

# 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 97

2002

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 97, 2002

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

Em seu nonagésimo sétimo 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. Valor, nesta data, por unidade: R\$ 30,00 (trinta reais).

© 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 Publicação. Os artigos são de responsabilidade dos autores.

- 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: (011) 3111-4096 e 3111-4021

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 97, 2002

## **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

Seção de Edição da Revista e Outros Periódicos:  
Eduardo Saad Diniz  
Gabriela Frontini Soares

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





**REVISTA**

**DA**

**FACULDADE DE DIREITO**





## UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Reitor: Adolpho José Melfi

Vice-Reitor: Hélio Nogueira da Cruz

Pró-Reitora de Graduação: Sônia Teresinha de Sousa Penin

Pró-Reitor de Pós-Graduação: Suely Vilela

Pró-Reitor de Pesquisa: Luiz Nunes de Oliveira

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

### FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi

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 pelo Conselho Universitário da  
Universidade de São Paulo)

#### PROFESSORES TITULARES APOSENTADOS

Nair Lemos Gonçalves  
Sílvio Rodrigues  
Geraldo de Camargo Vidigal  
Ruy Barbosa Nogueira  
José Cretella Júnior  
Renato Cirrel Czerna  
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  
Yussef Said Cahali  
Dalmo de Abreu Dallari  
Fábio Nusdeo  
Luiz Carlos de Azevedo

#### PROFESSORES CATEDRÁTICOS

José Carlos Moreira Alves  
Manoel Gonçalves Ferreira Filho

#### PROFESSORES TITULARES

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  
Vicente Greco Filho  
Ivette Senise Ferreira  
João Grandino Rodas

Régis Fernandes de Oliveira  
Guido Fernando Silva Soares  
Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi  
Rui Geraldo Camargo Viana  
Hermes Marcelo Huck  
Paulo de Barros Carvalho  
José Eduardo Campos de Oliveira Faria  
Antônio Magalhães Gomes Filho  
Nelson Mannrich  
Sérgio Pinto Martins  
Antonio Luis Chaves Camargo  
Walküre Lopes Ribeiro da Silva  
Calixto Salomão Filho

#### PROFESSORES ASSOCIADOS

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi  
Newton De Lucca  
José Rogério Cruz e Tucci  
Edmir Netto de Araújo  
Rodolfo de Camargo Mancuso  
Carlos Alberto Dabus Maluf  
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 Penteado  
Alaôr Caffé Alves  
José Roberto dos Santos Bedaque  
Antonio Carlos Marcato  
Roberto João Elias  
Maristela Basso  
Ari Marcelo Solon  
Ignacio Maria Poveda Velasco  
Estêvão Mallet  
Christiane Derani  
Marcus Orione Gonçalves Correia  
Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida  
Estêvão Horvath

Teresa Ancona Lopez  
Sérgio Rezende de Barros  
Alberto do Amaral Júnior

#### PROFESSORES DOUTORES

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo  
Paulo Salvador Frontini  
Gerd Willi Rothmann  
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  
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  
Irene Batista Muakad  
José Luiz Gavião de Almeida  
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  
Lídia Reis de Almeida Prado  
Antônio Carlos Mendes  
David Teixeira de Azevedo  
Erasmu Valladão Azevedo e Novaes França  
José Maurício Conti  
Marcos Paulo de Almeida Salles  
Umberto Celli Junior  
Eduardo Domingos Botallo  
Paula Andrea Forgioni  
Eduardo Carlos Bianca Bittar  
Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari

Fernando Dias Meneses de Almeida Nina  
Beatriz Stocca Ranieri  
Florian Peixoto de Azevedo Marques Neto  
Elival da Silva Ramos

#### ASSISTENTES

Anna Maria Martins  
Elizabeth de Almeida Meirelles  
Maria José Galeano de Souza Oliveira  
Otávio Pinto e Silva  
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: Lúcia Beffa

## SUMÁRIO

### DIREITO ROMANO

Abstração e Sistematização na *Jurisprudentia Romana* ..... 23  
*Dárcio Roberto Martins Rodrigues*

A Determinação das *Partes lucri et damni* no Contrato de  
Sociedade Romano ..... 35  
*Danilo Borges dos Santos Araujo*

### HISTÓRIA DO DIREITO

- Obstáculos Históricos à Vida Democrática em Portugal e  
no Brasil ..... 63  
*Fábio Konder Comparato*

- Brasil: Estado e Nação ..... 85  
*Cristiane Derani*

### DIREITO CIVIL

- Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana ..... 107  
*Antonio Junqueira de Azevedo*

- Contrato: estrutura milenar de fundação do Direito  
Privado ..... 127  
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

- Fundamentos de Fiscalização e Orientação do Poder  
Familiar ..... 139  
*Antônio Jorge Pereira Júnior*

### DIREITO DO TRABALHO

- Direito da Seguridade Social na Constituição de 1988 ..... 183  
*Sérgio Pinto Martins*

- O Trabalho Parassubordinado ..... 195  
*Otávio Pinto e Silva*

- Termo de Conciliação nas Comissões de Conciliação Prévia:  
natureza jurídica e eficácia liberatória ..... 205  
*Guilherme Guimarães Feliciano*

Coexistência do Regime de Repartição com o Regime de  
Capitalização ..... 211  
*Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub*

## DIREITO DO ESTADO

Em Nome do Povo ..... 221  
*Goffredo da Silva Telles Júnior*

- O Habeas Data no Sistema Jurídico Brasileiro ..... 239  
*Dalmo de Abreu Dallari*

O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo ..... 255  
*Eros Roberto Grau*

Sobre os Direitos Humanos e sua Tutela ..... 267  
*Alysson Leandro Mascaro*

## DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

- Economia e o Direito de Propriedade: diálogos FEA &  
Largo de São Francisco ..... 281  
*Decio Zylbersztajn/Rachel Sztajn*

Regulação dos Transportes Coletivos por Ônibus no  
Município de São Paulo ..... 287  
*Eduardo Tomasevicius Filho*

- A Lei Sarbanes-Oxley e as Inovações para a Proteção do  
Mercado de Capitais ..... 305  
*Carlos Eduardo Vergueiro*

## DIREITO PROCESSUAL

- Ação Civil Pública em Matéria Ambiental e Denúnciação  
da Lide ..... 313  
*Ada Pellegrini Grinover*

- Garantia do Processo sem Dilações Indevidas ..... 323  
*José Rogério Cruz e Tucci*
- A Defesa na Exceção de Pré-Executividade: o caso da  
execução judicial hipotecária ..... 347  
*Vladimir Garcia Magalhães/Leandro de Sant'Anna Knorre*
- Inversão do Ônus da Prova como Instrumento de  
Efetividade na Tutela dos Interesses dos Consumidores ..... 375  
*Cláudio Castello de Campos Pereira*

## DIREITO INTERNACIONAL

- Cinema Brasileiro entre Exceção Cultural e Livre-Comércio .... 397  
*Paulo Borba Casella*
- Solução de Conflitos na União Européia: lições para o  
Mercosul ..... 415  
*Umberto Celli Junior*
- Reflexões sobre Terrorismo e Direitos Humanos: práticas  
e perspectivas ..... 435  
*Maristela Basso*
- A Responsabilidade dos Estados pela Prática de Atos  
Ilícitos Internacionais ..... 443  
*Roberto Chacon Albuquerque*
- O Terrorismo como Resultado de Relações de Poder ..... 463  
*Celso Eduardo Faria Coracini*
- Onze de Setembro: relevância da cooperação judiciária  
internacional ..... 481  
*Rodrigo Elian Sanchez*

## FILOSOFIA DO DIREITO

- Breve Reflexão sobre os Aspectos Filosóficos da  
Experiência com o Genoma Humano ..... 499  
*David Teixeira de Azevedo*

Traços de uma Ética Pós-Moderna: a ética, a violência e os Direitos Humanos no Século XXI .....	513
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
- Política: (re)composição do objeto .....	527
<i>Luiz Sergio Modesto</i>	
- Brasil, Sustentabilidade, Direito Cosmopolita .....	569
<i>Guilherme Assis de Almeida</i>	
- A Fenomenologia do Direito e o Pensamento de Adolph Reinach .....	575
<i>Vivianne Geraldtes Ferreira</i>	
<b>TRABALHOS ACADÊMICOS</b>	
O Direito Antropológico .....	603
<i>Pablo de Camargo Cerdeira</i>	
- Crise no Direito Bancário: fenômeno contratual na relação banco/cliente, poder institucional e proteção do consumidor .....	619
<i>Fabricao Pasquot Polido</i>	
O Controle Jurídico de Políticas Públicas .....	647
<i>João Paulo Bachur</i>	
<b>DISCURSOS E CONFERÊNCIAS</b>	
- O 38º Diretor da Faculdade de Direito .....	685
<i>Antonio Augusto Machado de Campos Neto</i>	
- Discurso Pronunciado pela Recepção ao novo Diretor .....	689
<i>José Carlos Moreira Alves</i>	
Discurso Pronunciado por Ocasão da Solenidade de Posse como Diretor da Faculdade de Direito .....	693
<i>Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi</i>	
Discurso de Posse como Professor Titular .....	701
<i>José Eduardo Campos de Oliveira Faria</i>	



Discurso de Posse como Professor Titular ..... 711  
*Antônio Magalhães Gomes Filho*

## CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

O Surgimento e a Evolução do Ensino Científico do  
Direito Tributário no Brasil ..... 719  
*Ruy Barbosa Nogueira*

- O Jurista do Terceiro Milênio ..... 729  
*Luiz Carlos de Azevedo*

Normas Internacionais aplicáveis à Neurocirurgia ..... 735  
*Georgette Nacarato Nazo*

- Centenário do Bacharelado de Maria Augusta Saraiva ..... 745  
*Marcelo de Alcântara*

## CONTENTS

### ROMAN LAW

- Abstraction and Systematization in the Roman  
*Jurisprudentia* ..... 23  
*Dárcio Roberto Martins Rodrigues*
  
- The Determination of the *Partes lucri et damni* at Roman  
Partnership's Contract ..... 35  
*Danilo Borges dos Santos Araujo*

### LAW'S HISTORY

- The Historical Obstacles to the Democracy Life in  
Portugal and in Brazil ..... 63  
*Fábio Konder Comparato*
  
- Brazil: State and Nation ..... 85  
*Cristiane Derani*

### CIVIL LAW

- Juridical Characterization of the Human Person's Dignity ..... 107  
*Antonio Junqueira de Azevedo*
  
- Contract: millenar structure of the Private's Law  
foundation ..... 127  
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*
  
- Fiscalization and Orientation Foundations of the Familiar  
Power ..... 139  
*Antônio Jorge Pereira Júnior*

### LABOR LAW

- Social Security Law in the Constitution of 1988 ..... 183  
*Sérgio Pinto Martins*
  
- The Parassubordinated Labor ..... 195  
*Otávio Pinto e Silva*

- Conciliation Term in the Previous Conciliation's  
Commissions: juridical nature and set free efficacy ..... 205  
*Guilherme Guimarães Feliciano*

Coexistence between *paygo* and funding system ..... 211  
*Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub*

## STATE LAW

In the Name of the People ..... 221  
*Goffredo da Silva Telles Júnior*

The Habeas Data in Brazilian Juridical System ..... 239  
*Dalmo de Abreu Dallari*

- The State, the Liberty and the Administrative Law ..... 255  
*Eros Roberto Grau*

- About the Human Rights and their tutelage ..... 267  
*Alysson Leandro Mascaro*

## FINANCIAL-ECONOMIC LAW

Economy and Property's Right: dialogues FEA & Largo  
de São Francisco ..... 281  
*Decio Zylbersztajn/Rachel Sztajn*

The Regulation of the Public Transport Services by Buses  
in the City of São Paulo ..... 287  
*Eduardo Tomasevicius Filho*

The Sarbanes-Oxley Law and the Innovations to the  
Protection in the USA ..... 305  
*Carlos Eduardo Vergueiro*

## PROCEDURAL LAW

- Brazilian Class Actions for Ambiental Damage and Third  
Intervention ..... 313  
*Ada Pellegrini Grinover*

Procedural Guarantee without Undue Delay .....	323
<i>José Rogério Cruz e Tucci</i>	
- The Defense on the Pre-Executivity Exception: the hypothecary judicial execution case .....	347
<i>Vladimir Garcia Magalhães/Leandro de Sant'Anna Knorre</i>	
- The Proof Onus Inversion as an Instrument of Effectiveness in the given of Jurisdictional Tutelage of the Consumers's Interests .....	375
<i>Cláudio Castello de Campos Pereira</i>	
INTERNATIONAL LAW	
- Brazilian Cinema between Cultural Exception and Free Trade .....	397
<i>Paulo Borba Casella</i>	
Conflicts Solution in the European Union: lesson to Mercosul? .....	415
<i>Umberto Celli Junior</i>	
Reflections about Terrorism and Human Rights: practices and perspectives .....	435
<i>Maristela Basso</i>	
- The Terrorism as a Result from the Power Relations .....	443
<i>Celso Eduardo Faria Coracini</i>	
- The State's Liability for International Illicit Acts .....	463
<i>Roberto Chacon Albuquerque</i>	
11th September: relevance of the international judicial cooperation .....	481
<i>Rodrigo Elian Sanchez</i>	
LAW'S PHILOSOPHY	
- Brief Reflection about the Philosophical Aspects of the Experience with the Human Genome .....	499
<i>David Teixeira de Azevedo</i>	

Postmodern Ethics: the Ethics, the Violence and Human Rights in Century XXI .....	513
<i>Eduardo Carlos Bianca Bittar</i>	
Politics: (re)composition of the object .....	527
<i>Luiz Sergio Modesto</i>	
Brazil, Sustainability, Cosmopolitan Law .....	569
<i>Guilherme Assis de Almeida</i>	
- The Law's Phenomenology and Adolph Reinach's Thought .....	575
<i>Vivianne Geraldine Ferreira</i>	
ACADEMIC WORKS	
Anthropological Law .....	603
<i>Pablo de Camargo Cerdeira</i>	
Crisis in Bank Law: contractual phenomenon in the relation Bank/client, institutional power and consumer's protection .....	619
<i>Fabício Pasquot Polido</i>	
- The Juridic Control of Public Politics .....	647
<i>João Paulo Bachur</i>	
SPEECHES AND CONFERENCES	
The 38th Director of the Faculty of Law .....	685
<i>Antonio Augusto Machado de Campos Neto</i>	
Speech of Receiving to the New Director .....	689
<i>José Carlos Moreira Alves</i>	
- Speech of Ownership as Director of the Faculty of Law .....	693
<i>Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi</i>	
Speech of Ownership as Titular Professor .....	701
<i>José Eduardo Campos de Oliveira Faria</i>	

- Speech of Ownership as Titular Professor ..... 711  
*Antônio Magalhães Gomes Filho*

#### CONTRIBUTION TO ACADEMIC MEMORIES

- The Arising and Evolution of Cientific Teaching of  
Tributary Law in Brazil ..... 719  
*Ruy Barbosa Nogueira*
- The Jurist of the Third Millenium ..... 729  
*Luiz Carlos de Azevedo*
- International Norms applicable to the Neurosurgery ..... 735  
*Georgette Nacarato Nazo*
- Bachelorship's Centenarian of Maria Augusta Saraiva ..... 745  
*Marcelo de Alcântara*

# **DIREITO ROMANO**





# ABSTRAÇÃO E SISTEMATIZAÇÃO NA *IURISPRUDENTIA ROMANA*

Dárcio Roberto Martins Rodrigues

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

## Resumo:

O presente ensaio é um breve panorama da lenta evolução da *Iurisprudencia* romana em direção a um grau mais elevado de abstração e sistematização.

## Abstract:

In this essay the author presents a bird's eye view of the gradual evolution of ancient Roman legal science toward a higher degree of abstraction and systematization.

**Unitermos:** Jurisprudência romana; método casuístico; processo de abstração; emprego das *distinctiones*; dialética grega.

## I. Introdução.

Quando se fala na *Iurisprudencia* romana, sói-se, com acerto, salientar antes de mais nada, que esse termo tinha para os romanos um significado bem distinto daquele que hoje damos a ele. De fato, jurisprudência não era entendida como um conjunto de soluções reiteradas de um órgão jurisdicional – como a definimos hoje – mas sim como o resultado da *interpretatio iuris* praticada pelos cultores do Direito, os jurisconsultos. Era, no dizer de W. Kunkel<sup>1</sup> um verdadeiro “*Juristenrecht*”, um “direito de juristas” emanado exclusivamente dos *responsa* ou da produção literária dos *iurisprudentes*, independentemente da atividade judicial dos magistrados ou da legislação formal.<sup>2</sup>

O equívoco, entanto, está em dizer, simplesmente, que a *Iurisprudencia* corresponderia à doutrina (no sentido que modernamente se dá à palavra), ou, pior ainda, em afirmar, muito simplesmente, que ela poderia ser entendida como o “direito científico”. ou como uma “ciência do direito”. Trata-se, é claro, de um grave exagero. Em primeiro lugar, pelo emprego abusivo da palavra “ciência” nesse contexto. É evidente

---

1. *Römische Rechtsgeschichte*, 12. ed, Köln, Bohlau, 1990, pp. 115-116.

2. É verdade que parte expressiva da obra dos jurisconsultos romanos se constitui de comentários *ad edictum*, e está claro que a *interpretatio* também se aplicava a leis e senatusconsultos, e não apenas ao *ius civile* antigo ou aos *mores maiorum*. Entretanto, W. Kunkel (cit. nota 1 *supra*) ressalta que em seu sentido mais estrito, *Iurisprudencia* era o resultado da pura criação doutrinária, e com certeza foi nesse sentido que o “*Juristenrecht*” constituía a mais importante fonte de produção do Direito Romano.

que ciência, entendida como um sistema organizado de conhecimentos adquiridos e coordenados consoante uma metodologia que chamamos de “científica” – em sentido cartesiano –, sem dúvida é uma idéia definitivamente alheia ao pensar do jurista romano.

Certamente é bem conhecida a clássica definição de Ulpiano (*Ulp 1 inst D. 1,1,4*), segundo a qual “*iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*” (a Jurisprudência é o conhecimento das coisas divinas e humanas, a noção do justo e do injusto). Há que se pôr tento, porém, ao fato de que a palavra *scientia* em latim não tinha, evidentemente, o sentido hodierno de ciência, podendo ser traduzida simplesmente por “conhecimento” de acordo com a própria etimologia da palavra, que se liga ao verbo *scire* (saber, conhecer). Por outro lado, a invocação da “*humanarum atque divinarum rerum notitia*” torna patente que a Jurisprudência era muito mais o resultado da aplicação do bom-senso e da experiência humana vivida, temperada pelo sentimento ético e de equidade (“*iusti atque iniusti scientia*”)<sup>3</sup> do que do simples emprego de uma técnica “científica” de busca de respostas a questões teóricas. O vocábulo *prudencia* (presente no composto *iurisprudentia*), por outro lado, provém de *pro + videre*, literalmente “conhecer de antemão”; donde o *prudens* é aquele que age “com conhecimento de causa”; o que leva a palavra *prudencia* a significar muito mais *sabedoria* do que conhecimento científico.<sup>4</sup>

---

3. Não nos escapa que *iustus* liga-se etimologicamente a *ius*, e portanto significa apenas “conforme o *ius*”, ou seja, “fundado no direito”; a idéia de “justo”, como a entendemos hoje, seria mais propriamente expressa em latim pelo vocábulo *aequus*. É evidente, porém, que o sentimento ético de Justiça não era e nem poderia ser de todo alheio ao sentido romano de *iustus*. Ademais, já indicam H. Heumann e E. Seckel (*Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 9ª ed., Jena, Gustav Fischer, 1926.) que, entre as demais acepções, o termo *iustus* admite a de “*gerecht handelnd*”, o que é referendado nas fontes por expressões como “*iudex iustus*” (*Ulp. 25 ad. ed. D. 11,7,14,13* – texto deveras interessante, porquanto o jurisconsulto afirma ser próprio do *iudex iustus* decidir mais livremente, “*solutius*”, e sempre “*aequitatem sequi*”) ou “*iustius facere*” (*Pap. 3 Quaest. D. 28,6,12*). Entretanto, adentrando em maiores digressões filosóficas acerca do conceito romano de Justiça, ou filológicas sobre o emprego e semântica desses vocábulos, em muito extrapolaria o modesto escopo deste nosso trabalho.

4. Acerca dessas etimologias, A. Walde – J. B. Hoffmann, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, 5 ed., Heidelberg, Carl Winter, 1972; A. Ernout – A. Meillet, *Dictionnaire Etymologique de la Langue Latine* Paris, Klincksieck, 3.ed., 1951; e também F. Martin, *Les Mots Latins*, Paris, Hachette, 1976. Quanto à acepção exata de *prudens*, H. Menge, (*Lateinische Synonymik*, 7. ed., Heidelberg, Carl Winter Universitätsbuchhandlung, 1988) traduz por “*umsichtig, (welt)klug*”, ressaltando a conotação de um conhecimento mundano, de uma experiência vivida (“*im praktischen Leben erfahren, wer die vorliegende Verhältnisse gewandt und sicher zu behandeln weiß*”); em oposição, a idéia de uma ciência era expressa por termos como *doctrina, disciplina, ars*; nunca se usava *scientia* para designar uma disciplina científica, mas sim o conhecimento subjetivo que uma pessoa tem, de um modo geral (“*die erlangte Kenntnis als Summe dessen, was einer weiß oder versteht*”) - o que pode incluir também, mas não exclusivamente, o conhecimento científico. O termo *notitia*, que igualmente aparece na definição de Ulpiano, significava também conhecimento, mas já no sentido de informação, de estar ciente ou informado de alguma coisa (“*die Bekanntheit mit, das Wissen um etwas*”). O baralhamento desses termos numa tradução desavisada poderá levar o exegeta das fontes romanas a conclusões muito distantes da verdade, como entender que os romanos julgassem possível ter conhecimento “científico” (no sentido moderno, cartesiano) das coisas do espírito (“*humanarum atque divinarum rerum*”) ou do universo ético (“*iusti atque iniusti*”).

Tampouco convém a noção de *doutrina* para explicar a *Jurisprudentia* dos romanos. Os jurisconsultos clássicos não criavam doutrina, no sentido de estabelecerem um sistema lógico e coordenado de conceitos abstratos, como o faz a civilística moderna. Uma “*Begriffsjurisprudenz*” (Jurisprudência de conceitos), tal como foi admiravelmente praticada pela pandectística do século XIX, distancia-se muito do pensamento jurisprudencial clássico, ou mesmo se opõe por completo a ele. É sabido que jamais interessou aos romanos formular conceitos teóricos ou desenvolver sistemas para explicar os fenômenos jurídicos.

Outro aspecto que desperta a atenção é o método estritamente casuístico da Jurisprudência romana. O jurista romano nunca pensava no Direito como um sistema de institutos abstratos, não pensava no todo ordenado: pensava sempre no caso prático, na congêrie de situações particulares, cada uma delas merecendo uma solução individual – e no entanto, em vez de conduzir a um conjunto de decisões arbitrárias, tal metodologia permitiu o desenvolvimento de uma ordem jurídica notavelmente coesa.

Diante disso, torna-se grande o interesse em indagar de que forma operava o pensar dogmático dos jurisprudentes romanos, o qual como vimos não correspondia nem ao conceito moderno de ciência nem ao de doutrina. Maior se torna a relevância do assunto quanto se tem em vista que o Direito Romano constitui um admirável monumento de conceitos jurídicos perfeitamente harmônicos e solidamente coerentes. De que forma foi possível – por paradoxal que pareça – erigir um *sistema* tão perfeito sem adotar nenhuma *sistemática*? Ou, *rectius*, como conseguiram fazer funcionar com a perfeição de um sistema um conhecimento jurídico organizado de forma assistemática?

Sabemos que o tema é delicado e complexo, tendo já merecido a atenção de grandes estudiosos do presente e do passado. Não é nosso intento apresentar um estudo exaustivo de tão complexa matéria, nem mesmo acrescentar algo de revolucionariamente novo ou original, mas tão-somente oferecer algumas ponderações acerca do método do pensamento jurisprudencial romano na formação de suas regras e conceitos teóricos. Visamos, destarte, chegar mais próximos, não já de uma total elucidação, mas ao menos de uma boa compreensão das questões fundamentais que envolvem o problema em tela.

## II. A Gênese de uma “Ciência” do Direito.

A formulação de princípios gerais, conceitos técnico-jurídicos ou regras de Direito é o resultado de um processo de abstração que parte do singular para o genérico, isto é, da solução de um problema caso a caso para a indução de um conceito geral presente no substrato de cada uma das soluções individuais, abstraídas de seus elementos acidentais. F. Schulz<sup>5</sup> exemplifica esse processo partindo de uma primeira

---

5. *Prinzipien des römischen Rechts*, München, Duncker & Humboldt, 1934. (reimpr. Berlin, Duncker & Humboldt, 1954), p. 27 e ss).

hipótese em que se estabelecesse a responsabilidade do vendedor de um cavalo pelo prejuízo causado em razão do atraso na entrega do mesmo. Dessa decisão isolada, e em face de uma pluralidade de situações análogas, poder-se-ia transitar para um primeiro grau de abstração e concluir que o vendedor de um animal qualquer (e não apenas de um cavalo) será responsável pelo atraso na entrega ao comprador. Ainda segundo F. Schulz, esse passo inicial em direção à generalização já estaria presente nos primeiros documentos jurídicos de que temos notícia, como o Código de Hamurabi, o Pentateuco e mesmo a Lei das XII Tábuas.

Em um momento seguinte, seria atingido um segundo grau de abstração com a extensão do mesmo princípio a todo e qualquer vendedor, e não-somente aos vendedores de animais. O estágio seguinte seria alcançado quando houvesse o reconhecimento de que não apenas o vendedor, mas todo devedor em uma relação contratual deveria estar sujeito à mesma responsabilidade. Finalmente, o grau superior de abstração viria ao se verificar que o atraso no adimplemento nada mais é do que uma das inúmeras maneiras possíveis de violação do direito de crédito, resultando daí o princípio ou regra geral da responsabilidade contratual: o devedor está obrigado a indenizar o credor por qualquer prejuízo decorrente do não-cumprimento de uma obrigação contratual.

Os romanos, como é sabido, foram de um modo geral infensos a abstrações e conceitos gerais. O que as fontes romanas nos fornecem são, sobretudo, coletâneas de casos práticos e pareceres, pouco pródigos em normas de aplicação generalizada. Até os institutos fundamentais do Direito Privado, como *dominium*, *possessio*, *contractus* etc., ficaram sem uma definição perfeita e abstrata.<sup>6</sup> E mesmo quando os jurisconsultos romanos permitiam-se a enunciação de regras de Direito, jamais ousavam afastar-se demasiado da concretude da casuística, valendo-se de exemplos práticos para fundamentar suas idéias. No dizer de L. Wenger,<sup>7</sup> a Jurisprudência romana gostava sempre de manter os dois pés no chão.

Não foi por outra razão, diga-se de passagem, que a própria idéia de *lei*, entendida como declaração geral de direito estatuída pelo Estado, era muito pouco prestigiada no ordenamento jurídico romano.<sup>8</sup> De fato, durante todo o período clássico

6. Dizia Javoleno: "*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit.*" (*liv. II epist. D. 50,17,202*): "*Toda definição no direito civil é perigosa: pois quase nada impede que seja subvertida*".

7. *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien, Holzhausens, 1953, p. 487, nota 150.

