idéia-força” de que a aliança entre o Brasil e a Argentina era um caminho seguro para a democracia, os direitos humanos e a paz – temas recorrentes do meu percurso de intelectual e de homem público.

Posteriormente, o Mercosul aprofundou e alargou essa visão, nas condições trazidas pela mudança do sistema internacional produzidas pelo fim da Guerra Fria. Para seus membros, passou este a representar, na década de 90, uma maneira de ser e estar no mundo, seja no plano político, seja no plano econômico, seja no dos valores.

O Mercosul, que adquiriu a dimensão superior de uma política de estado, tanto para a Argentina, nas Presidências Carlos Menem e Fernando de la Rúa, quanto para o Brasil, nas Presidências Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, é um ordenamento jurídico de integração. Nesse sentido, observo que a correspondência entre as normas jurídicas e a realidade internacional não é automática, em função da distribuição individual de poder entre os Estados.

Como estudioso do Direito Internacional Econômico, não-desconheço a força e o papel da reciprocidade dos interesses e o que significam os riscos e as possibilidades inerentes à criação e aplicação das normas de direito internacional econômico. Essas, como verifiquei com base na minha experiência na OMC, são muito mais inteligíveis à luz da lógica de uma “jurisprudência de interesses” do que sob o estrito ângulo de uma “jurisprudência de conceitos”

No trato do aleatório e da conjuntura inerente à vida econômica, é possível ter dois tipos de atitudes na calibração de um ordenamento jurídico, para lançar mão de conceito utilizado por Tércio Sampaio Ferraz. A primeira é a de lidar com os riscos de conjuntura, qualificando o compromisso e o empenho dos estados e permitindo conseqüentemente a suspensão da aplicação das normas em função de circunstâncias excepcionais. São as salvaguardas de risco – os “waivers” e as “escape clauses” – contempladas, por exemplo, em vários dispositivos dos acordos do FMI e da OMC.

A segunda atitude está ligada às técnicas voltadas para planejar o cumprimento das obrigações, que permitem conservar a reciprocidade dos interesses que os motivaram, mediante a adaptação do ordenamento aos acidentes da conjuntura e do aleatório. São as salvaguardas de desempenho, que não buscam a suspensão da aplicação das normas, mas sim meios e modos de aplicá-las, mesmo em circunstâncias que requerem a gestão de riscos. Tais são, por exemplo, as salvaguardas da Agência Internacional de Energia Atômica, que não têm como objetivo impedir a utilização da energia nuclear, mas antes resguardar o perigo de seu desvirtuamento para fins militares.

O Mercosul, por sua natureza e por ser um instrumento jurídico que cuida de relações de longa duração e execução continuada, não é um contrato comercial um acordo internacional que trata apenas de compras e vendas entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. É tecnicamente um contrato plurilateral, onde o elemento fundamental é o objetivo comum. Este tem uma função instrumental no sentido de que a satisfação do interesse dos países contratantes passa pela realização do escopo que compartilham - “comunione adferunt” como ensinava Hugo Grócio.

Faço essas observações por acreditar que, nessa fase difícil pela qual passa o Mercosul, nosso caminho deve ser o de trabalhar e enfatizar as salvaguardas de desempenho. Estas constituem uma regra de calibração que evita a desintegração do ordenamento e permite o seu funcionamento em novas condições de temperatura e pressão. Na construção de tais salvaguardas precisamos ser conduzidos pela sabedoria das adaptações criativas, sem nunca perder o horizonte de “visão de futuro” que nos guia em torno do nosso projeto comum.

Ao tratar das categorias de calibração do ordenamento jurídico do Mercosul, estou indicando um caminho, ciente da complexidade da realidade e de como é desafiante o embate entre os conceitos e as práticas. Os “universais” dos conceitos são fugidios e não apenas no campo jurídico. É por isso que considero heurística a importância atribuída por Hannah Arendt, com base em Kant, aos juízos reflexivos, voltados para extrair das particularidades das situações e das conjunturas o seu alcance universal. Em outras palavras, como disse Albert O. Hirschman ao concluir, em 10 de novembro de 1989, seu discurso de agradecimento ao receber o Doutorado Honoris Causa desta mesma Universidade: a definição ou a escolha de “one best way” é não apenas problemática, mas também inadequada se utilizada como principal elemento norteador dos objetivos maiores do desenvolvimento, uma das idéias-força no relacionamento bilateral.

Na procura desse alcance, penso, no entanto, com Bobbio, que a História não recomeça “ex novo” a cada dez anos, e que existem “forças profundas” que moldam a diplomacia sul-americana e as relações argentino-brasileiras. É, portanto, para o significado dessas “forças profundas” que passo agora a dirigir a minha atenção, enfatizando o repertório comum de interesses convergentes.

Suas manifestações, no mais alto nível político dos dois países, têm início no limiar do século XX com a visita que o presidente Julio Argentino Roca fez ao Brasil em 1899 e naquela que o presidente Manuel Ferçaz de Campos Salles realizou a Argentina em 1900. Como observou Luiz Felipe de Seixas Corrêa em livro

comemorativo do centenário desse intercâmbio, as duas visitas representariam “*acima de tudo uma antevisão do processo de integração, que só muitas décadas mais tarde viria a se instalar na relação*” É particularmente significativa, a esse respeito, a declaração do presidente Juliô Roca no Rio de Janeiro frente a legisladores brasileiros: “Brasil e Argentina devem unir-se com laços da mais profunda amizade, porque juntos serão ricos, fortes, poderosos e livres”

A Diplomacia presidencial como evento estruturador da agenda diplomática entre os dois países tem também como exemplo as visitas do presidente argentino Agustín Justo ao Brasil, em 1933, reciprocada pelo presidente Getúlio Vargas dois anos mais tarde. A visita de Vargas foi um marco da importância atribuída por seu Governo às relações com a América do Sul, como se pode verificar em inúmeras passagens do seu Diário.

A assinatura do Pacto Anti-bélico foi o ponto de destaque da visita do Presidente Justo, descrita em seu relatório ao Congresso em 1934 nos seguintes termos: “*respondiendo a los mismos anhelos de paz y armonía internacional se há reanudado una de las mejores tradiciones de nuestra vida diplomática, estrechando relaciones de amistad con países a los que debemos considerarnos atraídos por sentimientos y intereses convergentes*”

Lastreada em antecedentes históricos dessa ordem, a prioridade dada pela política externa brasileira à Argentina permanece um dado incontestável de nosso relacionamento bilateral. Ao tomar posse como Chanceler do Brasil em 29 de janeiro do corrente ano, procurei dar o devido realce a essa orientação ao reafirmar “*a aliança estratégica com a Argentina como uma das linhas mestras da política exterior do presidente Fernando Henrique, fator decisivo para a evolução do Mercosul e um dos dados-chave da equação sul-americana.*”

Para mim, essa caracterização tem um significado que vai além da reafirmação, na capacidade de ministro das Relações Exteriores, de uma diretriz essencial do Governo Fernando Henrique Cardoso. Como acabo de assinalar, encontro uma identificação pessoal, baseada no pensamento e nas reflexões que desenvolvi ao longo de minha trajetória na promoção de relações de caráter especial entre o Brasil e a Argentina marcadas pela noção de uma parceria estratégica. Tal caracterização hoje se justifica, tanto pela amizade e solidariedade entre nossos povos, quanto pelo interesse comum em eliminar a pobreza e a exclusão de nossas sociedades. Torna-se essencial, assim, fortalecer nossas condições de inserção num mundo que simultaneamente se globaliza e se regionaliza.

É esta a visão, realçada pelo professor Aldo Ferrer em sua apresentação, que com relação à Argentina sempre norteou minha atuação. Destaco, aliás, que minha visão tem sido adensada por um contínuo diálogo com o professor Ferrer – a quem conheci há muitos anos por intermédio de Hélio Jaguaribe. Desde então sempre admirei sua integridade de caráter, a seriedade de sua pesquisa e a clareza de seu pensamento. São virtudes que se refletem em seus trabalhos sobre a economia argentina, a globalização, a integração econômica da América Latina, entre outros temas, e que eu próprio testemunhei na prática, quando participei, de 1986 a 1987, do Grupo de Personalidades convocado pela OEA para assessorar o secretário-geral da Organização. Com efeito, o grupo teve como relator o professor Ferrer e o nosso documento conclusivo, intitulado “Desarrollo Integral y Democracia en América Latina y el Caribe” que a ele tanto deve, antecipou muitos dos desafios da década de 90.

Na idealização e implementação dessa política entre Brasil e Argentina e, num sentido mais amplo, na sua expressão no contexto sul-americano, hemisférico e global, tenho a satisfação e o orgulho de compartilhar a perspectiva de nomes ilustres. Remontam eles, como assinalai, a Rio Branco e Rui Barbosa. Esta perspectiva também encontra identificação contemporânea, na Academia e no Governo, em personalidades como, para citar apenas algumas, André Franco Montoro, Hélio Jaguaribe e, naturalmente, o próprio presidente Fernando Henrique Cardoso, a quem acompanhei, quando desempenhávamos funções exclusivamente acadêmicas, em inúmeros seminários em Buenos Aires.

Fernando Henrique Cardoso foi, desde os anos 50, como ele mesmo afirmou em entrevista a Roberto Pompeu de Toledo que constitui o livro *O Presidente segundo o Sociólogo*, um homem consistentemente voltado para a Argentina, inclusive pelos laços de amizade e de parceria intelectual com os professores Gino Germani e Torcuato di Tella. Esta postura do intelectual foi reiterada no campo de ação pelo homem público, seja como ministro das Relações Exteriores, seja como titular da Fazenda, culminando no sentido de direção que vem imprimindo à política externa brasileira na sua lúcida Presidência.

No extenso rol das manifestações de afinidade entre nossos dois países que tenho aqui referido, destaco ainda duas outras declarações em momentos igualmente ricos de significado. A primeira, datada de 12 de julho de 1908, tem como pano de fundo uma atividade que se mantém até os dias de hoje como um bastião de rivalidade entre nós e conseqüentemente continua a mobilizar profundamente as emoções de nossos povos, embora, neste caso, justificada e saudavelmente.



Trata-se de uma visita ao Brasil de equipe de futebolistas argentinos, homenageados por Rio Branco, ministro das Relações Exteriores, em almoço no Palácio Itamaraty, no Rio de Janeiro, com a presença do ministro argentino. Destaco as palavras então pronunciadas pelo Chefe da Diplomacia brasileira que, ao rebater opiniões de “jornalistas mal-informados”, afirmou: *“todos aqui desejamos ardentemente que a República Argentina inteira tenha confiança na nossa leal amizade e a ela corresponda com a mesma cordialidade com que lhe desejamos sempre toda as prosperidades e todas as glórias da paz”*

A segunda manifestação ocorre no contexto da visita de Horácio Lafer, então chanceler do presidente Juscelino Kubitschek, a esta capital em novembro de 1959, quando, ao condecorar o presidente Arturo Frondizi com a Ordem do Cruzeiro do Sul, destacou que *“nunca, como hoje, as relações entre a Argentina e o Brasil formaram um céu despido de nuvens e de sombras. As nossas classes militares se conhecem, se respeitam e sabem que poderão estar um dia juntas, contra qualquer perigo comum, sempre ombro a ombro, jamais face a face. Os nossos políticos e dirigentes estão cada vez mais entrelaçados por estima recíproca. Nossas economias são complementares e não concorrentes. Nossos povos enfrentam os mesmos problemas e anseiam pelos mesmos ideais. Queremos, por isso mesmo, para o outro, o que desejamos para nós mesmos”*

Na mesma visita, o chanceler firmou Protocolo de Consulta cuja pertinência permanece inalterada, ao determinar, entre outros pontos, consultas cada vez mais freqüentes entre os dois Governos “para o assuntos de âmbito internacional que possam ser, direta ou indiretamente, do interesse dos seus países” assim como “ter sempre em vista a conveniência de manter uma atuação coordenada dos seus representantes diplomáticos, especialmente no tratamento de problemas comuns aos Estados Americanos”

Em ambos casos, fica a nítida impressão de que tais palavras poderiam haver sido pronunciadas ou acordadas em nossos dias, tal a sua atualidade. Assim como inúmeras outras manifestações ao longo dos anos, creio que essas palavras são a seu modo reveladoras da profundidade da aspiração de maior proximidade entre os dois países e da consciência de sua comunidade de interesses. No caso da visita do chanceler Horácio Lafer a Buenos Aires, vale observar que dela resultou, meses mais tarde, o encontro de Uruguaiana entre os presidentes Frondizi e Jânio Quadros, momento de grande convergência entre os dois países, que até hoje tem reverberações positivas e que por isso menciono com gosto nesta exposição. Recordo a propósito o relato que

daquele momento faz Oscar Camilión em seu recente livro *Memorias Políticas – De Frondizi a Menem (1956-1996)*, no qual também dá conta de sua ação diplomática em prol do entendimento entre os dois países. Aponto igualmente os desdobramentos conceituais desse encontro contidos na Declaração firmada em 15 de novembro de 1961, em Buenos Aires, pelos chanceleres Miguel Ángel Cárcano e San Tiago Dantas.

Não há hoje qualquer dúvida quanto ao caráter único e à singular importância das relações Brasil-Argentina para cada um dos nossos países. São relações que se refletem em praticamente todos os aspectos da vida nacional dos dois países, encontram sua base na comunhão de valores existente entre ambos e têm no Mercosul o seu projeto internacional mais relevante – elementos que estão na base da sua caracterização como uma aliança estratégica. Aprofundá-la e torná-la ainda mais densa é um objetivo de primeira ordem.

É o que estamos fazendo, levando plenamente em conta os difíceis desafios conjunturais que se nos antepõem, contribuindo para que a economia argentina encontre novamente o caminho do crescimento sustentável e da competitividade. Para o Brasil, uma Argentina forte e próspera é hoje um dado essencial, com impacto sobre o próprio projeto nacional, tendo em vista não-só o grau de interligação das duas economias mas também sua projeção externa. Esta passa pela consolidação do Mercosul, transita pela participação conjunta nas negociações em torno de uma área de livre comércio nas Américas e é um dado-chave para acordos de associação inter-regional, como aqueles que atualmente se negociam entre o Mercosul e a Comunidade Andina (CAN) e entre o Mercosul e a União Européia. Em poucas palavras, é isso tudo que nos dá a credibilidade de um “soft power”, indispensável para vida internacional contemporânea.

É também o que estamos fazendo em toda a gama de nossas relações bilaterais, cada vez mais marcadas pela consulta e coordenação de políticas e posições. Essa prática foi preconizada, como recordei há pouco, pelo Protocolo de Consulta firmado em 1959. Segui essa mesma diretriz em 1992, quando ocupei pela primeira vez a pasta das Relações Exteriores, nos meus entendimentos com o então chanceler do presidente Menem, Guido di Tella. Na ocasião, tive a satisfação de ser o responsável do lado brasileiro, pelo calendário de Las Leñas – etapa importante do processo Mercosul. Mantive-a em 1999, em momento delicado, quando fui Ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio do presidente Cardoso. Como titular do Ministério das Relações Exteriores desde janeiro deste ano, a ela sou escrupulosamente fiel nos permanentes contatos com meu amigo e parceiro, o chanceler do presidente

Fernando de la Rúa, Adalberto Rodríguez Giavarini. As consultas que hoje mantemos abarcam campos como a coordenação macroeconômica; a cooperação consular e a realização de consultas regulares sobre os assuntos políticos da agenda internacional regional e global.

Essas são medidas que não apenas adensam as relações e contribuem para uma integração cada vez mais tangível e benéfica, mas também preparam nossos países para melhor enfrentar os desafios do mundo contemporâneo, marcado por uma permeabilidade entre os assuntos “internos” e “externos” muito maior do que no passado. Dos debates na OMC às ameaças à estabilidade democrática em nossa própria região. Das novas formas de protecionismo aos novos desenvolvimentos no campo do desarmamento e da não-proliferação e suas implicações para o quadro estratégico mundial. Dos vários foros de negociações globais — como clima, florestas, racismo, questões de saúde pública — aos questionamentos cada vez mais freqüentes da sociedade civil mundial à globalização e à universalização de certas regras de convivência internacional. Todas essas são questões para nós relevantes, pois de uma ou de outra forma nos afetam, como Estados soberanos, como parceiros estratégicos, como membros do Mercosul, como partes de uma região de características próprias - a América do Sul, e como países latino-americanos com interesses gerais e universais.

Como parceiros num projeto comum de integração e de inserção internacional, Brasil e Argentina também devem empenhar-se na articulação do nosso espaço no continente sul-americano, articulação que a meu ver representa tanto um desdobramento natural da crescente vinculação bilateral e no âmbito do Mercosul, quanto um elemento catalisador de crescimento e desenvolvimento econômico e comercial da nossa região.

De fato, a geografia impõe-se cada vez mais como um fator fundamental não só no que diz respeito à proximidade de mercados, mas também ao aproveitamento de sinergias nos campos de energia e transportes, contribuindo para reduzir custos e aumentar a eficiência de produção, com benefícios tangíveis para o comércio inter- e extra-regional. Se em outros momentos de nossas relações bilaterais houve alguma tendência a tratar o fator geográfico pelo ângulo da geopolítica como ramo da estratégia militar, hoje, com ambas sociedades vivendo sob o signo da democracia, o enfoque é necessariamente geoeconômico.

O aproveitamento dos recursos hídricos na Bacia do Prata é ilustrativo a esse respeito. Tema a seu tempo marcado pela controvérsia entre ambos países sobre como aproveitar tais recursos em zonas limítrofes, hoje é objeto de intensa cooperação,

que abarca não apenas as áreas de interconexão energética – questão essencial, sobretudo no atual contexto de escassez no Brasil – mas também outras, como meio ambiente e desenvolvimento fronteiriço. É sem dúvida um exemplo marcante do que costumo chamar a transformação das *fronteiras de separação* em *fronteiras de cooperação*.