8. Com isto pretendemos dizer apenas que a elas foi atribuída diminuta relevância prática, quando confrontadas com outras fontes do Direito, quais a *Jurisprudencia* ou os *edicta* dos magistrados. Não se entenda, contudo, que às *leges* faltasse prestígio no sentido de respeito e autoridade. Ao contrário, sendo a *lex* a manifestação da vontade legiferante do próprio *populus romanus*, era ela o verdadeiro protótipo da fonte do Direito, e servia de parâmetro e modelo para a força vinculante das demais; Gaio, por exemplo, aproxima das leis os plebiscitos, senatusconsultos, constituições imperiais e *responsa prudentium* ao dizer que estes "*legis vicem optinent*" (Gai. I, 3-7). Nesse sentido M. Kaser, *Zur Problematik der Rechtsquellenlehre*, in *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wien-Köln, Böhlau, 1986, p. 14 e ss.

virtualmente não existiu regulamentação estatal atinente às áreas centrais do Direito Privado, tais como a propriedade, os contratos, o matrimônio ou a sucessão hereditária.<sup>9</sup> No Direito Romano clássico, a principal forma de expressão do Direito era a atividade prática dos juriconsultos e pretores, que corrigiam e integravam o antigo *ius civile* de acordo com as necessidades sociais. Mas a *lex*, proposta pelo magistrado e votada pelos comícios populares, tinha caráter sempre excepcional, sendo utilizada apenas para os casos em que era indispensável a objetivação de uma norma geral (e.g. para *quantificar* o valor de uma indenização, como por exemplo no caso da *iniuria*). Durante cerca de 500 anos de atuação dessa fonte produtora de Direito (ou seja, do final do século VI a.C. até o início do principado), os estudiosos costumam enumerar não mais de cerca de 800 *leges*,<sup>10</sup> a maioria delas para fins de organização estatal ou regulamentar algum detalhe de utilidade prática econômica e social<sup>11</sup> – quantidade irrisória, diante da pleora de leis e decretos que vemos hoje despejados nos diários oficiais a cada dia.

O que mais espanta é que o desinteresse pela teorização e pela abstração era tão grande, que faltam até mesmo no latim jurídico clássico expressões técnicas para designar conceitos que hoje, com o modo de pensar do jurista moderno, são vistos como elementos basilares do direito, tais como o de capacidade jurídica, sujeito de direitos ou ato jurídico. Até mesmo noções menos abstratas, mais concretamente ligadas a um interesse prático, dificilmente eram formalizadas em teoria. Falava-se, por exemplo, em *actiones in rem* e *actiones in personam*, sem contudo chegar a uma idéia – e muito menos a uma palavra – para direitos reais e direitos obrigacionais.<sup>12</sup>

Não-obstante, houve um momento na história da Jurisprudência romana no qual se observa, ao invés dessa aversão por generalizações, o surgimento de uma

---

9. “Das ‘Volk des Rechts’ ist nicht das Volk des Gesetzes”, já observou F. Schulz *Prinzipien...*, (cit. supra nota \h 5) pag. 4.

10. Para estudos a este respeito, é de importância fundamental o trabalho de G. Rotondi, que executou uma exaustiva pesquisa, arrolando-as uma a uma em ordem cronológica. Ver o seu verbete *Comicialis Lex*, na *Enciclopedia Giuridica Italiana* (posteriormente publicado em forma de livro sob o título *Leges Publicae Populi Romani*, Hildesheim, Olms, 1962).

11. O mesmo se pode dizer dos *senatusconsulta* e mesmo das *constitutiones principum*, que também eram normas gerais.

12. A inexistência de um termo técnico para expressar tais conceitos não significa que eles não pudessem em muitos casos ser inferidos intuitivamente e tacitamente admitidos de maneira indireta, não formalizada. Por exemplo, não se chegou nunca a uma distinção teórica entre os negócios translativos de direitos (como a *mancipatio* ou a *in iure cessio*) e os meramente geradores de relações jurídicas pessoais (como o contrato de compra e venda), semelhante noção não chegou a ser formulada. Na prática, porém, a diferenciação era feita de maneira cristalina e meridiana. Note-se por exemplo com que zelo os romanos insistiam na distinção entre a *dotis dictio* e a *dotis datio*. (A esse respeito, ver K. Ayiter, *Systematisches Denken und Theorie im römischen Recht*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi I*, Milano, Cisalpino – Goliardica, 1981, pp. 9 e ss.).

corrente doutrinária com manifesto pendor para a teorização e a criação de *regulae* abstratas. Foi o período da chamada “jurisprudência regular” (“*Regularjurisprudenz*”, nome que lhe foi dado pela romanística moderna<sup>13</sup>), que assinalou o início da elaboração científica do direito em Roma. A partir dos *responsa* a diversos casos concretos, começava a emergir a idéia unificadora que servira de embasamento a cada um deles, elevando gradativamente o pensamento jurídico da pura casuística empírica para uma abordagem teórica, ainda que incipiente, do fenômeno jurídico. Foi um processo lento, é verdade, mas, no fraseado peculiar de L. Wenger, estava escancarado o portão da mera práxis para a ciência<sup>14</sup>. Teria sido esse, então, o período mais fértil para a criação das *regulae iuris*, muitas das quais se perpetuariam nos textos dos jurisconsultos clássicos e, posteriormente, na compilação de Justiniano, sobretudo no último título do Digesto (D. 50,17 “*De Diversis Regulis Iuris Antiquis*”).

Muito se tem debatido na doutrina acerca da determinação precisa da época em que teria tido início essa tendência na Jurisprudência republicana romana. De acordo com a controversa teoria de P. Jörs<sup>15</sup> o precursor teria sido Marco Pórcio Catão (234 – 149 a.C.)<sup>16</sup> filho de Catão, o censor. Teria sido ele o primeiro a afastar o método puramente casuístico a fim de buscar na analogia entre casos, *responsa* e *legis actiones* semelhantes um novo elemento para a decisão de casos futuros: as *regulae iuris*. Daí o chamar-se esse período de “jurisprudência regular”. Contestando essa idéia, E. Gandolfo<sup>17</sup> após afirmar que os passos do Digesto em que Jörs se estriba para corroborar sua tese não são conclusivos, insiste em que a Jurisprudência romana desde as XII tábuas sempre fora “regular” demonstrando a existência de regras pré-*catonianas*, que se referem a institutos do Direito antigo. Poder-se-ia a isto replicar que o próprio Jörs não negava que já Catão pai e outros antes dele houvessem cunhado

13. Cf. e. g. G. Dulckeit – F. Schwarz – W. Waldstein, *Römische Rechtsgeschichte*, 4 ed., München, Beck, 1989, p. 167 e ss.

14. *Die Quellen...* (cit. *supra* nota 7), p. 487.

15. *Römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik*, Berlin, Müller, 1888. Contra esse autor: E. Gandolfo, *Catone e le Regole di Diritto*, in *Archivio Giuridico*, v. 43, p. 409 e ss. Um detalhado esboço de ambas as argumentações está em G. Cervi, *Regole di Diritto (Regulae Iuris)*, verbete na *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Cervi, no entanto, acolhe a tese de Gandolfo.

16. Seu nome está ligado à chamada “*regula Catoniana*”, uma das mais antigas *regulae iuris*, contida no título D. 34,7, cujo primeiro fragmento (Cels. 35 dig) enuncia: “*Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere.*” (“A regra catoniana assim define: sendo nulo um legado na hipótese de que o testador morresse no momento em que o testamento estivesse sendo feito, então aquele legado não terá validade, seja quando for que o testador morra”). Como se vê, originalmente se referia apenas aos legados, mas em *Paul 8 ad Sab.D. 50,17,29*, Paulo exprime a mesma regra em termos gerais: “*Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*” (“aquilo que já está viciado no seu início não pode convalescer com o decurso do tempo”).

17. Citado *supra*, nota 15.

regras jurídicas, mas que, como propugna L. Wenger<sup>18</sup> o mérito de Catão filho foi o de por primeiro trabalhar essas regras de modo sistemático, dando-lhes uma forma literária própria e transformando-as em ponto de partida das discussões tanto de casos práticos quanto do próprio conteúdo do Direito aplicável.

Não interessa, todavia, para os fins do presente estudo, adentrar na discussão deste ponto, nem examinar com maior vagar os argumentos de uma ou outra parte. Parece-nos, em verdade, de somenos importância contender acerca do momento histórico em que ocorreu essa transformação ou das razões para atribuir os louros a este ou àquele personagem. Releva, na ordem destas ponderações, compreender o processo mesmo da evolução do pensar jurídico que conduziu à gênese das *regulae iuris*.

Não há negar que os dois últimos séculos da República romana foram da maior relevância para o desenvolvimento da Jurisprudência como verdadeira ciência (se é que se pode usar esta expressão com relação ao Direito Romano; cf. *supra* parte I). Refere-nos por exemplo Pompônio, em *Pomp. l. s. enchir. D. 1,2,2,41*, que Quinto Múcio (cônsul em 95 a.C., morto em 82 a.C.) foi o primeiro a expor sistematicamente (“*generatim*”) todo o Direito Civil, o que já é, em si, um fato de grande significância. Ademais, sabe-se que a maior parte das *regulae iuris* provém do final da era republicana<sup>19</sup>. O que teria levado a Jurisprudência dessa época a alçar tais vãos, tão contrários à índole da cultura romana, à qual, conforme já apontamos, repugnavam o pensamento sistemático e as abstrações?

A resposta, no entender de F. Schulz<sup>20</sup> estaria na influência grega exercida sobre as artes e ciências romanas, mormente após a segunda guerra púnica. É bem verdade, e não o nega F. Schulz, que essa influência marcante jamais deixou de existir, mas foi particularmente intensa no período indicado, quando floresceu o movimento intelectual que os historiadores chamam de *helenismo*.

Para F. Schulz, a contribuição definitiva do *helenismo* foi a introdução do pensamento dialético em Roma. Devemos aqui, é claro, entender a palavra *dialética* no seu sentido platônico, significando o estudo dos gêneros e das espécies, a busca do conhecimento por meio da distinção (em grego dia...resij) por um lado e da síntese (gr. sun@gwg» ou sÛnquesij) por outro. Esse método de discernimento sistemático de gêneros e espécies arrancou os estudos jurídicos do torpor da casuística estéril, e levou os jurisperitos de então a imitar os dialéticos gregos, procurando dividir em categorias distintas os vários institutos jurídicos.

O nome técnico para essas distinções era, em grego, como já foi dito, dia...resij, termo que corresponde em latim a *divisio*, *differentia* ou *distinctio*. Este

---

18. *Die Quellen...*, (cit. *supra*, nota 7) p. 487, nota 151.

19. Cf. S. Riccobono, *Regulae Iuris*, verbete no *Novissimo Digesto Italiano*, que apresenta uma interessante epítome deste tema. Mas v. tb. F. Schulz, *Prinzipien...* (cit. *supra*, nota 7) , p. 33-37.

20. F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, London, Oxford University Press, 1946, p. 60 e ss.

último consagrou-se na Idade Média, a partir da Escola de Bolonha, e tornou-se vocábulo técnico na terminologia dos glosadores.<sup>21</sup>

A importância do emprego das *distinctiones* pelos juriconsultos romanos não pode ser subestimada. Foi o que permitiu, por exemplo, a sistematização do *ius civile* por Quinto Múcio. O não dispormos de material suficiente para reconstituir sua obra é uma grande lástima para o estudo da história da Jurisprudência romana.

No Direito Clássico encontramos em estágio avançado a técnica de classificar por gêneros e espécies os institutos jurídicos, o que é conspícuo em Gaio, cujas institutas são uma exposição bastante metódica. Gaio distingue as espécies de pessoas (G. 1,9-12; G. 1,48; G. 1,142), de coisas (G. 2,2; G. 2,12; G. 2,18), de heranças (G. 2,99), de legados (G. 2,192), de obrigações (G. 3,88-89), de ações (G. 4,1), e assim por diante. Muitas dessas distinções do período clássico remontam na verdade à fase anterior, e o próprio Gaio nos aponta algumas *distinctiones* republicanas (G. 1,188; G. 3,183, e.g.), fazendo mesmo referência a Quinto Múcio, cujas *distinctiones* ao que parece eram muito bem acolhidas e discutidas pelos juriconsultos da República.

Foi a *distinctio*, portanto, uma contribuição fundamental da dialética, trazida pelo *helenismo*. Mas é certo que o uso de *distinctiones* traz em pós de si um outro fator determinante para os novos rumos do pensamento jurídico romano. Pois, diante da exposição sistemática de várias hipóteses que incorporam caracteres contrastantes contidos no substrato de um mesmo instituto, a aplicação do raciocínio dialético desperta no estudioso a aspiração de perquirir mais além, chegando às razões mesmas dessas distinções, aos seus princípios governantes. Se, pois, ao distinguir e.g. as várias formas de *stipulatio* (como em G. 3,103), for questionado o porquê de algumas delas serem reconhecidas como válidas e outras não, pode-se chegar a uma resposta abstrata, como fez Quinto Múcio em *Muc. l. s. Órwn* D. 50,17,73,4: “*Nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest*” ou seja, ninguém pode, por ato seu, obrigar contratualmente a outrem. Outro exemplo: ao distinguir (como em *Ulp. 2 inst.* D. 8,3,1,pr.) as várias espécies de servidões rústicas, a observação de que o *iter* está contido no *actus*, mas não vice-versa, pede uma explicação geral, que o próprio Ulpiano deu em *Ulp. 27 ad Sab.* D. 50,17,21: “*Non debet cui plus licet quod minus est non licere*” que é uma expressão do nosso brocardo “quem pode o mais, pode o menos”. O importante é que a conclusão, em ambos os exemplos, enuncia um

---

21. E. Seckel (*Distinctiones Glossatorum* - Graz, Akademische Druck und Verlagsanstalt, 1956, p. 281), assim conceitua a “*distinctio*” (tradução nossa do alemão): “‘*Distinctiones*’ são produções literárias que operam com diferenças no interior de um conceito primário original. O conceito primário é decomposto (*distinguere*) tanto quanto possível em seus conceitos secundários originais, por meio da atração de caracteres particulares contrastantes; conforme o caso, o conceito secundário submete-se ao mesmo procedimento científico (*subdistinguere*). Os conceitos primários a dissociar são buscados já no campo dos tipos legais (*Tatbestand*), já no das regras de direito, já no das relações jurídicas. Algumas das ‘*distinctiones*’ podem ser comparadas com os parágrafos dos nossos manuais teóricos altamente sistematizados”. Saliente-se, entretanto, que Seckel aqui se refere mais especificamente às *distinctiones* dos glosadores, que lhes deram emprego sistemático muito mais extensivo do que os romanos.



princípio aplicável a um gênero mais amplo de situações, reunindo outros elementos além daqueles inicialmente visados. Quando os juristas aprenderam a raciocinar dessa forma, a Jurisprudência romana assistiu a um episódio marcante na sua evolução: o nascimento da “*regula iuris*”

A criação de uma regra de Direito consiste, então, no ato de extrair de um conjunto de casos análogos o princípio geral subjacente a todos. Um exemplo famoso, bem documentado pelas fontes, permite-nos acompanhar pelos textos romanos o caminho percorrido do fato à regra.

Valério Máximo, nos seus *Factorum Dictorumque Memorabilium Libri IX*, (8,2,4), relata o seguinte sucesso:

*“Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, quod equo, cuius usus illi usque ad Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipii clivo vectus esset.”*

[Tradução Nossa: “Houve também muito falatório em razão daquele processo no qual alguém foi condenado por furto, porque foi com um cavalo, cujo uso lhe fora cedido em empréstimo até Arícia, a uma colina mais além daquele município.”]

Trata-se de um acontecimento isolado, do qual o texto não pretende extrair ilação alguma, mesmo porque quem o relata não é jurista. Mas é de se inferir que até então não havia uma opinião assente naquele sentido, pois que, segundo o cronista, a decisão causou “*multo falatório*”

Reencontramos o problema em um outro texto, este de Aulo Gélcio (*Noctes Atticae*, 6,15), que nos dá notícia de caso semelhante, enriquecido pela alusão ao parecer de importantes juristas, inclusive Quinto Cévola:

*“Labeo in libro de XII tabulis secundo acria et severa judicia de furtis habita esse apud veteres scripsit, idque Brutum solitum dicere, et furti damnatum esse, qui iumentum aliorum duxerat quam utendum acceperat, item qui longius produxerat quam quo utendum in quem locum petierat. Itaque Q. Scaevola in librorum, quos de iure civile composuit, XVI verba haec posuit: quod cui servandum datum est, si is usus est, sive quod utendum accipit, ad aliam rem atque accipit usus est, furti se obligavit.”*

[Tradução Nossa: “Labeão, no segundo livro sobre as XII tábuas, escreveu que entre os antigos houve julgamentos enérgicos e severos acerca dos furtos, e que Bruto disse ser isso comum, e que aquele que conduzira um jumento a outro lugar que não aquele para o qual o recebera para uso, também foi condenado por furto, bem como quem prosseguira além do local até o qual havia pedido para usar. Do mesmo modo Quinto Cévola, no décimo-sexto dos livros que compôs acerca do direito civil, incluiu estas palavras: ‘Se aquele, a quem algo foi dado

*para ser guardado, o usou, ou se usou para outra coisa que não aquela para a qual o recebeu, tornou-se responsável por furto’.*”]

Labeão, primeiro chefe da escola proculiana, foi contemporâneo de Augusto. O Bruto a que ele faz menção deve ser Marco Júnio, jurisconsulto do século II a.C. Vê-se que com Bruto já se verifica um avanço no sentido da generalização, posto que este não faz menção a um acontecimento específico, excepcional, como ocorre no texto de Valério Máximo, mas fala da hipótese de um jumento emprestado (e não mais um cavalo) e que tivesse sido levado não só além do local combinado, mas também, por extensão, a qualquer lugar diverso daquele. E Quinto Cévola por sua vez elabora uma primeira regra, aplicável a qualquer objeto (“*quod*”) recebido quer a título de comodato (“*utendum*”), quer a título de depósito (“*servandum*”), o que já é uma ampliação do conceito original. A regra mais geral encontramos em *Gai. 13 ad ed. provinc. D. 47,2,55,1*, que conceitua o *furtum usus*: “*furtum fieri et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat*” (ocorre o furto também se alguém converte o uso de coisa alheia em seu benefício). Tal regra é abraçada pela Jurisprudência, e incorporada à própria noção geral de furto, em *Paul. 39 ad ed. D. 47,2,1,3*: “*furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*” (furto é a subtração fraudulenta de uma coisa, para obter lucro, seja da própria coisa, seja também do seu uso ou posse)<sup>22</sup>

O que aqui se nos depara, e com clareza meridiana, é a transição sucessiva para graus crescentes de abstração, exatamente como teorizou F. Schulz (cf. *supra*, pág. 15). O resultado final é a *regula*, que corresponde ao que os dialéticos gregos chamavam de *Óroj* ou *k@nèn*. Entretanto, F. Schulz repudia a denominação usual de “jurisprudência regular” (“*Regularjurisprudenz*”) para essa busca republicana por princípios, dado que qualquer tendência à formação de regras poderia ser assim rotulada, enquanto o caso romano é fruto da aplicação do método dialético, da dia...resij grega. E preconiza, por tal motivo, o nome “jurisprudência dialética”<sup>23</sup>

Percebemos então, que foi na dialética grega e na passagem para a “*Regularjurisprudenz*” que o Direito Romano encontrou o seu caminho da práxis para a ciência — o que curiosamente não ocorreu no próprio Direito Grego. Não se perca de vista, evidentemente, que apesar de toda essa evolução, os jurisconsultos romanos não perderam jamais a sua perspectiva casuística e pragmática. As definições e conceitos, que não deixaram de surgir, foram, como observa A. Söllner<sup>24</sup>, foram sempre feitas com parcimônia e com muita cautela, e ademais disso sem a menor preocupação

22. Ver ainda *Paul. 9 ad Sab. D. 47,2,40; Pomp. 38 ad Q. Muc. D. 47,2,77, pr.; Pomp. 38 ad Q. Muc. D. 13,1,16; G. 3,196*. Cf. tb. M. D. Flórida Hidalgo, *La Casuística del Furtum en la Jurisprudencia Romana*, Madrid, Dykinson, 1991, p. 159-164.

23. *History*, (cit., *supra*, nota 15) p. 67.

24. *Einführung in die römische Rechtsgeschichte*, 4. ed., München, Beck, 1989, pp. 106 ss.

com o rigor científico. Muitas vezes as explicações teóricas dadas pelos juristas romanos se limitam a etimologias – não raro falsas – de palavras e expressões de uso corriqueiro. Famosa é, por exemplo, a explicação de Gaio para o significado etimológico da palavra *mutuum* (“*quod ... ex meo tuum fit*”. Gai. 3,90). Uma erronia tão grosseira dificilmente se acredita que pudesse ter escapado a pessoas notoriamente sábias e esclarecidas como as que formavam o escol da Jurisprudência clássica. Isso só se pode explicar pelo absoluto desinteresse por uma investigação científica dos conceitos: tais etimologias eram aceitas porque cumpriam a sua função mnemônica e didática (lembremo-nos de que Gaio era professor), pouco importando a sua validade científica. Tal era o caráter pragmático da Jurisprudência romana.

### III. Conclusão.

Nesta brevíssima exposição, tivemos a oportunidade de acompanhar, em linhas muito gerais, o progressivo evoluer do pensamento jurisprudencial romano no caminho da abstração e da conceituação genérica de seus institutos – caminho esse que jamais chegou a ser perlustrado até o seu final. O que nos parece relevante é perceber que a riqueza do Direito Romano brotou precisamente dessa maneira viva e dinâmica com que os institutos nasciam e se desenvolviam livremente a partir das ocorrências da casuística, à qual o jurista romano nunca aceitou renunciar. Mesmo com a “*Regularjurisprudenz*” e a aplicação da dialética de influência grega, a formalização teórica do Direito foi restrita. Um sistema completo eles jamais erigiram. O que se encontra no discurso dos jurisconsultos romanos são apenas algumas poucas estruturas localizadas aqui e ali, ou, no elegante dizer de M. Kaser<sup>25</sup>, ilhas sistemáticas (“*systematische Inseln*”).

Talvez tenha sido essa feliz combinação do espírito prático dos romanos, apenas de leve temperado pela dialética grega, que permitiu à Jurisprudência romana atingir o ápice da arte (termo mais adequado, no caso, do que “ciência”) jurídica, campo no qual se mantiveram os romanos inigualados por todos os demais povos da Antigüidade (inclusive os próprios gregos), oferecendo ainda hoje esse rico repositório de idéias e inspiração para o jurista contemporâneo.

São Paulo, junho de 2002.

---

25. Zur Methode der römischen Rechtsfindung, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, I - Philologisch-historische Klasse*, 1962, v. 2, p. 70; cf. tb. Com M. Bretone, *Storia del Diritto Romano*, Laterza, Roma-Bari, 1987 (trad. alemã de Brigitte Galsterer *Geschichte des römischen Rechts*, München, Beck, 1992, p. 205).



## A DETERMINAÇÃO DAS *PARTES LUCRI ET DAMNI* NO CONTRATO DE SOCIEDADE ROMANO

Danilo Borges dos Santos Gomes de Araujo<sup>1</sup>  
“Dottorando di ricerca” na Università degli Studi di Roma  
“Tor Vergata”

### Resumo:

Sob uma perspectiva exegética das fontes do Direito Romano (mormente aquelas em Gai 3,149, I. 3,25,2, D. 17,2,29,1 e D. 17,2,30), este texto centra-se na descrição dos debates – surgidos na Jurisprudência tardo-republicana entre Quinto Múcio e Sérvio Sulpício – sobre a possibilidade, na *societas* romana, de se fixar, para o mesmo sócio, uma quota de lucros diversa da sua quota de danos, até o caso extremo em que um sócio ficasse totalmente isento dos danos ainda que participasse dos lucros, hipótese que normalmente se identifica com o fato de que o sócio isento é aquele que aporta *opera* em comum.

### Abstract:

Under an exegetic perspective of the roman law texts (mainly those at Gai. 3,149, I. 3,25,2, D. 17,2,29,1 e D. 17,2,30), this article focus on the description of the debates – arisen in the late-republican jurisprudence between Quintus Mucius and Servius Sulpicius – about the possibility, in the roman *societas*, of assigning, to the same partner, a profits quota diverse from his losses quota, till the extreme case in which a partner were totally exempted from the losses, even though sharing the profits, hypothesis that is regularly identified with the fact that the exempted partner is the one who contributed *opera* towards the partnership.

**Unitermos:** *societas*; quota de lucros e de danos; Jurisprudência tardo-republicana.

### §1. Introdução. Plano de exposição do trabalho.

Arangio-Ruiz oferece a seguinte definição do contrato de sociedade romano: “*Un contratto consensuale e bilaterale (od anche, all’occasione, plurilaterale), senza riflessi sulla posizione dei contraenti in confronto dei terzi, in virtù del quale due o più persone s’impegnano a mettere in comune beni ed attività allo scopo di dividerne secondo una proporzione prestabilita i profitti e le perdite*”<sup>1</sup>

---

(\*) O presente texto foi apresentado como trabalho final da disciplina “Exegese das fontes de Direito Romano”, por nós cursada como parte do programa de “Dottorato di ricerca” que se frequenta na Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”.

1. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell’Università di Roma anno 1949-1950*, recdição anastática, Napoli, 1965, p. 63.

Ressalvando-se que tal definição não é extraída imediatamente das fontes, mas é o resultado de um esforço conceitual de um autor moderno, verifica-se que, das fontes romanas, é possível deduzir os seguintes elementos do contrato de sociedade romano:<sup>2</sup> i. a consensualidade; ii. a bi ou plurilateralidade; iii. a plena estranheza perante terceiros; iv. as contribuições dos sócios; e v. a repartição, entre os sócios, dos lucros ou das perdas.

A discussão jurisprudencial que será objeto desse trabalho circunscreve-se a dois dos elementos supramencionados, aqueles *sub* “(iv)” e *sub* “(v)” Ou seja, circunscreve-se aos temas das conferições a serem aportadas pelos contratantes e das quotas de repartição dos lucros e das perdas. Com efeito, em todo o contrato de sociedade, duas ou mais pessoas comprometem-se a colocar em comum bens e atividades e dividir os lucros e as perdas segundo uma proporção preestabelecida.<sup>3</sup> Porém, essas duas características do contrato de sociedade são objeto de algumas importantes discussões entre os juristas romanos.

Em primeiro lugar, examinando as disposições contratuais que tratam dos aportes dos sócios, especial atenção se volta para o problema da heterogeneidade dos aportes, destacando-se aquele caso peculiar em que um sócio aporta o capital e o outro sócio faz a contribuição em *opera*. Tal apresentação se fará no § 2 do texto.

Tendo em vista que a heterogeneidade dos aportes foi admitida pelo Direito Romano, ainda mais porque a praxe econômica certamente a impôs, o problema então se transfere para um outro elemento do contrato de sociedade: a determinação das *partes lucri et damni*. Ora, a heterogeneidade dos aportes pressupõe que os sócios, eventualmente, possam também querer diversificar as proporções de divisão dos lucros e dos danos, sobretudo com o intuito de harmonizá-las com a não-homogeneidade das contribuições.

Esse problema, abrangido por todo o § 3 deste trabalho, será afrontado a partir das três vias pelas quais os contratantes podem, no Direito Romano, dispor a respeito das *partes lucri et damni*: silenciando-se (§3.1), determinando-as expressamente através de pacto (§3.2) ou, por último, encarregando um árbitro de fazer a determinação (§3.3). Para cada uma dessas três vias existem soluções e discussões próprias narradas pelas fontes.

O núcleo do presente trabalho está naquela segunda via, ou seja, quando a determinação das quotas de participação nos lucros e nas perdas é objeto de uma expressa convenção dos contratantes. Mais precisamente, interessam aqueles casos em que a determinação das *partes* foge da concepção paritária de divisão dos lucros e das perdas. À tona vêm as questões a respeito de quais as convenções válidas e, quando válidas, dentro de quais limites.

É justamente nesse contexto que desponta a *magna quaestio* que, conforme se narra em Gai. 3,149 – mas também reportada por outras fontes –, teria

---

2. Ressalva-se, também, que falar em elementos do contrato é um discurso pandectista, sendo aqui apresentada uma definição do contrato de sociedade romano apenas para fins de delimitação do campo de estudo, ou melhor, para que melhor se compreenda o âmbito temático da discussão jurisprudencial cuja evolução será investigada.

3. Assim Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 93.

surgido a partir da dissensão entre os juristas republicanos Quinto Múcio Cévola e Sérvio Sulpício Rufo, em tema de eventual atribuição, a um mesmo sócio, de quota de lucros diferente da quota de danos.

Tendo prevalecido a tese de Sérvio Sulpício, o debate se desloca para o problema dos eventuais limites e condições de admissibilidade da diferente quotização, para um mesmo sócio, dos lucros e das perdas.

Por fim, aproveitando a oportunidade que uma discussão entre Quinto Múcio e Sérvio Sulpício sói oferecer, serão apresentadas no §4 as características da Jurisprudência tardo-republicana, o seu contexto histórico e a sua contribuição para a formação do *ius civile* romano.

## §2. A obrigação de aportar a contribuição convencionada.

É obrigação dos sócios dar a contribuição prometida. Tratando-se de contribuição de coisas materiais, estas devem ser colocadas em comum.<sup>4</sup> Se para um dos contratantes não existir a obrigação de fazer qualquer contribuição, então, com relação a ele, não existirá sociedade, mas doação, conforme se afirma em Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17,2,5,1.<sup>5</sup>

Em tema de aporte da contribuição convencionada, três interessantes questões emergem:<sup>6</sup> i. o problema de quem deve suportar o risco se a coisa colocada em comum perecer por caso fortuito, sendo, para esse problema, importantes as passagens em Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17,2,58 pr.<sup>7</sup> e 1<sup>8</sup>; ii. o problema do sócio moroso da

4. Cf. Arnò, *Il contratto di società. Corso di diritto romano. Lezioni raccolte dagli studenti F. Palieri e G. Berto. Anno accademico 1936-37-XV*, Torino, 1938, p. 169. Pode-se conferir a propriedade ou o uso da coisa; se se conferir a propriedade, esta se transforma em condomínio de todos os sócios, sendo que, em época pré-justinianica, o aporte da coisa se faz, dependendo da sua qualidade, com a *mancipatio* ou com a *traditio* (cf. ARNÒ, *Arnòll contratto di società* cit. (nota 4), pp. 174-175).

5. Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17,2,5,1: "*Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur.*"

6. Esses problemas são, aqui, apenas acenados. Para uma discussão mais aprofundada das soluções jurídicas desses problemas, remete-se a Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), pp. 175-185.

7. Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17,2,58 pr.: "*Si id quod quis in societatem contulit extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.*"

8. Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17,2,58,1: "*Item Celsus tractat, si pecuniam contulisset ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utriusque perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periret: si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati perit.*"

obrigação de conferir, que se discute em Pomp. 13 *ad Sab.*, D. 17,2,60 pr.<sup>9</sup>; e iii. o problema de a quem atribuir a responsabilidade pela evicção e pelos vícios ocultos da coisa transferida.<sup>10</sup>

Os aportes dos sócios podem não ser homogêneos. Eram-no naquele tipo primordial de sociedade, o consórcio *ercto non cito*, que ainda não se constituía por contrato, mas espontaneamente surgia entre *heredes sui* ou se constituía entre estranhos por meio da *certa legis actio* de que se fala em Gai. 3,154a. Em qualquer dos casos, eram colocados ou deixados em comum todos os bens da herança do ancestral ou que constituíam o patrimônio de cada um dos estranhos – coisas corpóreas e também incorpóreas (como o direito de patronato sobre os libertos e os créditos) –, e toda a atividade dos consorciados deveria ser dirigida ao aproveitamento de tais bens segundo a sua normal destinação, ou segundo aquela estabelecida por acordo. O mesmo acontecia, em época progressiva, com a *societas omnium bonorum*, com os tipos a ela afins e com vários outros casos de sociedade cujo objeto era o aproveitamento de uma ou mais coisas corpóreas.<sup>11</sup>

Advém a heterogeneidade dos aportes à medida que surgem as sociedades industriais e comerciais, ou seja aquelas sociedades em que sócios capitalistas empregam dinheiro ou bens associando-se com industriais e comerciantes dispostos a fornecer a sua experiência e atividade.<sup>12</sup> Nesse ponto, as contribuições dos sócios tornam-se heterogêneas, não sendo mais do mesmo valor, gênero e natureza, sendo possível até que um sócio faça somente o aporte de capital e um outro somente a conferência de

---

9. Pomp. 13 *ad Sab.*, D. 17,2,60 pr.: “*Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.*”

10. Esse problema é resolvido com base nos princípios gerais dos contratos e por analogia ao contrato de compra e venda (cf. Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), pp. 184-185).

11. Cf. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 93.

12. Cf. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 94. V., também, Bretone, *Storia del diritto romano* 3, Roma-Bari, 1989, pp. 119-139, em que se aponta como, no período dos dois últimos séculos a.C., as difusas práticas comerciais influenciaram sobremaneira a formação do Direito, tendo aí surgido, inclusive, as formas consensuais dos contratos, tuteladas *ex fide bona*, entre eles a *societas consensu contracta*.

13. É exemplo desse tipo de sociedade aquela que se formou entre Fânio e Róscio, conforme relata Cícero na oração *Pro Q. Roscio Comoedo*. A *fattispecie* da controvérsia que se instaurou pode ser assim relatada (cf. S. Riccobono Jr., *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella “societas” romana* (Gai. 3,148-149), in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*. Milano, 7-9 aprile 1987, I, Milano, 1988, pp. 225-227): G. Fânio Cherea era em sociedade com o ator Q. Róscio Galo para o fim de repartição dos ganhos da atividade artística de Panurgo, escravo de propriedade de Fânio, mas que tinha recebido de Róscio a instrução teatral. Panurgo foi assassinado por um tal Q. Flávio, nascendo contra este, por parte de Róscio, uma ação de ressarcimento de danos. Iniciado o processo,



*opera*.<sup>13</sup> A *opera* a ser aportada pode abranger a mais variada gama de atividades humanas, desde a complexa administração da sociedade até a simples execução de um trabalho manual. É nesse contexto que despontam as discussões sobre as relações entre capital e trabalho, debatendo-se se é possível colocar no mesmo nível indústria humana e capital.<sup>14</sup>

A impossibilidade de um tratamento unitário dos aportes (dada a imensa casuística que a prática poderia oferecer) e a imposição prática da heterogeneidade das contribuições fizeram com que a atenção dos juristas se deslocasse para o modo de repartição dos lucros e das perdas, discutindo-se, então, a admissibilidade e, caso admissível, os limites da não-paridade entre a quota de lucros e a quota de danos.<sup>15</sup> O deslocamento da atenção dos juristas para esse segundo tema tem a ver com a circunstância de que a heterogeneidade dos aportes poderia, eventualmente, conduzir os sócios a pactuar quotas de retirada dos lucros e dos danos também heterogêneas.

### 3. A participação nos lucros e nas perdas.

Os sócios têm o direito de participar nos lucros e a obrigação de participar nas perdas. São três as vias pelas quais se pode dispor, em um contrato de sociedade, sobre a divisão dos lucros e das perdas: a. os sócios podem silenciar-se a respeito, nada estatuinto a respeito das quotas sociais; b. os sócios podem fixar, de comum acordo, a proporção pela qual a repartição deve ser feita; e c. o encargo de determinar

---

contudo, faz Róscio uma transação com Flávio. Passados alguns anos, Fânio reclama a sua parte de Róscio, o qual opõe que a sua transação concernia somente à sua parte, e não a ambas. Em trecho do discurso, Cícero (*Pro Com.*, 10,27-30) alega que o corpo do escravo Panurgo, conferido por Fânio, pouco valia, enquanto era "*ars pretiosa*" a arte ensinada por Róscio, que, com a sua bravura de ator, permitiu que o escravo tivesse excelente e prestigiosa formação profissional. Sobre os vários aspectos jurídicos pelos quais a oração pode ser estudada, v. Costa, *Cicerone giureconsulto*<sup>2</sup>, Bologna, 1927, pp. 166-189.

A propósito, os problemas discutidos nesse texto por ocasião do Direito Romano trazem à lembrança o tipo legal da sociedade de capital e indústria, previsto como tipo autônomo nos artigos 317 a 324 do Código Comercial brasileiro de 1850. Para uma primeira abordagem sobre a moderna sociedade de capital e indústria, v., para todos, BULGARELLI, *Sociedades comerciais. Sociedades civis e sociedades cooperativas. Empresa e estabelecimento comercial. Estudo das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagem às sociedades civis e cooperativas*<sup>6</sup>, São Paulo, 1996, pp. 100-114. Salienta-se, por fim, que a sociedade de capital e indústria não é contemplada pelo novo Código Civil como um tipo definido de sociedade.

14. Segundo Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), p. 171, a contraposição entre Quinto Múcio e Sérvio Sulpício teria surgido, antes de mais nada, quanto à possibilidade ou não de se equiparar (no plano moral, inclusive) contribuição de capital e contribuição de obra, ou seja, a contraposição entre os dois juristas republicanos existiria antes mesmo da discussão sobre a determinação das *partes lucri et damni*, sendo que essa discussão seria tão-somente um reflexo daquela. Segundo a doutrina de Quinto Múcio, afirma ainda Arnò, o trabalho deveria ser sempre mais prestigiado, enquanto para Sérvio Sulpício o trabalho poderia ser colocado em pé de igualdade com o capital. Não obstante a imposição prática da heterogeneidade das contribuições, teria permanecido a dissensão entre mucianos, que pretenderiam um equilíbrio entre a conferição que um sócio faz de capital e a que o outro sócio faz de trabalho, e servianos, para os quais tal equilíbrio não precisaria ocorrer.

15. Cf. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 94.

a proporção das quotas pode ser dado a um dos próprios sócios ou a um estranho.<sup>16</sup>

Dada a diversidade de tratamento e das soluções jurídicas apresentadas nas fontes, cada uma dessas hipóteses será sucessivamente examinada em itens separados. Com relação à primeira via (*sub* “a”), a apresentação que se fará será mais esquemática e menos aprofundada. Quanto à segunda via (*sub* “b”), que é propriamente o âmbito no qual desponta a discussão iniciada com Quinto Múcio e Sêrvio Sulpício, os textos que reportam o debate serão objeto de verdadeira exegese, buscando-se captar todas as variáveis e problemas envolvidos. Com relação à terceira via (*sub* “c”), trata-se de problema que, embora ainda vinculada ao tema da determinação das *partes lucri et damni*, será aqui tão-somente anunciado, vez que as suas peculiaridades exigiriam um tratamento específico que não pode ser afrontado nesta sede.

### 3.1. Ausência de disposição sobre a divisão dos lucros e das perdas.

Se nada se dispuser a respeito, tanto em época clássica quanto em época justinianéia, as quotas dos lucros e das perdas serão iguais para todos os sócios (Gai. 3,150<sup>17</sup>, parte inicial: “*et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse*”; Ulp. 30 *ad Sab.*, D. 17,2,29 pr.<sup>18</sup> parte inicial: “*si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat*”; e I. 3,25,1<sup>19</sup>, parte inicial: “*et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales silicet partes et in lucro et in damno spectantur*”), ainda que desiguais tenham sido os respectivos aportes.

Embora a doutrina mais recente já tenha superado esse quesito<sup>20</sup> vale ressaltar que a igualdade propugnada pelas fontes é aquela proporcional às *partes viriles*, e não às conferições de cada um dos sócios. As expressões usadas pelas fontes – “*aequales partes*” (I. 3,25,1), “*aequas*” (D. 17,2,29 pr.) e “*aequis ex partibus*” (Gai. 3,150) – não deixam dúvidas de que se trata das *partes viriles*.<sup>21</sup> Se se quisesse referir

16. Assim as apresenta Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), pp. 187-188.

17. Gai. 3,150: “*Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed in altero partes expressae fuerint, veluti in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*”

18. Ulp. 30 *ad Sab.*, D. 17,2,29 pr.: “*Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*”

19. I. 3,25,1: “*Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales silicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent; nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia.*”

20. Assim Talamanca, *Società in generale (diritto romano)*, in *ED*, XLII, Milano, 1990, p. 835, nt. 233.

21. Cf. Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 835, nt. 233; Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 103 s.; Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), pp. 189-193; e Cancelli, *Società (diritto romano)*, in *NNDI*, XVII, Torino, 1970, pp. 501-502.

à igualdade relativa, ou seja, proporcional ao aporte de cada um dos sócios, não se diria “*aequales partes*” ou “*aequis ex partibus*”, mas “*pro rata*” e “*pro portionibus*”<sup>22</sup> Com efeito, o termo “*aequae*” significa “igual”, e, se assim não se entendesse a expressão “*aequales partes*” seria impossível determinar o valor da *opera* do sócio de indústria e, consequentemente, admitir a heterogeneidade dos aportes.<sup>23</sup>

Surgem, então, as seguintes dúvidas: por que, por via de presunção, igualar as quotas quando as conferições não são iguais? Por que, silentes os contratantes, não se faz a divisão dos ganhos e das perdas de modo proporcional às contribuições? A resposta que se oferece é a de que, se assim não quisessem os contratantes, não se silenciariam a respeito de um ponto tão essencial, correndo, portanto, a presunção em favor da igualdade das quotas, ainda que desiguais as conferições.<sup>24</sup>

Se o silêncio dos contratantes se restringir somente ao lucro ou somente ao dano, então o elemento não fixado deve ter a mesma medida do elemento fixado (Gai. 3,150, parte final: “*sed in altero partes expressae fuerint, veluti in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt*”; e I. 3,25,3<sup>25</sup>: “*si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in eo quoque quod praetermissum est eandem partem servari*”).

### 3.2. Expressa determinação das quotas dos lucros e dos danos.

Quanto à hipótese em que os próprios sócios fixam as quotas, estabelecendo-se que a repartição deve ser feita nesta ou naquela proporção, as indagações

22. Cf. Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), p. 193. No entanto, opinam favoravelmente a quotas proporcionais aos aportes, por exemplo: Costa, *Storia del diritto romano privato. Dalle origini alle compilazioni giustiniane*2, Torino, 1925, p. 381, nt. 1, segundo o qual, referindo-se o fr. 17 de D. 17,2 à sociedade *universorum quae ex quaestu veniunt* (assim como os demais fragmentos de Ulpiano extraídos do livro 30 *ad Sab.*, quais sejam, os frs. 7, 9 e 11 de D. 17,2), o valor que deve ser dado à expressão “*aequales partes*” deve ser o de proporcionalidade das quotas; Voci, *Istituzioni di diritto romano*3, Milano, 1954, p. 395; e Glück, *Commentario alle Pandette*, XVII (trad. italiana de Pacchioni e Cugia), Milano, 1904, § 966, pp. 140-156, que afirma quotas proporcionais às conferições justamente porque existem reservas que condicionam o privilégio de um sócio a uma proporcional prestação de *opera*.

23. Cf. Cancelli, *Società* cit. (nota 21), pp. 501-502; Dernburg (com a colaboração de Biermann), *Pandette. Diritto delle obbligazioni*6, II (trad. italiana de Cicala), Torino, 1903, § 126, p. 547, nt. 5.

24. Em Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 835, afirma-se ser essa solução um influxo do *consortium erecto non cito*, vez que nesse consórcio as quotas de participação entre os *sui heredes* não podiam ser diferentes. Em Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), pp. 189-190 (em que se acredita que a presunção de igualdade seria um prevailecimento da tese serviana, vez que o sócio de indústria é colocado em pé de igualdade com o sócio capitalista, e não da tese muciana, que contempla uma indústria mais preciosa que o capital), afirma-se que a solução teria sido influenciada pelo regime da *societas omnium bonorum*, cujas relações entre os sócios se baseiam no *ius quodammodo fraternitatis*, isto é, o patrimônio comum é dividido em partes iguais sem atentar para a qualidade e a quantidade das conferições de cada um.

25. I. 3,25,3: “*Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in eo quoque quod praetermissum est eandem partem servari.*”

que imediatamente despontam são as seguintes: A proporção convencionada terá sempre eficácia? De todas as possíveis hipóteses, quais serão válidas e quais serão inválidas?<sup>26</sup>

Fugindo da paridade na repartição dos lucros e dos danos, pode-se pensar nas seguintes possibilidades: i. estabelecem-se quotas desiguais em harmonia com a desigualdade dos aportes; ii. estabelecem-se quotas desiguais não obstante a igualdade dos aportes; iii. fixam-se quotas desiguais para os lucros e quotas desiguais para as perdas, ou seja, repartem-se, para o mesmo sócio, os lucros de maneira diversa dos danos; iv. um sócio participa dos lucros, mas está isento de eventuais perdas; v. todos os sócios participam das perdas, mas só um dos sócios recebe todos os lucros; e vi. um dos sócios recebe todos os lucros estando isento das perdas.<sup>27</sup> Ou ainda, em termos mais resumidos (reunindo em um mesmo item os itens “i.” e “ii.” *supra* e reunindo na mesma categoria “hipóteses extremas” os itens “iv.” “v.” e “vi.” *supra*), configuram-se, em definitivo, as seguintes hipóteses de disparidade na repartição dos lucros e dos danos:<sup>28</sup> i. quotas de lucros e perdas diferentes de um sócio para outro, porém iguais entre si para o mesmo sócio; ii. para um mesmo sócio, quota dos lucros diversa da quota das perdas; ou iii. as hipóteses extremas: a. atribuição ao sócio de uma quota dos lucros com total isenção das perdas; e b. atribuição de quota de perdas com total exclusão dos lucros.

O juízo a respeito de cada uma dessas hipóteses foi-se modificando ao longo do desenvolvimento da Jurisprudência, sempre em prol da autonomia dos contraentes, porém atravessado por tendências contrastantes.<sup>29</sup> Afirma-se, inclusive, que o surgimento de um debate acerca desses problemas marca, historicamente, a emergência da consensualidade nas relações de associação,<sup>30</sup> sendo que os textos em que se discutem as quotas de participação dos sócios nos lucros e nas perdas são ricos e instrutivos a respeito da evolução de certas concepções ético-sociais, em épocas clássica, pós-clássica e justinianéia.<sup>31</sup>

Foi no âmbito desta temática que surgiu, conforme se lembra em Gai. 3,149, uma “*magna quaestio*” a respeito se pode subsistir um contrato de sociedade em que são diferentes, para o mesmo sócio, a quota de lucros e a quota de perdas.

A fim de captar a evolução dos debates jurisprudenciais que se ocupavam desse problema, o trabalho prosseguirá com a exegese dos textos que o reportam<sup>32</sup>:

---

26. Cf. Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), p. 217.

27. Cf. Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), p. 218.

28. Cf. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 94.

29. Cf. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 94.

30. Cf. Cancelli, *Società* cit. (nota 21), p. 501.

31. Cf. Cancelli, *Società* cit. (nota 21), p. 502.

32. Os quatro textos que seguem, cerne do presente trabalho, são acompanhados de uma tradução em português. Para os textos de I. 3,25,2 e Gai. 3,149, faz-se uso da tradução sugerida em Correia e Sciascia, *Manual de direito romano. Institutas de Gaio e de Justiniano vertidas para o português, em confronto com o texto latino*, II, São Paulo, 1951, pp. 197 e 545. Para os textos de D. 17,2,29,1 e D. 17,2,30, apresenta-se uma tradução livre.

Gai. 3,149<sup>33</sup>: “*Magna autem quaestio fuit, na ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius [...] etiam praevaluit sententia adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*”

“Houve grande controvérsia sobre se se podia contrair sociedade com a cláusula de o sócio de maior co-participação nos lucros contribuir em parte menor para os prejuízos. O que Quinto Múcio [...] opinião prevaleceu, entendeu possível mesmo em tal caso uma sociedade, dizendo pudesse ela constituir-se até de modo a um dos sócios não contribuir absolutamente para os prejuízos, recebendo entretanto parte dos lucros, desde que se lhe considere o trabalho tão precioso a ponto de ser equitativo admiti-lo à sociedade com este pacto. Pois, como é sabido, uma sociedade se pode constituir de modo a um dos sócios entrar e outro não, com dinheiro, dividindo-se entretanto os lucros entre eles; com efeito, muitas vezes o trabalho de alguém vale como dinheiro.”

1. 3,25,2<sup>34</sup>: “*De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, eu eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damnum non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*”

“Discute-se se se deve considerar válida a convenção seguinte: Tício e Seio acordaram entre si pertencessem a Tício duas partes de lucros e uma de prejuízos; e a Seio duas de prejuízos e uma de lucros. Quinto Múcio era de opinião

33. De Gai. 3,135 em diante se trata dos contratos consensuais, entre os quais se inclui a sociedade, especificamente considerada nos §§ 148-154. Sobre as características do manual gaiano, v. Schipani, *Le "Institutiones" di Gaio/Giustiniano*, in IDEM, *La codificazione del diritto romano comune*, reedição, Torino, 1999, pp. 216-224.

34. O título 3,25 das *Institutiones* de Justiniano é intitulado propriamente “*De societate*”, sendo que os §§ 1-3 desse título lidam exclusivamente com o problema da determinação das quotas de divisão dos lucros e das perdas.

que um tal pacto era contra a natureza da sociedade e portanto não podia considerar-se válido. Sêrvio Sulpício, cuja opinião prevaleceu, pensava, ao contrário, que muitas vezes o trabalho de certos, numa sociedade, é tão precioso que é justo admiti-los nela em melhor condição. Pois não há dúvida se possa fazer uma sociedade, contribuindo um com dinheiro e outro, não, sendo entretanto comum o lucro entre eles, porque muitas vezes o trabalho de um vale tanto como dinheiro. E a tal ponto prevaleceu a opinião contrária à de Quinto Múcio, que também foi habitual poder-se contratar que tenha um a parte do lucro, sem arcar com as perdas, opinião estimada justa pelo próprio Sêrvio. Mas isso se deve entender no sentido de, havendo lucros num negócio e noutra, prejuízos, se considere lucro só o restante depois de feita a compensação.”

Ulp. 30 ad Sab., D. 17,2,29,1: “*Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*”

“Opina Cássio que se pode constituir sociedade de modo a um não suportar nenhuma parte dos danos, e que o lucro seja comum; o que valerá, como também escreve Sabino, somente se o trabalho valer tanto quanto os danos; porque muitas vezes é tanta a indústria de um sócio, que confere à sociedade mais do que dinheiro; assim também se ele sozinho navegou, ou se ele sozinho viajou, ou se ele sozinho se expôs aos prejuízos.”

Paul. 6 ad Sab., D. 17,2,30: “*Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquitur, pars alia capiatur.*”

“Escreve Múcio no livro décimo quarto que não se pode constituir sociedade de modo a um sócio ter uma parte das perdas e uma outra dos lucros. Diz Sêrvio nas notas a Múcio que tampouco se pode contrair sociedade dessa maneira; porque não se entende que exista lucro até deduzidas todas as perdas, nem perdas até deduzidos todos os lucros. Mas pode constituir-se sociedade de modo que dos lucros, que restam à sociedade, deduzidas todas as perdas, retire-se uma parte, e que das perdas, que igualmente resultam, sofra-se uma outra parte.”

Em Gai. 3,149 (cuja ordem de idéias se completa com a segunda parte de Gai. 3,150) são consideradas as hipóteses *sub* “ii.” e *sub* “iii., a.” A discussão da hipótese em que o mesmo sócio tem a quota das perdas diversa da quota dos lucros apresentada nessa passagem permite que se alcance aquela outra hipótese em que o sócio participa dos lucros com isenção das perdas. Na passagem, dá-se uma resposta afirmativa a ambas as questões, com limitações, porém.

O primeiro problema de exegese que desponta nesse texto gaiano é o

evidente erro cometido pelo amanuense do manuscrito veronês, que, depois do nome “*Quintus Mucius*”, provavelmente saltou uma ou duas linhas do seu modelo graças à aliteração das palavras “*Mucius*” e “*cuius*”<sup>35</sup> Considera-se que a integração dessa lacuna está à mão porque em I. 3,25,2, em que se apresenta o mesmo quesito considerado em Gai. 3,149 em termos só formalmente um pouco diversos, há a frase “*Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit*” Ora, simplificando essa frase daquilo que pode ser alguma redundância bizantina, propõe-se e se aceita como provável expressão de Gaio o seguinte: “*Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia*”,<sup>36</sup> embora se reconheça<sup>37</sup> não ser possível estabelecer o exato conteúdo e amplitude da lacuna.

Integração discutida, verifica-se em Gai. 3,149 e em I. 3,25,2 que Quinto Múcio considerava inadmissível a diversidade, para um mesmo sócio, da quota de lucros e da quota de danos, pois ia “*contra naturam societatis*”<sup>38</sup> Sérvio Sulpício, por sua vez, afirmava o oposto, admitindo, até mesmo, excluir um sócio das perdas, mesmo

35. É tão evidente ser essa a causa da lacuna que é unanimemente admitida pela doutrina romanista, valendo mencionar, por exemplo: Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 95, nt. 1; Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 835, nt. 238; Bona, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, p. 24, nt. 43; e Guarino, “*Societas consensu contracta*”, in VV.AA., *Atti dell’Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, LXXXIII, Napoli, 1972, pp. 283, nt. 69 [= “*Societas consensu contracta*”. *Quaderno n. 10 dell’Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Nazionale di Scienze Lettere ed Arti in Napoli*, Napoli, 1972] [= in Idem, *La società in diritto romano*, Napoli, 1988, pp. 1-120].

36. Integração que consta de Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), p. 95, nt. 1. Essa é a integração majoritariamente propugnada pela crítica, também se propondo o verbo “*censuit*” no lugar de “*existimavit*” (para um balanço da literatura que tratou da integração dessa lacuna, v. Bona, *Studi sulla società* cit. (nota 35), p. 24, nt. 44). Contra essa integração, apresentou Rotondi, “*Natura contractus*”, in *BIDR*, 24, 1911, pp. 13-14, suspeitas formais, alegando ser caro aos justinianeus, porém ignorado pelos clássicos, o conceito dogmático de *natura contractus*, que, portanto, teria sido usado nas *Institutiones* de Justiniano para se referir ao pensamento de Quinto Múcio sem que este tenha feito uso daquela expressão, vez que não pensava em termos de *natura societatis*; em Gai. 3,149, portanto, ter-se-ia servido de alguma outra expressão para se referir ao pensamento de Quinto Múcio. A favor dessa tese de Rotondi, Pringsheim, “*Natura contractus*” und “*natura actionis*”, in *SDHI*, 1, 1935, pp. 78-80; contra, Guarneri-Citati, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR*, 42, 1934, p. 175, nt. 1. Comentando essa tese, Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 95-96, afirma que se trata de suspeita meramente formal pois, ainda que se aceite a tese de Rotondi, mantém-se o fato de que em Gai. 3,149 se descreve um desenvolvimento da Jurisprudência republicana idêntico ao que se descreve nas *Institutiones* de Justiniano, ou seja, uma negação de Quinto Múcio contraposta por uma afirmação de Sérvio Sulpício, que, por fim, prevaleceu.

37. Assim Bona, *Studi sulla società* cit. (nota 35), p. 24.

38. O pensamento de Quinto Múcio é reportado em Gai. 3,149, segunda parte (integrada): “*Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse existimavit*”; em D. 17,2,30, parte inicial: “*Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat*”; e em I. 3,25,2, segunda parte: “*Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam*”

fazendo-o participar dos lucros.<sup>39</sup> Afirma-se, também, que a opinião de Sêrvio “*praevaluit*”<sup>40</sup>

Afronta-se, agora, a questão a respeito de qual o sentido que deve ser dado à expressão “*contra naturam societatis*”, atribuída a Quinto Múcio em I. 3,25,2 e em Gai. 3,149.<sup>41</sup>

Ainda que se considere superada a idéia de que o conceito de *natura*

39. O pensamento de Sêrvio Sulpício é reportado em I. 3,25,2, segunda parte: “*Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, eu eos iustum sit meliorem conditione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet*”; e em Gai. 3,149, parte final: “*Sed Servius Sulpicius cuius etiam praevaluit sententia adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet*”. A exclusão total das perdas não é somente um desenvolvimento implícito e natural do pensamento serviano, mas foi assim formulada como conseqüência lógica (isto é, fundada na mesma *ratio*) do reconhecimento de uma participação nos lucros diversa daquela nas perdas.