Esse processo de integração que busca fazer a melhor economia de nossa geografia encontra-se em curso, em maior ou menor grau e intensidade, entre todos os países limítrofes do continente sul-americano e constituiu um dos principais pontos objeto da Reunião de Presidentes realizada em Brasília em setembro de 2000 por iniciativa do presidente Fernando Henrique Cardoso. Um seguimento oportuno e adequado da Reunião de Brasília afigura-se, conseqüentemente, elemento fundamental para a crescente integração da infra-estrutura do espaço geo-econômico regional e sub-regional. Estamos empenhados nessa tarefa que, no entanto, para ser bem-sucedida necessita, naturalmente, da continuidade do apoio e do engajamento por parte de nossos vizinhos.

Consideramos a integração da América do Sul condição essencial para o desenvolvimento sustentável da região. A ampliação da integração econômica pressupõe o fortalecimento da integração física entre os países sul-americanos. É necessário construir, melhorar e ampliar rodovias; ferrovias, hidrovias, portos, aeroportos, gasodutos e oleodutos, além de integrar as redes de energia e de telecomunicações, de forma a facilitar o intercâmbio de bens, pessoas e informações entre os países da região e deles para o resto do mundo. A formulação de um plano baseado num conjunto de projetos de infra-estrutura moderna e eficiente tem-se inspirado no conceito de *Eixos de Integração e Desenvolvimento*, tendo como foco o desenvolvimento sustentável da região, que inclui os aspectos econômicos, sociais, ambientais e tecnológicos. Tive ocasião de tratar de pontos como esses, relativos à integração da infra-estrutura da América do Sul, em recente artigo, publicado no jornal *La Nación* em 7 do corrente mês de agosto.

Por todas essas razões, posso afirmar com segurança que hoje, apesar das dificuldades que o atual contexto nos reserva, temos uma agenda comum, concreta e relevante de aprofundamento tanto das relações bilaterais quanto das do Mercosul.

A integração entre os dois países seguirá em frente, por exemplo - e entre tantas outras áreas:

- (i) na associação de cadeias produtivas para aumentar a competitividade dos nossos produtos em nossos próprios mercados e fora deles;
- (ii) na exploração conjunta de terceiros mercados, através da definição

de estratégias comuns de promoção comercial; na área de grande sensibilidade e potencial protecionista representada pelo controle zoossanitário e fitossanitário, de fundamental importância para dois países que não apenas são os maiores produtores agropecuários da América Latina, como grandes fregueses um do outro, onde há uma extensa agenda de providências conjuntas a tomar, incluindo a promoção da imagem externa de ambos os países como produtores agrícolas e a coordenação e interação em negociações internacionais;

(iii) na coordenação macroeconômica;

(iv) na área nuclear, em que tanto se avançou na construção da confiança e que já constitui um domínio de cooperação ativa na pesquisa e desenvolvimento tecnológico e industrial, hoje fortalecida pela assinatura da declaração sobre a criação da ABAEN, que muito deve, do lado argentino, às iniciativas do professor Aldo Ferrer; a ABAEN será uma agência binacional que refletirá na área da cooperação o que a Agência Brasileiro-Argentina de Contabilidade e Controle, a ABACC - cujos dez anos de existência hoje também comemoramos - representa na área da inspeção e transparência;

(v) nos campos da livre circulação de pessoas e da facilitação de trâmites consulares e notariais, que tantas dificuldades e entraves ainda impõem aos nossos turistas, empresários, estudantes, e artistas.

Esses são objetivos que estimo coerentes e condizentes com o porte que hoje assume a relação Brasil-Argentina, verdadeira parceria de grande alcance que nos fortalece mutuamente, facilita nossa inserção no mundo e constitui um dado-chave da estabilidade política e do crescimento econômico sustentável na América do Sul. Trabalhar em prol de sua consolidação é para mim, além do fiel cumprimento da orientação do presidente Fernando Henrique Cardoso, um ato de fé nas minhas próprias convicções como estudioso de política externa e relações internacionais, assim como nas forças profundas de amizade e identificação que unem nossos dois povos.

Argentina, Buenos Aires, 14 de agosto de 2001



# **CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS**





## GOFFREDO TELLES JÚNIOR: A POESIA DO DIREITO

*Guilherme Assis de Almeida*

Professor Doutor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do  
Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

1.

“Este pátio de pedra é o jardim dos meus sonhos”

Acredito que esta singela frase é a precisa síntese do pensamento jurídico de Goffredo Telles Júnior.

O pátio, a que Goffredo faz referência, é o pátio das Arcadas, aqui que Goffredo desenvolveu toda sua carreira intelectual, nunca como Professor, mas sempre como aluno<sup>1</sup>. Esta postura existencial e intelectual está incorporada no modo de vida de Goffredo, assim não é por acaso que sua obra autobiográfica tem como subtítulo “Memórias de um Estudante”

2.

Seu mais recente livro “Iniciação na Ciência do Direito”<sup>2</sup> representa a essência de tudo o que Goffredo pensa sobre o Direito, atrevo-me a dizer que esta obra é seu testamento jurídico-poético, nela Goffredo explicita o modo, através do qual enxerga o Direito e convida o leitor a compartilhar deste olhar. Goffredo sabe e a física quântica prova cientificamente que todo fenômeno material transforma-se de acordo com a perspectiva do observador.<sup>3</sup>

Para Goffredo o Direito não é uma mera Ciência, mas uma Ciência poética. Poesia enquanto arte do possível que se diferencia do real. Assim o Direito

---

1. “Uma vez aluno nunca mais ex-aluno, mais sempre antigo aluno” é a frase que Goffredo costuma dizer para seus colegas

2. Trata-se do livro: TELLES JR., Goffredo *Iniciação na Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

3. Para compreender esta assertiva da física quântica, consulte GOSWAMI, Amit e GOSWAMI, Maggie e REED, Richard E. *O Universo Autoconsciente* como a consciência cria o mundo material. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 1998.

parte do real mas almeja o possível<sup>4</sup> O possível é sempre melhor do que o real, é o que potencialmente podemos atingir, ainda não é realidade presente, mas perspectiva futura.

No dia 11 de agosto de 1977, Goffredo tornou de conhecimento público, no lotado pátio das Arcadas, a “Carta aos Brasileiros” esta representou, sem a menor sombra de dúvida, o primeiro ato juspoético da História Política brasileira.

### 3.

Em 1977, estávamos em plena Ditadura Militar. Recapitulando os principais fatos deste período: outubro de 1975 o jornalista Vladimir Herzog foi assassinado pelas forças da repressão, janeiro de 1976 foi a vez de Manuel Fiel Filho, do Sindicato dos Metalúrgicos, abril de 1977, o presidente Ernesto Geisel decreta o “Pacote de Abril” fechando o Congresso Nacional.

É nesse estado de coisas que Goffredo leu a “Carta aos Brasileiros”, exigindo o imediato retorno do Estado de Direito. De acordo com as próprias palavras de Goffredo a “Carta aos Brasileiros” foi considerada dentro da “massa de manobra” da Ditadura Militar, isto ocorreu porque a “Carta” não é um manifesto político, mas um texto juspoético.

Explica Olavo de Carvalho que a poesia tem credibilidade pela sua magia e “faz o ouvinte *participar* de um mundo de percepções, evocações, sentimentos, de modo que, não existindo hiato entre o poeta e seu público, a comunhão espiritual e contemplativa – de vivências *é como se a própria vida falasse*.”<sup>5</sup>

A “Carta aos Brasileiros” cumpriu sua missão, o público ouvinte imergiu numa aura poética que reacendeu as esperanças do retorno da democracia.

### 4.

A “Carta aos Brasileiros” é a mais marcante aparição pública da Poesia do Direito e a “Iniciação na Ciência do Direito” um marco deste “velho e sempre novo” ramo do Direito.

Por iniciação devemos entender:

“A palavra iniciação é uma palavra carregada de sentido. Eu a emprego pensando no que dizia Políbio, quando apontou que em todo assunto a

4. Nunca é demais lembrar este pátio de pedra é o jardim de meus sonhos...

5. CARVALHO, Olavo de *Aristóteles em Nova Perspectiva* Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 1996, p. 49

principal preocupação devia ser a de bem começar. Por esta razão, afirmava Políbio, o começo não é apenas a metade do todo, mas entranha-se no fim (Políbio, *História*, V, 32). É a hierarquia da Ética, da Justiça e da Liberdade a lição que o professor Goffredo soube inserir e entranhar na sensibilidade das sucessivas gerações dos seus alunos.”<sup>6</sup>

A organização dos capítulos de “Iniciação na Ciência do Direito” é um convite a compartilhar o pensamento juspoético de Goffredo. O livro divide-se em cinco partes: 1. A ordem e a desordem. As normas e a normalidade; 2. A norma jurídica: o Direito objetivo; 3. o Direito subjetivo; 4. a Justiça; 5. a definição do Direito. Na sua iniciação Goffredo apresenta o Direito (objetivo e subjetivo) e o recheia de poesia ao ligá-lo, de modo imprescindível, a Justiça, na última parte o autor explicita sua definição pessoal.

Goffredo esclarece que a palavra Direito possui três significados: 1. como imperativo autorizante (Direito objetivo); 2. enquanto permissão concedida por meio de norma jurídica (Direito subjetivo); 3. designando uma qualidade especial o justo segundo a lei.

Goffredo é um excelente orientador, não deixa dúvidas para seus alunos, o Direito e o justo estão essencialmente ligados. O sentido do justo será encontrado no exercício da interpretação.

“Miguel Reale escreveu: “*Uma norma é sua interpretação*” Impossível dizer melhor ( *Filosofia do Direito*, 5ª ed., Parte II, Título X, Capítulo XXXVIII, n. 124).”<sup>7</sup>

Goffredo mostra como deve ser feita a interpretação:

“Mas é evidente que a interpretação há de ser *correta*. Há de ser uma interpretação de jurista, ou seja, uma interpretação preocupada com a intenção e o espírito da lei, que nem sempre coincide com o estricte sentido literal da mesma.”<sup>8</sup>

(...)

“A verdadeira compreensão das leis, a sábia interpretação delas, a sua aplicação prudente ao caso concreto, não depende de erudição apenas, mas de sabedoria, “*not knowledge, but Wisdow*”, daquela “*sabedoria profunda e silenciosa*, de que falam os pensadores.

Valendo-se da *lógica do razoável*, o juiz fará uma Justiça que “*excede*

---

6. LAFER, Celso “A *Folha Dobrada* de Goffredo Telles Júnior” em *Revista da Faculdade de Direito*, v. 95, pp. 461 e 462.

7. TELLES JR., Goffredo “Iniciação na Ciência do Direito”. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 366.

8. TELLES JR., Goffredo obra citada. p. 367.

a justiça dos escribas e dos fariseus” a que se referiu Jesus, no “Sermão da Montanha.”<sup>9</sup>

5.

No último capítulo, Goffredo reafirma sua conhecida definição do Direito, enquanto disciplina da convivência humana:

“Mas, para a ordem na comunidade, o Direito é a *disciplina da convivência* por excelência. É importantíssima. Dela depende o reino efetivo do *bem comum* e o empenho da *Justiça* no entrelaço dos interesses. Dela dependem as garantias do *respeito pelo próximo*, ou seja, do respeito de cada um pelas pessoas e pelos direitos dos outros, assim como do respeito dos outros pela pessoa e pelos direitos de cada um. Dela depende a correlação impositiva entre direitos e deveres.”<sup>10</sup>

Imprescindível atentar para o fato que no pensamento de Goffredo, quando não-existe convivência, o Direito perde sua razão de ser, pois já não tem sobre o que se debruçar. Nos sombrios tempos atuais, que Hobsbawm caracteriza como a época do “individualismo associal” O Direito corre perigo...

Teilhard de Chardin diz que a Humanidade sofrerá uma transformação equivalente a descoberta do fogo, quando descobrirmos a energia do amor. Goffredo sabe disso, e tem plena consciência de que esta é a forma de zelar pela continuidade da disciplina da convivência humana:

“O amor pelo próximo é princípio subliminar da ordem. É o sentimento primeiríssimo, o primeiríssimo elã da alma, dos que são levados a conviver numa comunidade. Mesmo quando obumbrado, não bem percebido ou expresso, ele é o cimento subjacente da união dos seres na sociedade. É o elo tácito da comunhão humana

Em verdade, o amor constitui, no ímo da consciência de legisladores e intérpretes, a matriz silenciosa, o submerso manancial, a inspiração geradora da *disciplina da convivência*. É a origem mais pura, mais profunda da legislação: a causa das suas causas.

É a fonte natural do Direito.”<sup>11</sup>

6.

A poesia do Direito de Goffredo por se localizar no terreno do possível ao invés do real, não é de fácil compreensão. Goffredo, em essência, é um poeta-profeta que antecipa o porvir.

9. TELLES JR., Goffredo obra citada. p. 367.

10. TELLES JR., Goffredo obra citada. p. 381

11. TELLES JR., Goffredo obra citada. p. 384

Como canta, outro grande poeta de nossa terra, Caetano Emanuel da Silva Telles Veloso :

(...)

Do objeto sim resplandecente  
Descerá o índio  
E as coisas que eu sei que ele  
dirá, fará  
Não sei assim dizer de um modo  
explícito

Virá (...)

E aquilo que nesse momento se  
revelará aos povos  
Surpreenderá a todos não por  
ser exótico  
Mas pelo fato de poder ter  
sempre estado oculto  
Quando terá sido o óbvio<sup>12</sup>

São Paulo, maio de 2001.

---

12. VELOSO, Caetano Um Índio. *História da Música Popular Brasileira Grandes Compositores*. São Paulo: Abril S.A. Cultural e Industrial, 1982. I Long Play (42 min; 40 seg): estêreo. 61373494. Lado B. faixa I.



## A INAUGURAÇÃO DO ANFITEATRO ARCADAS

*Antonio Augusto Machado de Campos Neto*  
Chefe do Serviço Técnico de Imprensa

Dos telhados do prédio de apoio entre o andar correspondente ao quarto intermediário e o primeiro andar, realiza-se construção engenhosa e surge um espaço cultural que se passa a chamar Auditório Arcadas.

A inauguração foi realizada no dia 19 de abril de 2001, às 18h00, e o novo auditório com instalação técnica e acústica de primeiro mundo está definitivamente pronto para conferências, seminários e palestras.

A sua localização é exatamente à Rua Riachuelo, 185, 4º Intermediário, comporta em sua construção ultramoderna cerca de sessenta lugares e é saldo de importante e representativa contribuição do Banco Brasileiro de Descontos (Bradesco) a esta Unidade da USP.

Cumprе salientar que o novo auditório foi totalmente financiado pelo Bradesco que, mais uma vez, vem contemplar as expectativas dos corpos docente e discente desta Faculdade de Direito. São iniciativas que faz com que a Faculdade haja em seu expediente, através de implementação e expansão na realização de cursos institucionais e dirigidos que venham aprofundar os conhecimentos de alunos de graduação e pós-graduação.

O Auditório Arcadas é propício a essa organização de cursos, inclusive os de especialização de curtíssima duração, a exemplo dos ministrados em outros países, com ênfase aos da Itália, França, Alemanha e Inglaterra.

E a Faculdade nos seus 172 anos de plena existência, quando se aborda o sistema do ensino jurídico no País é de suma importância; é uma liderança mantida em virada de século, uma vez estarmos no ano 2001.

O novo Auditório Arcadas vem inteirar as glórias da Faculdade que somente é admitida aos que a amam e a proclamam no cotidiano, no sempre e no futuro.

Na inauguração, presentes: a senhora diretora, professora doutora Ivette Senise Ferreira, o ex-diretor da Faculdade, professor doutor Álvaro Villaça Azevedo, o Sr. Luiz Carlos Trabucco Cappi, vice-presidente do Bradesco; Milton Matsumoto,

diretor-gerente do Bradesco; Carlos Alberto Rodrigues Guilherme, diretor-gerente do Bradesco; representantes do Centro Acadêmico XI de Agosto e Departamento Jurídico XI de Agosto, da Associação dos Antigos Alunos, professores e funcionários da Faculdade de Direito, que após a cerimônia, participaram do coquetel de inauguração.

São Paulo, maio de 2001.



## “LE ROY EST MORT; VIVE LE ROY!...”

Acácio Vaz de Lima Filho\*

Atingiu-me brutalmente a notícia da morte — prematura — do meu grande amigo Dr. Walter Arruda Júnior, veiculada pelo jornal “*O Estado de S. Paulo*” em sua edição de 02 de fevereiro de 2001. Em contato com o seu distinto genitor, o advogado Walter Arruda, obtive as informações indispensáveis para escrever estes comentários, ditados pela mais pura saudade acadêmica, e fruto da “*fraternidade franciscana*”

Walter Arruda Júnior nasceu em São Paulo, Capital, no dia 1º de outubro de 1952, sendo seus pais o já aludido Dr. Walter Arruda e Dona Nena Arruda. Realizou seus estudos primários e secundários, exclusivamente, no tradicional “Instituto Medio Dante Alighieri” na Capital do Estado, ingressando depois na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco), e na Escola de Administração Pública da Fundação Getúlio Vargas, tendo feito ambos os cursos superiores simultaneamente. Eu o conheci, e muito bem, no Largo de São Francisco, onde fui seu veterano. Bacharel em Direito, Walter trabalhou com o pai, num escritório próximo do Restaurante Itamaraty, onde cheguei a visitá-lo. Walter — um gozador, e dotado de fina ironia — mostrou-me uma infinidade de salas e corredores, e depois me disse, em tom confidencial: — “Temos aqui um estagiário, mas ele não aparece para estranhos. É o Dr. Minotauro!...” Tão apaixonados eram o pai e o filho pela velha Academia, que havia no escritório — lembro-me perfeitamente! — uma estante de alvenaria, com o formato de arcadas...