40. Em sede de integração daquela lacuna em Gai. 3,149, apresenta Von Beseler tese que ataca a história da evolução das discussões jurisprudenciais sobre a determinação das *partes lucri et damni*. Com base em outros textos das fontes (D. 17,2,29,1 e D. 17,2,30), concluiu Von Beseler que a possibilidade de isenção das perdas não teria surgido com Sêrvio Sulpício, mas com Cássio Longino, e a integração comumente aceita de Gai. 3,149 deveria ser substituída pela seguinte: “*Quod Quintus Mucius et Servius Sulpicius negabant: Cassius autem, cuius etiam praevaluit sententia*” (cf. Von Beseler, *Zu Gaius 3,149*, in *SDHI*, 4, 1938, pp. 205-207; e também *IDEM*, “*Fruges et paleae*” in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, III, Milano, 1948, pp. 276-277). Contra essa tese, Di Marzo, “*Pro Servio Sulpicio Rufo*”, in *BIDR*, 4, 1938, pp. 261-266; e também Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 96-100. Com relação ao texto contido em D. 17,2,29,1, afirma Arangio-Ruiz que o fato de Cássio ter sido citado nessa passagem não vale como atestado de que nenhum outro jurista antes dele alcançara a mesma conclusão. O que acontece é que, nas citações de autoridades, limita-se a recordar este ou aquele autor célebre sem remontar à primeira fonte da opinião em discurso. Ademais, em Gai. 3,149 não se pretendia estabelecer quem primeiro considerou válido o pacto de total isenção das perdas, mas estabelecer quem se opôs à categórica decisão de Quinto Múcio de que a quota dos lucros deveria ser necessariamente igual àquela das perdas. Por outro lado, continua Arangio-Ruiz, de D. 17,2,30 não se pode reconhecer uma eventual resistência de Sêrvio Sulpício à isenção das perdas, conforme se conclui a partir da melhor exegese (*infra*) desse texto. Por último, o conteúdo de I. 3,25,2, do qual não existem suspeitas, confirma que Sêrvio Sulpício era de opinião oposta à de Quinto Múcio. Adiciona-se que a opinião de Von Beseler poderia ser admitida somente se houvesse qualquer prova de que o texto de I. 3,25,2 reportou, e por qual motivo, de modo incorreto a opinião de Sêrvio Sulpício.

41. Em D. 17,2,30, também se reporta o pensamento de Quinto Múcio no tema, mas em outros termos: admissibilidade ou não – “*non posse*” – do pacto. Os dois modos de se exprimir não são incompatíveis e, portanto, dessa passagem não se pode concluir em sentido contrário à atribuição a Quinto Múcio da expressão *contra naturam societatis*, não se sabendo, ademais, se Paulo reportou o teor literal da expressão de Quinto Múcio (cf. Talamanca, *La tipicità dei contratti romani fra “conventio” e “stipulatio” fino a Labeone*, in Milazzo (coordenador), “*Contractus*” e “*pactum*” Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della “*littera Florentina*” Copanello 1-4 giugno 1988, Napoli, 1990, p. 70, nt. 137).



*contractus* é estranho aos juristas clássicos,<sup>42</sup> a incerteza a respeito da atribuição ou não a Quinto Múcio daquela expressão afeta o valor daqueles textos como documentos dos quais se extrair notícias sobre o jurista republicano. De qualquer maneira, permanece o dado objetivo de uma discussão que em Gai. 3,149 e em I. 3,25,2 se visualiza sob o perfil da *natura contractus*, devendo-se excluir, até prova em contrário, que Gaio tenha entendido mal o pensamento de Quinto Múcio (sabe-se que Gaio conhecia diretamente os *Libri iuris civilis* de Quinto Múcio, tendo inclusive escrito um perdido comentário sobre eles, conforme consta em Gai. 1,188).<sup>43</sup> Quinto Múcio, portanto, afrontava a temática do conteúdo de um contrato causal, cogitando, com base na função econômico-social típica do contrato de sociedade, se determinadas cláusulas seriam admissíveis ou não. Ou seja, a expressão “*contra naturam societatis*”, empregada em Gai. 3,149 e em I. 3,25,2 e talvez originária do próprio Quinto Múcio, não pretende dar relevo ao perfil da ilicitude do pacto, mas, sim, evidenciar a função econômico-social típica do contrato de sociedade.<sup>44</sup>

Outro problema é aquele das razões pelas quais Quinto Múcio não admitia a possibilidade de se fixar, para um mesmo sócio, *partes lucri* diversas das *partes damni*. Não é correto meramente supor que Quinto Múcio teria uma assim denominada concepção patrimonial da sociedade, ou seja, que não daria importância às conferições em *opera* e que negaria ao sócio de indústria uma posição paritária.<sup>45</sup> Se assim fosse, existiria entre sócio de capital e sócio de obra uma concreta diferença que se manifestaria, em termos práticos, com o primeiro podendo deduzir as próprias conferições em sede de liquidação e o segundo não o podendo. Não era assim que acontecia, porém, na sociedade romana, na qual primeiro se fazia a liquidação dos lucros e das perdas, o que acontecia no fim da gestão social, e só em seguida se aplicavam as *partes lucri et damni* ao resultado final de tal gestão, previamente calculado sem detração das conferições, sejam patrimoniais ou em serviços. O sócio de obra não se encontrava, portanto, em uma posição desprivilegiada, porque nem os serviços prestados nem os bens conferidos eram deduzidos em favor dos autores das conferições.<sup>46</sup>

Por outro lado, Quinto Múcio admitia a possibilidade de que as *partes*

42. Vide nota 36 supra.

43. Assim Talamanca, *La tipicità* cit. (nota 41), pp. 70-71 e nts. 136-138.

44. Cf. Talamanca, *La tipicità* cit. (nota 41), p. 71 e nt. 139.

45. Afirmam uma concepção patrimonial de Quinto Múcio: Wieacker, “*Societas*”. *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, I, Weimar, 1936, pp. 261-263; BONA, *Studi sulla società* cit. (nota 35), pp. 26-28 e nt. 51; e Kaser, *Neue Literatur zur “societas”*, p. 314.

46. Cf. Talamanca, *La tipicità* cit. (nota 41), p. 71 e nt. 142; Idem, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 836; Horak, “*Rationes decidendi*”. *Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Innsbruck, 1969, pp. 159-161. O fato de que na sociedade romana o ativo ou passivo líquido sobre o qual se aplicavam as *partes lucri et damni* eram determinados sem a prévia dedução das conferições, sejam em *res*, sejam em *opera*, faz perder sentido o discurso de que Quinto Múcio tinha uma concepção patrimonial da sociedade.

*lucri et damni* variassem, desde que iguais entre si, de sócio para sócio, não existindo, por isso, motivos para pensar que pretendia impor rigorosos limites à autonomia das partes. Se, portanto, os *socii* não tivessem fixado as *partes* de modo proporcional às conferições de bens e serviços, nem mesmo Quinto Múcio, com toda a probabilidade, teria considerado inválido o pacto. *Contra naturam societatis*, segundo Quinto Múcio, era tão-somente o acordo em que se fazia uma explícita diversidade de tratamento entre os sócios, ou seja, aquela hipótese em que são dispares, para o mesmo sócio, a quota de lucros e a quota de perdas. A posição de Quinto Múcio, portanto, deve ser avaliada como voltada contra a expressa diversidade de condições entre os sócios, vez que *socius*, em sua visão, implica uma situação de igualdade e paridade, o que se macularia com um tratamento particular.<sup>47 e 48</sup> É contra esta inaturalidade que se bate Quinto Múcio.

Mais do que os motivos de que se valeu Quinto Múcio para resistir a uma diferente quotização para o mesmo sócio, deve-se cogitar de quais fundamentos teria se servido Sêrvio Sulpício para admitir, posteriormente, a não homogeneidade, para o mesmo sócio, entre a quota de lucros e a quota de danos. É muito provável que Sêrvio Sulpício, constatando um dado freqüente da praxe econômica, qual seja, a associação entre sócio de capital e sócio de indústria (para fazer uso de uma terminologia moderna), tenha querido corrigir, nesse caso específico, com recurso à equidade (tão cara aos juristas republicanos), a natureza do contrato de sociedade, atenuando, sempre episodicamente, o rigor técnico-jurídico, sem o que poderiam se configurar situações não conformes à equidade.<sup>49</sup>

A contraposição entre Quinto Múcio e Sêrvio Sulpício é atestada também em D. 17,2,30. A interpretação do exato teor dessa passagem é feita HORAK<sup>50</sup> e por ARANGIO-RUIZ<sup>51</sup>

47. Cf. Talamanca, *La tipicità* cit. (nota 41), pp. 71-72 e nt. 143; e Cancelli, *Società* cit. (nota 21), p. 502, nt. 3. É interessante nesse ponto também mencionar a idéia de Bremer, "*Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*", I, Lipsiae, 1896 (reedição Leipzig, 1985), p. 95, segundo o qual Quinto Múcio teria sido hostil à quotização dos lucros diversamente das perdas porque isto contrastaria com a condição dos *socii Italici*, se foi ele o proponente da *lex Licinia Mucia* de 95 a.C.

48. Sobre o método de exposição do Direito de Quinto Múcio e a sua contribuição para a formação do Direito (*ius civile generatim constitutum*, conforme se reporta em Pomp. *ench.*, D. 1,2,2,41), v. Schipani, *Le "Institutiones" di Gaio/Giustiniano* cit. (nota 33), pp. 199-210. V., também, a reconstrução dos *De iure civili libri* de Quinto Múcio em Lenel, *Palingenesia "iuris civilis"*, I, Graz, 1960, p. 758.

49. A predisposição dos juristas republicanos a defender a equidade, muitas vezes em detrimento do rigor jurídico, pode ser atestada em Cic. *De or.*, I, 56,239-240, em que se narra, em modo anedótico, um episódio em que o jurista Sêrvio Galba oferece a um cidadão uma resposta em que justamente procede daquela maneira, ou seja, atenuando, dada uma situação específica, ensinamentos técnicos que constavam nos autores ("*Galba autem adludens varie et copiose multas similitudines adferre multaue pro aequitate contra ius dicere*").

50. Horak, "*Rationes decidendi*" cit (nota 46), I, pp. 162-165.

51. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 97-98.

À primeira vista, pode parecer que à negação de Quinto Múcio (“*non posse societatem coiri*”) faz eco uma igual negação de Sêrvio Sulpício (“*nec posse societatem ita contrahi*”). Porém, não deve ser essa a conclusão. Em primeiro lugar, a obra de Sêrvio Sulpício aí mencionada, qual seja, os *Notata Mucii*, também chamada *Reprehensa Scaevolae Capita*, era explicitamente destinada à revisão de certas idéias do predecessor.<sup>52</sup> Assim, não podendo Sêrvio Sulpício ter concordado com Quinto Múcio, sugere-se que esse fragmento não captou mal o pensamento de Sêrvio Sulpício, mas o comunicou mal. Na verdade, Sêrvio Sulpício teria querido, com muita sutileza, observar que deveria ser verificado se Quinto Múcio pretendia negar a diferente quotização para cada uma das operações sociais individualmente consideradas ou se pensava na conta final de toda a atividade social. Segundo Sêrvio Sulpício, se fosse a primeira hipótese, a desproporção realmente não era admissível, vez que as operações sociais individualmente consideradas são tomadas no seu conjunto, deduzindo-se as perdas dos lucros e vice-versa, e a opinião de Quinto Múcio, nesse sentido, seria banalmente óbvia. Mas, se fosse a segunda hipótese, isto é, se Quinto Múcio estivesse pensando na impossibilidade de diferente quotização mesmo no momento da divisão dos lucros e perdas totais entre os sócios, sua opinião não poderia prevalecer, devendo ser admitida a desproporção.

Ou seja, em D. 17,2,30, ao invés de uma concordância de Sêrvio Sulpício com Quinto Múcio, está descrita a sua opinião acerca da necessidade de fazer, antes da aplicação concreta da quota de lucros ou da quota de danos, uma conta final dos lucros e das perdas de toda a gestão social, estando implícito nesse texto que Sêrvio Sulpício admitia a extrema conseqüência da total exclusão das perdas. É provável que Sêrvio Sulpício tenha exposto essa idéia com mais precisão e elegância do que aquilo que está registrado no Digesto.<sup>53</sup> Não é possível, porém, saber se o infeliz estado do texto de D. 17,2,30 deriva exclusivamente do modo muito resumido com que Paulo apresentou o pensamento de Sêrvio Sulpício ou se funcionou a tendência dos compiladores justinianeus a reduzir ao mínimo a exposição das disputas jurisprudenciais.

De qualquer forma, a parte final de l. 3,25,2 (“*quod tamen ita intelligi oportet, ut si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse*”) põe termos precisos à discussão, pois aí se consigna que o lucro ou a perda que se deve levar em consideração para a aplicação das *partes lucri et damni* não é aquele de cada uma das operações sociais, mas, sim, aquele da conta final da gestão social, interpretação explicitamente indicada como a única aceitável da cláusula que dá a um sócio uma situação privilegiada.

Sêrvio Sulpício, portanto, diante da manifestação de Quinto Múcio contrária à validade do contrato no qual as *partes lucri* fossem determinadas de modo diverso das *partes damni*, sustentava, por sua vez, que isso era possível até mesmo quando

52. V., a propósito, a reconstrução de Lenel, *Palingenesia “iuris civilis”*, II, Graz, 1960, p. 323.

53. Essa explicação exclui que tenha havido interpolação em D. 17,2,30, conforme pretende Wieacker, “*Societas*” cit. (nota 45), pp. 263-264.

um sócio fosse totalmente isentado das perdas, mesmo participando dos lucros. Sêrvio Sulpício leva em conta o interesse dos outros sócios à aquisição da capacidade do sócio de indústria, permitindo que se privilegiasse esse último para o caso em que não tivesse meios para fazer frente às perdas patrimoniais que fossem além das perdas da *opera* prestada, o que o exporia a uma eventual condenação com base na *actio pro socio*.<sup>54</sup>

Pode-se indagar, também, quando finalmente teria prevalecido a opinião de Sêrvio Sulpício. O desenvolvimento sucessivo sobre o tema pode ser hipoteticamente reconstruído através das formulações em Gai. 3,149 e em D. 17,2,29,1. É possível, também, que a opinião de Sêrvio Sulpício tenha paulatinamente prevalecido, porque os juristas sucessivos adeptos da teoria serviana a ela tenham apostado algumas posteriores elucidações, limitações e condições.<sup>55</sup> De qualquer forma, provavelmente com Sabino e Cássio a validade do pacto de participação nos ganhos em medida diversa das perdas e também do pacto de exclusão das perdas a favor do sócio de obra foi definitivamente acolhida.<sup>56</sup>

Tendo prevalecido a opinião de Sêrvio Sulpício (*rectius*: à medida que vai prevalecendo), surge, então, o problema dos limites em que era admitida, para o mesmo sócio, a diversidade das *partes lucri et damni*, controvérsia em torno da qual se reuniram os juristas sucessivos.

Ora, em Sêrvio Sulpício e na Jurisprudência sucessiva, a diversidade entre a *pars lucri* e a *pars damni* está geralmente ligada à avaliação do particular valor da obra conferida pelo sócio privilegiado. Assim, discutir os limites da diversidade das *partes lucri et damni* significa discutir se a obra merecia uma avaliação autônoma com relação ao capital, e mais do que isso, os termos e condições dentro dos quais deveria se limitar uma tal avaliação.<sup>57</sup>

54. Cf. Talamanca, *La tipicità* cit. (nota 41), p. 74; Idem, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 836.

55. Essa é a sugestão de Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), pp. 232-235. Segundo Arnò, seriam adeptos da teoria serviana Sabino, Cássio, Gaio, Paulo e os compiladores justinianeus. No entanto, a opinião de Arnò, deve ser vista com cautela porque ele não suspeita de eventuais intervenções pós-clássicas ou justinianéias nos textos que reportam o prosseguimento dos debates.

56. Cf. Bona, *Studi sulla società* cit. (nota 35), p. 33. Não se deve esquecer que em Gai. 3,149 a *quaestio* e a aceitação da tese serviana são narradas no passado, com “*fuit*” e “*praevaluit*”

57. Cf. Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 836; e também Bona, *Studi sulla società* cit. (nota 35), p. 29. Afirma-se que a constante menção, tanto em Gai. 3,149 como em D. 17,2,29,1, ao binômio “*pecunia*”-“*opera*” leva a concluir que a controvérsia em questão não nasceu com relação a todo tipo de sociedade, mas apenas com relação à sociedade em que um sócio versa o capital e o outro a obra necessária para a empresa, ou seja, à *societas quaestus* (cf. Bona, *Studi sulla società* cit. (nota 35), pp. 26-27. Menos radical em Idem, *Contributi alla storia della “societas universorum quae ex questu veniunt” in diritto romano*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino, 1968, p. 448 e nt. 104, apontando-se que a discussão teria surgido justamente no tempo em que a geração de Quinto Múcio e Sêrvio Sulpício estava empenhada na construção da disciplina jurídica típica da *societas quaestus*, não sendo claro porém se a discussão se limitou ao âmbito dessa sociedade, em que a frequência de contribuições heterogêneas – *pecunia* e *opera* – contribuía para o debate, ou se também se alargou à *societas omnium bonorum*). Objeta-se tal idéia porque ela iria muito além das palavras de Gaio, que atribui a Quinto Múcio e Sêrvio Sulpício uma *magna quaestio* em tema de *societas* e nada mais, de modo que nem Quinto Múcio nem Sêrvio Sulpício, muito menos Gaio, jurista do séc. II d.C., teriam excluído a *societas omnium bonorum* da

Para que se estabeleça o nexó entre a *opera* prestada e o privilégio atribuído ao sócio de obra, existem as seguintes vias: i. os próprios contratantes fazem a avaliação do valor da obra prestada pelo sócio de indústria, aceitando-se essa avaliação; ii. essa avaliação feita pelos contratantes deve ser submetida a um controle *ex post*, com base na situação existente no momento da conclusão do contrato; ou iii. o controle *ex post* da avaliação feita pelos contratantes deve considerar o concreto desenvolvimento da gestão social.<sup>58</sup>

O problema da aposição de condições à determinação não homogênea das *partes lucri et damni* (e também das condições ao pacto de exclusão das perdas) desponta, por vezes, como um juízo da avaliação que os contratantes fizeram da *opera* prestada pelo sócio privilegiado. Esse problema é narrado em Gai. 3,149, I. 3,25,2, e D. 17,2,29,1, cada uma das passagens oferecendo diversas orientações – quem, quando e como – a serem observadas quando do juízo daquela avaliação.<sup>59</sup>

Segundo a narrativa em I. 3,25,2, para Sêrvio Sulpício são as partes que avaliam, no momento da conclusão do contrato, a relação entre a preciosidade da obra e a isenção das perdas, sendo esse o significado que se deve dar às palavras “*quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti*”. Ou seja, Sêrvio Sulpício admitiria, em qualquer caso, a relevância da *opera* do *socius*, bastando que se estabelecesse, em sede contratual, se e quanto ela vale. Essa solução, portanto, coincide com a hipótese *sub* “i.”, pois se admite a avaliação feita pelos sócios da obra prestada pelo sócio privilegiado, sem qualquer espécie de controle *ex post*, consagrando-se a autonomia das partes.<sup>60</sup>

Em Gai. 3,149, todavia, afirma-se que Sêrvio Sulpício teria subordinado a relevância da *opera* do *socius* à condição, a ser verificada em juízo, de que seja particularmente “*pretiosa*”: “*si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum fac pactione in societatem admitti*” Ou seja, o pensamento de Sêrvio Sulpício a respeito da avaliação da *opera* do sócio está, agora, coincidindo com a hipótese *sub* “ii.”

Embora o texto de I. 3,25,2 (em que o pensamento de Sêrvio Sulpício se coaduna com a hipótese *sub* “i.”), seja formalmente muito semelhante ao texto de Gai.

discussão (cf. Guarino, “*Societas consensu contracta*” cit. (nota 35), pp. 282-284). Tal objeção de Guarino parte da premissa, por ele sustentada, de que Gaio não considerava a *societas omnium bonorum* uma sociedade universal unicamente de mero gozo, mas uma sociedade universal também de indústria, sendo que a *societas omnium bonorum* teria se configurado de mero gozo somente em época pós-clássica, no quadro da decadência geral da economia romana.

58. Assim se apresentam em Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 837.

59. Segundo Guarino (“*Societas consensu contracta*” cit. (nota 35), pp. 289-292), não teria havido divergência entre os juristas romanos quanto ao juízo que deveria ser feito sobre a avaliação da obra a ser prestada pelo sócio privilegiado, sustentando que os textos de Gai. 3,149, D. 17,2,29,1 e I. 3,25,2 querem dar a mesma solução. Dessa idéia discorda Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 837 e nt. 234.

60. Cf. Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 837 e nts. 251 e 252; e Guarino, “*Societas consensu contracta*” cit. (nota 35), p. 289, nt. 85.

3,149 (em que o pensamento do mesmo jurista se coaduna com a hipótese *sub* “ii.”), existem entre ambos muitas diminutas divergências, ou seja, há frases que se assemelham, mas que, nas minúcias, contradizem-se. As divergências que se evidenciam nos textos de Gaio e de Justiniano ocorrem por causa das características da Jurisprudência na época clássica e nas épocas sucessivas.

Aquele primeiro manual (*Institutiones* de Justiniano) discorre sobre as razões pelas quais as partes podem ser induzidas a variar as proporções: constatando-se que as circunstâncias podem justificar a desigualdade de tratamento, considera-se absolutamente válida a cláusula que admite tal desigualdade. O “*si modo*” presente nas *Institutiones* de Gaio, ao contrário, corresponde a um “*contanto que*” ou “*desde que*” transformando o particular valor da colaboração do sócio numa condição de validade da cláusula, à qual o juiz da *actio pro socio* poderia negar aplicação, quando se convencesse que a condição não se fazia presente.<sup>61</sup>

Observa-se, portanto, um contraste entre o ponto de vista da Jurisprudência clássica e o ponto de vista de um período posterior. Tratando-se de um conflito entre uma passagem das *Institutiones* de Gaio e uma das *Institutiones* de Justiniano, imediatamente vem à mente a idéia de que o pensamento clássico estaria registrado na obra de Gaio, enquanto nas *Institutiones* de Justiniano se exprimiriam idéias pós-clássicas.<sup>62</sup> Arangio-Ruiz, porém, afirma que, por curioso proceder da tradição manuscrita, a solução que prevaleceu na Jurisprudência clássica foi expressa nas *Institutiones* de Justiniano, vez que os compiladores teriam tido uma edição das *Institutiones* de Gaio estritamente conforme o original, e assim puderam reportar a correta opinião de Gaio. No manuscrito veronês, ao contrário, sustenta ainda Arangio-Ruiz, interveio a mão de um estudioso pós-clássico que quis limitar as desigualdades entre os sócios, não a admitindo senão sob o controle do juiz.<sup>63</sup>

61. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 100-101. Afirma Arangio-Ruiz que não vale dizer, a fim de tentar superar essa divergência, que a proposição das *Institutiones* de Justiniano se refere à simples diferença das quotas, enquanto aquela de Gaio se refere à total isenção das perdas. Na ordem de idéias da Jurisprudência, a isenção das perdas diferia da diversa quotização somente quantitativamente, sendo, na verdade, uma extrema aplicação do mesmo critério basilar.

62. Assim Di Marzo, “*Pro Servio Sulpicio Rufo*” cit. (nota 40), p. 265; e também Guarneri-Citati, *Conferimenti e quote sociali* cit. (nota 36), p. 177.

63. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 101-104. Essa opinião de Arangio-Ruiz advém: i. da coerência entre I. 3,25,2 e as passagens do Dígesto (D. 17,2,29,1 e 30); e ii. das diferentes posições com relação à autonomia das partes no contrato consensual que têm o pensamento clássico e pós-clássico. De fato, o respeito à autonomia contratual é máximo na antiga jurisprudência, enquanto o pensamento da decadência tende a proteger a parte que, por causa da habilidade da outra, sofre uma lesão patrimonial. A pretensão de que a desproporção entre a quota dos lucros e a quota das perdas, expressamente querida pelas partes, deve ser oportunamente controlada pelo juiz se inspira nessa última ordem de idéias. Ou melhor, exaspera-a, porque não é possível controlar o valor da *opera* que os contratantes, com antecedência (isto é, antes e sem levar em conta a efetiva prestação do serviço), apenas previram ou supuseram, de modo que o juiz acaba confundindo o juízo sobre a suposição dos contratantes com a avaliação dos resultados efetivamente alcançados. Assim, na prática, nega-se qualquer aplicação da cláusula que teria

Por seu turno, em D. 17,2,29,1, texto que constitui um excelente campo de observação a respeito do prosseguimento dos debates, Sabino<sup>64</sup> e Cássio<sup>65</sup> parecem condicionar o acordo a uma equivalência entre o dano do qual o sócio é exonerado e a preciosidade da obra, a ser avaliada no momento da liquidação final mas se levando em consideração a efetiva contribuição do sócio de *opera* durante a gestão social (hipótese *sub* “iii.”). O fragmento, porém, é pouco confiável, dado que o seu atual teor é devido, com muita probabilidade, a uma abreviação feita pelos compiladores. A abreviação se evidencia pelo fato de que, em uma obra como os comentários *ad Sabinum* de Ulpiano, é improvável que a *quaestio* fosse repassada sem que se recordasse o contraste entre Quinto Múcio e Sêrvio Sulpício. Os compiladores, portanto, teriam intervindo suprimindo o articulado balanço que Ulpiano teria feito da controvérsia, do que deriva a atual textura comprimida e incompleta do texto.<sup>66</sup>

A suspeita de interpolação em D. 17,2,29,1 aumenta na medida em que alguns dos seus trechos também limitam a autonomia das partes em caso de desigualdade entre lucros e perdas (o que não se coaduna com o pensamento clássico ao qual se filia Ulpiano): “*quod ita demum valebit*” e “*si tanti sit opera, quanto damnum est*”. Essa circunstância oferece grande dificuldade ao juiz, que deve verificar, em caso de perda, se a colaboração do sócio isento das perdas foi tão preciosa a ponto de justificar o privilégio. A condição a que se sujeita a validade da isenção das perdas aparece impraticável: “*si tanti sit opera, quanto damnum est*” isto é, se o valor da contribuição do sócio é igual ao valor da perda sofrida. Dado o prejuízo, o juiz, que julga *ex eventu*, chegará, na maior parte dos casos, à conclusão de que o valor daquela *opera* é zero, e atribuirá a perda também ao sócio que seria isento. Todavia, ainda existiria a possibilidade de aplicação do pacto de exclusão quando as perdas fossem derivadas de causa ou força maior. A intervenção em D. 17,2,29,1 é certamente pré-

---

dado a um dos sócios uma posição privilegiada. Os compiladores justinianeus, ao menos nessa parte do *Corpus iuris civilis*, cancelaram a tirânica pretensão equilibrista e paternalista da jurisprudência bizantina, retornando ao ensinamento dos clássicos. Concluir pela intervenção pós-clássica em Gai. 3,149 poderia parecer mera conjectura não fossem outras afirmações igualmente limitadoras da liberdade contratual encontradas em outras passagens gaianas manifestamente glosadas em época pós-clássica. Tal acontece em Gai. 3,150, em que se discute uma questão logicamente anterior àquela da possibilidade de se excluir um sócio das perdas, qual seja, a liberdade de se fixar quotas diversas entre os sócios desde que iguais nas perdas e nos lucros: essa passagem de Gaio limita a vontade das partes ao afirmar que, quando nada tenha sido disposto a respeito, presume-se a igualdade das quotas, sendo apenas implícita a admissibilidade de uma quotização diversa, sendo provável que o genuíno pensamento de Gaio não tenha sido por ele assim expresso. Ao contrário, tal admissibilidade é explicitamente declarada em I. 3,25,2, o que comprova o posicionamento das *Institutiones* de Justiniano junto às idéias clássicas.

64. A propósito do reportamento, nessa passagem do Digesto, do pensamento de Sabino, v. Lenel, *Palingenesia* “*iuris civilis*” II cit. (nota 52), p. 197, para a disposição original da obra do jurista.

65. No mesmo sentido da nota anterior, agora a respeito do jurista Cássio, v. Lenel, *Palingenesia* “*iuris civilis*” I cit. (nota 48), p. 114.