Após advogar algum tempo em companhia do pai — um profissional severo, da velha Escola — o meu amigo prestou concurso de ingresso para o Ministério Público do Estado de São Paulo, tendo sido aprovado em um dos primeiros lugares. Passou, como promotor público, sucessivamente pelas Comarcas de Mirassol, São José do Rio Preto, Tambaú, São Bernardo do Campo, Taboão da Serra, Capital, Caraguatatuba. Promotor culto e sensível, vocacionado para a função, Walter Arruda Júnior teve um extraordinário destaque na Tribuna do Júri, mercê do seu domínio da Oratória. Humano, cumpriu à risca o VI Mandamento do Promotor de Justiça, da lavra

de J. A César Salgado: — “Sê nobre. Não convertas a desgraça alheia em pedestal para teus êxitos e cartaz para a tua vaidade.”

Desde cedo me afeiçoei ao Walter, moço dotado de uma inteligência fulgurante, possuidor de uma sólida formação humanística, orador inspirado e eloqüente, e espirituosíssimo para escrever panfletos e manifestos. Tinha um pendor muito grande para a sátira e — se o tivesse desejado — poderia ter se destacado até como humorista.... Poliglota, dominava o inglês, o italiano, o espanhol, o francês e o alemão. Da afeição pelo Walter, passei — naturalmente — à afeição por todos os “Mongos” “Mongos” (de “mongolóides”...), era como se auto-intitulavam aqueles Excelentes Acadêmicos, e franciscanos de quatro costados que, tendo Walter Arruda Júnior como corifeu, agrupavam-se à sua volta. Eles foram, sem sombra de dúvida, os sucessores naturais daquele “Grupo II” que, fundado e liderado por Cássio Scatena (O “Blanco”), proporcionou vida, alegria e espírito ao Pátio das Arcadas, no final da década de 60, e início dos anos 70. Por sua vez, o “Grupo II” — que tive a honra de integrar — era o sucessor da velha “Canalha.” Curioso o que acontece com a Academia de Direito de São Paulo, e que chamo de seu “Traço de Lampedusa”: — Tudo muda, para que tudo permaneça sempre igual!...

Os “Mongos” estavam atuantes nas Arcadas, se não me falha a memória, a partir de 1971. Eram eles Walter Arruda Júnior, Roberto Betti, Geraldo Facó Vidigal, Alexandre Thiollier Filho... e havia o Rodrigues, sobrinho do professor Silvio Rodrigues, de cujo prenome não me lembro. Aliás, soube que este moço também faleceu — antes do Walter. “Sic ei terra levis”!... Às vezes, “Paulo Eiró” (o segundo) se associava aos “Mongos”, nas estudantadas.

Falar dos “Mongos” é falar de rapazes brilhantes, cultos, irrequietos, alegres e saudáveis, cheios daquela irreverência franciscana, que nunca se confundiu com a grosseria ou com o cafajestismo. Era o tempo — o glorioso tempo — em que a Faculdade de Direito de São Paulo ainda não-abdicara do seu papel de diretora da vida intelectual, cultural e cívica do Brasil. Num tal solo, dificilmente os “Mongos” — moços brilhantes — se acomodariam ao figurino “oficial” do esquerdismo “bancário” Eles não haviam nascido para o que Cássio Scatena, com a sua inimitável verve, denominou o “Eixo Bancário – Empa!...” Eles haviam nascido para marcar a sua presença acadêmica — e marcaram-na.

Sob a inspiração de Walter Arruda Júnior, os “Mongos” fundaram o “P.A.M.” — “Partido Acadêmico Monarquista”, cujos integrantes, em suas aparições no Pátio, nas salas de aula, no “Centro Acadêmico XI de Agosto” e na pastelaria do

“WenTo” usavam trajes da Corte dos séculos XVI e XVII!... a indumentária era conseguida na “Casa do Artista” Walter passou a ser o “Rei” (ou, como o preferia Ataliba Nogueira, insígne professor desta Casa, “El-Rei”). Roberto Betti, parecidíssimo com o papa João XXIII, era o “Bispo.” Havia o arauto, o “tesoureiro real”, e assim por diante.

O “Partido Acadêmico Monarquista” — P.A.M. — era uma genial brincadeira franciscana, uma “estudantada”, na melhor tradição da segunda geração romântica, e com uma impressionante fidelidade aos relatos de Almeida Nogueira e Spencer Vampré...O pior é que foi levado a sério... pelos jornais “*O Estado de S.Paulo*” e “*Jornal da Tarde*”!... divertíamos-nos imenso, quando líamos no Pátio que, no Largo de São Francisco, os monarquistas tinham feito isto ou aquilo!...Houve até um professor já falecido, à época tido e havido como intelectual dos mais acatados, que não só levou a sério o “Partido Acadêmico Monarquista” como também, perseguiu os seus integrantes... no Pátio das Arcadas, chegou-se a ouvir esta frase: — “O Professor Fulano suspendeu o Rei”...

Quando Walter ia falar, bradávamos em uníssono: — “Deus salve o Rei! Deus salve o Rei!” E, nos manifestos, Walter usava o plural majestático: — “Nós...” O “tesoureiro real” acompanhava Sua Majestade, e, após os pronunciamentos de Walter, atirava mancheias de vinténs “para a plebe” Isto geralmente acontecia no “Bar do Generoso” ou na “Pastelaria do WenTo” Walter “Rei” terminava a sua arenga e ordenava: — “Tesoureiro! Cachaça real para a plebe!...”

Walter Arruda Júnior, os seus “Mongos” e o seu “Partido Acadêmico Monarquista”, foram o último bruxuleio, no Largo de São Francisco, do genuíno espírito acadêmico. A Faculdade de Direito de São Paulo tem saudade deles. E terá sempre, como terá saudades de Cassio Scatena, João Paulo Maffei, Ulisses Antonio Narciso Belfort, Luiz Amirat, Paschoal Gagliardi Netto, Araken Testa, Vital Etienne Arreguy, Luiz Antonio Ferreira de Castilho (Totonho), Gustavo Augusto de Carvalho Andrade, Fernando Teixeira de Campos Carvalho, Clóvis de Carvalho Júnior (O “Caparaó”), Abdiel Reis Dourado, e todos os que amaram, realmente, a velha Academia...

Há uma passagem da vida de Walter, da qual me orgulho de ter sido o mentor. Ele havia adquirido uma daquelas horrendas máscaras importadas, de Lobisomem, que vinham dos EUA. E eu vinha de uma das minhas muitas releituras de “*O Médico e o Monstro*” de Robert Louis Stevenson. Falei ao Walter da poção que o Dr. Jekyll tomava, para virar Mr. Hyde. Walter — acompanhado da “canalha” em peso — foi à botica “Ao Veado D’Ouro” e mandou aviar uma receita, que seria bebida de

um cálice, no balcão. Servida a “poção”, Walter caiu ao chão, estrebuchando e dando urros pavorosos. A “canalha” o “acudiu” — isto é, o ocultou aos olhares dos curiosos. Enquanto isto, Walter vestiu a máscara de Lobisomem e saiu correndo pela Rua de São Bento, com a “canalha” em seu encalço!...

Bacharel em Direito, Walter Arruda Júnior, como disse antes, foi ser promotor público. Foi para o Ministério Público, por um estilo de vida. No Exército, ele seria — e como! — da Cavalaria. Na Igreja, da Companhia de Jesus, era um lutador, um combatente. Poeta, deixou o livro “O Carrossel Metálico” que me foi presenteado por seu velho pai, que leio com carinho, e que é muito elogiado por Torrieri Guimarães.

Viveu pouco. Dele, é possível dizer o que Ibrahim Nobre, um outro franciscano, e promotor, escreveu de outros rapazes, vários deles, acadêmicos de Direito, no Mausoléu de 1932, no Ibirapuera: — *“Viveu pouco, para morrer bem. Morreu jovem, para viver sempre!...”*

Os pais de Walter, seus muitos amigos e seus familiares em geral, atravessam um momento de grande dor. É o próprio Walter quem, com a sua poesia, dá linimento à dor dos que ficaram. Em *“O Adeus Do Sol”* escreve o poeta das Arcadas:

“Sim, eu voltarei amanhã...

“Prometo que nunca morrerei

“Para os que comigo sonham,

“E para os que me olham, do alto de um morro,

“No horizonte largo, quando eu morro.”

*(O Carrossel Metálico, p. 86)*

“Le Roy Est Mort; vive le Roy!...” decadente embora (e me é doloroso dizer isto), a Academia de São Paulo, a exemplo da mitológica Fênix, ainda ressurgirá das próprias cinzas. Enquanto isto, rezo — pelo Walter Arruda Júnior — e por todos os verdadeiros acadêmicos que se foram. Rezo uma oração que, em alemão, foi rezada por Theodor Körner e pelos patrióticos “Cavaleiros Mascarados de Lützov”; que em inglês, foi proferida por Lord Byron e que, em português, me foi ensinada por Tobias Barretto:

“Juntamos as almas gratas,

De colegas e de irmãos.

O vento que acorda as matas,

Nos tira o livro das mãos,  
A vida é uma leitura,  
E quando a espada fulgura,  
*Quando se sente bater*  
No peito heróica pancada,  
Deixa-se a folha dobrada,  
Enquanto se vai morrer!...”

Esta oração está gravado no NOSSO Pátio das Arcadas. Walter Arruda Júnior, o meu querido amigo, está bem, eu sei. Em uma poesia sobre a morte, conclui Cássio Scatena:

“E quando enfim baixar à pedra fria,  
Não estranharei muito,  
Porque também és de pedra, minha  
Academia!”

\* Acacio Vaz de Lima Filho, bacharel pelo Largo de São Francisco, Turma de 1973, mestre em Direito e doutorando pela mesma Casa, grão-oficial da “Honorífica Ordem Acadêmica de São Francisco de Assis” é orientando do professor Antonio Carlos de Campos Pedroso. Dedicar estes comentários aos familiares do saudoso Dr. Walter Arruda Júnior.



## **“CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE UMA SUCINTA COMPARAÇÃO ENTRE O BRASIL E O JAPÃO”**

*Miyuki Sato*

Professora, Pesquisadora e Visitante na Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo, nos termos do acordo celebrado com a  
Universidade de Tóquio

Antes de começar esta pequena palestra, aproveitando esta ocasião, gostaria de agradecer a todas as pessoas, que me têm ajudado na realização da minha pesquisa no Brasil, especialmente a Diretora desta Faculdade, Dra. Ivette Senise Ferreira, que me deu esta grande oportunidade de fazer esta palestra, Dr. Masato Ninomiya, que aceitou ser responsável por minha permanência neste País, os meus orientadores Dr. Kazuo Watanabe, Dra. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz, os juízes e os advogados que consentiram generosamente no meu pedido de fazer entrevista, as bibliotecárias e funcionários do Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade, que facilitaram meu estudo, e a minha família, que me tem apoiado sempre com plenitude.

Hoje, trouxe “o controle de constitucionalidade” como o tema da palestra. Contemplando minha posição como uma pesquisadora japonesa no Brasil, queria tentar fazer uma sucinta comparação entre as circunstâncias do Brasil e as do Japão com relação ao sistema.

Graças aos esforços dos descendentes dos imigrantes japoneses, o Brasil tem uma forte ligação emocional com o Japão e também bastante conhecimento sobre nosso país.

Apesar desta sorte, ainda surge um receio de dificuldade de comparação entre os sistemas dos dois países, pois geograficamente o Brasil é quase antípoda do Japão e pertence basicamente à cultura ocidental e, o Japão, tradicionalmente, à oriental.

Ao contrário desta aparente dificuldade, todavia, acredito que seja apropriada a comparação entre os dois países a respeito do controle de constitucionalidade, porque existem várias instituições jurídicas comuns em ambos os países.

Os sistemas jurídicos dos dois países são parte da família romano-germânica e, entretanto, na área de Direito Público, a presença dos EUA é significativa.

No controle de constitucionalidade, os dois possuem o sistema difuso, quer dizer, cabe à todos os tribunais o poder de examinar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos. Porém, o Brasil tem 110 anos de tradição do sistema, enquanto o Japão, 54 anos, isto é, a História brasileira do controle de constitucionalidade é duas vezes mais longa que a do Japão.

I. Agora, vamos dar uma rápida olhada nos sistemas de controle jurídico de constitucionalidade dos dois países.

Além do sistema difuso, o Brasil, atualmente, possui mais um sistema do controle, ou seja, o sistema concentrado, em que cabe o poder do exame de constitucionalidade a um único órgão.

Esta co-existência dos dois sistemas se chama “sistema misto”. Entretanto, na época imperial, não havia nenhum controle judicial de constitucionalidade, pois a influxo da Europa, que desconfiava do poder jurídico e acreditava na supremacia do poder legislativo, era muito forte e, além disto, ao imperador, que possuía o poder moderador, foi dada a função de manter equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.

À chegada da Primeira República, o Brasil adotou o controle judicial de constitucionalidade, ou seja, o sistema difuso, tomando o dos EUA por modelo.

Falando no Japão, tivemos duas Constituições até agora. Uma é a Constituição Imperial de Meiji e outra é a atual Constituição democrática.

No período imperial, sob a Constituição de Meiji, de 1889, que foi influenciada pelos países europeus, particularmente pela Prússia, nós não tínhamos o sistema de controle judicial de constitucionalidade.

Depois da derrota do Império japonês na Segunda Guerra Mundial, quem tomou a liderança da democratização do nosso país foram os EUA. Conseqüentemente, nós adotamos a Constituição nova, sob grande influência dos EUA e viemos a ter o controle judicial de constitucionalidade tipo americano, quer dizer, o sistema difuso.

Na nova Constituição japonesa, de 1947, há artigos que sugerem a adoção do sistema difuso manifestamente. O art. 81 dispõe o seguinte:

*“A Corte Suprema é o tribunal de última instância que tem poder de determinar a constitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamento ou ato oficial.”*

E também o art. 98 diz:

*“A Constituição será a lei suprema da Nação e nenhum regulamento,*



*rescrito imperial ou outro ato do governo, ou parte dele, que contrarie suas estipulações terá força legal ou validade”*

Por fim, sistematicamente falando, o controle difuso é comum em ambos os países. Contudo, ao passo que o Japão adota o Estado unitário, o Brasil, como país, cujo território é esmagadoramente enorme, adota o Federalismo, que foi um dos principais motivos da introdução do controle de constitucionalidade, seguindo o exemplo dos EUA, mesmo que o Federalismo brasileiro historicamente tenha se direcionado para a descentralização, ao contrário da finalidade centralizante do Federalismo americano.

A adoção do controle judicial de constitucionalidade das leis no Brasil avançou meio século sobre a do Japão. Durante esse meio século, o sistema difuso do Brasil sofreu uma grande mudança a respeito de seus efeitos. Passados vários regimes, inclusive ditadura e militarismo, o Brasil tem tido seis constituições, desde a Primeira República e esta substituição de constituições influenciou o sistema de controle de constitucionalidade.

Em 1934, a Constituição consagrou no Senado Federal o poder de suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao mesmo tempo, a mesma Constituição abriu o caminho ao controle concentrado, pois adotou uma limitada ação de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal em relação à União e aos Estados-Membros, que se chama “*representação interventiva*”

Este sistema foi ampliado para o controle de constitucionalidade das leis em geral, incluindo leis federais, através da emenda constitucional de 1965. Porém, naquela época do regime militar, somente o procurador-geral da República, que estava sob o controle do presidente da República, podia propor esta categoria de ação.

Pela Constituição de 1988, que foi elaborada para estabelecer um país democrático, os titulares que podem propor a ação de inconstitucionalidade foram multiplicados.

O sistema concentrado tem progredido e, ainda mais, em 1993 foi inovado o instituto da Ação Declaratória de Constitucionalidade.

**II.** Agora, vamos mudar nosso enfoque, da similaridade básica institucional entre os dois países para sua variedade.

Não-obstante tantas similaridades, os usos do instituto do controle de constitucionalidade do Brasil e do Japão são completamente diferentes.

a. Em primeiro lugar, vamos começar com a observação geral e quantitativa.

O núcleo do controle de constitucionalidade encontra-se nos tribunais supremos de ambos países, os quais ficam no cume do Poder Judiciário.

As organizações e as competências dos Tribunais Supremos brasileiro e japonês não são iguais; portanto, não é possível uma exata comparação. Contudo, nós podemos fazer observação geral e comparativa pela sua evidente diferença quantitativa.

São da competência da Corte Suprema japonesa os recursos ordinários e os extraordinários. Os recursos ordinários incluem os casos de infração processual civil e de dissídio jurisprudencial penal, além de processos de arguição de constitucionalidade.

Ao invés, no Brasil, as competências do Supremo Tribunal Federal são mais amplas que as do Japão, porém, a respeito dos processos extraordinários, a matéria foi limitada à contrariedade à Constituição Federal, depois da criação do Superior Tribunal de Justiça pela Constituição Nova.

Então, a podemos comparar quantitativamente, para mostrar a diferença:

Enquanto 5.700 processos foram recebidos na Corte Suprema no Japão, em 1999, 68.369 processos foram recebidos no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em outras palavras, o número de processos do Supremo Tribunal Federal é quase doze vezes maior que o número da Corte Suprema japonesa.

b. Em segundo lugar, vamos ver a relação entre o Poder Judiciário e os outros poderes, especificamente o Poder Executivo.

A interpretação dos resultados das Ações Diretas de Inconstitucionalidade não é simples, mas, para perceber a relação entre o Poder Judiciário e os outros poderes, vale a pena fazê-la:

No Brasil, desde outubro de 1988, quer dizer, desde a data da promulgação da nova Constituição até junho de 1999, 2 mil Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram processadas. A metade foi julgada quanto ao mérito.