66. Cf. Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), p. 837 e nt. 254.

justinianéia, pois há contraste com o pensamento dos compiladores na correspondente passagem das *Institutiones* de Justiniano.<sup>67 e 68</sup>

Por fim, vale traçar algumas considerações a respeito daquela hipótese em que um sócio é totalmente excluído dos lucros. A hipótese sequer foi objeto de discussão entre os juristas. Informa-se em Ulp. 30 *ad Sab.*, D. 17,2,29,2,<sup>69</sup> que se tratava de “*iniquissimum genus societatis*”, tendo chamado-a Cássio, segundo Aristão, “*societas leonina*”, numa óbvia referência a Fedr. 1,5.<sup>70</sup> Concretamente, essa passagem

67. Cf. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 108-109. A boa exegese de D. 17,2,29,1 feita por Arangio-Ruiz, com a constatação de intervenção pós-clássica, afasta aquela idéia de Bona (*Studi sulla società* cit. (nota 35), pp. 31-34), que, buscando captar a linha das diferentes opiniões dos juristas clássicos a respeito dos limites à livre determinação das partes e à avaliação, por partes dos sócios, do valor da obra do sócio de indústria, acaba caindo naquilo que Guarino, “*Societas consensu contracta*” cit. (nota 35), p. 290, chama de “*ondeggiamento*” de pensamento.

68. A mesma ordem de idéias, ou seja, uma intervenção pós-clássica tendente a uma limitação da autonomia dos contratantes, também se aplica, segundo Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 104-108, à passagem em D. 17,2,29 pr., que trata da disparidade de quotas entre sócios, mas idênticos os lucros e as perdas para cada sócio. O texto, também fazendo uso do “*si modo*”, afirma que tal convenção pode valer somente se o juiz constatar que existiam no momento do contrato elementos que justificavam a diversidade do tratamento e, onde tais elementos não existissem, deveria proceder à liquidação com base na igualdade das quotas. Não se pode, simplesmente, concluir pela interpolação justinianéia de toda aquela parte do texto que começa com “*si modo*” assim Guarneri-Citati, *Conferimenti e quote sociali* cit. (nota 36), pp. 185-187), pois uma tal conclusão é inconciliável com a passagem das *Institutiones* de Justiniano que proclama incondicionalmente a licitude do pacto. Daí, considera-se que o contraste entre a passagem de D. 17,2,29 pr. e o ensinamento da jurisprudência clássica é devido a uma glosa inserida em época pós-clássica no texto de Ulpiano por um estudioso afim às idéias moralistas de equivalência das prestações. Os justinianeus, neste tema, como as *Institutiones* demonstram, não seguiram a corrente de pensamento pós-clássica e teriam evitado reproduzir o texto do fr. 29 pr. assim glosado. Porém, não teriam ousado cancelar reservas que pareciam ditadas por Ulpiano. Então, empenharam-se em torná-la inócua com uma ulterior colocação de um novo trecho, qual seja, aquela última parte “*vel cuiuscumque alterius rei causa*”. A rigor, uma verdadeira limitação da autonomia das partes está contida somente na parte “*si modo aliquid plus contulit societati pecuniae vel operae*”. O trecho “*cuiuscumque alterius rei causa*” é de tal modo vago que um juiz acharia difícil negar aplicação ao pacto: se as partes atribuíram a um ou mais sócios quotas diferentes, isto sempre se deve a qualquer motivo. Ademais, estas palavras não dependem gramaticalmente nem de “*plus contulit*” nem diretamente da conjunção “*si modo*”. Conclui-se, portanto, que o fr. 29 pr. resulta da superposição de três mãos: i. aquela do jurista clássico, que, afirmando a validade em todo caso da disparidade das quotas (contanto que fossem iguais nos lucros e nas perdas), fechava com as palavras “*placet valere*”; ii. aquela de um anotador pós-clássico, que pretendeu limitar a autonomia das partes pedindo como justificação da disparidade de quotas uma correspondente disparidade nos capitais ou na indústria conferida; e iii. aquela dos compiladores justinianeus, os quais, pretendendo afirmar nesse tema a autonomia das partes, praticamente cancelaram, com as últimas cinco palavras, a aplicação das reservas insinuadas no texto de Ulpiano.

69. Ulp. 30 *ad Sab.*, D. 17,2,29,2: “*Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.*”

70. Trata-se da fábula da associação entre o leão, a vaca, a cabra e a ovelha com o escopo de caçar o cervo. Porém, terminada a caça, o leão toma para si o produto do esforço comum, de modo que os outros animais tenham participado somente do risco da atividade. Assim a redação latina de Fedr. 1,5: “*Numquam*



mostra que, diante dos desenvolvimentos da teoria serviana, Cássio sentiu a necessidade de uma tomada de posição, o que não significa que qualquer dos *prudentes* tenha cogitado a validade da *societas leonina*.<sup>71</sup>

### 3.3. A determinação das quotas de lucros e de danos a encargo de um dos sócios ou de um terceiro.

Por fim, apresenta-se aquela via pela qual a determinação das quotas de cada sócio nos lucros e nas perdas é deixada a cargo de um terceiro ou a cargo de um dos próprios sócios. Trata-se de uma ampliação do tema que será, aqui, tão-somente mencionada.<sup>72</sup>

Se o árbitro designado é um dos próprios sócios, o texto essencial é Pomp. 9 *ad Sab.*, D. 17,2,6.<sup>73</sup> Quando, porém, o árbitro designado é um estranho, é essencial a cadeia de textos que vai de D. 17,2,76 a 80.

A questão é solucionada em Próc. 5 *epist.*, D. 17,2,76<sup>74</sup> 78<sup>75</sup> e 80<sup>76</sup> O

*est fidelis cum potente societas: testatur haec fabella propositum meum. Vacca et capella et patiens ovis iniuriae socii fuere cum leone in saltibus. Hi cum cepissent cervum vasti corporis, sic est locutus partibus factis leo: ego primam tollo nomine hoc rex cluo; secundam, quia sum consors, tribuetis mihi; tum, quia plus valeo, me sequetur tertia; malo adficietur si quis quartam tetigerit. Sic totam praedam sola improbitas abstulit."*

71. Cf. Talamanca, *Società in generale* cit. (nota 20), pp. 835-836; e também Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 110-111; para um tratamento específico, remete-se a Guarino, *La società col leone*, in Idem, *La società* cit. (nota 35), pp. 175-192.

72. Para uma compreensão mais aprofundada do problema, remete-se a Arnò, *Il contratto di società* cit. (nota 4), pp. 195-218; Cancelli, *Società* cit. (nota 21), pp. 502-503; Gallo, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, 1969, pp. 479-542; e Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 111-115.

73. Pomp. 9 *ad Sab.*, D. 17,2,6: "*Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*"

74. Próc. 5 *epist.*, D. 17,2,76: "*Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego exbesse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniuquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*"

75. Próc. 5 *epist.*, D. 17,2,78: "*in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*"

76. Próc. 5 *epist.*, D. 17,2,80: "*Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.*"

jurista expõe que não se pode examinar um tal problema, sob o seguinte ponto de vista: ou certa determinação do terceiro de conferir para um maior participação nos lucros do que para outro é válida ou se procede como se nada tivesse sido estabelecido e se consideram cotas iguais. Propõe o jurista que, diante de uma questão nesse tema, deve-se atuar da seguinte maneira: ou é válida certa determinação ou se reparte conforme determinaria um homem justo (critério do *arbitrium boni viri*). Aqui se traça uma doutrina geral dos poderes do terceiro escolhido como *arbiter* (no senso mais geral da expressão), encarregado de decidir um conflito de interesses. Ou seja, discute-se se o árbitro tem ou não um poder discricionário e não controlável. Tal poder existe se o árbitro é investido por um compromisso idêntico àquele que o magistrado romano confere ao *iudex* para decidir uma determinada controvérsia. Onde não exista um tal poder discricionário, a atividade do encarregado está sujeita a eventual controle do juiz, ao qual cabe definir se aquele agiu segundo os critérios fundamentais do *bonum et aequum*, e, caso negativo, decidir com base nesta medida, não sendo possível a mera redução das quotas à igualdade.<sup>77</sup>

Se o árbitro não quiser ou não puder determinar as quotas, então não se formará a sociedade, conforme se relata em Cels. 15 *dig.*, D. 17,2,75.<sup>78</sup>

#### 4. A Jurisprudência tardo-republicana.

O tema da determinação das *partes lucri et damni* oferece uma boa oportunidade para o estudo das características e do desenvolvimento da Jurisprudência republicana, sobretudo a Jurisprudência tardo-republicana, em que se localizavam Quinto Múcio e Sêrvio Sulpício.

##### 4.1. Os principais jurisconsultos republicanos.<sup>79</sup>

Pompônio, em longo fragmento (D. 1,2,2,35 ss.) oferece a sucessão de jurisconsultos republicanos. Destacam-se três figuras da segunda metade do segundo século: Públio Múcio Cévola (cônsul em 133 a.C. e depois pontífice máximo), Marco Júnio Bruto (pretor em 142 a.C.) e Marco Manílio (cônsul em 149 a.C.), os quais são apresentados como aqueles que “*fundaverunt ius civile*”

No entanto, afirma-se que os dois maiores juristas da época republicana foram Quinto Múcio Cévola e Sêrvio Sulpício Rufo.

Quinto Múcio Cévola foi cônsul em 95 a.C., depois pontífice máximo, tendo sido assassinado pelos soldados de Mário em 82 a.C. Tentou uma reconstrução

77. Cf. Arangio-Ruiz, *La società* cit. (nota 1), pp. 112-115.

78. Cels. 15 *dig.*, D. 17,2,75: “*Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*”

79. Cf. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*5, Torino, 1965, pp. 297-300.

sistemática do Direito.<sup>80</sup> Pompônio diz dele: “*ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo*”. Estes dezoito livros *iuris civilis* se tornaram uma obra fundamental de sistemática e constituíram a base para os sucessivos tratamentos, tanto que três juristas do séc. II d.C., Lúlio Felice, Gaio e Sexto Pompônio, escreveram livros de Direito Civil comentando essa obra (*libri ad Quintum Mucium*). Outra obra de Quinto Múcio, *liber singularis sive definitio*, chegou ao tempo de Justiniano, dele extraindo os compiladores alguns fragmentos para o Digesto. De Quinto Múcio se recordam alguns discípulos: Aquílio Galo (o mais célebre, lembrado pelo fecundo desenvolvimento concreto do Direito, sendo a ele atribuída a criação do *iudicium de dolo* e da *stipulatio Aquiliana*), Balbo Lucílio, Sexto Papírio e C. Juvêncio.

Diante de Quinto Múcio e da sua escola se ergue um outro grande jurista, Sêrvio Sulpício Rufo, cônsul em 51 a.C. e morto em 43 a.C. Amigo de Cícero e por ele exaltado, homem de ampla cultura, inclusive filosófica, famoso orador, ressonante na Jurisprudência do principado. Pompônio diz que ele deixou cerca de 180 livros, dos quais alguns ainda conhecidos e consultados nos seus tempos, isto é, sob os Antoninos. Guiado nos estudos por Balbo Lucílio e por Galo Aquílio, torna-se opositor de Quinto Múcio, tendo muita difusão uma sua obra intitulada *Notata Mucii* ou *Reprehensa Scaevolae capita*.

Pompônio recorda como *auditores* de Sêrvio Sulpício dez juristas. Os dois mais célebres são Aulo Ofílio e Alfeno Varo. O primeiro, amigo de César, teria escrito alguns livros *de iure civile*, uma obra *de legibus* e uma outra sobre o edito pretoriano. Alfeno Varo deixou os *Digesta*, de quarenta livros, dos quais os compiladores justinianeus tiveram nas mãos dois extratos, sendo conservados no Digesto alguns dos seus fragmentos: nestas passagens se conserva uma direta amostra da Jurisprudência dessa época e da viva elaboração e criação do Direito. A eles se seguiram Aulo Cascélio e Trebácio Testa, e depois Quinto Élio Tuberão, chegando-se ao limiar da Jurisprudência do principado.

#### 4.2. A atividade da Jurisprudência e a sua contribuição para a formação do Direito.<sup>81</sup>

A sucessão de nomes apresentada por Pompônio compõe um horizonte de três séculos. No início, a atividade do jurista laico seguia aquela da Jurisprudência pontifical, resumindo-se nos três verbos: *cavere* (no âmbito dos negócios, preparação de esquemas idôneos a alcançar os escopos queridos pelos consulentes), *agere*

80. A respeito de Quinto Múcio, Pomp. *ench.*, D. 1,2,2,43, narra curioso diálogo que também envolveu o então jovem Sêrvio Sulpício, o qual, não compreendendo uma resposta a uma consulta feita a Quinto Múcio, foi severamente repreendido por este. O episódio, descrito em termos anedóticos, tem profundo valor simbólico e traz indicações a respeito de um estilo de vida: demonstra-se como a jurisprudência republicana apregoava, fazendo uso da eloquência, que se observasse um comportamento público exemplar (“*ita obiurgatum esse a Quinto Mucio: namque eum dixisse turpe esse patricio et nobili et causas oranti ius in quo versaretur ignorare*”). A propósito dessa passagem de Pompônio, v. Bretonne, *Storia* cit. (nota 12), pp. 168-170.

81. Cf. Grosso, *Lezioni* cit. (nota 79), pp. 300-303. V., também, sobre as características da jurisprudência republicana, Bretonne, *Storia* cit. (nota 12), pp. 153-194; e Schulz, pp. .

(assistência na escolha e na adaptação das fórmulas processuais, tarefa distinta da defesa da parte perante o juiz, normalmente assumida pelo *orator*, treinado na arte da retórica) e *respondere* (oferecimento de um parecer sobre uma *fattispecie* apresentada, tarefa que especificamente envolve a solução dos problemas controversos do Direito).

Os juristas pertenciam à *nobilitas* e faziam carreira política. Gozavam de altíssima consideração da opinião pública. À sapiência jurídica se unia a retidão moral, e a figura do jurista tornou-se entre os romanos alto termo de referência moral.

A consulta era pública e gratuita. O conhecimento do Direito era honroso para a aristocracia, e aos consulentes se uniam discípulos desejosos de aprender. Os escolares seguiam os mestros, tomavam notas e depois propunham casos. Assim, da consulta nascia a discussão e o ensinamento. A primeira atividade literária deve ter sido constituída de coleções de respostas de *cautiones* ou de *actiones*.

A chegada a Roma da cultura grega levou à obra da Jurisprudência o método dialético e, portanto, a verdadeira e própria elaboração científica. Etapas de desenvolvimento podem ser marcadas: da exteriorização da analogia dos casos, a aplicação da dialética conduz à formação de *regulae*; destas, procede-se à formação do sistema, e assim da Jurisprudência cautelar se passa à científica.

A elaboração do *ius civile* se deve, portanto, ao desenvolvimento da Jurisprudência. O antigo *ius civile* se movimenta e se desenvolve por meio de cisões e unificações. Em seguida, é adaptado pela Jurisprudência cautelar (primeiro pontifical, depois laica), que modelava os esquemas e negócios a novos escopos.

A sempre maior complexidade da vida e a expansão do *ius gentium* e do critério normativo da *bona fides* ofereceram à *interpretatio* da Jurisprudência maior campo de aplicação. A publicidade da *disputatio*, a elasticidade da *fides bona*, a pesquisa e a elaboração de definições e regras e a sistematização científica caracterizaram um desenvolvimento que multiplicou os direitos reais (firme restando o princípio da tipicidade) e os contratos (delineando-se os múltiplos e complexos efeitos e aspectos).

Também ocorre uma assistência do jurista à obra criativa do pretor, com o oferecimento de aconselhamento técnico. Porém, a posição da Jurisprudência é diversa da *interpretatio* do *ius civile*, em que era a própria Jurisprudência, por meio de obra criativa, a revelar o direito. No âmbito do *ius honorarium*, a concessão do meio processual, do qual se induzia o direito substancial, promanava formalmente da autoridade do pretor, ficando a sugestão da Jurisprudência em uma fase preparatória juridicamente irrelevante. Sobre os institutos do direito pretoriano, a Jurisprudência fazia posterior obra de interpretação e de coordenação com o *ius civile*, mas ainda aqui a posição de intérprete, diante de uma fonte autoritária bem definida, realizava-se nos limites mais restritos de uma normal interpretação de um texto.

## 5. Conclusão: a conformação da discussão no *Corpus iuris civilis*.

Após longa discussão jurisprudencial em tema de determinação das *partes lucri et damni*, interveio, finalmente, a codificação justinianéia, que pôs fim aos debates

e ao *ius controversum*. Em sede de conclusão, apresenta-se, em linhas gerais, o quadro resultante dos debates e fixado no *Corpus iuris*.

Esse quadro se resume na constatação de que os contratantes, após a consolidação da disciplina no *Corpus iuris*, podem estabelecer as quotas de admissão na sociedade e de divisão dos lucros e das perdas na forma mais livre, sendo únicos limites aqueles em que um dos contratantes nada contribua ou seja excluído de participar dos lucros. Tal autonomia oferecida aos contratantes permite que pessoas com patrimônios desiguais se relacionem, podendo o contratante menos abonado compensar com a sua atividade.<sup>82</sup>

São Paulo, agosto de 2002.

---

82. Cf. Cancelli, *Società* cit. (nota 21), p. 501.



# HISTÓRIA DO DIREITO





# OS OBSTÁCULOS HISTÓRICOS À VIDA DEMOCRÁTICA EM PORTUGAL E NO BRASIL

*Fábio Konder Comparato*

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito da Universidade de Paris.  
Doutor *Honoris Causa* da Universidade de Coimbra

## Resumo:

O conceito de democracia, os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil, desde a Antigüidade Clássica até a segunda metade do século XIX, são questionados de forma crítica e reflexiva.

## Abstract:

The conception of democracy, the historical obstacles to the democracy life in Portugal and in Brazil, from the Classic Ancient History to the second middle of the century XIX, are questioned by a critical and reflexive way.

**Unitermos:** democracia; obstáculos históricos; formação de Portugal e do Brasil.

Desde a Antigüidade Clássica e até a segunda metade do século XIX, a democracia sempre foi tida, entre os pensadores políticos, como um regime político subversor da hierarquia social. Montesquieu sustentava que, numa sociedade democrática, as mulheres, as crianças, os escravos, já não se submetiam a ninguém; não haveria mais bons costumes, amor à ordem, virtude, enfim.<sup>1</sup> James Madison, por sua vez, sublinhou que a democracia, por ele entendida como “*a sociedade consistente num pequeno número de cidadãos, que se reúnem e administram o governo diretamente*” incentivaria o espírito de facção, pondo em constante risco a ordem social.<sup>2</sup>

No mundo contemporâneo, contudo, o juízo de valor que se faz sobre a democracia é exatamente o inverso. Com raras exceções, já nenhum partido ou movimento político ousa dizer-se antidemocrático. Todos, ao contrário, esforçam-se por se apresentar como os únicos verdadeiros defensores do “*governo do povo, pelo povo e em prol do povo*”

---

1. *De l'esprit des lois*, livro VIII, cap. 2.

2. *The Federalist*, n. 10.

Essa unanimidade atual, construída em torno do conceito de democracia, é evidentemente suspeita. Ela revela, sem sombra de dúvida, uma formidável confusão semântica, ao fazer do elogio universal do regime democrático um simples chavão do jogo político. O povo, que afinal, pelo próprio sentido etimológico, seria o principal beneficiário dessa forma de organização política, parece ter sérias dificuldades em entender, exatamente, o que está por trás das palavras encantatórias da propaganda. Numa pesquisa realizada em 1999, com mais de cinquenta mil pessoas em sessenta países, citada no *Relatório das Nações Unidas de 2002* sobre o Desenvolvimento Humano, apurou-se que apenas dez por cento dos interrogados reconheceram que o governo do seu país obedecia à vontade do povo.<sup>3</sup>

Ora, Portugal e Brasil, que sofreram durante o último século regimes autoritários e ditatoriais por dezenas de anos, têm hoje o seu Estado organizado, segundo o vigente padrão consensual do regime democrático: ambos contam com governantes eleitos pelo voto popular, em pleitos livres e multipartidários, e ostentam uma separação formal de Poderes. Mas seria esta, efetivamente, a percepção que os nossos povos têm do regime político em vigor? Reconheceriam eles, contra a maioria esmagadora dos consultados na pesquisa mencionada, que os seus respectivos governos cumprem, zelosamente, os ditames da vontade popular?

A indagação parece pertinente e importante, se se quiser sair do terreno pantanoso das ficções políticas. O que se pretende trazer aqui, neste breve excursão, não é evidentemente uma resposta cabal à pergunta, mas apenas alguns elementos de reflexão sobre a matéria.

Começemos, segundo a boa lógica, por precisar os conceitos.

## I Democracia e Feudalismo: o Conteúdo Histórico dos Conceitos

### *Democracia: voltando às origens*

Um dos grandes princípios metodológicos das ciências humanas é o do caráter histórico dos conceitos. Nesse vasto campo do saber, os conceitos não refletem, como em matéria de ciências exatas, a essência abstrata e invariável da realidade; eles exprimem antes, de modo sintético, determinada experiência histórica.

Temos, pois, que, para examinar o caráter democrático ou não da vida política portuguesa e brasileira, é indispensável cotejá-la com o modelo de democracia criado originalmente em determinado momento histórico, e ao qual todos os desenvolvimentos posteriores se referem. Esse modelo é, incontestavelmente, o regime ateniense de governo popular, que durou pouco mais de dois séculos (de 501 a 338 a. C.).

A classificação dos regimes políticos, no pensamento grego clássico, adotou desde cedo, como critério de ordem, o número de titulares da soberania ou poder político supremo (*kyrion*). De acordo com esse critério, reconheceu-se a existência

---

3. *Human Development Report 2002 – Deepening democracy in a fragmented world*, Oxford University Press, p. 1.

de três grandes regimes primários, conforme o poder supremo fosse atribuído a uma só pessoa, a poucos cidadãos ou a todos eles.<sup>4</sup> Cada um desses modelos, por sua vez, comportava uma modalidade pura, em que o titular do poder supremo governava em vista do bem comum, e outra correspondente modalidade degenerada, na qual o soberano, de modo exclusivo ou preferencial, exercia o poder no seu próprio interesse. Teríamos, assim, em contraposição à realeza, a tirania; como degeneração da aristocracia (em que o poder supremo pertence aos melhores, *aristoi*), a oligarquia (soberania dos ricos); e, finalmente, como desvio daquele que, à míngua de um termo específico, Aristóteles denominava genericamente organização ou constituição política (*politéia*), a democracia.<sup>5</sup>

No tocante à diferença entre oligarquia e democracia, Aristóteles insistiu na necessidade de se analisar a realidade “*com o método filosófico*” (*methodos philosophounti*), o que significa, segundo a lição que o estagirita recolheu de seu mestre Platão, buscar a essência das coisas, sem se contentar com o simples aspecto prático (*me monon apobleponti pros to pratteeo*); ou seja, satisfazendo-se com a mera aparência. A oligarquia, observou ele, ao contrário do que o sentido literal da palavra insinua, não é propriamente o regime político em que a soberania pertence a poucos, mas sim aquele em que os titulares do poder supremo formam a classe rica (“*os que têm riqueza*” *oitas oussias ekhontes*); ao passo que, na democracia, soberana é a classe dos pobres (*aporoi*), ou, segundo uma fórmula eufêmica, os que “*não possuem muitos bens*” (*oi me kektemenoi plethos oussias*).<sup>6</sup>

É evidente que essa classificação dos regimes políticos conforme o número de detentores da soberania significa, implicitamente, o reconhecimento de que há uma escala decrescente de concentração de poderes pessoais, da monarquia à oligarquia e desta à democracia. Ora, tanto Platão quanto Aristóteles, fiéis à sua concepção de que a realidade ética deve ser considerada conjuntamente pelo aspecto objetivo e subjetivo (as instituições e os homens), e aplicando a cada um dos regimes políticos a sua visão contraditória ou dialética entre a boa e a má modalidade, entendem que o melhor (ou “mais divino”: *theiotatos*)<sup>7</sup> de todos os regimes é a realeza. Todavia, como a corrupção do ótimo é sempre o péssimo,<sup>8</sup> a tirania é, correspondentemente, o pior deles. Ou seja, quanto maior a concentração pessoal de poder político, mais deletério se torna para a *pólis* o exercício desse poder no interesse do próprio titular.

Daí decorre que, para Aristóteles, a democracia é o menos maléfico dos maus regimes, ou, como prefere qualificar o filósofo, o mais moderado (*metriotatos*)

---

4. Platão, *República*, livro I, 338 d.

5. Platão, *O Político*, 302 c e ss.; Aristóteles, *Política*, 1279 a, 25 e ss.

6. Mesma obra, 1279 b, 11 e ss. No mesmo sentido, sempre na *Política*, 1281 a, 12-19; 1289 b, 29-32; 1290 a, 30; 1290 b, 20; 1291 b, 2-13; 1296 a, 22-32; 1296 b, 24-34; 1315 a, 31-33; 1317 b, 2-10; 1318 a, 31-32.

7. Aristóteles, *Política*, 1289 a, 40.

8. Xenofonte, *Memoriabilia*, IV, I, 3.

deles.<sup>9</sup> Nessa mesma linha de análise, sustentou também que a *politéia*, por ele classificada entre as boas formas de organização política, nada mais seria do que um misto de oligarquia e democracia, com predominância das instituições democráticas.<sup>10</sup>

Em suma, no pensamento do grande estagirita, se o ótimo é inimigo do bom, se não se pode organizar a *pólis* da melhor maneira para propiciar a felicidade geral, é preferível optar por uma constituição em que se reduza ao máximo a possibilidade de abuso de poder. E essa constituição é, inequivocamente, a de natureza democrática, pois nela, ao deter cada cidadão igual prerrogativa de participar diretamente da vida política, em especial o igual direito de manifestação nas assembléias do povo (isegoria), o eventual abuso de poder só se torna grave quando praticado conjuntamente pela maioria dos cidadãos. Contra essa eventualidade, de resto, a democracia ateniense dispunha de um antídoto eficaz: a soberania da lei (*nomos*), em lugar da soberania do *demos*. O sentido e a importância política que os clássicos atribuíam ao *nomos* eram incomparavelmente mais amplos e profundos que os conferidos pela lei moderna. Juridicamente, tratava-se muito mais de uma norma de nível constitucional, irreformável pelo povo, do que de uma lei ordinária.

Além disso, o poder dos governantes, pelo menos na democracia praticada em Atenas por mais de dois séculos, foi estritamente limitado por um complexo de instituições de cidadania ativa, graças às quais o povo, pela primeira vez na História, pôde governar-se a si mesmo. As grandes decisões políticas – a introdução de novas leis, a declaração de guerra, a conclusão de tratados de paz ou de aliança – eram tomadas diretamente pelo conjunto dos cidadãos reunidos na *Ekklésia*. E quanto aos órgãos do que chamamos hoje Poder Executivo, eles eram singularmente fracos: os principais dirigentes políticos, os estrategos, deviam ter suas funções confirmadas, todos os meses, pelo Conselho (*Boulê*).

Por isso mesmo, como reconheceu Aristóteles, a democracia é o regime em que se garante a maior liberdade e a maior igualdade de todos os cidadãos.<sup>11</sup>

O que o filósofo, porém, não discutiu foi a questão que ocupa, hoje, um lugar central na análise política e que, efetivamente, domina todo o debate sobre a possibilidade de eficiente funcionamento das instituições democráticas em países subdesenvolvidos: – A igualdade básica de condições sociais de vida é um pressuposto de existência da democracia, ou, diversamente, representa um objetivo a ser alcançado pelo regime no curso do tempo?

### *Feudalismo e senhorio na Idade Média: a distinção necessária*

O mesmo cuidado metodológico lembrado acima para o uso do conceito de democracia, deve ser aplicado agora no tocante ao conceito de feudalismo.

9. Mesma obra, 1289 b, 5.

10. Mesma obra, 1293 b, 34 – 41.

11. Mesma obra, 1290 b, 1.

É que este último, como bem advertiu um autor, tornou-se, desde os embates revolucionários contra o *Ancien Régime*, mais uma invectiva do que a designação geral de um sistema de instituições sócio-políticas.<sup>12</sup> Os líderes do movimento de 1789 assimilaram, abusivamente, o feudalismo à monarquia absoluta, quando, na verdade, as instituições feudais só puderam prosperar na Europa na época de esfacelamento do Estado, conseqüente à extinção do Império romano do Ocidente. A civilização feudal provocou, por conseguinte, o exato oposto de uma concentração do poder político: a sua fragmentação em todo o território da Europa Ocidental.