Entre elas, nos 258 processos o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucionais as leis ou atos normativos, ou seja, 1/4 dos resultados dos julgamentos dos méritos obtiveram a declaração de inconstitucionalidade.

No Japão, durante 54 anos de experiência do controle judicial de constitucionalidade, apenas em uns cinco casos foi declarada a inconstitucionalidade das leis na Corte Suprema.

c. Em terceiro lugar, vamos considerar a relação entre os Tribunais supremos e os Tribunais inferiores.

Nem no Brasil nem no Japão o princípio de “*stare decisis*” do sistema anglo-saxônico foi adotado.

Como resultado, no Brasil, durante a Primeira República, mesmo depois de declaração de inconstitucionalidade de leis pelo Supremo Tribunal Federal, dizem que os juizes dos tribunais inferiores, de vez em quando, julgaram constitucionais as mesmas leis.

Tão preocupante era essa situação, que a Constituição, de 1934, resolveu estabelecer um sistema inovador, que consagrou o poder de suspender a execução das leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Senado Federal, a fim de evitar dissídios jurisprudenciais e insegurança jurídica.

E mais recentemente, em 1993, foi adotado o Instituto de Ação Declaratória de Constitucionalidade, que dá o efeito vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, existiam e continuam a existir os dissídios entre as decisões dos Tribunais inferiores e as do Supremo Tribunal Federal.

No Japão, apesar da mesma situação de inexistência do princípio de “*stare decisis*” sua consequência é totalmente oposta.

Nessa mesma circunstância, a jurisprudência da Corte Suprema tem influenciado tão profundamente os tribunais inferiores japoneses, que eles têm preferido julgar seguindo a decisão da Corte Suprema.

É quase impossível, para nós, imaginar que os tribunais inferiores exponham a constitucionalidade de uma lei, depois que a Corte Suprema houver declarado a inconstitucionalidade dessa mesma lei.

### III. Baseados nestes fatos pressupostos, vamos avançar um pouco mais a análise.

a. Em primeiro lugar, temos que revisar o significado dos números dos processos anuais nos Tribunais Supremos dos dois países.

Parece que o Supremo Tribunal Federal do Brasil sempre está cheio de processos, mas, na verdade, não é bem assim. Na verdade, até a década de 50, o Supremo Tribunal Federal no Brasil havia recebido menos de 5 mil processos por ano, enquanto a Corte Suprema japonesa, sob a atual Constituição, tem recebido cerca de mesmo número de processos constantemente.

A causa importante do aumento dos processos no Supremo Tribunal Federal é a Nova Constituição.

No Brasil, logo depois da criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Nova Constituição, o número de processos recebidos no Supremo Tribunal Federal diminuiu; contudo, já o número do ano de 1992 superou o da véspera da promulgação da Constituição e agora se triplicou. O povo brasileiro, que estava contido durante 21 anos de regime militar, aprendeu, com muita rapidez, a requerer seus direitos com a democracia e, com a chegada da Constituição Cidadã, começou a praticá-los sem vacilação.

Vale a pena lembrar de que no Brasil existem cerca de 500 mil advogados, que têm ajudado a conscientização de direitos nos cidadãos, enquanto no Japão, apenas 18 mil.

Sobre matéria processual no Japão, os processos de inconstitucionalidade que incluem a questão do princípio de igualdade e disputam as organizações do Poder Público têm aumentado.

Ao contrário do Brasil, percebendo a tendência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em muitos casos são discutidos os artigos que dispõem sobre princípios gerais, por sua ambigüidade e amplitude de sentido. Excluindo estes artigos gerais, os que tratam dos impostos, seguridade social, sindicalismo, funcionários públicos etc., enfim, os artigos manifestamente ligados aos interesses pecuniários são os mais procurados para processar a inconstitucionalidade de leis.

Um fator desta diferença em matéria processual no Japão e no Brasil consiste em que no Brasil, como País economicamente em desenvolvimento, muitas normas relacionadas às reformas econômicas *lato sensu* têm sido produzidas e a fricção da transição, especialmente, do protecionismo ao neoliberalismo, está causando volumosos processos de constitucionalidade.

b. Em segundo lugar, vamos reexaminar o relacionamento entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Como mencionei antes, nos 258 processos das 2 mil Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as leis ou atos normativos foram declarados inconstitucionais.

Porém, devemos recordar que o Instituto de Ação Direta de Inconstitucionalidade tem como funções a defesa dos interesses de classes ou de sindicatos e a resolução dos conflitos em nível estadual.

Das 2.198 Ações Diretas de Inconstitucionalidade processadas de 1988 até 2000, 589 ações, ou seja, 27% das ações totais foram propostas por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

E 567 ações, ou seja, 26% do total foram propostas por governadores.

Na verdade, a maioria das leis que tiveram sido argüidas sua inconstitucionalidade vem de leis estaduais.

Considerando estes fatos, a possibilidade de que o Supremo Tribunal Federal contrarie aos outros poderes federais seria menor do que poderíamos imaginar.

Além disto, no Brasil existem severas críticas ao Supremo Tribunal Federal por sua titubeação ao enfrentar os atos do Poder Executivo. Peculiarmente, dizem que o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, fez concessões ao Governo atual.

Todavia, no mínimo trinta Ações Diretas de Inconstitucionalidade julgadas procedentes tiveram o presidente da República como requerido no período de outubro de 1988 até junho de 2000.

Já este número superou o das decisões de inconstitucionalidade nos 54 anos de experiência no Japão.

Portanto, pelo menos, não podemos minimizar a extrema passividade do Poder Judiciário aos outros poderes no Japão, em face da realidade brasileira.

c. Em terceiro lugar, vamos analisar a relação entre os Tribunais dentro do Poder Judiciário.

O ponto de partida é comum em ambos os países, ou seja, nenhum dos dois adota o princípio de “*stare decisis*”

Porém, enquanto no Brasil até é necessário buscar a ajuda da legislação para diminuir a resistência dos Tribunais inferiores que julguem constitucionalidade ou inconstitucionalidade, independentemente das decisões do Supremo Tribunal Federal, no Japão os juízes dos Tribunais inferiores propendem a obedecer a jurisprudência da Corte Suprema.

Existe a razão institucional desta obediência dos juízes japoneses.

No Japão, a Constituição atual concede a faculdade de nomear os juízes dos tribunais inferiores à Corte Suprema. O art. 80, § 1, diz:

*“Os juízes dos tribunais inferiores serão designados pelo Gabinete dentro da lista das pessoas nomeadas pela Corte Suprema.”*

Além do mais, segundo os termos da Constituição, em letras, os juizes dos tribunais inferiores não gozam a garantia de vitaliciedade, mas apenas dez anos de mandato, com recondução.

Através deste sistema, a Corte Suprema se intromete na nomeação e promoção dos juízes. Em conclusão, os juízes que quiserem ser promovidos ou redesignados são propensos a seguir as decisões da Corte Suprema.

Ao contrário, no Brasil o Supremo Tribunal Federal não se imiscui nem em nomeação nem em promoção dos juízes dos tribunais inferiores.

A promoção dos juízes se sujeita aos padrões de antigüidade e de merecimento, e não depende dos resultados dos julgamentos dos juízes.

Por conseqüência, os juízes brasileiros podem julgar tranqüilamente, obedecendo apenas às leis e à sua própria consciência sem se preocupar com a promoção.

### Consideração Final

Como já mencionei, enquanto não-só o modelo do sistema difuso, mas, também, a família jurídica de ambos os países são similares, os usos do controle de constitucionalidade são extremamente diferentes.

Com essa condição, nós poderíamos justificar a vantagem da comparação entre o Brasil e o Japão com relação ao controle de constitucionalidade.

Agradeço muito a presença de todos nesta pequena palestra e, refletindo que minha linguagem não foi tão-sofisticada como os senhores costumam usar numa ocasião honrosa como essa, agradeço, também, pela paciência.

Muito obrigada.

São Paulo, 25 de setembro de 2001

## **RESENHA**





## MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>1</sup> – A DEMOCRACIA NO LIMIAR DO SÉCULO XXI

*Fernando Aurelio Zilveti*<sup>2</sup>

Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo.

O livro que a Editora Saraiva pôs no mercado, no primeiro semestre de 2001, vem confirmar a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho como um grande constitucionalista brasileiro, engajado na discussão de um tema clássico no estudo da ciência política, a democracia. A nova obra do professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, composta de um volume, com 223 páginas, constitui uma confirmação de sua coerência científica e firmeza doutrinária que marcaram seus trinta de cátedra, quase vinte livros publicados e inúmeros artigos em revistas jurídicas, jornais e publicações científicas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, acostumado a vencer desafios desde os tempos de aluno primário do Colégio São Luís, escrevera antes dessa obra sobre democracia, *A Democracia Possível*, Editora Saraiva, 1972. Voltou ao tema em 1977, com o livro *Sete Vezes Democracia*, Editora Convívio, e em 1979, com o livro *A reconstrução da Democracia*, Editora Saraiva, sem contar que jamais se furtou a tratar do tema nas demais obras que publicou. Dissemos desafios, pois escrever sobre democracia em tempos de regime militar não foi tarefa fácil, ou lhe valeu a atenção de censores do Governo, por um lado, e a perseguição de quem ele mesmo chama em seu livro de *intelligentsia* brasileira.<sup>3</sup> Essas obras sobre democracia, esgotadas em todas

---

1. O autor é professor titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP. Doutor honoris causa da Universidade de Lisboa. Doutor pela Universidade de Paris. Ex-professor visitante da Faculdade de Direito de Aix-en-Provence (França). Membro da Comissão Executiva da Association Internationale de Droit Constitutionnel – AIDC. Presidente do Instituto “Pimenta Bueno” – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

2. Advogado em São Paulo, Professor de Direito Constitucional.

3. Designação utilizada pelo autor, no prefácio de seu livro, para determinados grupos acadêmicos brasileiros que se julgam democráticos, porém defendem ideologias marxistas antiliberais e reacionárias.

suas edições, foram de certa forma postas numa espécie de “*index librorum prohibitorum*”<sup>4</sup>, pela mesma *intelligentsia* brasileira.

Permanecendo firme na defesa do pensamento liberal, Manoel Gonçalves Ferreira Filho triunfou, sem precisar reformular suas idéias de democracia no curso histórico de trinta anos de grandes transformações, como o fracasso do comunismo e a derrocada do leste europeu. Ao contrário dele, outros pensadores festejados se viram obrigados a reconhecer haver abraçado causas infrutíferas, errando na crença obstinada da utopia de um mundo perfeito, uma “grande” causa que o indivíduo impõe não-só para si, mas também por imposição aos outros<sup>5</sup>. Como sentenciou Bobbio em entrevista recente: “*no projeto utópico de transformação radical da sociedade está implícita uma idéia antiliberal, pois o liberalismo acredita que a história da liberdade é uma história de constantes passagens do bem para o mal, de tentativas fracassadas e falidas*” Acrescenta, ainda o filósofo italiano: “Liberalismo é igual a antiperfeccionismo, ao passo que marxismo e nazismo foram utopias perfeccionistas<sup>6</sup>”

Ferreira Filho expõe, num estilo sempre brilhante, toda a problemática da democracia, discute os seus aspectos com rigor científico, analisa minuciosamente diversos argumentos levantados a favor e contra as suas teses. Inicia o seu livro fazendo seis observações preliminares a respeito do regime de governo, forma de governo e sistema de governo. Para o autor, o regime fica no plano do ser, espelha uma realidade ou, quando o estudo é comparativo, um padrão de realidade; o sistema se situa no campo do dever-ser, um modelo normativo; e a forma de governo está no nível da essência (p. XIV).

Expõe a seguir o que chama de três visões de democracia, a dos antigos, a dos modernos e a contemporânea. Na descrição da democracia dos antigos, o autor afirma que Atenas foi uma democracia, pois nela, durante um período, o povo se governou diretamente. Ressalva, porém, com a pergunta: quem era o cidadão ateniense? De fato, cidadão ateniense era o homem nascido em Atenas, seu filho homem, desde que filho de pai e mãe atenienses. Assim, numa população de 400 mil pessoas, apenas

---

4. O papa Urbano VIII, durante a Inquisição, determinava que obras científicas, como o Diálogo, de Galileu Galilei, fossem acrescentadas ao *Index librorum prohibitorum* e, em seguida, confiscados exemplares para a biblioteca do Vaticano e queimado o restante, por confrontar as idéias da Igreja Católica.

5. Hobsbawm, Eric, Entrevista a Antonio Polito, convertida no livro *O Novo Século*, São Paulo, 2000, p. 191/192.

6. Entrevista concedida ao jornalista Gian Carlo Bossetti, ao jornal *La Repubblica*, traduzido e publicado no Brasil pelo jornal O Estado de São Paulo, em 4 de fevereiro de 2001, p. A19.

13% eram considerados cidadãos, o que justificava de certa forma o conceito de governo do povo pelo povo, na medida em que limitava o conceito de povo cidadão ateniense. Salienta, mais adiante, que o poder normativo ateniense deveria ser compatível com a razão, fonte do Direito, sob pena de nulidade, o que pode ser considerado o que chamamos hoje de controle de constitucionalidade, podendo ser o proponente e o responsável pela norma inválida sujeitos a penalidades (p. 5).

Após historiar brevemente o Estado ateniense e a crítica que os pensadores helênicos fizeram à democracia, às vezes sarcástica e às vezes elogiosa, finaliza o capítulo da *Democracia Antiga*, com menção à sistematização que Aristóteles fez das formas de governo, do poder legítimo, com um temor sempre atual, o de que a demagogia arruíne Atenas (p. 8). Ao dar seqüência às três visões de democracia, Ferreira Filho passa a discorrer sobre a democracia “moderna” esquecida desde Atenas até o século XVIII, exceção feita às *Landesgemeinde*<sup>7</sup> dos cantões suíços. Para o autor, que denomina de “filosofia das luzes” esse período histórico, trouxe a democracia de volta aos debates das ciências sociais, tendo o cidadão genebrino Jean-Jacques Rousseau, como o responsável por sua sistematização rigorosa, para quem a vida em sociedade representa uma perda efetiva da liberdade individual, em troca da proteção do Estado que lhe garante a liberdade política, ao que Kelsen chamou de metamorfose da idéia de liberdade.<sup>8</sup>

Diferentemente do que há trinta anos, Ferreira Filho poupa a sistematização de Rousseau, segundo a qual cada um não deixaria, associado, de estar sujeito a si mesmo, continuando livre embora governado pela vontade geral.<sup>9</sup> O cerne da democracia “moderna” não estaria no “*Contrato social*”, de Rousseau, que convencia seus leitores da inexequibilidade da democracia, mas sim no “*O Espírito das Leis*” de Montesquieu, que projetou uma forma de governo do povo pelo povo representado,

---

7. Mesmo no modelo considerado como desenvolvido de democracia direta, como o suíço, as “*Landgemeinde*” ainda excluem do processo de criação da norma geral, os estrangeiros residentes em seus cantões. Estes estrangeiros têm a permissão de lá viverem, porém não podem exercer o direito que é a mais pura expressão da liberdade individual na formação da vontade geral. Não podem eles votar nem ser votados - *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft* (Constituição da Confederação Suíça), abril de 1999, art. 37, “A cidadã ou o cidadão suíço são os titulares das leis da comunidade e dos cantões.”...; também no art. 136, o direito a voto é restrito aos cidadãos suíços maiores de 18 anos (tradução livre do autor).

8. Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Nova Jersey, 1999, p. 284.

9. Na *A Democracia Possível*, São Paulo, 1972, p. 10, Ferreira Filho considerou o esquema de Rousseau totalmente incompatível com a realidade.

indicado para grandes Estados, com representantes mais capazes de governar, segundo sua própria razão, transparecendo aí um elemento aristocrático (p. 13). A democracia “moderna” é caracterizada pela representatividade, que deve garantir ao povo uma participação relativa na obtenção da vontade geral e na contenção do poder. Na democracia dos partidos, estes seriam agentes constitucionais de formação da vontade do Estado, como explica Kelsen, possível sempre que os partidos tivessem um programa de governo rígido, aprovado pelo povo e, depois de eleitos os representantes, estes executassem esse programa.

Como descreve Ferreira Filho mais adiante, a democracia representativa, para vingar, pressupõe um bipartidarismo que raramente se instaura (p. 22). E mais, não prescinde a mesma democracia da fidelidade partidária, de uma garantia que o poder conferido ao representante possa ser aferido e, no caso de quebra de legitimidade, possa se dar a perda do mandato, o que se traduz no mandato imperativo.<sup>10</sup> Para aprimorar a democracia moderna, foi introduzida a idéia de maior participação do povo na obtenção da vontade geral, por meio do referendo, a iniciativa popular, o plebiscito, o veto popular, e outros. Bem adverte Ferreira Filho, para o risco dessa maior participação servir a interesses pouco democráticos (p. 23), o que nos leva a crer na necessidade de um aprimoramento das formas do exercício da vontade do povo na obtenção da vontade geral.

Na seqüência de sua descrição sobre as três democracias, o professor catedrático da Faculdade de Direito da USP lança algumas constatações, idéias-força, defendidas por diversos juristas e por ele próprio, como a de que o povo não se governa;<sup>11</sup> que na sociedade moderna, pela complexidade das relações, é inviável que todos, ou a maioria, desempenhem a tarefa de governar; ou a de quem governa é sempre uma minoria (p. 31).

Empiricamente vista, segue Ferreira Filho, a democracia contemporânea seria uma forma de governo em que o povo participa decisivamente da escolha dos seus governantes, devendo ser chamado para decidir, também, diretamente, questões de grande relevância. Isso sem contar com a possibilidade de destituir quem se afaste da legitimidade que o mandato pressupõe (p. 32). A preocupação da doutrina contemporânea é com a chamada democracia participativa, aquela que vai além da iniciativa popular, do referendo e do plebiscito. Algumas sistematizações dessa

---

10. Kelsen, Hans, *General ...*, op. cit., p. 290.

11. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *A Democracia Possível*, op. cit. p. 21

democracia participativa são feitas pelos estudiosos da ciência política, prevendo-se uma participação mais direta na base e por delegação em cada nível acima da base, um sistema piramidal, segundo V.C.B. Macpherson.<sup>12</sup>

Lançando, ainda que timidamente, um tema novo no debate da democracia participativa, Ferreira Filho trata da democracia direta eletrônica. De fato, o que pareceria uma ficção científica há alguns anos, hoje é considerada uma revolução no conceito da participação popular na obtenção da vontade geral (p. 35). Pela televisão, telefone e mais recentemente, pela Internet, é possível a participação do cidadão no governo de forma direta, e no sufrágio universal, de forma indireta, elegendo seus representantes. Recebida com ceticismo por alguns e celebrada por outros, a verdade é que ainda não se viveu muita experiência neste campo, nas diversas democracias ocidentais. Nos EUA, por exemplo, onde a Internet é uma realidade há muitos anos, o seu uso para o sufrágio é bastante tímido, devido ao atraso dessa nação nesse setor, como demonstraram ao mundo nas últimas eleições para a Presidência. Saliente-se, por oportuno, que no último pleito para presidente dos EUA, houve o uso da internet, em caráter experimental, em algumas cidades da Califórnia, facultando ao cidadão, com o auxílio de uma senha, votar de sua casa, pela Rede Internet,<sup>13</sup> imprimindo, ao final, um comprovante de “comparecimento”, semelhante ao que, no Brasil, é utilizado para os contribuintes do Imposto de Renda.

Sempre interessado no tema da democracia, Ferreira Filho conclui o capítulo sobre a democracia contemporânea, fazendo uma crítica sobre a presença nesse modelo, do elemento da representação, que somente pode ser eliminado pela democracia eletrônica, embora ninguém até hoje aposte suas fichas nessa hipótese (p. 36).

Depois de analisar as três visões de democracia, Ferreira Filho passa a examinar aquilo que afeta, negativa e positivamente, a democracia. É preciso que cada fator seja compreendido isoladamente, facultando ao exercício liberal da busca da utopia democrática desenvolver meios de aperfeiçoar o conceito de governo do povo pelo povo. Existem, segundo o autor, presidente-fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno, condições institucionais e instrumentais

---

12. Macpherson, V.C.B., *A democracia liberal*, Rio de Janeiro, 1978, p. 103 e ss;

13. Cf., artigo publicado na Internet, [www.vote.org](http://www.vote.org). No mesmo “site” é possível encontrar diversos artigos e “links” para outros “sites”, demonstrando a tendência do uso da internet, não só como instrumento de voto para eleição de representantes, mas também para as iniciativas populares legislativas, o que demonstra uma grande evolução no conceito de sufrágio. Vide, também o “site” [www.brunoze.eng.br/voto-c/textos](http://www.brunoze.eng.br/voto-c/textos).

do regime democrático, pois este é afetado por fatores sociais e econômicos (p. 37). Dentre os fatores sociais, o psicossocial é considerado por Ferreira Filho como subjacente a todos os outros aspectos, porém, que não pode ser deixado de lado. O estudo do homem e de sua natureza, que rendeu muitas reflexões dos pensadores é, sem dúvida, um fator de grande importância na compreensão da democracia. Pode o homem ser naturalmente ruim, na visão de Hobbes e, se não houver um poder ereto, como defesa pode o homem se valer de sua própria força contra todos os demais;<sup>14</sup> pode, por outro lado, ser naturalmente bom, sendo corrompido pelo meio social, como entende Locke;<sup>15</sup> ou ainda, na visão de Rousseau, nem bons nem maus, sem vícios ou virtudes, no estado da natureza.<sup>16</sup> Mais adiante, Ferreira Filho reconhece que a maioria acredita na bondade natural do homem, porém reconhece em si e nos demais um potencial de maldade que, por precaução, deve ser contido pelo Estado (p. 45).

Uma importante abordagem feita pelo autor, ainda sobre a questão psicossocial, trata do processo de socialização pela qual passa o homem desde sua infância. Ferreira Filho cita o exemplo do cidadão americano, que adquire uma preferência partidária desde a adolescência. Com razão, o autor empresta idéias de Montesquieu para afirmar que um governo democrático deve educar seu povo na virtude, inculcando-lhe princípios como o de colocar o interesse geral acima do interesse pessoal<sup>17</sup> Os princípios de um povo constituem, assim, a essência de cada forma de governo (p. 47).

Além da questão do princípio democrático, Ferreira Filho examina o caráter de uma sociedade, tomando por base um estudo de David Riesman sobre o tema. De acordo com Riesman, existiriam três tipos de indivíduos: o “*tradition-directed*”, o “*inner-directed*” e o “*other directed*”. O primeiro está ligado às tradições, à idéia do “porque sempre foi assim”. O segundo está ligado aos princípios que norteiam sua conduta, de inspiração iluminista. O terceiro é o dirigido pelos outros, pouco crítico a ponto de se ajustar facilmente ao que os outros dizem. Segundo sintetizou Ferreira Filho, cada um desses tipos reage de forma diversa em face da democracia, o primeiro se sente desconfortável, pois prefere não ter que decidir, o que é próprio da democracia,

---

14. Hobbes, Thomas, *Leviathan or the matter, forme and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, Nova Iorque, 1997, p. 129.

15. Locke, John, *Two Treatises of Government*, Londres, 2000, Capítulo II, n. 6.

16. Rousseau, Jean-jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Paris, 1973, p. 57 e ss.

17. Montesquieu, Charles de Secondat, Barão de, *De l'esprit des lois*, Paris, 1995. Livro III, Capítulo III.

preferindo que se proceda de acordo com as tradições; o segundo vive bem na democracia, como se ela fosse feita para ele; o terceiro é manipulado pela mídia, sendo suscetível a opiniões de outros, o que turva sua convicção (p. 51). Nos dias de hoje, observa Ferreira Filho, o terceiro tipo tende a crescer diante da expansão da globalização, que encanta a mídia, formando a opinião daqueles, como a *intelligentsia*, fracos em conteúdo crítico e intelectual.

Ainda no mesmo tema psicossocial, Ferreira Filho menciona seu próprio trabalho *A Reconstrução da Democracia*<sup>18</sup>, para lembrar a elaboração feita sobre o caráter nacional, obra em que criticou o brasileiro, individualista, cordial e copista, pouco afeto à participação política. Aqui vemos que o caráter nacional, da mesma forma que o pessoal, sofre uma grande influência da formação de princípios sociais desde a mais tenra idade. Mais adiante ressalta o autor que o homem democrático se caracteriza pelo racionalismo, que pode convencer o indivíduo a ceder aos sentimentos coletivos para a obtenção da vontade geral; isso desde que delibere suficientemente informado e com os princípios liberais estudados acima (p. 53). Essa teoria racional de Rousseau, mencionada pelo autor, é utópica, pois o racionalismo não-reina soberano, mesmo no cidadão suficientemente informado, sendo sujeito a condutas não-lógicas, que ele tem dificuldade em aceitar e inventa. Como Ferreira Filho conclui, esse sujeito dá explicações racionais para seu ato ilógico. Aqui cabe a colaboração de Bobbio, para quem houve no curso da história do pensamento ocidental, quem defendesse a desigualdade e quem defendesse a igualdade entre os homens,<sup>19</sup> cada qual vivendo realidades históricas distintas, que, ao nosso ver, alimentavam sua retórica para justificar determinados sistemas de dominação. O não-lógico, portanto, tem um peso significativo na atividade humana (p. 54).

Mais adiante, o autor cita um trabalho de Anthony Downs a respeito da teoria econômica da democracia, para ressaltar os nítidos limites da racionalidade nas decisões políticas dos homens, pautadas por interesses pessoais e circunstanciais. Num outro ensaio, Ferreira Filho utilizou uma pesquisa feita nos EUA, para afirmar que o eleitor vota, mais das vezes, desinformado, fato revelado em outras pesquisas feitas no Brasil e no Exterior. Esses dados, contudo, pouco contribuem para o debate sobre a democracia, senão apenas indicam uma apatia do cidadão moderno em relação ao poder governante, que justifica a abstinência eleitoral nos países onde o voto é facultativo, como a França, os EUA e a Suíça.

---

18. São Paulo, 1979, p. 61 e ss..

19. Bobbio, Norberto, *As ideologias e o poder em crise*, Brasília, 1995, p. 39.

Provocando o leitor, uma vez mais, a refletir sobre aspectos desconfortáveis da democracia, Ferreira Filho retoma o debate sobre a cultura política (p. 58). A cultura aqui descrita como pressuposto da democracia, não é apenas a proveniente da educação acadêmica, mas também e principalmente, dos valores morais e éticos, costumes quase naturais do homem, como a dignidade pessoal, o culto da família, amor à liberdade, à igualdade, Humanidade, respeito à lei, devotamento a causas públicas, individualismo, altivez, honra, independência, altruísmo, espírito de sacrifício; que podem todos ser resumidos em um único sentimento-conceito, qual seja, o de Justiça. É bem verdade que há diferentes experiências de cultura política de povo para povo, como salienta Ferreira Filho, variáveis da proporção direta da diversidade cultural de cada povo e da construção de seus valores ancestrais, o que definiu como a cosmovisão de cada povo. A cultura, como valor democrático, entendida por John Rawls como *Law of Peoples*, é o conteúdo da razão popular gerado pela família a partir de princípios liberais de Justiça.<sup>20</sup> Esses princípios culturais devem ser profundamente estudados para que se entenda como aplicá-los nas relações políticas entre as pessoas. A cultura política, acima de tudo, tem uma grande importância na aferição da legitimidade do tipo de governo, a cosmovisão, isto é, a concepção da vida e do mundo, valores que o cidadão tem sobre o direito.<sup>21</sup> Essa seria a capacidade política do povo que representa o poder constituinte.<sup>22</sup>

Quando Ferreira Filho analisa, então, as condições socioeconômicas e a democracia, algumas questões se impõem. O pressuposto econômico da igualdade é a Justiça social exercida pela melhor distribuição da renda, facultada pelo crescimento econômico do Estado, o que dá ao cidadão as condições básicas para a sua subsistência e, conseqüentemente, maior disponibilidade para dedicar-se ao exercício do poder.<sup>23</sup>

Assim, o pressuposto econômico não é material, como pode ser falsamente entendido, mas um objetivo de satisfação mínima das necessidades do povo.

---

20. Rawls, John, *The Law of Peoples with The Idea of Public Reasons Revisited*, Harvard University Press, Londres, 1999, p. 57.

21. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *O Poder Constituinte*, São Paulo, 1985, p. 44.

22. Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Munique e Lipsia, 1928, p. 238 – “Jede Verfassung beruht nach demokratischer Auffassung auch in ihrem rechtstaatlichen Bestandteil auf der konkreten politischen Entscheidung des politisch handlungsfähigen Volkes” – traduzindo: “ Toda a Constituição, segundo a concepção de democrática, baseia-se, inclusive para seu elemento de Estado de Direito, na decisão política concreta do povo dotado de capacidade política.

23. Schumpeter, Joseph A., *Teoria do Desenvolvimento Econômico*, São Paulo, 1982, p. 12.



A partir da satisfação do mínimo existencial, pode o povo destinar parte de suas atenções para a melhoria das relações sociais e, com isso, seja mais um na luta pela obtenção da vontade geral pela vontade da maioria. Aqui o autor faz menção à tese marxista sobre a condição socioeconômica do homem, em que a existência social determina a sua consciência, formada pelas relações materialistas que fazem a estrutura da sociedade, reconhecendo que o marxismo contribui para “a conscientização da importância dos aspectos econômicos na formação dos regimes de governo” (p. 69). O problema de grande parte da população mundial, principalmente após a queda do comunismo e o efeito da globalização, é a escassez de recursos. Para criar um substrato no qual a democracia possa se desenvolver é imperativo que se elimine a miséria, atenuando a pobreza, criando condições para que o povo possa se alimentar, vestir, morar, de modo que seus valores culturais democráticos, dentre eles principalmente a dignidade e a altivez, possam se sobressair, dando condições ao desenvolvimento do raciocínio coletivo. Como prova dessa afirmação, podemos citar o trabalho estatístico de Robert Dahl, que contabilizou a existência da democracia em todos os países desenvolvidos, enquanto apenas 13% (na época desse trabalho, ou seja, em 1971) dos países não-desenvolvidos viviam na democracia.<sup>24</sup> Finalizando o capítulo 6, Ferreira Filho cita seu livro *A Democracia Possível*,<sup>25</sup> em que desenvolveu esse tema socioeconômico, deixando claro que não há democracia sem que se resolva o problema da miséria. Em outras palavras, o mínimo existencial, considerado por alguns juristas como um direito fundamental<sup>26</sup> é condição para a vida em sociedade, conseqüentemente, para a democracia.

Mais adiante na questão da democracia, Ferreira Filho desenvolve um interessante raciocínio sobre o que designou como “fatores sociais obstaculizantes” da democracia (p. 79). Dentre os problemas sociais, podemos ressaltar a questão das minorias que foram no passado generalizadas como apenas aquelas de natureza étnica. Hoje são tendenciosamente ampliadas para além desses limites. Existem, porém, outros problemas sociais de igual relevância, como o pretorianismo e a corrupção, típicos das democracias novas ou democracias de países com instituições fracas, como boa parte dos países da América do Sul.

---

24. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, p. 70. O autor cita Dahl em seu livro *Polyarchy*, Nova Iorque, 1973.

25. Op. cit., p. 33 e ss.

26. Torres, Ricardo Lobo, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro, 1999, p.61.

Vários grupos se autodenominam, atualmente, como minorias sexuais, religiosas, de costumes, de ideologia, etc.. Passou-se a entender como minoria as diferenças pessoais, o que representa, ao nosso ver, um risco de sectarização antiigualitária que divide o povo na luta pela contenção do poder, sonho de qualquer democrata contemporâneo.

A movimentação das minorias tomou vulto com a causa negra, seguida da causa feminista, que lutaram e ainda lutam, para a melhoria das relações sociais, havendo conquistado inúmeros avanços igualitários no último século. Como toda a bandeira política revolucionária, a causa das minorias também trouxe mudanças que, no íntimo, podem resultar em desigualdades.

O exemplo atual desse perigoso desvio é o caso da reserva de cadeiras para o sexo feminino, no Parlamento francês. Pois bem, nas eleições municipais do ano 2001, na França, cumpriu-se a nova lei eleitoral, que garante às mulheres o direito de um mínimo de cadeiras no Parlamento, igual aos homens. Com essa modificação, o Parlamento francês deverá ter a partir dessas eleições municipais, um número igual de homens e mulheres ocupando as cadeiras do Parlamento. Essa discriminação positiva pode, numa primeira análise, representar um avanço nas relações políticas igualitárias. Na verdade, contudo, é terrivelmente discriminatória, pois em nome da causa feminista, essa falsa igualdade deixou de fora todas as demais “minorias” e, mesmo que no futuro essa tendência seja ampliada para “todas as minorias”. o que se fará será multiplicar os sectos, dando vazão à criação de novas “minorias” num círculo vicioso que não mais terá fim.<sup>27</sup>

Outro problema para a democracia ou a retenção do poder, na visão mais contemporânea, é o pretorianismo. O pretorianismo, ou seja, a participação, de forma eventual ou perene, das forças armadas na administração de um Estado e na formação da vontade geral, é um fenômeno observado nas democracias instáveis de boa parte dos países pobres. O que na democracia ateniense era compreendido como uma condição de cidadania e, conseqüentemente, de direito à participação na obtenção da vontade geral, nos Estados mencionados, consiste simultaneamente, na garantia e na ameaça ao estado de direito, dependendo da forma e intensidade em que manifeste sua intervenção no poder (p. 90).

Ferreira Filho analisa a corrupção, para que não esqueçamos de um grave problema para as democracias do mundo atual. Associado com certo *parti pris* aos

---

27. Ferreira Filho trata, ainda, desta questão nas páginas 108 e 109.

países pobres e de pouca tradição história democrática,<sup>28</sup> o fenômeno da corrupção é analisado com certa assepsia, pois é um tema normalmente tratado como denúncia e não como fenômeno da personalidade humana. A corrupção nos vários níveis de governo ou de estado, por meio do oferecimento de vantagens em troca de favores políticos ou pecuniários tira a legitimidade do representante do povo, retirando-lhe um pressuposto essencial do mandato, qual seja, a fidelidade.

O combate ao fenômeno da corrupção pode ser feito de diversas maneiras, dentre elas, a elaboração de leis, o aumento do controle popular e o fortalecimento das instituições democráticas. Dessas três armas, apenas o controle popular tem obtido melhores resultados, quando não contaminado pela hipocrisia, ou quando não-se presta ao papel de inocente útil, iludido pela mídia ou por outras forças de formação da opinião pública. Com certa freqüência as leis e as instituições elevam o nível da corrupção, ao invés de detê-la, como demonstra a história recente da reunificação alemã e da Comunidade Econômica Européia.

A chamada patologia da democracia, analisada com propriedade por Ferreira Filho, tem como remédio mais eficaz, pela constatação da inexistência de cura definitiva até então, o fortalecimento institucional. Entendemos como instituições democráticas aquelas que contribuem para dar maior legitimidade na formação da vontade geral, como a existência do Estado de Direito, a limitação eficaz do poder constituído e a garantia ao respeito desse Estado, mormente realizada pelo Judiciário.