A razão de ser desse desvio semântico foi uma lamentável confusão – a qual persiste de forma subentendida até hoje – entre feudalismo e senhorio, duas instituições que conviveram e se interligaram durante um certo período histórico, mas que eram perfeitamente distintas em suas origens e em sua estrutura.

O feudalismo organizou-se em torno da relação vassálica de natureza pessoal, fundada na homenagem (do latim bárbaro *hominium* ou *homagium*) e na fidelidade (*fides*), ao passo que o senhorio era simplesmente uma posição dominante sobre servos ou clientes, estribada na posse de terras. O senhor, além dos poderes econômicos decorrentes da propriedade, gozava ainda de prerrogativas políticas, como a jurisdição sobre todos os que viviam em suas terras, o direito de portar armas e o de cobrar tributos.

O pacto de vassalagem, celebrado entre duas pessoas livres, compreendia, de um lado, o reconhecimento da superioridade moral (*reverentia*) de uma delas sobre a outra e, em contrapartida, a obrigação de auxílio (militar e material) do superior ao inferior.

Conforme o grau de predominância de uma dessas instituições sobre a outra, a organização social como um todo recebeu um molde bem diverso. Enquanto na sociedade predominantemente feudal, as pessoas, embora em posição desigual, mantinham relações de direitos e deveres recíprocos, a sociedade predominantemente senhorial foi toda estruturada em torno do poder do proprietário, diante do qual não há propriamente sujeitos de direito, mas simples dependentes.

Temos, assim, que, na organização feudal, o rei é *primus inter pares*, não exercendo poder sobre os outros senhores do estamento nobre. Era-lhe vedado, tal como numa organização federativa, invadir a esfera de competência territorial de cada titular de feudo. Philippe de Beaumanoir registrou, em sua compilação sobre o Direito costumeiro vigente na baronia francesa de Beauvais, no século XI, que “*cada barão é soberano em sua baronia*” sendo “*o rei soberano sobre todos*”<sup>13</sup> No senhorio, em contraste, o proprietário não estava obrigado, no interior de seu domínio, a respeitar os direitos de ninguém. Os vilãos mantinham relações individuais com o senhor, do qual dependiam integralmente para a sua subsistência e, por isso, jamais conseguiram

---

12. Guy Fourquin, *Senhorio e Feudalidade na Idade Média*, Lisboa, edições 70, p. 12.

13. *Coutumes de Beauvaisis*, cd. por Am. Salmon, t. 2<sup>o</sup>, Paris, Alphonse Picard et Fils, 1900, n. 1.043.

desenvolver relações de solidariedade entre si. Fora dos limites de suas terras, o titular do senhorio via, nos demais senhores, unicamente rivais, cujo apetite de conquista precisava ser sempre refreado.

O elemento histórico de ligação (e também de confusão) entre o contrato vassálico e o senhorio foi, sem dúvida, o fato de que o vassalo costumava receber do seu superior, para seu sustento e também para permitir-lhe suportar os ônus dos serviços de vassalagem, um feudo, isto é, a concessão de um bem patrimonial sob a forma de domínio útil, reservando-se o superior para si o domínio eminente. Esse feudo geralmente consistia num trato de terra, mas nem sempre: havia também “feudos de bolsa” ou “feudos-pensões” de natureza mobiliária. Seja como for, o contrato de vassalagem, em si, nada tinha de econômico. Ele só deu margem a lucros tardiamente, por incontestável desvio de seu sentido primitivo, com a transformação dos feudos em senhorios autônomos.<sup>14</sup>

Na verdade, os senhorios já existiam de há muito, antes de se iniciar a Meia Idade. Os *latifúndia* romanos, que prosperaram em toda a extensão do império, eram posições de senhorio, no fundo e na forma. Com o enfraquecimento dos laços de vassalagem, os antigos feudos tornaram-se autênticos senhorios, os quais subsistiram ainda por vários séculos após o desaparecimento do feudalismo, e acabaram por transformar-se, com a abolição da servidão pessoal e a simplificação dos direitos reais, na propriedade rural regulada pelos Códigos do século XIX.

Foi justamente por confundir feudalismo com senhorio, que Karl Marx pôde sustentar que as relações feudais constituíram uma etapa intermédia entre o escravismo antigo e o capitalismo moderno. Ora, como a história de Portugal e de suas colônias não-lo confirma de modo cabal, o regime capitalista desde cedo transformou a antiga servidão da gleba, típica do regime de senhorio, em escravidão pura e simples, organizando-a empresarialmente na produção de gêneros agrícolas para o mercado.

Seja como for, o que importa salientar para os propósitos desta exposição, é que, enquanto o feudalismo foi uma organização social de fracionamento e, em certa medida, de equilíbrio de poderes (confirmam-se, por exemplo, as estipulações da *Magna Carta*, de 1215), o senhorio rural, bem ao contrário, representou o modelo e a fonte de um tipo de organização política com absoluta concentração de todos os poderes na pessoa do titular do domínio.

## II A Formação da Sociedade Portuguesa e os Obstáculos à Vida Democrática

### *Estrutura da sociedade portuguesa medieval*

Não é preciso grande esforço de análise histórica para perceber que a sociedade portuguesa apresentou, durante todo o período crucial de formação na nacionalidade (1096–1325), características distintas, não-só em relação às regiões

---

14. Cf. Marc Bloch, *A Sociedade Feudal*, 2ª edição, Lisboa, edições 70, p. 254.

européias situadas além dos Pirineus, como até mesmo em comparação com Leão e Castela. E as razões para tanto foram basicamente quatro, a saber: 1. predominância da posição senhorial sobre as relações feudo-vassálicas; 2. importância crescente da escravidão, relativamente à servidão territorial; 3. precoce concentração de poderes feudais e senhoriais na pessoa do rei; 4. marcada orientação mercantil da dominação político-social.

É inegável que, em Portugal, os vínculos de vassalagem sempre foram tênues, fragmentários e instáveis, e nunca chegaram a ligar os grandes senhores entre si.<sup>15</sup> Relações feudo-vassálicas só existiram, em plenitude, entre o rei e a nobreza. Foi o que levou alguns historiadores de vulto, a começar por Alexandre Herculano, a sustentar a tese extremada de que nunca houve autêntico feudalismo em Portugal.<sup>16</sup>

Em contraste com essa debilidade das instituições propriamente feudais, o regime do senhorio sempre foi pujante em terras portuguesas. Deve-se observar que ele deita raízes na colonização romana da península, com a criação de múltiplos latifúndios atribuídos aos chefes militares como prêmio de campanha. É sabido que a Espanha foi a província mais romanizada do Ocidente e, dentro dela, especialmente, a Bética e as planícies da Lusitânia.<sup>17</sup>

Pois foi nesse largo espaço senhorial que se desenvolveu, muito antes das demais regiões da Europa, a escravidão ligada à agricultura. Assim é que, se os servos da gleba já eram uma categoria quase que totalmente extinta na época da fundação da nacionalidade portuguesa, a partir de meados do século XI, o número de escravos mouros cresceu constantemente, na medida da progressiva reconquista do território.<sup>18</sup> O aumento constante da mão-de-obra escrava, como é óbvio, influiu poderosamente sobre o trabalho livre. É isto que explica a antecipada transformação dos pequenos lavradores, proprietários ou arrendatários, em assalariados agrícolas, quando se compara Portugal com as demais regiões ocidentais da Europa. Já em 1253, ao baixar o regimento dos preços, Afonso III impôs um tributo sobre os salários pagos a todos os trabalhadores agrícolas, o que denota a relativa importância da economia salarial à época.<sup>19</sup>

A economia fundada no trabalho escravo já existia há pelo menos dois séculos, quando, a partir de 1444, iniciou-se o tráfico regular de negros africanos, o

---

15. Vejam-se as judiciosas considerações feitas pelo grande historiador português José Mattoso, *Identificação de um País – Ensaio sobre as origens de Portugal*, t. I, 5ª ed., Lisboa, referência/editorial estampa, pp. 224 ss.

16. Cf. *Da existencia ou não existencia do feudalismo em Portugal*, in *Opúsculos*, tomo V, *Controvérsias e estudos históricos*, tomo II, 4ª edição, Lisboa (Livraria Bertrand) e Rio de Janeiro (Livraria Francisco Alves), pp. 189 ss.

17. Cf. Michel I. Rostovtseff, *Histoire économique et sociale de l'empire romain*, Paris, Robert Laffont, 1988, pp. 165/166.

18. José Mattoso, op. cit., t. I, pp. 260/261.

19. J. Lúcio de Azevedo, *Épocas de Portugal Económico – Esboços de história*, 4ª ed., Lisboa, Livraria Clássica Editora, p. 18.

qual iria crescer extraordinariamente com o estabelecimento dos primeiros engenhos de açúcar no litoral brasileiro, na centúria seguinte. Com o incremento substancial da escravidão africana, o assalariado agrícola, que havia sido precocemente introduzido na península, quase que desapareceu.

Em pouco tempo, o tráfico de escravos africanos tornou-se uma das mais importantes fontes de receita para o tesouro régio, com a multiplicação de tributos de efeito cumulativo, denominados “donativos” “subsídios” “preferências” “alcavalas” Em 1473, as Cortes pedem ao monarca que estabeleça a proibição de levar para fora os negros oriundos da Guiné, porque só com eles se faziam terras novas, rompiam-se as matas e drenavam-se os pântanos.<sup>20</sup> Mas o interesse pecuniário da Coroa, diretamente beneficiada pela arrecadação desses impostos, falou mais alto.

A terceira grande marca estrutural de formação da sociedade portuguesa foi a precoce concentração de poderes na pessoa do rei.

A verdadeira causa do fenômeno foi, sem dúvida, a guerra de reconquista territorial aos mouros, seguida pela luta de independência contra os espanhóis. O monarca português, desde cedo, assumiu as funções de chefe militar supremo, transformando os antigos nobres em comandados, dos quais exigia, mais que a fidelidade vassálica, a estrita obediência castrense.

Assinale-se que as famosas leis de Afonso II, de 1211, anteciparam pioneiramente na Europa a instituição da soberania monárquica, quer em relação à nobreza, quer perante a autoridade eclesiástica. O rei dispensa, nesses ditames, o plural majestático e fala na primeira pessoa, como um general comandante a dirigir-se aos seus subordinados.

O rei era, também, naqueles primeiros tempos, o principal senhor de terras no reino. Os lucros da terra em cultura, como salientou um historiador, formavam a parte permanente e mais segura das rendas do soberano.<sup>21</sup> Os privilégios usufruídos pelos demais titulares de senhorios não se consideravam como fundados em direito próprio, mas como resultantes de atos gratuitos do rei, suscetíveis, por isso, de revogação. Foi o que fez D. João I, seguindo o alvitre de João das Regras, quando reconheceu o estado de dilapidação do seu patrimônio. As terras que ele havia cedido aos nobres (dentre eles o próprio Condestável do Reino), em recompensa pelos feitos militares na guerra contra os espanhóis, foram retrocedidas ao monarca mediante o estipêndio de um soldo permanente aos expropriados. O mesmo fez D. Duarte, ao promulgar a Lei Mental. E ulteriormente, D. Manuel, com a reforma dos forais, avançou no mesmo sentido. Como se sabe, o sistema de doação de senhorios territoriais pelo monarca foi desde logo aplicado no Brasil, quando se resolveu superar a fase de economia extrativa da madeira e dar início ao empreendimento colonial pela exploração agrícola: foram as capitânicas hereditárias.

Tudo isso contribuiu para moldar, duradouramente, a estrutura da

---

20. J. Lúcio de Azevedo, *op. cit.*, p. 20.

21. J. Lúcio de Azevedo, *op. cit.*, p. 32.



sociedade portuguesa em torno do poder monárquico. Os senhores, em lugar de autênticos vassalos, ligados por um pacto de honra ao soberano, reconheceram-se desde cedo como clientes deste, reproduzindo-se com isso a situação vigorante na sociedade romana em torno do latifundiário. Com a passagem do poder pessoal do rei ao poder impessoal do Estado moderno, a velha clientela tornou-se burocrática, capturando para si empregos, rendas públicas ou privilégios de negócio.

O processo de centralização absoluta do poder político na pessoa do rei não se limitou, porém, a reduzir a autonomia dos nobres em seus respectivos senhorios. Ele se estendeu também à Igreja. Desde o século XIII, instituiu-se o padroado, pelo qual o soberano se reservava o poder exclusivo de nomeação de párcos e abades, primeiro nas igrejas régias e em seguida em todas as igrejas e mosteiros que até então não tinham senhor conhecido. À mesma época, mais exatamente, a partir de 1266, reduziu-se a liberdade de eleição de bispos, passando o monarca a ter direta influência sobre a sua nomeação.

Um último ponto a assinalar para a recapitulação do processo de reforço contínuo do poder monárquico, no quadro da organização política do Portugal medievo, é a limitação da autonomia dos concelhos, como órgãos de administração municipal. Desde o início, a criação de municípios dependeu do reconhecimento régio, estabelecendo-se a necessária contrapartida de sua sujeição ao poder do monarca.<sup>22</sup>

Com a conjugação de todos esses fatores, formou-se uma sociedade, cujo equilíbrio orgânico pendia inteiramente da cúpula, em vez de se fundar na base; ou seja, o exato oposto da estrutura social que enseja o funcionamento do regime democrático.

Como consequência da predominante estrutura senhorial e dessa persistente macrocefalia política, nas sociedades ibéricas em geral, e na portuguesa em particular, como já foi tantas vezes observado, nunca houve coesão ou solidariedade na base. A ordem é sempre exaltada como valor supremo, mas se trata de uma ordem que nada tem de comum com o *kosmos* pitagórico, no seu sentido de ordenação harmônica do universo. A ordem naturalmente concebida pelos povos ibéricos corresponde à sujeição completa dos comandados aos comandantes, tanto na vida privada, quanto na pública. Vale dizer, uma relação de obediência análoga à que se estabelece no seio dos corpos militares. O princípio social unificador não foi nunca a colaboração em nível horizontal entre indivíduos, famílias e grupos sociais mais vastos, mas sim a dependência de uns em relação a outros na dimensão vertical da imposição de ordens, a exigir estrita e cega obediência. Daí a razão decisiva, como salientou com argúcia Sérgio Buarque de Holanda,<sup>23</sup> pela qual a histórica política dos povos ibéricos sempre oscilou entre a anarquia dissolvente e a rigidez mecânica do despotismo. Não foi, pois, reconheça-se, por mera coincidência histórica que a companhia inaciana, fundada no lema da submissão ao chefe *perinde ac cadaver*, tenha sido concebida na mente de um ibérico.

---

22. Idem, *ibidem*, p. 165.

23. *Raízes do Brasil*, 5ª edição, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, p. 11.

## A monarquia portuguesa pós-medieval e o capitalismo

Encerrada prematuramente a Meia Idade portuguesa já em fins do século XIV – outra característica original da monarquia lusitana em comparação com os demais reinos do Ocidente europeu – a organização política sofre a influência decisiva dos grandes empreendimentos marítimos, moldados em termos nitidamente capitalistas.

O monarca torna-se, desde logo, o primeiro mercador do reino. Ele é não-só o maior negociante de escravos africanos e o monopolista da pimenta, como será, mais adiante, o beneficiário exclusivo do estanco do tabaco.

Sob D. João II, entre 1486, ano em que se fundou a Casa dos Escravos, departamento régio integrado à Casa da Mina e Tratos da Guiné, e 1493, registrou-se a entrada no reino de 3.589 escravos da Guiné, de propriedade da coroa. No século seguinte, em apenas três anos, de 1511 e 1513, passaram pela Casa dos Escravos, segundo as contas do Almoxarife, 1.265 escravos de ambos os sexos, pertencentes ao rei. Esses cativos, atribuídos em propriedade ao soberano, provinham umas vezes do negócio direto por conta dele com os negreiros indígenas, outras vezes de rendas cobradas em espécie. Assim é que, em 1510, foram arrematados os direitos de cobrança das rendas régias à razão de novecentos mil reais por anos, pagáveis em negros. O tráfico, de resto, era estritamente regulado pelo monarca em seu próprio benefício.<sup>24</sup>

A introdução em massa de escravos no País era imprescindível, em razão da aguda carência de mão-de-obra agrícola, provocada pela aventura marítima. O rei sempre foi o principal interessado no negócio de exportação de escravos, notadamente para Castela. No reinado de Afonso V, as Cortes pediram que fosse proibida a saída de cativos para o estrangeiro, pois a agricultura carecia agudamente de braços. O monarca rejeitou liminarmente a súplica, pois ela vinha contrariar os seus interesses patrimoniais.<sup>25</sup>

Com o progressivo enfraquecimento do comércio com o Extremo Oriente, o Império ultramarino português concentra-se no Atlântico Sul, onde Portugal exerceu, efetivamente, uma dominação econômica exclusiva, graças ao tráfico de africanos.<sup>26</sup> Entre Angola e Brasil, teceu-se uma forte rede de interesses mercantis, sob a proteção política de Lisboa. Angola fornecia o grande e indispensável fator de produção para o tipo de agricultura desenvolvido no Brasil: o braço escravo. E a exclusividade desse fornecimento permitia, ao mesmo tempo, o controle de toda a economia em terras brasileiras. Entre a África Ocidental e o Brasil estabeleceram-se, durante três séculos, fortes laços econômicos e políticos.

Quanto à malagueta, seu comércio não tardou a ser instituído monopólio da coroa, o que tornou o soberano português conhecido depreciativamente em toda a

---

24. Cf. J. Lúcio de Azevedo, op. cit., pp. 70 ss.

25. J. Lúcio de Azevedo, op. cit., p. 74.

26. É a tese sustentada por Luiz Felipe de Alencastro, em *O Trato dos Videntes – Formação do Brasil no Atlântico Sul, Séculos XVI e XVII*, São Paulo, Companhia das Letras.

Europa como “o rei da pimenta” ou *le Roi-Épicier*, como disse Francisco I de D. Manuel, o Venturoso.

Na verdade, a febre especulativa já de há muito tomara conta dos nobres, empenhados em comprar habitualmente gêneros de consumo para revendê-los com lucro. O que fez com que, já nas Cortes de Leiria, de 1372, os representantes dos povos os increpassem, todos eles, de *mercadores e regatões*.<sup>27</sup> E embora persistisse bem viva a animadversão da plebe por todos os que, intitulando-se fidalgos, faziam da mercancia o seu modo de vida habitual, o pendor mercantil da nobreza, equiparável ao da burguesia, permaneceu inabalado nos séculos posteriores, tendo sido vivamente reacendido com a exploração colonial. Nas colônias, aliás, a pretensa fidalguia confundia-se em regra com a riqueza pessoal. “*Viver à lei da nobreza*”, segundo a expressão consagrada, significava, pura e simplesmente, ser homem de posses.

Nos demais grupos e classes superiores da sociedade colonial, a cupidez praticamente não conhecia limites. Entre os governantes, fossem eles civis ou militares, era normal complementar os estipêndios ou soldos com toda sorte de traficâncias e exações patrimoniais. Escrevendo do Rio de Janeiro, em 6 de novembro de 1710, ao Duque de Cadaval, Frei Francisco de Menezes observou: “*Sua Majestade deu liberdade aos governadores para negociarem [...] Até agora sempre governavam e negociavam, mas era com receio; sempre tinham mão em si, agora vão pondo isto em tais termos que já não há negócio senão o seu*”<sup>28</sup> De onde a conhecida diatribe de Vieira no Sermão de Santo Antônio aos Peixes: “*Porque os grandes, que têm o mando das Cidades e das Províncias, não se contenta a sua fome de comer os pequenos um por um, ou poucos, a poucos, senão que devoram e engolem os povos inteiros*” Ou, de maneira mais incisiva, ao saudar em julho de 1640, o Marquês de Montalvão, novo Vice-Rei do Brasil, que acabara de chegar à Bahia: “*Perde-se o Brasil, senhor (digamo-lo em uma palavra) porque alguns ministros de Sua Majestade não vêm cá buscar nosso bem, vêm cá buscar nossos bens*”<sup>29</sup>

Nem mesmo o clero fugia desse padrão mercantil de vida. A atuação dos clérigos no contrabando ou descaminho de ouro, diamantes e tabaco no Brasil colonial é bem sabida. E contraditoriamente, ao mesmo tempo em que se entregavam, contra a mais autorizada tradição eclesiástica, à faina mundana do trato comercial, os padres seculares e as diferentes ordens religiosas timbravam em invocar contra o Fisco o privilégio medieval da imunidade tributária. Quando, em 1656, a Coroa baixou ordens estritas para que os religiosos assumissem a sua parte contributiva no pagamento dos impostos lançados para fazer face às despesas militares na campanha contra os holandeses no Brasil, a Câmara de Salvador queixou-se, em ofício apresentado a Sua

---

27. J. Lúcio de Azevedo, op. cit., p. 82.

28. Citado por C. R. Boxer, *The Golden Age of Brazil, 1695 – 1750*, University of California Press, 1962, p. 393, nota 4 ao capítulo V.

29. Sermão da Visitação de Nossa Senhora, in *Sermões*, Lello & Irmãos, Editores, Porto, 1951, v. IX, p. 346.

Majestade, que as ordens clericais, que possuíam na capitania vastas propriedades agrícolas, abastecidas com gado e abundante escravaria, além de muitos engenhos de açúcar, persistiam na recusa do pagamento desses impostos, de tal maneira que o peso tributário recaía sobre o restante da população, já por demais onerada.<sup>30</sup>

Não há dúvida de que o longo conúbio entre política e comércio em Portugal teve início na segunda metade do século XIV, antes mesmo do advento da dinastia de Aviz ao trono real, com a edição por D. Fernando – portanto quase três séculos antes de Cromwell! – das leis destinadas a estimular a indústria nacional da navegação e do seguro marítimo. O apoio da burguesia do Porto e de Lisboa ao Mestre d’Aviz em 1385 – a primeira revolução burguesa no Ocidente – fez com que o soberano português passasse a gerir o reino como se fora a sua própria casa de comércio, empregando seus ministros como autênticos prepostos do estabelecimento régio.

Ora, é mais do que provável que o precoce nascimento e a rápida expansão do capitalismo em Portugal vincule-se à estrutura predominantemente senhorial da sociedade durante toda a Idade Média. Nesse sentido, nunca é demais salientar que o capitalismo, ao contrário do sistema feudal, conduz inevitavelmente à concentração de poder na sociedade. Ao contrário, pois, do que comumente se pensa e divulga, o sistema capitalista, pela sua própria natureza, é visceralmente contrário ao funcionamento de um autêntico regime democrático, dado que a soberania do povo representa, em si mesma, a dispersão do poder político, inclusive e notadamente o de regulação das atividades econômicas no seio da coletividade.

Com a expansão colonial do reino, a figura do rei mercador vai sendo, pouco a pouco, substituída pela impessoalidade do Estado capitalista, empenhado diretamente na exploração em monopólio do comércio ultramarino. Enquanto a Corte ensinava, por vezes, à burguesia mercantil a compra do título de nobreza – lembre-se de que, nas companhias de comércio pombalinas, o titular de mais de dez ações tornava-se nobre de pleno direito – a classe senhorial como um todo abandonou sem pesar a antiga condição de vassalagem ao rei, para assumir a posição, muito mais lucrativa, de cliente do Estado monárquico e depois republicano. Em lugar dos tradicionais privilégios, surgem novas rendas de situação, fundadas em relações contratuais exclusivas e ligações pessoais com o estamento burocrático.

### O lamentável mal-entendido da democracia representativa

A partir de 1578, com o desastre de Alcácer-Quibir, tem início o longo período de agonia do poder real. As remissões experimentadas com a Restauração de 1640, ou o despotismo modernizante de Pombal, mal encobriram a fatalidade da moléstia: o País estava em vias de perder, definitivamente, o seu ponto de equilíbrio,

---

30. Cf. C. R. Boxer, *The Portuguese Seaborne Empire 1415 – 1825*, Carcanet, em associação com a Fundação Caloute Gulbenkian e a Comissão Os Descobrimentos, Lisboa, 1991, p. 328.

tradicionalmente situado na cúpula do edifício social. Não é à-toa que a mentalidade popular deixou-se embalar, durante séculos, pelo mito consolador do sebastianismo: o herói nacional haveria de ressuscitar, como Cristo, para salvar o seu povo.

Portugal entrou, assim, no século XIX, inteiramente despreparado para enfrentar as transformações políticas e econômicas provocadas pela ascensão da idéia democrática e o desenvolvimento do capitalismo industrial. Faltava-lhe o protagonista, capaz de levar avante a formidável empresa de modernização das estruturas sociais: uma burguesia voltada para o futuro, desafiadora do risco, bem preparada tecnologicamente e consciente de que o estado de miserabilidade em que se encontravam as massas proletárias era um empecilho à expansão do nível geral de consumo, sem a qual o sistema capitalista não pode subsistir.

Na verdade, a idéia de democracia representativa, introduzida na vida política pela vez primeira com a Revolução de 1820, não passou, para usarmos da expressão famosa de Sérgio Buarque de Holanda para o caso brasileiro, de “*um lamentável mal-entendido*”<sup>31</sup> Imaginou-se que o regime político, em que o povo soberano aceita exercer o poder por meio de representantes livremente escolhidos em eleições periódicas, podia funcionar numa sociedade marcada por profundas desigualdades e habituada há séculos a respeitar situações objetivas de poder sem reivindicar direitos civis e políticos. O resultado é que, nos breves momentos em que o sistema atuou, a vida política e administrativa desenrolou-se no equívoco. Sob a égide do empenho e do compadrio, o povo fingia votar, os deputados proclamavam-se legitimamente eleitos, os juízes confundiam dominação com Justiça e os funcionários públicos recebiam estipêndios sem saber exatamente onde estava o bem público.

Numa sucessão de revoltas e proclamações revolucionárias, do setembrismo ao cartismo, do levante da Maria da Fonte à proclamação da República em 1910, passando por todo o movimento dito regenerador, iniciado em 1851, o País vai de tropeço em tropeço até reencontrar o antigo ponto de equilíbrio na longa submissão à ditadura salazarista. Mas encerrada esta, com a Revolução dos Cravos de 1974, Portugal viu-se enfim claramente confrontado com a questão democrática, já não podendo confiar na tradicional solução macrocefálica. A reconstrução do venerando edifício nacional em ruínas há de fundar-se doravante, inescapavelmente, nos princípios da soberania popular efetiva e no respeito integral aos direitos humanos.

### III O Caso Brasileiro: Democracia Impossível?

Na formação da sociedade brasileira, vemos reproduzidos e adaptados à realidade tropical os mesmos fatores que representaram, no Portugal metropolitano, um claro obstáculo à instauração da vida democrática. Tocqueville observou, em certa passagem de seu estudo sobre o Antigo Regime e a Revolução Francesa,<sup>32</sup> que “*é nas*

---

31. Op. cit., p. 119.

32. *L'ancien Régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1952, p. 286.

*colônias que se pode melhor julgar da fisionomia do governo da metrópole, porque é aí que de ordinário todos os traços que a caracterizam se encontram ampliados e tornam-se mais visíveis”*

Vejamos.

### *Soberania senhorial v. soberania estatal durante o Império*

Foi no Brasil que, desembaraçado do ornamento feudal que o ataviava na metrópole, o regime do senhorio desenvolveu-se em toda a sua pujança.

Graças à farta distribuição de sesmarias, desde cedo despidas da obrigação de cultivo da terra, e à precoce organização da economia colonial no sentido da monocultura agrícola dirigida à exportação, o território brasileiro foi desde logo partilhado em grandes domínios rurais, cujos proprietários concentravam em sua pessoa a plenitude dos poderes, tanto de ordem privada, quanto política, assim os de natureza civil, como os de índole eclesiástica. Pode-se afirmar, sem risco de exagero, que do senhor dependia o presente e o futuro de todos os que viviam no território fundiário, fossem eles familiares, agregados, clientes ou escravos.

O sacerdote, representante oficial da Igreja, não passava no grande domínio rural de um agregado doméstico, autorizado pelo senhor a celebrar missa, batizados e casamentos na capela da casa grande, bem como a sepulturar os mortos no cemitério da fazenda.