Partindo das bases psicossociais e econômicas, chega o professor do Largo de São Francisco à discussão sobre as condições institucionais que propiciam a democracia num Estado de Direito. Como Estado de Direito temos a lei fundamental, a norma geral e abstrata, capaz de consagrar os direitos do cidadão e sua vontade geral. O *rule of law*, como os ingleses elaboraram, a predominância da lei na determinação dos rumos do Estado, tem como características principais a validade e eficácia *erga omnes* e a sua consagração pela garantia judicial. Lembremos que a norma geral que

---

28. Nessa análise, o autor, acertadamente, denuncia que o corruptor estrangeiro tem um papel determinante na corrupção dos países pobres ou em desenvolvimento, pois a corrupção que hesitaria em fazer em seu país, faz na terra alheia. Acrescenta-se, por oportuno, que os estrangeiros evitam a corrupção em seu território por temor à sanção legal ou social, enquanto permitem a corrupção alhures. Como exemplo da acertada observação do autor, podemos citar o trabalho semi-escravo na China, condenado pelos países ricos na Organização Mundial do Trabalho - OIT e na Organização Mundial do Comércio - OMC, enquanto, nesse mesmo país, grandes empresas europeias não se incomodam em manter os seus trabalhadores em cárcere privado, sem direitos sociais e com salários de US\$ 1,00 ao dia, protegidos pela corrupta máquina administrativa chinesa, inundando o mercado mundial com produtos “*made in china*”.

assegura a unidade do todo é a lei, e quem tem o poder de fazer leis, de conceder normas de conduta, é o verdadeiro soberano.<sup>29</sup>

O *rule of law*, originariamente inglês, e como tal mais flexível se transformou na doutrina jurídica do Estado, no “continente europeu” em estado de Direito, porém com uma força mais opressora diante do positivismo romano-germânico. Subordina-se, assim, todo o poder ao direito, do nível mais baixo ao mais alto, por meio da legalização de qualquer ação do governo, o que pode ser resumido em constitucionalismo.<sup>30</sup> Aqui notamos uma convergência dos pensamentos de Ferreira Filho e Bobbio (p. 97).

A legalidade e seu predomínio absoluto dá sentido à separação de poderes, desde que se entenda por lei a norma geral, não devendo esta ser confundida com a definição formal de lei, como tudo que se faça dentro do procedimento legislativo dos órgãos competentes para legislar. O império da lei, entretanto, não deve também ser confundido com o império do poder legislativo, como fazem alguns doutrinadores.

Como bem observa Carl Schmitt, dar ao legislador o poder absoluto apenas mudaria de mãos o absolutismo, outrora combatido para subtrair o poder absoluto do monarca, correndo o risco de criar o absolutismo das várias cabeças dos partidos políticos que em cada momento se encontrassem em maioria<sup>31</sup>. Como observa Ferreira Filho (p. 107), citando o mesmo Carl Schmitt, legalidade e igualdade estão indissolúvelmente ligadas<sup>32</sup>, não cabendo espaço para o absolutismo desse poder.

No capítulo 9, Ferreira Filho passa, então, a analisar como funcionam os princípios fundamentais que configuram a constituição, ao que Mainhofer chamou de democracia em liberdade: por um lado, os princípios de liberdade e igualdade e, por outro, os princípios de legitimidade e de separação de poderes, que se combinam de uma maneira que se construa a democracia participativa e constitucional, mas igualmente

29. Bobbio, Norberto, *Il Futuro della Democrazia*, 1984, Milão, p. 144.

30. Bobbio, Norberto, *Il Futuro...*, op. cit., p. 174. – Necessário esclarecer que os juristas não ingleses consideram a Inglaterra como uma ilha européia, de modo que, quando fazem referência ao “continente”, querem excluir a Inglaterra do contexto.

31. Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Munique e Lipsia, Duncker & Humblot, 1928, p. 152 - tradução do texto original: “Wenn das heute geltendes Verfassungsrecht wäre, so hätte der ganze rechtstaatliche Kampf gegen den Absolutismus des Monarchen damit geendet, das an die Stelle des monarchischen Absolutismus der vielköpfige Absolutismus der jeweiligen partipolitischen Mehrheit getreten wäre.”

32. Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, ... op. cit., p. 154.

liberal e social.<sup>33</sup> Neste estudo, o autor inicia seu raciocínio com os Direitos Humanos, vistos pelos helênicos como um direito superior, em virtude de sua própria existência, ao Direito Positivo.<sup>34</sup> Vistos como naturais até o século XVIII, os direitos fundamentais não reclamavam contrapartida positiva do Estado, senão apenas sua atuação como garantia contra a subtração e o abuso. Com a inauguração do Estado social, este passou de garantidor a sujeito passivo do direito humano, isto é, aquele com a obrigação de prover o cidadão com determinado direito, com o trabalho, previsto na Constituição de Weimer, de 1919. Bem verdade que os direitos fundamentais, fracassada a idéia do Estado providência, mesmo que alargados em número, pressupõem uma limitação da ação estatal ao estabelecer os seus lindes e agir na medida exata da correção de desequilíbrios que possam pôr em risco os mesmos direitos, provendo somente os direitos econômicos e sociais (p. 118).

A teoria desenvolvida por Montesquieu propôs que “*le pouvoir arrête le pouvoir*”<sup>35</sup> ou seja, um Estado constituído organizacionalmente por três poderes distintos (Executivo, Legislativo e Judiciário), com autonomia própria e funções estabelecidas constitucionalmente, erigindo obstáculos para a tendência monopolizadora do poder, por meio do controle recíproco de cada instituição.<sup>36</sup> Como diz Ferreira Filho, essa teoria rejeita a concentração do poder numa só mão, num só órgão (p. 121). De fato, no Estado liberal é possível reconhecer, então, a presença de três poderes, sendo o Legislativo aquele soberano, resultado da vontade geral; o poder Executivo

---

33. Mainhofer, Werner, *Introducción: Concepto y Objeto de la Democracia em la Ley Fundamental*, in *Manual de Derecho Constitucional*, de Benda, Mainhofer, Vogel, Hesse e Hegel, traduzido por Antonio López Pina, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1996, p.222.

34. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Direitos Humanos Fundamentais*, São Paulo, 1988.

35. Alguns autores entendem que Montesquieu equivocou-se na interpretação do Estado inglês, sendo que outros entendem que este equívoco foi proposital, a fim de forçar a validade das suas idéias sobre a necessidade da separação radical dos poderes do Estado, substituindo a figura do monarca pela constituição escrita. Vide Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Berlim, 1928, p.203: “A doutrina do equilíbrio de poderes e a doutrina da forma mista de governo se interpenetram aqui reciprocamente. Montesquieu aceita e modifica a sua maneira discreta, estas idéias em uma doutrina da degeneração das formas de governo; ele acredita que o ideal consiste na mistura de aristocracia e monarquia, e um governo bem equilibrado”, tradução do texto original alemão em que se lê: “Montesquieu übernimmt und modifiziert in seiner klugen Weise diese Gedankengängen in einer Lehre von der Entartung der Staatsform; er hält eine Mischung von Aristokratie und Monarchie und eine gut temperierte Regierung für das Ideal.

36. Montesquieu, *Barão de, De L'Esprit des Lois*, Paris, 1995, Livro Décimo Primeiro, Capítulo VI, “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente”

que age de acordo com a lei; e o Judiciário que reconhece, em cumprimento à lei, o que cabe a cada um. Este silogismo da ordem estatal, como quis Kant, caracterizava o legislativo como “irrepreensível”, o Executivo como “irresistível” e o Judiciário como “inapelável”<sup>37</sup> Esses poderes, chamados por Kant de “dignidades” devem viver em harmonia, vedada a usurpação de funções entre eles.

A regra de distribuição de competências orgânicas,<sup>38</sup> além de visar o controle do poder do Estado, tem também uma fundamentação prática de especialização das instituições integrantes da organização estatal. A ordem política do Estado deve ser de tal forma harmoniosa, de modo a deixar o cidadão com a nítida impressão de uma unidade do Estado, ciente, entretanto, da autonomia e independência dos poderes garantes da sua liberdade individual. A distribuição orgânica traduz uma separação subjetiva, em que os agentes Executivo, Legislativo e judiciário, têm funções definidas, porém podem uns e outros, agirem, respeitados alguns limites, com funções dos outros.

Mais adiante, aborda Ferreira Filho a questão da descentralização do poder central, que serve bem à democracia, pois impede o abuso na medida em que distribui os agentes do poder e estabelece métodos de controle mútuo. Dentre as técnicas de divisão de poderes, o autor menciona o federalismo e os poderes locais. Relatando a história dos poderes locais, desenvolvidos em Estados como Portugal, nos quais o poder se iniciava de forma periférica, mais efetiva diante das dificuldades tecnológicas, como a comunicação e o transporte. Em seguida, o autor cita os exemplos da Espanha e Itália, onde os poderes locais têm uma autonomia regional, figurando como um contrapeso ao Poder Central (p. 124).

Ao tratar do Federalismo, Ferreira Filho faz uma pausa para explicar a origem etimológica da palavra, que vem do latim *foedus*, significado de aliança. Com efeito, a aliança levada a cabo nos primeiros Estados federais como a Suíça e os EUA, não veio de uma descentralização, mas sim de uma concentração estratégica de Poder, em que a federação foi sistematizada para garantir autonomia relativa aos Estados aliados, na contrapartida da cessão de poderes de representação externa e de coordenação interna à União. A exceção histórica do Federalismo brasileiro serve para explicar melhor a técnica de descentralização, em que se admite uma pluralidade de poderes, com relativa autonomia e capacidade de contrapor ao Poder Central (p. 127).

---

37. Kant, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Francoforte no Meno, 2000, p.139.

38. Miranda, Pontes de, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, São Paulo, 1953, vol. 1, p. 190.

Concluindo o item ‘B’ sobre as condições institucionais da democracia, o professor titular de Direito Constitucional da USP discorre sobre a garantia judicial.

Ao iniciar sua exposição sobre a Garantia Judicial, o professor Ferreira Filho faz um jogo de frases que, numa primeira vista poderia parecer acaciano, porém, em sistemas democráticos frágeis como o Pátrio, seu significado precisa ser constantemente lembrado. Diz Ferreira Filho que se é verdade que quem tem o poder tende a dele abusar, é imprescindível um meio eficaz de repressão do abuso, sob pena desse poder ficar ilimitado (p. 128).

Para a limitação do poder ainda não se viu forma melhor, como sentenciar Ferreira Filho, do que a existência de juízes independentes e imparciais, cujas decisões sejam aplicadas de modo imperativo. Para tanto é preciso a especialização e a elevação do juiz ao grau de poder, o Poder Judiciário, equiparando-o aos poderes tradicionais, justamente para poder “*empêcher*” aquele que abusa do direito. De fato, ao contrário das democracias desenvolvidas, onde se vê o Poder Judiciário como bastião da Justiça, as frágeis e instáveis democracias tendem a buscar diversas formas de limitar o poder, de acordo com suas próprias convicções culturais e políticas, criando outras formas de controle informal jurisdicional, com forte conteúdo apelativo e político, que mais das vezes redundam em arbítrio. No Brasil observamos o Legislativo assumindo as funções do Judiciário e do Ministério Público, com as já famosas Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI. Como se dirá mais adiante, descentralizar o controle jurisdicional pode auxiliar na eficácia e prejudicar na isenção, devendo esta descentralização ser vista com muito cuidado.

A importância da garantia judicial foi ressaltada por Montesquieu, que elaborou a teoria da separação de poderes, erigindo justamente o Poder Judiciário como um dos três poderes. A idéia-força de Montesquieu sobre o Poder Judiciário foi levada a cabo nas diversas democracias do mundo, onde se estabeleceram prerrogativas das mais amplas a esse poder, de modo a alçá-lo ao ponto de chegar a ter um caráter de poder constituinte<sup>39</sup>

O excesso de Montesquieu não foi, todavia, sequer cumprido na própria França, como bem observa Ferreira Filho. Da época de Montesquieu viria,

---

39. Nos EUA, por exemplo, o sistema de controle judicial deu às decisões da Suprema Corte um caráter de poder constituinte efetivo, diante da força de suas interpretações da Constituição, fazendo valer a célebre frase “We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is” (Chief Justice Charles Evans Hughes – United States Supreme Court – Address S. 139), traduzindo: “Nós estamos sob uma constituição, mas a constituição é o que os juízes dizem que é”.

provavelmente, a recusa em atribuir ao Judiciário o poder de invalidar leis. Em seu lugar, a Constituição francesa admite, há pouco mais de trinta anos, o Conselho Constitucional, colegiado de controle preventivo, cujas decisões são irrecorríveis e tem validade *erga omnes*<sup>40</sup>

Por outro lado, foi o Sistema Judiciário inglês que firmou os princípios e os remédios de direito fundamental que culminaram com a efetivação do controle judicial. Não elevado ao plano de Poder, porque não se considera a separação institucional de poderes na Inglaterra. Com razão estava e está a Inglaterra que, de certa forma, sempre desprezou a teoria da separação total de poderes, caminhando do absolutismo monárquico para uma separação relativa, mais notada nas relações entre o Legislativo e o Executivo.<sup>41</sup>

Relata Ferreira Filho o papel desempenhado pelos juízes itinerantes ingleses, revisores das decisões costumeiras locais (*law of the land*), desde 1175. Desenvolveu-se o papel de revisão judicial, crescendo-se o poder de emitir ordens escritas para a garantia de direitos individuais, como os *writs*, o *habeas corpus*, o *certiorari*, a *injunction*, entre outros (p. 131).

As contribuições do Direito inglês não se limitaram aos remédios de direito fundamental. Os princípios fundamentais que hoje integram as constituições escritas modernas, como a legalidade, o devido processo legal, o controle de atos da administração e, por último, o controle de constitucionalidade, provêm todos do *due process of law* e do *rule of law*.

O *due process of law*, princípio bastante conhecido por nós, está dentre os direitos fundamentais do cidadão brasileiro, mais precisamente no art. 5, LIV e LV, da Constituição Federal. O devido processo legal, como bem assevera Ferreira Filho, na prática, significa dar ao litigante a mais ampla possibilidade de defesa de seus direitos perante o juiz, que vai, então, compor os interesses ou sancionar as condutas das partes envolvidas na lide, em face da lei. A garantia judicial prestada aqui é do Estado para o cidadão na defesa de seus direitos fundamentais.

Por outro lado, no *rule of law*, a garantia judicial é do Estado para o próprio Estado. O controle da administração pelo Judiciário pode se dar por meio de

---

40. Favorcu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, 1994, p. 106.

41. Hegel, G. W. F., *Sämtliche Werke - Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 368. Para Hegel, a separação gera uma relação de desconfiança hostil, um erro que pode culminar com a desintegração do Estado.



repressão a atos abusivos ou lesivos. Vinculado ao princípio da legalidade, o Poder Público tem aqui um julgamento que, atualmente, admite a apreciação judicial do mérito das decisões administrativas, o que representa uma ampliação da função jurisdicional.<sup>42</sup>

No Brasil, o constituinte brasileiro determinou ao funcionário público que pautasse seus atos seguindo não-só a lei, mas também outros elementos, como a moralidade.<sup>43</sup> Por outro lado, permitiu o desfazimento de ato administrativo “*lesivo ao patrimônio público e social*”, por meio de um remédio de direito como a ação popular.<sup>44</sup> Como Ferreira Filho diz neste livro e no seu *Curso de Direito Constitucional*, o controle de atos administrativos permite ao juiz que aprecie a legalidade e outros princípios, segundo sua própria escala de valores (p. 135).

O princípio inglês do *rule of law* deu, portanto, ao controle judicial o direito de verificar a adequação geral de toda a vida do Estado, segundo o princípio da legalidade. Esta verificação, que Carl Schmitt definiu como “*vollendete Ideal (pleno ideal)*” do Estado de Direito, deu ao juiz uma prerrogativa perigosa da decisão política,<sup>45</sup> posição sobre a qual concorda Ferreira Filho.

Na esteira do princípio do *rule of law*, veio o controle judicial da constitucionalidade das normas, tratado pelo autor como uma afirmação do governo de juizes, causa de um forte desequilíbrio na teoria da separação de Poderes, independentes e autônomos. Há quem diga, como o mesmo Kelsen, que o poder Judiciário, com a revisão judicial, propicia uma transgressão ao princípio da separação de poderes.<sup>46</sup>

Não-obstante, como Ferreira Filho relata (p. 136), a necessidade de garantir a supremacia da Constituição, por meio de um controle por meio de júri constitucional, fez dos EUA os pioneiros a impor esta regra no famoso caso *Marbury versus Madison*. Para fugir do debate que impedira a instauração da Corte constitucional na França, por infração ao princípio da separação dos poderes, o juiz Marshal teceu uma argumentação sólida, segundo a qual não haveria ingerência no Poder Legislativo na declaração de inconstitucionalidade da norma, pois esta já seria nula de pleno direito *ab initio*, não merecendo sequer ser considerada como lei por afrontar a Lei Maior.

---

42. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 27a. Edição, 2001, p. 244.

43. *Constituição Federal*, artigo 37.

44. *Constituição Federal*, artigo 129, III.