A grande propriedade rural brasileira, que economicamente vivia em regime quase autárquico, era uma espécie de território soberano, onde o proprietário, como nos velhos senhorios europeus, fazia Justiça e mantinha força militar própria, para defesa e ataque. Entre o senhor e as autoridades do Estado, como no plano internacional, estabeleciam-se relações de potência a potência, fundadas na convenção bilateral de que o Estado se comprometia a respeitar a autonomia local do senhor, ao passo que este, como coronel da Guarda Nacional,<sup>33</sup> obrigava-se a manter a ordem na região, emprestando à autoridade pública o concurso de seus homens de armas para a eventual guerra contra o estrangeiro, ou a episódica repressão aos levantes urbanos.

No meio urbano, justamente, a classe dos que se dedicavam ao grande comércio de exportação e importação, tanto quanto os principais banqueiros, atuavam em estreito relacionamento com o grande senhorio rural.

Numa análise linearmente marxista, dir-se-ia que o conjunto da máquina estatal nada mais seria do que o simples reflexo dessas classes dominantes, atuando sempre por conta e no benefício exclusivo delas. Em sentido diametralmente oposto,

33. A Guarda Nacional, criada por lei de 18 de agosto de 1831 como auxiliar do Exército, foi uma revivescência da antiga corporação das ordenanças, existente durante a época colonial. Todos os cidadãos brasileiros maiores de dezoito anos eram obrigatoriamente inscritos na Guarda Nacional. A corporação tornou-se, no final do Império, meramente decorativa ou honorífica. Sobre o assunto, cf. Victor Nunes Leal, *Coronelismo, Enxada e Voto*, 3ª ed., 1976, pp. 211 e ss.

34. *Os Donos do Poder – A formação do patronato político brasileiro*, 3ª ed., Editora Globo.

como foi sustentado por Raymundo Faoro,<sup>34</sup> a burocracia estatal, antes e depois da Independência do País, formaria uma espécie de estamento weberiano, dotado de plena autonomia de mando.

A realidade, contudo, parece ter sido bem mais complexa do que esses esquemas unidimensionais supõem. Entre as classes dominantes e o Estado, tanto antes, quanto depois de 1822, estabeleceu-se uma co-relação de forças, em que ambas as partes se confrontavam periodicamente, de modo aberto ou oculto, naquilo que o historiador José Murilo de Carvalho,<sup>35</sup> utilizando-se de uma expressão do sociólogo Guerreiro Ramos, denominou com razão a *dialética da ambigüidade*. Nem as classes dominantes podiam impor quando quisessem a sua vontade ao Estado, nem este era livre de agir, como bem entendesse, contra o interesse econômico daquelas. Durante todo o seu longo reinado, D. Pedro II usou com prodigalidade do seu poder constitucional de “conceder títulos, honras, ordens militares e distinções em recompensa de serviços feitos ao Estado” (Constituição de 1824, art. 102, XI), para conquistar pessoalmente a lealdade das classes dominantes. Assim é que, do total de títulos nobiliárquicos outorgados durante o segundo reinado, 77% foram de barão, sabendo-se que o baronato era reservado pelo imperador, quase que exclusivamente, aos grandes proprietários rurais e aos comerciantes de maior cabedal. Quando, em 1888, o Ministério João Alfredo preparava-se para fazer votar a abolição da escravatura, ao sentir que se multiplicavam as defecções dos grandes senhores rurais do sudeste no apoio ao regime monárquico, ainda tentou em vão reter a lealdade do Conselheiro Antonio Prado à Coroa, concedendo-lhe o título de Visconde de São Paulo, por ele recusado.

Mas por “Estado”, como dito acima, em se tratando do Brasil Imperial, deve-se entender mais exatamente o Poder Executivo e, dentro dele, como é óbvio, a figura do imperador. Neste ponto, fomos e continuamos sendo legítimos herdeiros de Portugal. “É o traço saliente do nosso sistema político”, enfatizou Joaquim Nabuco a propósito da vida política no império, “essa onipotência do Executivo, de fato o Poder único do regimen”<sup>36</sup>

Seja como for, o resultado do confronto permanente entre os senhores locais e o governo central dava satisfação, ora a uma parte, ora à outra.

Durante toda a fase da Monarquia Imperial, o Estado logrou impor a sua vontade – sem dúvida laboriosamente, ao cabo de mais de meio século de esforços – em matéria de trabalho escravo. Mas no tocante ao regime da propriedade fundiária, o senhorio rural obteve plena satisfação de seus interesses. A Lei do Ventre Livre, de 1871, só pôde ser aprovada porque a Câmara dos Deputados era composta, em sua maioria, de funcionários públicos e magistrados, uns e outros estritamente dependentes do Governo. Já na votação da Lei de Terras, em 1850, as principais propostas governamentais, notadamente a criação do imposto territorial rural, foram derrotadas.

---

35. I – *A Construção da Ordem, II – Teatro de Sombras*, Editora UFRJ/Relume Dumará, 2ª ed.

36. *Um Estadista do Império*, Editora Nova Aguilar, Biblioteca Luso-Brasileira, Série Brasileira, Rio de Janeiro, p. 239.

Em ambos episódios, como em todas as demais decisões legislativas que interessavam à Nação como um todo, as classes inferiores foram tratadas como um elemento perfeitamente supérfluo do jogo político. O Brasil, observou um viajante francês no final do século XIX, dava a estranha impressão de um País desprovido de povo.<sup>37</sup>

### *A primeira fase da “democracia republicana”: 1889 – 1930*

Enquanto vigorou o regime monárquico, a democracia foi tida por todos, corretamente, como a antítese da autocracia. Por isso mesmo, a elite dirigente do país, a começar, escusa dizê-lo, pelo próprio monarca, considerou o regime democrático como uma clara subversão da ordem política.

Menos de um ano após a Independência, quando se elaborava a Constituição do novel Estado, o jovem imperador lançou, em proclamação datada de 19 de julho de 1823 “sobre o procedimento de várias câmaras”, um brado de alerta: “*Algumas Camaras das Provincias do Norte deram instruções aos seus Deputados, em que reina o espirito democratico. Democracia no Brazil! Neste vasto, e grande Imperio é um absurdo; e não é menor absurdo o pretenderem ellas prescrever leis, aos que as devem fazer, comminando-lhes a perda, ou derogação de poderes, que lhes não tinham dado, nem lhes compete dar.*”

Sem dúvida, o sistema de concentração do poder político no governo central, como emanção da vontade pessoal do imperador, foi um fator decisivo para que se lograsse vencer a tendência separatista, manifestada em várias regiões do país na primeira metade do século XIX, bem como para a defesa da Nação contra o inimigo externo.

Finda a guerra do Paraguai, porém, e com a crescente prosperidade da cultura do café na região sudeste, as oligarquias rurais passaram a contestar o poder central e a reivindicar maior autonomia de atuação local, tanto no terreno econômico, quanto no político.

É a partir desse momento que a idéia de democracia, ou de república democrática, vê-se recuperada como fórmula política e purgada de suas conotações negativas. Em vez de favorecer a anarquia, apregoa-se, ela assegura o estabelecimento da ordem e dá mais eficiência à ação dos Poderes Públicos no plano local.

A palavra *democracia* e expressões cognatas, como *solidariedade democrática*, *liberdade democrática*, *princípios democráticos* ou *garantias democráticas*, aparecem nada menos do que 28 vezes no Manifesto Republicano de 1870. Um dos seus tópicos é intitulado *a verdade democrática*.

Uma análise menos superficial do documento, no entanto, mostra que os próceres republicanos entendiam por democracia não exatamente o regime da

---

37. “*La situation fonctionnelle de cette population peut se résumer d’un mot: le Brésil n’a pas de peuple*”. Cit. por Gilberto Freyre, *Casa Grande & Senzala*, 34ª ed., Editora Record, Rio de Janeiro e São Paulo, p. 35.



soberania popular (expressão substituída, no Manifesto, por soberania nacional), mas sim a federação, tomado este conceito em sentido diametralmente oposto àquele com que fora empregado pelos constituintes de Filadélfia, em 1787. Com efeito, federação, para os brasileiros, não queria dizer união de unidades políticas anteriormente soberanas, mas sim a descentralização de poderes num Estado unitário. O Manifesto, aliás, encerra-se, segundo o estilo farfalhante da época, “*arvorando resolutamente a bandeira do partido republicano federativo*”, e não a bandeira do Partido Republicano Democrático.

O que, na verdade, constituía a razão de ser desse movimento descentralizador, o documento de 1870 fez questão de deixar na sombra: nenhuma palavra disse sobre aquilo que a elite política da época denominava, eufemisticamente, “*a questão do estado servil*”

O Partido Republicano Paulista, contudo, não pôde prosseguir por muito tempo nesse jogo político sem abrir as cartas. No manifesto lançado por ocasião do encerramento de seu congresso de 1873, os republicanos de São Paulo, evitando ladinamente uma tomada de posição sobre o mérito da questão, assim se pronunciaram:

*“Fique portanto bem firmado que o Partido Republicano, tal como consideramos, capaz de fazer a felicidade do Brasil, quanto a questão do estado servil, fita desassombrado o futuro, confiado na índole do povo e nos meios de educação, os quaes unidos ao todo harmonico de suas reformas e do seu modo de ser hão de facilitar-lhe a solução mais justa, mais pratica e moderada, sellada com o cunho da vontade nacional. Parece que esta declaração seria sufficiente para apagar todas as duvidas.*

*A questão não nos pertence exclusivamente porque é social e não politica: está no dominio da opinião nacional e é de todos os partidos, e dos monarchistas mais do que nossa, porque compete aos que estão na posse do poder, ou aos que pretendem apanhal-o amanhã, estabelecer os meios do seu desfecho pratico.*

[...]

*Entretanto como quer que seja, se o negocio fôr entregue a nossa deliberação, nós chegaremos a elle do seguinte modo:*

*1º – Em respeito ao principio da união federativa cada provincia realizara a reforma de accôrdo com os seus interesses peculiares mais ou menos lentamente, conforme a maior ou menor facilidade na substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre.*

*2º – Em respeito aos direitos adquiridos e para conciliar a propriedade de facto com o principio da liberdade, a reforma se fará tendo por base a indemnização e o resgate.”*

Oito anos depois, ao discursar na Câmara dos Deputados, o republicano paulista Prudente de Moraes, futuro presidente da República, preferiu, em lugar de

defender a introdução do regime republicano, propor a federalização do Império, segundo o modelo alemão da época. Uma adequada distribuição de competências às províncias, argumentou, excluiria o perigo, que ele pressentia iminente, de que uma maioria de deputados, eleitos pelas províncias já desembaraçadas de escravos, impusesse a abolição da escravatura a todo o país.<sup>38</sup>

Derrubada a monarquia, o Governo Provisório, em seu primeiro decreto de 15 de novembro de 1889, declarou proclamada “como forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa”, omitindo toda e qualquer referência à democracia.

Ora, enquanto o povo assistiu a tudo aquilo “bestializado”, segundo a expressão famosa de Aristides Lobo, as oligarquias locais, aparentemente vitoriosas no seu primeiro apelo aos quartéis, tiveram que atravessar alguns anos de grave incerteza e apreensão, diante do caráter centralizador e autoritário dos primeiros governos militares. O episódio repetir-se-ia, três quartos de século depois, com a derrubada do Governo João Goulart. Com a diferença de que, nessa quadra política, o regime militar não durou apenas cinco, mas vinte anos.

A Constituição de 1891 organizou, efetivamente, o Estado sob a forma federativa, como queriam os republicanos históricos. Mas no tocante à forma de governo, em lugar de seguir o alvitre parlamentarista do Manifesto de 1870,<sup>39</sup> preferiu instituir, segundo o modelo norte-americano, o sistema presidencial de governo.

Ora, o que parecia, a princípio, a mera reprodução da fórmula ianque, acabou por revelar-se, com o tempo, o regresso integral à velha tradição luso-brasileira, com a concentração maciça de todos os poderes na pessoa do Chefe de Estado.

O processo de retorno à macrocefalia estatal não se deu, porém, de um só golpe, e sim em duas etapas.

Durante a primeira delas, que perdurou até 1930, o presidente da República atuou como árbitro supremo das rivalidades entre os Estados federados, assim como cada Chefe do Poder Executivo estadual incumbia-se de arbitrar os conflitos entre os senhores locais. A chamada “política dos Governadores” desdobrava-se, pois, num pacto coronelista em cada unidade da federação. Em ambas as situações, estabelecia-se uma espécie de contrato político bilateral. No plano da federação, o presidente da República comprometia-se a dar mão forte aos governos estaduais, desde que estes sufragassem o candidato à sucessão presidencial indicado por ele próprio, Presidente. No plano estadual, os senhores rurais, atuando ou não, oficialmente, como coronéis da Guarda Nacional, faziam sempre dos candidatos governistas os vencedores dos pleitos eleitorais, obrigando-se os governadores, em contrapartida, a garantir,

---

38. Cf. Robert Conrad, *Os últimos anos da escravatura no Brasil*, 2ª ed., Civilização Brasileira, p. 267.

39. “A soberania nacional só pôde existir, só pôde ser reconhecida e praticada em uma nação cujo parlamento, eleito pela participação de todos os cidadãos, tenha a suprema direcção e pronuncie a ultima palavra nos publicos negocios.”

mediante o concurso da Polícia, da Magistratura e do Ministério Público, a soberania de cada senhor no território de sua propriedade.<sup>40</sup>

Analisada, assim, em toda a sua crueza, é preciso reconhecer que a “democracia federativa” estabelecida pela República Velha estava longe de ser o “lamentável mal-entendido” de que falou Sérgio Buarque de Holanda. A elite política da época jamais deixou-se iludir sobre o sentido real dos conceitos de soberania popular ou de direitos de cidadania. A retórica democrática, nos seus escritos e discursos, não passava de grosseiro disfarce ideológico.

Esse equilíbrio sinalagmático entre as oligarquias locais e o poder central, à revelia do povo, foi afinal vencido, não de dentro, mas de fora, com o advento da depressão econômica mundial desencadeada pela quebra da Bolsa de Nova York em 1929. O setor de exportação de produtos primários, no campo e nas cidades, duramente golpeado pela crise, retirou seu apoio a ambos os pactos, o estadual e o federal, e o sistema político veio abaixo.

#### *Avatares da “democracia republicana” a partir de 1930*

A marginalização, que se acreditava temporária, das classes dominantes ligadas à agricultura de exportação, deixou o Estado brasileiro como ator único na cena política. Ora, após a Revolução de 1930, o aparelho estatal submeteu-se ao poder incontestável do chefe do governo provisório, rapidamente legitimado como presidente da República. Investido nessa posição, o novo Chefe de Estado pôs desde logo em marcha, com a política de industrialização substitutiva de importações, um processo de reestruturação das posições de mando na sociedade brasileira, ao criar *de toutes pièces* uma nova classe dominante: o grupo dos empresários industriais.

O restabelecimento do confronto político entre Estado e sociedade civil, ou, se se quiser, segundo os conceitos da análise gramsciana, entre o grupo hegemônico e a classe dominante, fez-se, porém, com um acréscimo de monta: o Chefe de Estado criou junto à nova classe industrial, como delegado pessoal dele, Presidente da República, o também novo setor do sindicalismo oficial.

O povo, todavia, continuava a ser o que sempre fora: o grande ausente. Sua entrada em cena só viria a dar-se com a queda do ditador em 1945, seguida da reconstitucionalização do Estado no ano seguinte. Iniciou-se, então, um novo jogo político, caracterizado agora pelo regular funcionamento daquilo que um largo setor da intelectualidade considerava e ainda considera como a quinta essência da democracia: separação oficial entre os Poderes do Estado, eleições livres e pluralidade partidária.

Não é difícil demonstrar que, em países afetados por uma abissal desigualdade, como é o caso do Brasil, o cumprimento formal desses rituais democráticos nada tem que ver com a efetiva soberania popular e o integral respeito aos direitos humanos.

---

40. Veja-se a monografia ainda insuperada de Victor Nunes Leal, citada na nota 29.

Seria, contudo, um grave erro de análise pretender que o povo, quando chamado a eleger periodicamente seus representantes, figura como elemento meramente passivo no quadro geral da ação política. Da mesma forma que a dominação social de classe não significa, *ipso facto*, o controle absoluto do aparelho estatal, assim também a aliança da classe dominante com a elite dirigente no Estado, tampouco significa uma manipulação mecânica do voto popular nas eleições. Por mais eficazes que sejam hoje os métodos de direção da opinião pública, subsiste sempre um grau mais ou menos elevado de incerteza nas decisões eleitorais. O sistema é, portanto, deficiente, quer para levar, por si só, o povo ao exercício do poder soberano em seu benefício, quer para garantir a plena satisfação dos interesses das classes dominantes.

Foi, sem dúvida, essa incerteza insita em todo regime de democracia formal que levou as classes dominantes nacionais, apoiadas pelo governo norte-americano, a suspender, a partir de 1964, o funcionamento do sistema. Ele só veio a ser recomposto, ao ser promulgada, em 1988, a Constituição atualmente em vigor. Mas, então, o quadro mundial já se achava inteiramente modificado, com o rápido avanço do processo de globalização capitalista. Em todos os países da chamada periferia do globo, os dois agentes tradicionais da política – o Estado nacional e as classes dominantes internas – foram singularmente enfraquecidos, senão afastados de todo.

Restou, pois, o povo, em função do qual – não se esqueça – foi cunhada há vinte e cinco séculos, na Grécia, a denominação clássica do regime político. Saberá o povo, hoje, assumir o efetivo exercício daquele poder supremo sobre todos os cidadãos (*to kurion tòn poleôn*),<sup>41</sup> que a teoria lhe reserva?

É o que se passa a conjecturar *per summa capita*, à guisa de conclusão.

#### IV - Conclusão

Como vimos na primeira parte desta exposição, Aristóteles considerava a democracia como corrupção do regime político em que o conjunto dos cidadãos exerce a soberania em função do bem comum (*pros to koinon supheron*), regime esse que, à míngua de denominação específica, ele preferiu chamar pelo gênero “organização da cidade” (*politéia*). A corrupção democrática consistiria no exercício do poder supremo pela maioria pobre em seu exclusivo benefício.

Ora, a realização do bem comum do conjunto dos cidadãos supõe a eliminação da desigualdade social no tocante às condições de uma vida digna, entendida esta como o comum respeito ao conjunto dos direitos humanos, tanto os de natureza civil e política, quanto os de ordem econômica, social e cultural. Se a Justiça é fundamentalmente uma relação de igualdade, a sua realização social corresponde, como é óbvio, à supressão de toda desigualdade pré-existente.

---

41. Aristóteles, *Política* 1279 a, 27-28.

Segue-se daí que a ação política dirigida a elevar as camadas mais carentes do povo, de forma a equipará-las, em matéria de direitos humanos, às classes mais ricas e poderosas, vai claramente no sentido do bem comum.

Na verdade, o critério mais adequado para a classificação dos regimes políticos não parece ser o do número de sujeitos que exercem a soberania, como pensaram os clássicos, mas sim o da finalidade objetiva com que esta é exercida. De acordo com este critério, a verdadeira essência da democracia consiste na ação prioritária dos Poderes Públicos em favor das classes pobres e dominadas, ou seja, a realização sistemática da Justiça proporcional (*to dikáion análogos*), como a denominou Aristóteles,<sup>42</sup> na qual os que têm menos recebem mais e vice-versa.

Com efeito, numa sociedade marcada por profundas desigualdades de nível e de qualidade de vida, o conjunto dos mais pobres não se acha em condição de exercer autonomamente os seus direitos de cidadania. No caso brasileiro, essa situação é ainda mais grave, em razão da tradicional carência de coesão social no seio do povo,<sup>43</sup> oriunda, como vimos, da persistente dominação senhorial, desde os tempos medievais, em Portugal. As classes social e economicamente dominadas encontram-se numa situação semelhante à das pessoas juridicamente incapazes para o exercício dos atos da vida civil: elas carecem de proteção legal, pela designação de pessoas ou órgãos incumbidos de exercerem, em seu nome e benefício, os poderes inerentes aos seus direitos subjetivos.

Tal significa dizer que a ação política prioritária em favor dos fracos e pobres, numa autêntica democracia, supõe a existência de um Estado forte e bem organizado, constitucionalmente competente para impor a sua vontade às classes dominantes no interior do país e às potências dominantes no plano internacional. Ou seja, exatamente o oposto do Estado subserviente, engendrado pelo atual capitalismo globalizante.

Ao contrário do que postula uma certa análise marxista, como assinalado acima, o poder das classes dominantes nunca chega a anular completamente a autonomia dos órgãos estatais. E é bem por isso que, em sua maior parte, os golpes de Estado contemporâneos têm sido fomentados pelas classes ou grupos economicamente fortes, com o oportuno auxílio dos agentes do poder capitalista internacional.

Todavia, como ninguém ignora, o fortalecimento imprudente do poder estatal acaba fatalmente por suscitar o despotismo, com a supressão das liberdades civis e políticas.

Uma solução para esse dilema poderia ser encontrada a partir do princípio fundamental de que a função precípua do Estado, numa democracia, consiste no amparo econômico e na formação cívica das classes e grupos mais pobres do país, a fim de que eles se tornem capazes de exercer, de modo pleno e autônomo, a sua cidadania.

---

42. *Ética a Nicómaco* 1131 a, 29/30.

43. Cf. Sérgio Buarque de Holanda, op. cit., cap. I; Caio Prado Jr., *Formação do Brasil Contemporâneo*, 16ª ed., editora brasiliense, pp. 341 e ss.

Essa ação pedagógica dos governantes, tão enfatizada por Aristóteles no último livro da *Política*, obedeceria a duas diretrizes.

De um lado, a ampliação da competência dos órgãos estatais, cujo preenchimento não está sujeito à influência direta das classes dominantes, como o Judiciário e o Ministério Público, para que eles imponham ao Executivo e ao Legislativo a elaboração e aplicação de políticas públicas destinadas à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

De outro lado, a criação de instâncias de participação popular obrigatória no funcionamento do Estado, em todos os níveis, fundadas logicamente no pressuposto da prévia aprovação por referendo da Constituição e suas emendas. São exemplos dessa participação ativa dos cidadãos no exercício do governo: a autorização popular para a tomada de decisões políticas de longo e profundo alcance, como a celebração de tratados internacionais instituidores de zonas de livre comércio ou mercado comum; a desoligarquização do sistema eleitoral, mediante a aprovação, por referendo popular, das suas linhas diretrizes; o controle social dos meios de comunicação de massa; a elaboração conjunta de orçamentos com os órgãos de representação popular; a ampla legitimação de agir em juízo atribuída a associações civis, na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais; o reforço da ação popular cível e a reintrodução da ação popular criminal;<sup>44</sup> a dissolução por sufrágio popular de assembléias parlamentares, ou a destituição pelo mesmo mecanismo de chefes do Poder Executivo.

Em suma, a civilização humanista com que sonhamos não pode contentar-se com o medíocre programa de fazer da democracia o menos mau dos regimes políticos. Seria um escárnio se os espíritos autenticamente democratas se conformassem, hoje, com a supremacia mundial do sistema capitalista, reservando aos Estados nacionais e às organizações internacionais humanitárias, tão-só, a tarefa ancilar de pensar as chagas que esse sistema de exploração econômica abriu na Humanidade. A missão política que nos incumbe é bem outra, muito mais exaltante: trata-se de construir um mundo novo, em que todos os seres humanos, em qualquer parte do globo terrestre em que se encontrem, possam, enfim, nascer e viver, livres e iguais em dignidade e direitos.

São Paulo, setembro de 2002.

---

44. De se lembrar que a *Carta Política de 1824* admitia que “por suborno, peita, peculato e concussão”, pudesse ser intentada contra os juizes ação popular, “pelo próprio queixoso, ou por qualquer do Povo” (art. 157).

# BRASIL - ESTADO E NAÇÃO

*Cristiane Derani*

Professora Doutora do Departamento de Direito  
Econômico-Financeiro da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo

A formação brasileira é um processo de reprodução de antagonismos múltiplos e espalhados por todos os aspectos da vida social. Predominando sobre todo antagonismo, o mais sedimentado em nossa história é o antagonismo entre o senhor proprietário e o braço trabalhador da terra que não possui. A cultura se forma com a apropriação e modificação do ambiente. A formação das instituições é um processo cultural. No Brasil, com a predominância do personalismo no mando e nas ações políticas, o Estado e o Direito se formam mais como expressões pessoais do que como reflexões de vontades coletivas. O episódio da independência de fato cristaliza a idéia de povo brasileiro, pelo reconhecimento da Nação brasileira. A Constituição de 1824 demonstra o nascimento do Estado brasileiro. A sucessão de Constituições confirma o Estado brasileiro e modifica sua configuração, bem como representa novas posições assumidas pelo seu povo num renovar da Nação. Com maior ou menor permeabilidade às reivindicações sociais, o Estado encontra na Constituição sua forma. Conclui-se que a força da Nação sobre a formação do Estado brasileiro varia nos diversos momentos de nossa história.

## Abstract

The formation of Brazil is a process that reproduces several antagonisms, spread over all the aspects of social life. The dominant antagonism, settled most heavily on our history, is the one between the landowner and the labourer, who works on a land he does not own. Culture is built through appropriation and modification of the environment. The identity of a people is translated into its cultural formation. The formation of institutions is a cultural process. In Brazil, where personal relationships predominate in commandments and in political actions, the State and the Law are built not so much as reflections of the collective will, but rather as personal expressions. The Constitution of 1824 highlights the birth of the Brazilian State. The long row of Constitution confirms the Brazilian State and modifies its configuration. It also represents new positions taken by the people in the renewal of the Nation. In History, we can find the relationship between the development of the State and of the Brazilian Nation. We conclude that the influence of the Nation on the formation of the Brazilian State varies in the diverse moments of our history.

**Unitermos:** Nação; Estado; processo de formação brasileiro; povo brasileiro; propriedade; exclusão social.

## I

*“Esta terra, ..., de ponta a ponta, é tudo praia-palma, muito chã e muito formosa. [...] Águas são muitas; infindas. E em tal maneira é graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo, por bem das águas que tem”*

*(Pero Vaz de Caminha, Carta que escreveu ao rei d. Manuel, de Portugal, com data de 1º de maio de 1500)*

*“... o cenário do Novo Mundo parecia apresentar-se àqueles primeiros conquistadores ... animado pela expectativa de um plus ultra de maravilha, encantamento e bem-aventurança, sempre a inundá-lo em sua luz mágica. [...] De qualquer modo, os cenários naturais, em terra onde tudo era insólito, pareciam importar, não tanto por aquilo que aparentavam, mas sobretudo pelo que pareciam anunciar ou dissimular.*

Entre a generalidade dos exploradores e povoadores portugueses, por outro lado, mal se pode dizer que, no Brasil, aquelas visões ou promessas miraculosas chegassem a assumir papel considerável em sua atividade colonial.” (Sérgio Buarque de Holanda, *Visão do Paraíso*, editora Brasiliense, São Paulo, 1992, p. 243)

*“O provável, no entanto, é que os motivos edênicos facilmente se refrangiam entre eles, privando-se da primeira intensidade para chegarem ao que se pode chamar sua atenuação plausível. Não é talvez sem interesse o exame dessa circunstância e de tudo quanto dela resultou para o desenvolvimento da exploração e colonização do Brasil.” (idem, p. 246)*

Ibirapitanga é a madeira cobiçada pelos reis de Portugal, encontrada em terras ao sul do equador e que atrairá o reino europeu do século XVI. É na extração do fruto vermelho da terra que se estabelecerão as primeiras relações entre os continentes e entre seres humanos distintos em seu passado e presente, ligados no futuro por relações ambíguas de formação de uma história comum e agudos conflitos do homem contra o homem. Uma história que se inicia nos primeiros momentos da apropriação da terra. A mesma terra, objeto de expansão humana, não abriga a todos, mas é o centro do conflito de meio milênio.