45. Schmitt Carl, *Verfassungslehre*, op. cit., p. 133/134.

46. Kelsen, Hans, *General ...*, op. cit., p. 269.

Devemos analisar a interpretação das normas pelo Poder Judiciário, que foi inicialmente entendida pelos franceses do século XVIII como a análise de adequação das normas aos litígios concretos. Mais tarde, porém, a função do Judiciário foi ampliada, cabendo-lhe interpretar a adequação das normas à Constituição, criando-se, então, o controle de constitucionalidade. Por este controle avalia-se a adequação da norma inferior à norma superior que, utilizada como paradigma, na hipótese de inadequação, nega-lhe validade. Diante deste fato, a norma inconstitucional é vazia (do inglês “void”), legalmente inexistente, o que representa uma contradição em termos.<sup>47</sup>

O controle concreto de constitucionalidade desenvolvido nos EUA não retira a lei do ordenamento jurídico, declarando-a inconstitucional, tem validade entre as partes e efeitos *ex tunc*, podendo o cidadão acioná-lo incidentalmente, perante qualquer juiz. Este sistema do controle difuso de constitucionalidade foi trazido ao Brasil, expressamente previsto na nossa Constituição, já no início do século passado.<sup>48</sup>

Nosso sistema de controle de constitucionalidade difuso, no entanto, não tem o “*stare decisis*,” outro princípio trazido do Direito inglês, segundo o qual as decisões da Corte máxima firmam uma regra que deve ser seguida pelos tribunais<sup>49</sup> Este princípio, utilizado de forma peculiar no Sistema americano, condena a lei ao “status” de letra morta, pois força os tribunais inferiores a entenderem da mesma forma que a Corte Suprema, impedindo que a norma inconstitucional opere (p. 136). Para suprir essa deficiência, o Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade difuso prevê que o Senado Federal, após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, suspenda a execução da norma tida como inconstitucional,<sup>50</sup> o que acaba tendo um resultado semelhante ao do *stare decisis* americano.

---

47. Kelsen, Hans, *General ...*, op. cit., p. 155.

48. A Emenda Constitucional de 5 de setembro de 1926, alterou o art. 59 e a Emenda Constitucional de 3 de setembro, de 1926, alterou o art. 60 da Constituição de 1891, trazendo a competência do STF para apreciar recursos que dispusessem sobre a inconstitucionalidade de leis perante a Constituição - cf. *Constituições do Brasil*, organizado por Hilton Lobo Campanholc e Adriano Campanhole, São Paulo, 2000, p.742.

49. Barros, Sérgio Resende de, *O Nó Górdio do Sistema Misto*, artigo publicado no livro *Arguição de Descumprimento de Preccito Fundamental: Análises à Luz da Lei n.º 9.882/99*, p. 181 – o autor interpreta o instituto, informando a sua locução completa: “*stare decisis et non quieta movere*, ou, em português, estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas”.

50. Não obstante a Constituição Federal coloque a suspensão como uma competência (poder) privativa do Senado Federal (art. 52, X), Ferreira Filho acertadamente entende como obrigatória a suspensão. – Cf. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 42.

A função única do instituto do controle de constitucionalidade é a defesa da ordem jurídica, um meio de controle político, de modo que não infringe o princípio da separação de poderes.<sup>51</sup> A justificativa desta afirmação está, também, no fato de a norma inconstitucional não ser aceita como tal, por lhe faltar um pressuposto essencial de validade, que é justamente a adequação à Lei Maior.<sup>52</sup>

O Judiciário não-revoga lei inconstitucional do Legislativo, uma vez que esta, reconhecida pela Corte Constitucional como incompatível com a Constituição, perde seu caráter de norma, “*ab initio*”, não conferindo poderes ao Executivo.<sup>53</sup> Assim, portanto, não há como admitir que o controle de constitucionalidade levado a cabo pelo Judiciário interfira no princípio da independência e da separação total dos poderes.

Ferreira Filho conclui o capítulo do controle judicial, analisando o controle concentrado de constitucionalidade (p. 138). O controle inspirado no modelo austríaco, de 1920, foi adotado após a guerra na Itália, seguida da Alemanha, que lhe valeu o título de modelo europeu de controle de constitucionalidade.

Esse sistema europeu de constitucionalidade tem como principais características, não ser exercido pelo Poder Judiciário, não ser integrado por juízes de carreira e analisar a lei em abstrato, com decisão de efeito *erga omnes*. Esta característica do controle de constitucionalidade, critica Ferreira Filho, acentua o risco do governo dos juízes (p. 139).

O Brasil adotou, além do sistema difuso de constitucionalidade, também o Sistema europeu de controle de constitucionalidade, diferenciado apenas por seu caráter não-político. O Supremo Tribunal Federal é a nossa corte constitucional que, provocada por determinadas autoridades, analise em tese a constitucionalidade de um ato normativo.

O controle de constitucionalidade brasileiro, como se vê, é bastante variado. Além do controle difuso, já descrito acima, o controle concentrado tem diversas

---

51. Mendes, Gilmar Ferreira, *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo, 2000, p. 25.

52. Acertadamente, a Constituição imperial de 25 de março de 1824, trazia em seu artigo 178: “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias.” - *Constituições do Brasil*, compilação de Hilton LOBO Campanhole e Adriano Campanhole, São Paulo, 2000.

53. Barbosa, Rui, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo*, Rio de Janeiro, p. 42, *apud* Marques, José Frederico, *O Direito Processual em São Paulo*, São Paulo, 1977, p. 164.

ações: a chamada ADIN, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, prevista no art. 102, alínea 'a'. da Constituição Federal; a ADC, Ação Declaratória de Constitucionalidade, prevista no art. 103, parágrafo quarto da Constituição Federal;<sup>54</sup> a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no art. 102, I, da Constituição Federal<sup>55</sup>

Adiante, Ferreira Filho ressalta o importante papel desenvolvido pela Justiça Eleitoral para a democracia, regulamentando todo o processo eleitoral, que o autor entende ser inspirado na idéia de Kelsen, concretizado pela primeira vez na Tchecoslováquia, em 1920 (p. 140).

Novamente, ao finalizar seu capítulo do controle judicial, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo lança a dúvida sobre a politização do Judiciário ao assumir diversas funções, como o controle administrativo, controle de constitucionalidade normativa por via direta e controle eleitoral. O problema da politização da Justiça, analisado da mesma forma e com detalhe por Schmitt em seu *Verfassungslehre*, preocupa quando trata a Justiça, principalmente, de assuntos de Direito Público<sup>56</sup>

Para encerrar seu mais novo ensaio sobre a democracia, Ferreira Filho trata das condições instrumentais para a democracia, que o autor julga serem imprescindíveis para o seu funcionamento pleno.

Dentre as condições instrumentais que o autor descreve em seu trabalho está a opinião pública esclarecida e racional. Outra condição instrumental essencial é o sistema eleitoral eficaz, sem o que a democracia fica fragilizada, nas mãos de uma oligarquia que perpetua sua vontade e a defesa de seus interesses pessoais. Por último, o doutor *honoris causa* da Faculdade de Direito de Lisboa conclui ser imprescindível o sistema de governo.

---

54. Ambas ações foram recentemente regulamentadas pela Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999.

55. Faltou ao autor comentar este tipo de controle de constitucionalidade, a que ele dedica um tópico em *seu Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 40 – Esta importante ação em defesa de preceito fundamental tem como objeto a decisão sobre a inconstitucionalidade ou-não de atos impugnados perante juizes e tribunais que pode ser avocada pelo STF. O cidadão foi o grande beneficiado pela recente regulamentação deste tipo de controle de constitucionalidade, com a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que lhe deu um instrumento de defesa de seus direitos fundamentais, travados por questões processuais ou regimentais, nas instâncias inferiores do país.

56. Schmitt, Karl, op. cit., p. 134. – O autor cita alguns exemplos: a) tratamento especial dos delitos políticos; b) acusações contra ministros e presidente; c) litígios constitucionais; d) análise de dúvidas ou divergências de opinião sobre a constitucionalidade de leis ou regulamentos de um tribunal especial; e) tratamento especial dos atos de governo e atos políticos específicos no campo da administração; f) exame de questões eleitorais.

No que diz respeito à opinião pública esclarecida, analisa Ferreira Filho o processo de formação decorrente da alimentação por informações recebidas e processadas pelos indivíduos. As informações recebidas pelo cidadão devem ser analisadas de forma crítica, o que exige cultura e vivência social, voltando um pouco ao início do livro.

Também devem ser levados em conta os aspectos psicossociais, como o caráter do cidadão, sendo o “*inner directed*” o melhor tipo para desenvolver a opinião pública em prol da democracia.

Outro aspecto importante da opinião pública, abordado por Ferreira Filho (p. 152), é o instrumento de formação da opinião pública. Aqui podemos citar alguns, desde os mais tradicionais, como o jornal, a rádio e a televisão, até os mais modernos, como a Internet e os aparelhos celulares conectados à Internet em tempo real. Não podemos deixar de tratar, também, da propaganda e do poder econômico, instrumentos que têm sido decisivos no processo eleitoral.

O autor dá um destaque especial à televisão como instrumento de formação e, também, de deformação da opinião pública. Seu poder chegou a ser ameaçado no final do século passado, quando foi anunciada a Internet como sua substituta.

Essa ameaça, contudo, não passou de uma tentativa desesperada da economia americana em retardar os efeitos da crise sentida nos dias de hoje. Quanto à Internet como meio de comunicação de massas e de instrumento de formação de opinião pública, como o autor e outros cientistas políticos dizem, não se tem conhecimento de seu poder efetivo. É mais provável, entendemos, que ele se integre à televisão, como uma ferramenta capaz de ampliar o poder de interação do espectador com o comunicador. Exemplos como estes podem ser observados nos programas de televisão brasileiros, em que o telespectador é chamado a participar com seu “voto” de opiniões sobre a escolha do técnico da seleção brasileira de futebol, sobre o final de uma novela, etc..

Como bem destaca Ferreira Filho (p. 154), o poder da televisão não está somente ligado à informação que ela dá ao cidadão, mas também ao conteúdo personalizado e afetivo de suas imagens e sons, que turva a mente do espectador, impedindo que ele exerça sua crítica após alguma abstração. Nisso concorda Sartori, cientista social italiano que esteve em São Paulo, a convite do Instituto Pimenta Bueno, para falar de seu livro *Homo videns – televisione e post pensiero*,<sup>57</sup> uma crítica mordaz ao poder da televisão.

---

57. Sartori, Giovanni, *Homo videns – televisione e post pensiero*, Milão, 1998.

Em épocas eleitorais ou pré-eleitorais, como a que vivemos ao redigir este artigo, vemos com muita freqüência o que Sartori chama de desinformação ou subinformação, bem como a criação de acontecimentos. A distorção provocada pelo caráter afetivo das informações da televisão possibilita, por exemplo, que candidatos surjam com faces dóceis, prometendo estar mais maduros, lutar contra a corrupção e pelos pobres, encantando a “*massa volla*” com discursos demagógicos de fazer corar estátua.

Ainda sobre a questão da formação da opinião pública, Ferreira Filho aborda o problema dos perigos da manipulação das massas por parte dos comunicadores (p. 156). Como o indivíduo recebe as informações dos meios de comunicação, passivamente e com o espírito desarmado, toma essas informações com forte dose de presunção de veracidade.

Os comunicadores e os meios de comunicação assumem, então, um poder muito grande na formação da opinião pública, sendo capazes de construir e destruir mitos com uma facilidade impressionante. Ferreira Filho traz à colação de seu livro o caso do *Washington Post*, que fez uma campanha difamatória contra o presidente americano Richard Nixon, culminando com sua renúncia. Na esteira desse caso e mesmo antes,<sup>58</sup> os meios de comunicação e os comunicadores<sup>59</sup> brasileiros disputam os escândalos políticos com grande voracidade. Atualmente, tem sido constantes as matérias publicadas nas maiores revistas semanais de atualidades do País, “*Veja*” e “*Isto é*” trazendo denúncias políticas que, dependendo da força com que são introduzidas, têm resultado na renúncia ou cassação de políticos, além da abertura de investigações e processos contra as mais variadas pessoas.<sup>60</sup>

Nem se diga dos programas televisivos e seus “âncoras” que são determinantes na formação da opinião pública. Dependendo da linha política desenvolvida por esses comunicadores e da maior ou menor projeção que dão aos

---

58. Cf. Morais, Fernando, *Chatô O Rei do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 1994, p. 449 e ss.

59. Lembramos a campanha do jornalista Carlos Lacerda contra Getúlio Vargas, que resultou não apenas com a renúncia, senão no suicídio do presidente da República, em face da ameaça de escárnio popular pela exploração de um fato escandaloso envolvendo seu nome. Sobre Lacerda, vide *Carlos Lacerda a Vida de Um Lutador*, de John W.F. Dulles, São Paulo, 2000; sobre o poder da Imprensa brasileira aconselhamos, também, a leitura de *Minha Razão de Viver*, de Samuel Wainer, São Paulo, 1987.

60. Há casos atuais, como o do ex-deputado Sérgio Naya, cassado de seu mandato de deputado federal, no calor de uma tragédia decorrente do desabamento do Edifício Palace II e recentemente absolvido, em primeira instância, em processo judicial que apura sua responsabilidade subjetiva no evento.

eventos políticos e aos políticos em si, podem desempenhar um papel determinante no jogo político das democracias modernas.<sup>61</sup>

Criticando o que ele denominou acidamente como “intelectuais,” Ferreira Filho levanta o problema de um tipo social que transmite idéias e emite opiniões sobre fatos dos quais não-entende. Este tipo social exerce um papel determinante na mídia em geral, correndo atrás dos fatos para emitir seu “parecer” sobre o caso. Entendemos que, num País como o Brasil, de recente valorização de suas instituições e afirmação de sua constituição, não faltam os “intelectuais” juristas, sempre prontos para falar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas. Como bem ressalta o autor, esses “intelectuais” dependendo do grau de penetração que têm na mídia, fixam padrões de “verdade” a que os *other directed* aderem com grande facilidade.

Quanto à propaganda como meio de comunicação de massa na formação da opinião pública, Ferreira Filho faz uma breve análise, deixando claro que este meio é velho conhecido da ciência política e, hoje, vende desde um sabonete até uma candidatura (p. 159).

Este tema, dada a importância que assumiu nas democracias modernas, mereceria maior dedicação da doutrina. O profissional de propaganda assumiu, na última década, um papel determinante na formação de candidatos e na venda do “pacote político” do candidato para o público consumidor, o eleitorado.<sup>62</sup>

É interessante o registro das regras elaboradas por Domenach,<sup>63</sup> trazidas pelo autor ao conhecimento do leitor, que valem a pena serem transcritas novamente: 1) de simplificação; 2) de exageração e desfiguramento; 3) de orquestração; 4) de transfusão; 5) de unanimidade. Essas regras demonstram uma técnica que, se bem utilizada pelo profissional de marketing e publicidade, podem mudar completamente as qualidades pessoais de um candidato, transformando a relação político-eleitor, de mandato representativo, numa relação de consumo, um “produto” que o cidadão “other

---

61. Citemos o recente caso da eleição americana, em que os dois candidatos estiveram tecnicamente empatados nas pesquisas de opinião até o último debate, transmitido com recordes de audiência, em que o atual presidente Bush saiu vitorioso do debate e da eleição.

62. Podemos citar o trabalho de grandes publicitários brasileiros para a eleição de presidente, governadores e prefeitos, como Nizan Guanacs e Duda Mendonça, este último responsável pela campanha malsucedida para mudar a fama polêmica do ex-prefeito Paulo Maluf, adotando o *slogan* “rouba mas faz”, hoje envolvido em novo desafio, de mudar a fama maoísta de Luis Inácio Lula da Silva, para vender melhor sua candidatura à presidência, com novo *slogan* “mais maduro”

63. Domench, V. J. M., *La propagande politique*, Paris, 1959, p. 15 e ss.

directed” somente se dará conta de suas virtudes reais após a eleição, quando não terá senão a próxima eleição para se arrepende da má escolha.

Outro tema de grande importância para a ciência política hodierna, trazida ao leitor com a síntese precisa de Ferreira Filho, é a manifestação da opinião pública. A “boca pequena” do povo, hoje traduzida em sondagens de opinião, um instrumento valioso nas mãos dos comunicadores, da mídia e dos profissionais de *marketing* político.

A este respeito deveriam, também, os estudiosos de ciência política dedicarem mais a sua atenção, pois as sondagens de opinião públicas têm crescente utilização em todo o cenário democrático, seja no sufrágio, seja na formação da opinião pública, com relação aos fatos de seu interesse direto, como diante das medidas adotadas pelo governo democraticamente eleito.

A técnica das sondagens de opinião é de certa forma ignorada por boa parte dos sujeitos às mesmas sondagens, ou seja, os cidadãos. A metodologia científica na elaboração das questões, a qualidade do público alvo, o número de entrevistados e o tempo e época dedicados à sondagem podem modificar completamente os resultados obtidos. A falta de técnica e o modo tendencioso com que se utilizam as sondagens de opinião revelam que esses instrumentos, que deveriam servir para a expressão da “*vox populi*”, em verdade servem aos comunicadores, à mídia e aos profissionais de *marketing* para conduzir os “*other directed*” a pensarem e agirem de determinada forma<sup>64</sup>

Há de se ter cuidado, portanto, com as sondagens de opinião pública nas democracias, pois elas deveriam aumentar a racionalidade das opções ou decisões populares, o que não-ocorre, como constata Ferreira Filho, respaldado por estudiosos no assunto.<sup>65</sup> Sugerimos, então, que se estabeleçam institutos isentos ou agências privadas, sob os auspícios do Ministério da Justiça ou da Justiça Eleitoral, para regulamentar e policiar os institutos de pesquisa, evitando que eles sejam utilizados para a manipulação das massas.

---

64. Um exemplo atual e doméstico da má utilização das sondagens se viu na recente pesquisa divulgada, em 18 de junho de 2001, pelo site Veja On-line, segundo a qual 42,2% dos entrevistados acreditavam que a incompetência do Governo federal causou a crise no sistema energético; 27,4% acreditavam que ela se deve à falta de chuvas; 14,4% atribuí a crise à falta de investimentos e 10,2% viam as privatizações como responsáveis pela crise. Vê-se, principalmente, que a matéria submetida ao crivo público, é muito técnica e, também, que as perguntas realizadas, à exceção de uma, visam responsabilizar o Governo direta ou indiretamente pela crise energética, o que vicia a sondagem, por falta de qualidade científica para provar o que quer que seja.

65. Sartori, *Homo videns...*, op. cit., p. 75, e Lamounier, Bolívar, *A Democracia brasileira no limiar do século XXI*, in Pesquisas, São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 1996, p. 35.



Finalizando o capítulo, Ferreira Filho ressalta o papel do Estado no controle dos meios de comunicação de massa, que no Brasil estabeleceu o chamado “horário gratuito” criou o direito de resposta aos candidatos ofendidos por seus opositores, dando ao Judiciário o papel de controle democrático do Estado. A idéia, como o autor já dissera anteriormente, citando Carl Schmitt, por um lado positivo, coroa o Estado de Direito, mas por outro negativo, propõe um perigoso desvio de funções<sup>66</sup>

Tratando de um tema de crucial importância instrumental para a Democracia, Ferreira Filho aborda o Sistema de Governo, no capítulo 13 de seu livro. O foco principal desta discussão sobre Sistema de Governo está na garantia de governabilidade com a participação ideal do povo na formação da vontade geral.

A teoria da separação de poderes, diante da importância que Montesquieu lhe deu em seu *De l'Esprit des lois*, passou a ser considerada não-só como um elemento de limitação do poder absoluto, mas também a base para um Sistema de Governo que premiasse a legalidade. Por diversas passagens de seu livro, em especial ao tratar da “*constituição da Inglaterra*,” Montesquieu pretendeu forçar essa idéia, dizendo não haver liberdade sem separação de poderes, estando tudo perdido se o mesmo homem, o mesmo corpo, ou os nobres ou o povo exercesse os três poderes.<sup>67</sup> O exagero proposital de Montesquieu partiu de uma interpretação deliberadamente distorcida do Sistema inglês, que mantinha e, de certa forma, mantém até hoje, o Executivo, Legislativo e Judiciário, separados apenas como funções de um único Estado, ao nosso ver o modelo mais racional.

O problema de relacionamento das funções legislativa e executiva do Estado, para o qual Ferreira Filho chama a atenção do leitor (p. 191), está na eficácia da separação independente deles como poderes levar a certa ingovernabilidade, caso fracasse um Sistema de Governo que modere os ímpetus de independência e de autoritarismo.

Os sistemas de Governo que mais se destacaram ao longo da história foram o presidencialismo, o parlamentarismo, o diretorial e o misto. O primeiro deles tem como característica principal a separação dos poderes e a figura forte do chefe do Executivo. O parlamentarismo, o mais antigo dos sistemas, não considera a separação de poderes, adotando um sistema de interdependência total das funções executiva,

---

66. *Verfassungslehre*, op. cit., p. 134.

67. Op. cit., p. 328.

legislativa e certa independência judiciária, com a característica de um chefe de Governo vindo do próprio parlamento. O sistema diretorial, existente hoje apenas na Suíça, tem sua característica marcante na idéia de um governo não de um, mas de um diretório, que cumpre as diretrizes do parlamento de que também faz parte. O sistema misto de parlamentarismo e presidencialismo é basicamente um sistema parlamentar com alguns traços de presidencialismo, que dá ao chefe de Estado alguns atributos capazes de manter o equilíbrio de forças entre os poderes Executivo e Legislativo, trabalhando como um poder moderador que pode dissolver o parlamento e consultar o povo, em questões de relevante importância, por meio de referendo.

No Brasil vivemos recentemente o dilema dos sistemas de governo, quando a Constituição Federal, de 1988, estabeleceu que o povo decidiria, por meio de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo).<sup>68</sup> A dúvida dos constituintes da época era definir o melhor sistema de Governo, que impedisse o excesso de poderes do Executivo<sup>69</sup>

A bem da verdade, a discussão em torno dos sistemas de Governo está longe de ter uma definição, pois as tarefas do Estado Social de Direito não param de crescer, competindo à administração cuidar da garantia dos direitos sociais sem descuidar da economia e, mais recentemente, fazer-se respeitar internacionalmente, por meio de uma participação efetiva nos organismos supranacionais.

Observamos com preocupação os ataques ferozes ao deslocamento do Poder Legislativo para o chefe do Poder Executivo, por meio das polêmicas medidas provisórias, que deveriam ser utilizadas como instrumento emergencial e, de fato, constituem um verdadeiro meio legislativo do presidente da República. Isto acaba por configurar o que Resende de Barros chama de *presidentismo*<sup>70</sup> Muito embora concordemos com a crítica aos excessos do Poder Executivo no meio normativo, devemos analisar o problema diante da incapacidade do Legislativo de atender à

---

68. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, artigo segundo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

69. Para quem acompanhou os Anais da Assembléia Nacional Constituinte é forçoso lembrar que os defensores do parlamentarismo são os mesmos que hoje abusam da posição confortável do presidencialismo, com o uso das combatidas medidas provisórias, dando razão aos que denominaram o presidente como "*His Majesty, the President of Brasil*" (livro citado pelo autor, de autoria de Ernst Hambloch, Nova York, Dutton, 1936).

70. Resende de Barros, Sérgio, *Medidas, Provisórias?*, in Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 53, junho/2000, pp. 67/82. O autor criou o termo *presidentismo* para designar a deturpação do presidencialismo no Brasil.

demanda normativa do Estado.<sup>71</sup> A discussão estéril da independência dos poderes e da reserva legal culmina, como ocorre na Itália, com a hipócrita delegação disfarçada de poderes do Legislativo ao Executivo, cunhada como “delegificazione” por Giuseppe de Vergottini.<sup>72</sup> A simples limitação do poder executivo no exercício da atividade normativa gera a paralisação das ações do governo que, num sistema parlamentar, gera a constante alteração de governos, como ocorre na Itália e, no sistema presidencial, deixa o governo refém do parlamento, que no Brasil tem dado margem a toda a sorte de corrupção.

Na comparação entre os sistemas de Governo, deixa o autor transparecer sua preferência pelo sistema misto, embora reconheça a dependência cultural política para que este sistema tenha êxito (p. 213). A proposta de Ferreira Filho parece fustigar o leitor a refletir de modo racional diante de um problema que preocupa cada vez mais os cientistas políticos devido a modernização das relações jurídicas.

Para o sucesso de qualquer sistema de Governo, além da cultura política é essencial adequação deste à representatividade e ao sufrágio, de modo que a democracia permita por um lado a maior participação popular possível, sem prejudicar a administração do Estado.<sup>73</sup> Por sua vez, a representação não está diretamente ligada com a mera existência de procedimentos democráticos de legitimação, de formação da vontade geral e da decisão, mas sim na forma como se efetivam esses processos.<sup>74</sup>

Encerrando este que é, sem dúvida, um livro que não pode faltar nas bibliotecas dos estudiosos da Ciência Política brasileira, Ferreira Filho fala do futuro da democracia. Aqui a ciência aproxima o autor a Norberto Bobbio,<sup>75</sup> pois ambos, ao contrário dos “*other directed*” que anunciam a mundialização da democracia, vêm com ressalvas a afirmação de que o mundo é ou deve ser democrático. Neste livro, como em palestra proferida no 8º Encontro Nacional de Direito Constitucional,

---

71. Noticiamos a recente aprovação da EC n. 32, de 11 de setembro de 2001, que limita o uso das Medidas Provisórias, devendo ser sancionada pelo presidente da República, sobre a qual escreveremos futuramente.

72. A “*Delegificazione*” e a sua Incidência no Sistema de Fontes do Direito, traduzido por Fernando Aurelio Zilveti, in *Direito Constitucional Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, coordenado por Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurelio Zilveti, São Paulo, pp. 163/178.

73. Böckenförde, Ernst Wolfgang, Estudos sobre el Estado de Derecho y la democracia, Madrid, 2000, p. 154.

74. Böckenförde, Ernst Wolfgang, idem.

75. *Il Futuro...*, op. cit., p. 199.

organizado pelo Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas, Ferreira Filho aponta que a democracia, assim como boa parte dos valores ocidentais, não encontra eco em diversas culturas, como a muçulmana, hindu, chinesa, nipônica e etc.

O capitalismo é a “bola da vez” na atenção das esquerdas radicais, que promovem ações totalitárias contra símbolos do capitalismo, empresas multinacionais, como o McDonald’s, ou mesmo contra os EUA. Falta, porém, aos marxistas uma proposta alternativa ao liberalismo, tendo que se render a contragosto ao sistema existente e dominante na atualidade. O perigo destas posições estremadas é que elas promovam, como vem ocorrendo na Colômbia, com a FARC, e no interior do Brasil, com o MST, movimentos para a inviabilização da democracia, como bem atenta o autor (p. 218).

Em que pese um movimento mundial progressivo de certa democratização, com o respeito aos direitos fundamentais, à legalidade, à separação de poderes e ao sufrágio universal, se a democracia é uma utopia perseguida há muito tempo em boa parte dos países ocidentais, a extensão dela para todo o mundo, é uma *“idea della ragion pura, che può valere in pratica soltanto come un’idea relativa”*<sup>76</sup>

Considerando a dependência crescente dos países em relação aos organismos internacionais como, por exemplo, o Fundo Monetário Internacional-FMI, a Organização Mundial do Comércio-OMC, a Organização do Tratado do Atlântico Norte-OTAN, sem contar a recente organização de estados supranacionais como o Mercado Comum Europeu, o Mercosul e a recente Área de Livre Comércio das Américas-ALCA, a democratização nacional depende da democratização internacional, sendo que o adimplemento de um obstáculo para o outro, como diz Bobbio,<sup>77</sup> dificilmente se realizaria, como diz Ferreira Filho, pois estes estados supranacionais são pouco receptivos à idéia de democracia (p. 222).

A modernização veloz da tecnologia<sup>78</sup> e da economia pela qual passa a Humanidade é, sem dúvida, o motor de popa da democratização mundial, pois ela

---

76. Idem, p. 218.

77. Idem ibidem, p.218.

78. A tecnologia da Internet é um exemplo de um canal de ingresso dos países para o liberalismo, prova disso é o acesso à rede por parte de cidadãos do mundo islâmico, que proíbe o acesso à comunicação, que participam das redes de “chats,” pedindo ajuda internacional para acabar com a ditadura política em seus países.

força a estandardização das culturas e, conseqüentemente, pressiona todas as civilizações a modificarem seus sistemas ancestrais de cultura, de religião, de economia e, por último, de governo.

Se o *McMonde* em que vivemos hoje é de fato uma civilização calcada em direitos fundamentais e em um sistema econômico do capitalismo democrático,<sup>79</sup> o desafio para o novo século é fortalecer a democracia onde ela exista para, daí, expandi-la para onde ela se faça necessária.

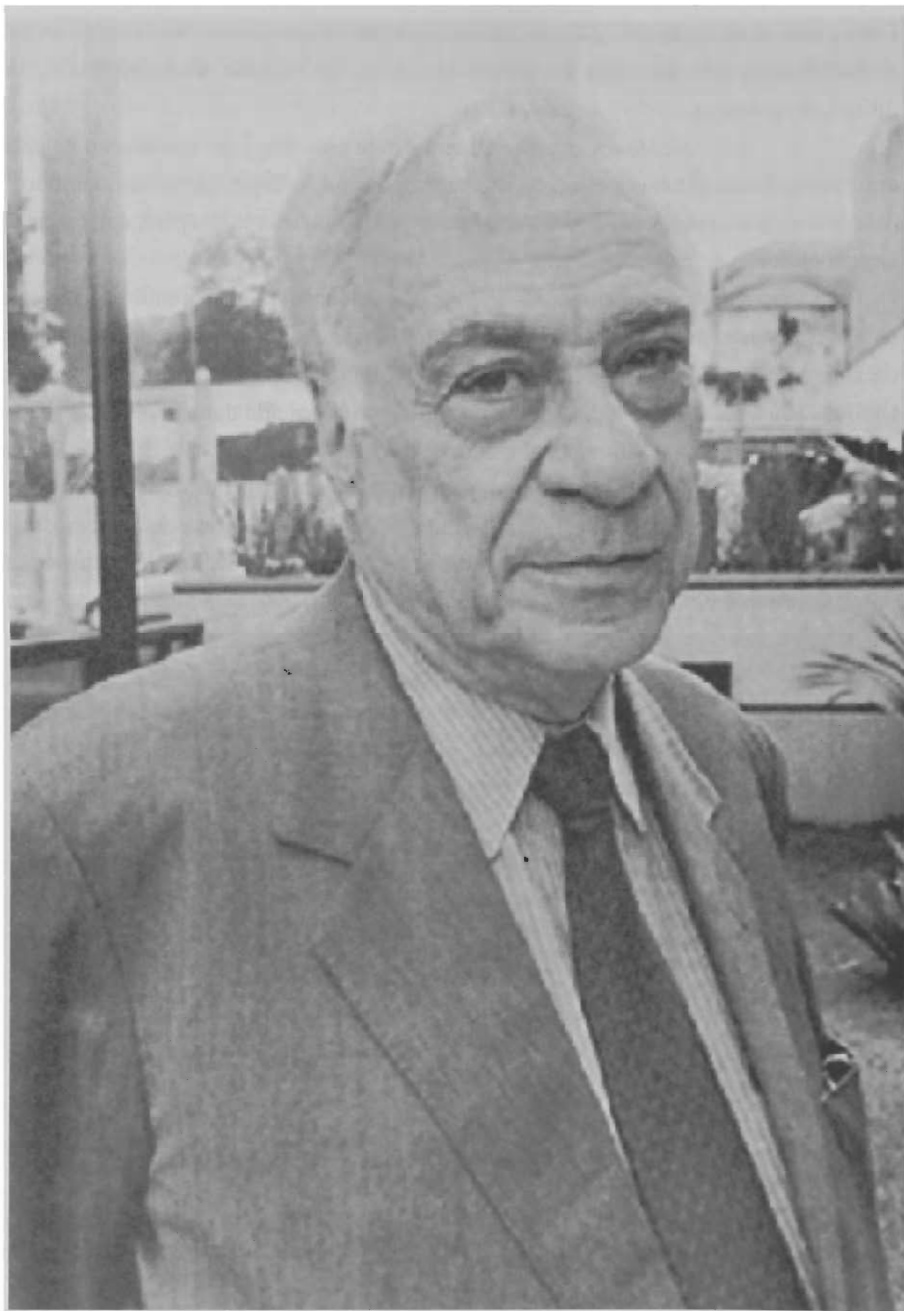
Grandes constitucionalistas da atualidade, como Böckenförde, parecem ter a mesma visão de Ferreira Filho sobre o futuro da democracia, propondo a ampliação da cultura política, aqui entendida da mesma forma ampla que ele prega desde seu livro *A Democracia Possível*, como condição de existência da democracia.<sup>80</sup>

Podemos, afinal, depreender do livro *A Democracia no Limiar do Século XXI*, São Paulo, 2001, R\$ 26,00, que a proposta de reflexão do autor para o novo século é de que o pensamento liberal vai nos livrar do dilema de como promover a ampliação segura da democracia, e permitir a busca incessante da liberdade individual por meio do exercício da liberdade coletiva.

---

79. Sorman, Guy, *Le Monde est ma tribu*, Paris, Fayard, 1997, p. 23. O autor cria o termo *Mc Monde* numa menção ao McDonald's, cadeia de restaurantes que se espalhou de forma notável por todo o mundo, inclusive em países não democráticos ou com grande fragilidade institucional.

80. Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios ...*, op. cit., p. 158



***Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho***

## AGRADECIMENTOS

O Serviço Técnico de Imprensa, através da DD. Comissão de Publicação, consigna, neste volume, especial conhecimento por espontânea colaboração prestadas pelos alunos Henrique de Oliveira Salgado, do 5ºano do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Rodrigo Assis Debrano, do 2ºano do Curso de Graduação da Faculdade de Comunicação Social da Universidade Bandeirantes.

Henrique Salgado foi quem verteu os Resumos e o Sumário da *Revista da Faculdade de Direito* para o Inglês, tendo contribuído, dessa forma, para divulgação da Revista nos países do Exterior.

Rodrigo Debrano foi colaborador na digitação e auxiliar das emendas gráficas, tendo contribuído, dessa forma, para o aperfeiçoamento desta Revista.

Portanto, a *Revista da Faculdade de Direito* expressa aqui sua gratidão.

O Editor.

São Paulo, 14 de novembro de 2001.







## ORIENTAÇÕES PARA O USO

Esta é uma cópia digital de um documento (ou parte dele) que pertence a um dos acervos que fazem parte da Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP. Trata-se de uma referência a um documento original. Neste sentido, procuramos manter a integridade e a autenticidade da fonte, não realizando alterações no ambiente digital – com exceção de ajustes de cor, contraste e definição.

**1. Você apenas deve utilizar esta obra para fins não comerciais.** Os livros, textos e imagens que publicamos na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP são de domínio público, no entanto, é proibido o uso comercial das nossas imagens.

**2. Atribuição.** Quando utilizar este documento em outro contexto, você deve dar crédito ao autor (ou autores), à Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP e ao acervo original, da forma como aparece na ficha catalográfica (metadados) do repositório digital. Pedimos que você não republique este conteúdo na rede mundial de computadores (internet) sem a nossa expressa autorização.

**3. Direitos do autor.** No Brasil, os direitos do autor são regulados pela Lei n.º 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998. Os direitos do autor estão também respaldados na Convenção de Berna, de 1971. Sabemos das dificuldades existentes para a verificação se uma obra realmente encontra-se em domínio público. Neste sentido, se você acreditar que algum documento publicado na Biblioteca Digital de Obras Raras e Especiais da USP esteja violando direitos autorais de tradução, versão, exibição, reprodução ou quaisquer outros, solicitamos que nos informe imediatamente ([dtsibi@usp.br](mailto:dtsibi@usp.br)).