A busca pelo fruto da terra não une os homens perante um objeto comum, mas os opõe. A terra buscada, elemento agregador dos homens em comunidade para produção de suas vidas, é o pomo do confronto enraizado neste agregado humano, descaminhado na luta dos homens contra os homens. As visões antagônicas da terra e dos seus frutos, os conflitos que destas decorrem, marcam o nascimento do Brasil – nome europeu da madeira explorada – Nação e Estado.

A formação brasileira é um processo de reprodução de antagonismos múltiplos e espalhados por todos os aspectos da vida social. Predominando sobre todos



antagonismos, o mais sedimentado em nossa história é o antagonismo entre o senhor proprietário e o braço trabalhador da terra que não possui.<sup>1</sup> Nossa identidade não se baseia em certezas raciais ou em orgulhos de linhagem. As raízes do Brasil não se encontram no solo da tradição. Estão fincadas no húmus da aventura, do transplante, do improvisado. A formação do povo brasileiro é a formação das novas relações sociais que se estabelecem naquele solo americano do hemisfério sul demarcado por Portugal. Desgarrados de suas matrizes, cruzados racialmente e transfigurados culturalmente, os primeiros “brasileiros” são um emblema do novo e da busca de uma identidade. Contudo, esta busca não se desenvolve em comunidade, mas em posições conflituosas, polarizadas. Darcy Ribeiro nos ensina que é construída uma classe dominante de caráter consular-gereencial, socialmente irresponsável, frente a um povo-massa tratado como escravaria, que produz o que não consome e só se exerce culturalmente como uma marginália, fora da civilização letrada em que está imersa<sup>2</sup> Sérgio Buarque de Holanda aponta a tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais completamente distintas, como um fato que não vai passar sem profundas conseqüências. “*Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, ..., somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra*”<sup>3</sup>

De fato, o olhar brasileiro perante sua terra não se despreza da visão do outro mundo. A visão do Brasil, no seu retrato por aqueles que aqui aportam, é idealizada, desterrada; os olhos que miram a terra vêem a idéia, boa ou má. Se para os primeiros europeus que chegam ao Brasil, o relato era o do paraíso; para os colonizadores e senhores, olhar para o Brasil era a reprodução da nostalgia, a visão do não querer, a realidade da perda do bom e do ideal, que procuravam reproduzir em ilhas de sociabilidade destacadas das relações sociais e naturais que concretamente lhes eram oferecidas. O sonho europeu substitui um possível sonho americano nestas paragens, abrasando o conflito permanente no processo de formação do povo brasileiro. Darcy Ribeiro chega a afirmar que “*vivemos praticamente em estado de guerra latente, que, por vezes, e com freqüência, se torna cruento, sangrento*”<sup>4</sup>

Não-obstante, não é raro ouvirmos – de brasileiros ou estrangeiros – que o Brasil é um país pacífico. “*Não ambicionamos o prestígio de país conquistador e detestamos notoriamente as soluções violentas. Desejamos ser o povo mais brando e o mais comportado do mundo... Tudo isso são feições bem características do nosso aparelhamento político, que se empenha em desarmar todas as expressões menos harmônicas de nossa sociedade, em negar toda espontaneidade nacional*”<sup>5</sup>

---

1. Cf. Gilberto Freyre. *Casa Grande e Senzala*. José Olympio, Rio de Janeiro, p. 53.

2. Darcy Ribeiro. *O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. Companhia das Letras, São Paulo, 1995, p. 179.

3. Sérgio Buarque de Holanda. *Raízes do Brasil*. Companhia das Letras, 26a. edição, São Paulo, p.31.

4. Darcy Ribeiro. *opus cit.*, p. 168.

5. Sérgio Buarque de Holanda. *opus cit.*, p. 178.

Diversas foram as revoltas e embates provocados pelos antagonismos do povo brasileiro. Poucos foram aqueles que findaram por mudanças institucionais ou por reorientação na vida cotidiana e posltica. As mudanças surgem mais por decisões pessoais ou personalizadas do que como evidente resultado da força reivindicadora de massas descontentes. A arma do descrédito, da desmobilização, da representação da história por aqueles que a escrevem a seu favor, são mais solventes do que qualquer vitória armada. E mesmo quando esta se coloca inevitável, como no episódio de Canudos<sup>6</sup> Não é pela apologia da vitória militar que se escreverá a história, mas pelo esquecimento e destruição do sítio de Canudos, que alguma vez pôde por azar representar a luta latente contínua de oprimidos e opressores expressa como tensão inter-racial, econômica, social, classista, política.

O Brasil-colônia foi ocupado por portugueses que recebiam parcelas de terra para exploração. Para estes primeiros ocupantes, Brasil era o nome de um patrimônio que faziam produzir e que defendiam contra invasões eles próprios<sup>7</sup> Também organizavam a Justiça e a administração. Deveras, a terra do Brasil surge como uma justaposição de patrimônios auto-administrados em que a figura do proprietário era também a figura do governador.

Esta administração, no entanto, não deve ser confundida com a propriedade feudal, dentre vários motivos, sobretudo pelo destino da sua produção. A gerência autocrática de extensas propriedades de terra consistia em pôr braços, cérebros, terra para a satisfação do outro: o desconhecido, o estrangeiro, o inatingível, que entrava no processo produtivo para reter seu resultado, mas totalmente alheio ao processo que levou à produção. *“Se vamos à essência de nossa formação, veremos que na realidade nos constituímos para fornecer açúcar, tabaco, alguns outros gêneros; mais tarde ouro e diamantes; depois algodão, e em seguida café, para o comércio europeu. Nada mais que isto. É com tal objetivo, objetivo exterior, voltado para fora do país e sem atenção a considerações que não fossem aquele comércio, que se organizarão a sociedade e a economia brasileiras”*<sup>8</sup>

*“O Brasil foi regido primeiro como uma feitoria escravista, exoticamente tropical, habitada por índios nativos e negros importados. Depois, como um consulado, em que um povo sublusitano, mestiçado de sangues afros e índios, vivia o destino de um proletariado externo dentro de uma possessão estrangeira. Os interesses e as aspirações do seu povo jamais foram levados em conta, porque só se tinha atenção e zelo no atendimento dos requisitos de prosperidade da feitoria exportadora. O que se estimulava era o aliciamento de mais índios trazidos dos matos ou a importação de mais negros trazidos da África, para aumentar a força de trabalho, que era a fonte de produção dos lucros da metrópole. Nunca houve aqui um conceito de povo, englobando*

6. Conflito entre uma comunidade no sertão da Bahia e o Estado Brasileiro em 1896.

7. Rodolfo Garcia. *Ensaio sobre a História Administrativa do Brasil*. Livraria José Olympio, Rio de Janeiro, 2ª ed., 1975, p. 21.

8. Caio Prado Jr. *História Econômica do Brasil*. Brasiliense, 23ª ed., São Paulo, 1980, p. 23.

*todos os trabalhadores e atribuindo-lhes direitos. Nem mesmo o direito elementar de trabalhar para nutrir-se, vestir-se e morar.*

*Essa primazia do lucro sobre a necessidade gera um sistema econômico acionado por um ritmo acelerado de produção do que o mercado externo dela exigia, com base numa força de trabalho afundada no atraso, famélica, porque nenhuma atenção se dava à produção e reprodução das suas condições de existência”<sup>9</sup>*

Durante os três primeiros séculos de existência, o Brasil não tinha qualquer traço de formação de um Estado. A distribuição de territórios para proprietários portugueses com poderes absolutos sobre a terra e sobre a gente, cuja única obrigação era para com o Rei de Portugal, remetendo-lhe as riquezas que ingressavam na roda mercantilista do mercado europeu, impedia qualquer germe de organização política. Contudo, este processo de recrutamento de pessoas de quem se retirava o passado e o futuro – escravos negros, índios aprisionados, e criminosos brancos de Portugal –, que jamais pretendeu originar um povo autônomo, foge do domínio do planejamento colonial. Neste transplante de gentes, é inegável a existência de uma certa força natural catalisadora das gentes que impede a existência do ser humano mônada. O Brasil recebia gentes no extremo da expropriação material, cultural, familiar. Deserdados, não se limitavam à vida autômata servil e iniciavam uma cultura diversa, com base em reminiscências e na adaptação ao novo cotidiano. Escravos, degredados, índios cativos, e de certo modo, mesmo o branco português desterrado, faziam surgir uma nova entidade étnica, uma nova configuração cultural, um novo povo, de índios destribilizados, negros desafricanizados, brancos deseuropeizados, mas que, apesar de todos os conflitos que mantinham entre si, trocavam culturas abandonadas. Com todos os preconceitos e hierarquias, deixavam-se permeabilizar, absorvendo o outro num processo canibal, da fome de cultura e de identidade que se perpetuará na vida do povo brasileiro que explodia.

O povo brasileiro até o século XIX se formava com estes três elementos. O Brasil era uma região fechada à imigração. A entrada de pessoas no Brasil era regulada e a lei permitia a vinda apenas de portugueses degredados, proprietários agraciados pela coroa e aqueles que provavam trazer interesse econômico. A fora isto, só entravam escravos. Era a forma de preservar o poder ultramarino.

A atividade econômica do Brasil-colônia era fortemente regulada e toda atividade liberal firmemente proibida ou altamente taxada, impossibilitando outro desenvolvimento senão o de servil abastecimento da corte com matérias-primas necessárias a ela e ao seu comércio com a Europa.

A liberdade de comércio era sumariamente tolhida, do mesmo modo que o exercício de certas indústrias, que ora desaparecia a benefício de outras, ora era limitado a certas regiões ou circunscrições, ou ainda a determinado número de indivíduos incorporados ou não em companhias ou sociedades. Desse modo foi que a coroa tentou

---

9. Darcy Ribciro. *opus cit.*, p.441.

por vezes o sistema de estancos de certos gêneros, como foi desde o princípio o pau-brasil.<sup>10</sup>

Em 1808, com as Guerras Napoleônicas, a família real portuguesa instala-se no Brasil e encerra o período de exploração colonial pura. Ainda sob forte restrição quanto à imigração e às formas de produção, abre-se um pouco o comércio e permite-se a manufatura de alguns determinados gêneros básicos. É o germe do Estado que está sendo aquecido. Em 07 de setembro de 1822, o primogênito do Rei de Portugal proclama a Independência, que se faz sem grandes alardes, com o rebentar de algumas revoltas entre portugueses – recém-chegados ao Brasil - e aqueles que se denominavam brasileiros – habitantes da terra. Embora representem uma forte reorientação política, as agitações liberais que antecederam a independência foram promovidas por algumas famílias ricas e poderosas. A massa do povo, identificava Saint-Hilaire, “ficou indiferente a tudo, parecendo perguntar como o burro da fábula. Não terei a vida toda de carregar a albarda?”<sup>11</sup>.

O episódio da Independência de fato cristaliza a idéia de povo brasileiro, pelo reconhecimento da Nação brasileira. Este momento de desprendimento político marcará definitivamente a existência de um novo povo e de uma nova Nação na face da Terra. A força desta identidade não é nada desprezível, quando se remarca que, apesar do pipocar de conflitos entre portugueses e brasileiros, e mesmo alguns com cunho republicano, o território brasileiro conservou sua amplidão, e a língua, pilar da formação da identidade dos brasileiros de pouca tradição, manteve-se mesmo nos mais inacessíveis vilarejos e pequenos aglomerados humanos do território brasileiro.

## II

Com a Independência, inicia-se a formação da burocracia brasileira. Imbuído das idéias liberais, o imperador Pedro I procura fazer do país uma monarquia parlamentar. Contudo, desde o seu nascedouro, a ideologia impessoal do liberalismo democrático “foi sempre um lamentável mal-entendido”<sup>12</sup>. A aristocracia rural tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios. Não-obstante, sem poucas divergências entre imperador e parlamentares, o Brasil Império recebe a sua primeira Constituição em 25 de março de 1824.

A cristalização jurídica do Estado e da Nação brasileira estarão presentes nos primeiros artigos dessa Carta:

*“Art.1. O Imperio do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha a sua Independência.*

---

10. Rodolfo Garcia. *opus cit.*, p. 115.

11. Sérgio Buarque de Holanda. *opus cit.*, p.161.

12. *idem*, p.160.

.....

*Art. 6. São Cidadãos Brasileiros:*

*I - Os que no Brazil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação.*

*II - Os filhos de pai Brasileiro, e os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Império.*

*III Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil.*

*IV Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil, na época, em que se proclamou a Independencia nas Provincias, onde habitavam, adheriram à esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residência.*

*V - Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua religião.”*

Embora a organização política brasileira se modificasse de modo essencial – o Estado brasileiro se formava –, o movimento de produção econômica, o emprego de recursos e os produtos obtidos mantinham a mesma dinâmica da época colonial. Aqueles senhores da terra, das gentes, do poder político-econômico e administrativo, deixam seus domínios agrários e vão compor a burocracia do Estado nascente. Evidentemente que se vai obter a mais perfeita confusão da vida pública e da vida privada. Conforme afirma Buarque de Holanda: *“Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade,...., compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. ... a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos.”*<sup>13</sup>

Com estas características, o Estado não era pensado como um aparelho despersonalizado, uma entidade coletiva. O Estado é visto e usado como ‘propriedade’ do grupo que o controla. Era um reajustamento das capitânicas hereditárias, e da mesma forma que a aristocracia exercia seu poder de mando em suas extensões dominiais, passou a exercê-lo sob a forma de Estado. O exercício do poder pessoal é burocratizado. Não há fins do Estado, mas a vontade do Imperador e a vontade da aristocracia, que se chocarão e darão origem a várias revoltas durante o século XIX.

Deve-se remarcar o efeito da produção maciça dirigida para o Exterior, inclusive na formação do aparelho burocrático. De fato, quando a administração sai da casa-grande do senhor-proprietário e passa à agência pública, faz-se necessária a formação dos cofres públicos, pela instauração do Estado Fiscal. A pobreza crônica em

---

13. *idem*, p. 146.

que viviam os pequenos logradouros urbanos, e a ausência de atividade econômica que pudesse ser tributada e fortalecer os cofres públicos, freou a mudança política pretendida, e os cofres públicos, legados ao descaso e ignorados como fonte de renda para melhoria da vida pública, são apropriados e confundem-se com os bolsos particulares.

A atividade política era vista pelo homem simples como um luxo, diletantismo da aristocracia, como seus saraus e cigarros. Saint-Hilaire conta-nos: *“Perguntei a um lavrador que não me parecia dos mais pobres, se os povos estavam contentes com o novo governo da capitania. – Dizem que é melhor que o antigo, respondeu-me. O que há de certo é que quando se apresenta alguma petição, não se obtém resposta tão rápida quanto quando nosso general tudo por si decidia e isto é muito desagradável para os que não têm tempo a perder”*<sup>14</sup>

Ao final do século XIX, o Poder Imperial está enfraquecido perante o ganho de força da aristocracia, agora travestida como aristocracia cafeeira, a qual concentrará grande parte da riqueza que ingressa no país. Deste embate entre casa real e aristocracia cafeeira, sobrevém a República, em 15 de novembro de 1889.

A proclamação da República foi um susto retratado na célebre carta de Aristides Lobo sobre o 15 de novembro. Dizia o mentor da República infante: *“por ora a cor do governo é puramente militar e deverá ser assim. O fato foi deles, deles só, porque a colaboração do elemento civil foi quase nula. O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava.”*<sup>15</sup>

A vida social permanecia distante da vida política. O alheamento do povo da vida pública perdurou durante todo Império, recrudescendo na Proclamação da República. Alberto Torres denunciava à época o máximo de distância entre público e privado. *“A força de alheação da realidade política chegou ao cúmulo do absurdo, constituindo em meio de nossa nacionalidade nova, onde todos os elementos se propunham a impulsionar e fomentar um surto social robusto e progressivo, uma classe artificial, verdadeira superfetação, ingênua e francamente estranha a todos os interesses, onde, quase sempre com a maior boa-fé, o brilho das fórmulas e o calor das imagens não passam de pretextos para as lutas de conquistas e a conservação das posições”*<sup>16</sup>

Na Proclamação da República, o Partido Republicano existia em São Paulo, em Minas Gerais, no Rio Grande do Sul e no Rio de Janeiro. Nos outros Estados, existiam patrulhas republicanas. Os dois partidos monarquistas – o liberal e o conservador -, diante da situação criada, dissolveram-se; e os seus componentes e chefes, com raras exceções, aderiram ao Partido Republicano, que então tomou corpo e se instalou nos governos de todos os Estados.

---

14. Maria Sylvia de Carvalho Franco. *Homens Livres na Ordem Escravocrata*. Kairós, 3ª ed., São Paulo, 1983, p.83.

15. Buarque de Holanda. *opus cit.*, p. 161.

16. *idem*, p. 178.

Neste alheamento surge a primeira Constituição republicana em 1891, sobre a qual Alberto Torres não poupará as suas severas críticas: *“Fruto de uma revolta sem cultivo prévio na opinião, e sem preparo organizador, surgida, inesperadamente das trevas da conspiração política, para a realidade, por força de um trabalho subterrâneo, favorecido por alguns acidentes da política imperial: a abolição dos escravos e a moléstia do monarca, principalmente prenunciando, este último, a aproximação do terceiro reinado, antipático, em geral, ao sentimento popular – a lei máxima da república não é senão uma roupagem de empréstimo, vestindo instituições primitivas”*<sup>17</sup>

Este descontentamento e amargor denuncia o desejo de ver o país finalmente se transformar numa Nação identificada internamente e condutora dos rumos do Estado. Segue Alberto Torres:<sup>18</sup>

*“No Brasil (...) Estado e sociedade hão de organizar-se reciprocamente, por um processo mútuo de formação e de educação. Educação pela consciência e pelo exercício, a que vale dizer por um programa, isto é, por uma política: eis o meio de transubstanciar este gigante desagregado em uma nacionalidade.”*

*“O Brasil tem estado, até hoje, ao serviço das formas de governo e das doutrinas que tem adotado: cumpre que a República passe, por sua vez, a servi-lo.”*<sup>19</sup>

E continua, denunciando o aparelho governamental: *“Não é lícito duvidar de que toda atividade de nossa vida pública está absorvida pelo enredo a que chamamos política, nessas sucessões de lutas pessoais e de grupos, guerras de campanário ... todo um mecanismo parasita ... não passa de uma vegetação de caudilhagem e destruição ... A oligarquia democrática explora a vida pública no Brasil com o mesmo desembaraço que os senhores punham em explorar seus vassalos”*<sup>20</sup>

*“Não é verdadeira a nacionalidade de um país que não tem a sua política, e não há verdadeira política que não resulte do estudo racional dos dados concretos da terra e da sociedade, objeto e verificado na experiência”*<sup>21</sup>

É impossível esconder o jorro de esperança que a Proclamação da República, mesmo que sem a participação do povo, trouxe à formação do Brasil. Este ato militar, aristocrático, que seja. De interesse econômico, político-hegemônico, traz, involuntariamente, a certeza de que a identidade *brasileira* não era comensal da vida portuguesa, e que os seres humanos responsáveis pela formação do Brasil não eram coisas, porque não eram mais escravos, nem bandidos, porque não eram mais degredados, nem inseridos pela força numa nova Nação, porque não eram mais índios cativos.

A abolição dos escravos em 1888, traz ato-contínuo a liberdade da imigração. Liberdade de indústria, que não se submetia às restrições ainda presentes

---

17. Alberto Torres. *A Constituição de 1891*, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1978, p.34.

18. *idem*, p.37.

19. *idem*, p.58.

20. *idem*, p. 173

21. *idem*, p. 151.

no Império, e mesmo a criação do Banco de Crédito popular para estimular os empreendimentos privados, em 14 de novembro de 1890. Sem dúvida, o século XX marca uma nova formação do Brasil. Este século ficará marcado pela não aceitação do distanciamento da vida pública da vida privada nem da promiscuidade dos fins e receitas públicos com os interesses particulares da autoridade que os manipula.

Embora o ideal republicano permeasse mais profundamente a sociedade brasileira no final do século XIX, a República foi conquista aristocrática, que, a espelho de tudo que consumia, importou os ideais, a forma e a Constituição, surgindo uma República no nome, que nada tinha de “coisa” do “povo” – nem patrimonialmente, nem no seu ideário.

Nos moldes dos EUA, é escolhido o sistema federativo. No entanto, os Estados da Federação não tinham a prática autônoma, pois o Brasil saía do poder monárquico centralizado. E, na expressão de Oliveira Torres: “*Sem dinheiro não há Federação*”<sup>22</sup>

Em essência, é possível dizer que a Constituição republicana cristalizava o movimento que a fez nascer – como é o caso de toda Constituição. Ocorre que este movimento republicano era o movimento da oligarquia do café, que estendeu sua influência sobre os demais Estados da Federação pela conquista política e pela determinação das normas Constitucionais que irão perdurar até 1930. Serão quase quarenta anos de consagração jurídica e política do sistema agrário monocultor, baseado na lavoura do café, pouco dado a planos industrialistas e creditícios, muito menos ligado a qualquer pequena idéia de democratização. É ainda esta primeira Constituição republicana que vai cassar o direito outorgado pelo art. 179 da Constituição do Império de que “*a instrução primeira é gratuita a todos os cidadãos*”. Este recuo vai perdurar até 1934, quando as correntes da mudança social lograrão ponderáveis triunfos em sua influência sobre o constitucionalismo pátrio.<sup>23</sup>

Em 1930, aproveitando a crise mundial de 1929 que enfraqueceu e mesmo destruiu parte da oligarquia cafeeira, estoura a revolução que leva a vitória ao candidato gaúcho, estrangeiro à mesa do café de São Paulo. Getúlio Vargas assume a presidência pelo “prélio das armas”, sob a promessa de dar ao Brasil uma nova Constituição, e ficará ditador por quinze anos no poder.

Dois anos depois adveio a oligarquia cafeeira de São Paulo, aliada aos ideais liberais e constitucionalistas, promove uma revolução, buscando retomar o poder, agitando o estandarte da Constituição prometida mas não cumprida. A Revolução de 32 é reprimida e em 1934 é outorgada uma nova Constituição ao País, que viverá três anos no governo personalista de Getúlio.

A Constituição de 1934 é a consagração dos direitos sociais. Inspirada pela Constituição de Weimar, define o papel do Estado no desenvolvimento econômico

---

22. Heitor Ferreira Lima. *História-Político-econômica e Industrial do Brasil*, 2ª Ed. Ed. Nacional, São Paulo, 1976, p. 295

23. Paulo Bonavides. “O princípio ideológico nas Constituições Brasileiras”, in *Reflexões Política e Direito*. Malheiros, São Paulo, 1998, p. 291.



e social. Trará um capítulo intitulado “Da ordem econômica”, que procurará organizar a atuação do Estado no domínio econômico “conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência condigna”

Ao contrário das primeiras décadas da República, o ideal do desenvolvimento industrial do país se faz manifesto, seja pela previsão de nova regulamentação do crédito mais favorável para o investimento, seja definindo a instituição de monopólios estatais que alavancariam o parque industrial.

A preocupação com a pobreza e o analfabetismo, bem como com a saúde e a assistência social, ingressam pela primeira vez no campo da organização do Estado, pois se tornam matérias constitucionais. E o Brasil consagra a forma de constituição material em oposição à constituição formal. A partir de 1934, as Constituições brasileiras organizarão o Estado pelo seu aspecto administrativo-burocrático, e também pelo seu conteúdo político-ideológico, definindo as suas finalidades, os porquês de sua existência.

Disposições sobre o amparo à maternidade e à infância, socorro a famílias de prole numerosa, salário-mínimo (art. 138), são alguns dos deveres constitucionais do Estado que o vincula com a Nação, fazendo das Constituições brasileiras Carta de Direitos do povo brasileiro, e não construção formal da ordem estatal.

A Constituição de 1934 protege o direito de propriedade e vincula seu exercício ao interesse social ou coletivo. Proíbe foros privilegiados e tribunais de exceção. Recoloca com maior riqueza o dever do Estado em prestar a educação: “A educação é direito de todos e deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no país, de modo que possibilite eficientes factores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana” (art. 149)

Basta este artigo para se obter um fiel retrato do transbordar de sonhos e ideais de um país que se julgava finalmente ‘burguês’, finalmente aparelhado dos ideais liberais, e liberto do comando oligárquico que agrilhoava em elos de subordinação, exploração e opressão a recém-nascida Nação brasileira. Do vínculo estabelecido pela força, pela necessidade ou mesmo pela miséria que anula toda opção, procura-se, na forma de texto de Constituição, fazer da sociedade brasileira uma rede estabelecida pela vontade e fechada em laços de solidariedade.

A Constituição, mandamentos cristalizados, expõe em verbo o que já aflorava na sociedade: a busca acumulada em séculos do reconhecimento da identidade brasileira pelo reconhecimento da existência de um povo-cidadão, portador de voz e proprietário de direitos; sujeitos construtores do país; não o objeto, solo, mato e foice, com que o confundia o senhor de engenho do passado ainda quente.<sup>24</sup>

---

24. “A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo. (...) Sendo a cidadania um círculo de capacidade conferido pelo Estado aos cidadãos, este poderá traçar-lhe limites. (...) De qualquer maneira é um status que define o vínculo nacional da pessoa, os seus direitos e deveres em presença do Estado e que normalmente acompanha cada indivíduo por toda a vida.” Paulo Bonavides. *Ciência Política*, Malheiros, 1997, p. 77.

Contudo, a dose de ideal inoculada na Constituição foi forte demais perante as forças políticas menos “socializantes” do que os mandamentos constitucionais. A Constituição revolucionária de 1934 pereceu na contra-revolução de 1937. Getúlio Vargas substituiu a Constituição por uma própria e permanecerá no poder por um golpe de Estado até 1945.

Nesse período ditatorial, conhecido como ‘Estado Novo’, foram muitas as modificações econômicas e sociais do país. Sem democracia, sem liberdade política, este Estado autocrático, de censura e perseguição e mesmo de tortura dos militantes comunistas - aumentou em 60% o nível de escolarização básica, impulsionou a indústria, criou monopólios nacionais e fez o Estado assumir a produção da indústria de base, estabelecer a primeira legislação trabalhista do país – ao molde da *Carta del Lavoro*, de Mussolini. A greve e o *lock-out* foram proibidos e os sindicatos foram atrelados ao governo.

Em 1943, os estudantes universitários começam a se mobilizar contra a ditadura. No mês de dezembro, em São Paulo, os acadêmicos da Faculdade de Direito e demais universitários realizam uma passeata, caminhando de braços dados e com um lenço na boca, simbolizando a supressão da palavra. A manifestação é dissolvida violentamente pela Polícia, provocando uma onda de indignação.

Movido pela crescente insatisfação popular e pelo aumento das pressões políticas, Getúlio Vargas convoca eleições. Tem seu candidato eleito, general Dutra, o qual convoca imediatamente eleições para Assembléia Constituinte. Apesar da longa ditadura, Getúlio candidata-se ao legislativo e com maciço apoio se torna senador da República. A nova Constituição é promulgada a 18 de setembro de 1946.

A diretriz social combinada com o Estado atuante permanece na Constituição de 1946. De fato, a formação da Constituinte de 1946 foi a mais diversificada que o Brasil já havia experimentado. A classe média fortalecida e identificada, e o início de um movimento operário organizado que, mesmo perseguido durante o Estado Novo, foi capaz de aglutinar o operariado urbano já bastante numeroso, levou pelo voto direto representantes de matizes políticos vários, que escreveram mais esta Constituição que orientará a vida do país no período de maior crescimento econômico de sua história (1946-1967). A disposição dos constituintes era de buscar a conciliação, um compromisso por uma trégua institucional.

O Texto de 1946 mantém a declaração de que a ordem econômica deve estar consoante com a Justiça social. Os princípios de trabalho que asseguram existência digna, assim como o reconhecimento do trabalho como um direito, são inovações deste período pós-guerra e pós-ditadura.

Evidentemente, não foi este o único fator, mas de fato a sociedade brasileira pós-46 passou a construir sua identidade a partir de objetivos públicos comuns – algo inédito em nossa história. A eleição da constituinte de 46 foi um dos sintomas de consciência de todo. A luta pela nacionalização do petróleo encheu todas as bocas: “*o petróleo é nosso*”. As empresas prestadoras de serviços públicos foram nacionalizadas, também os frigoríficos e as indústrias farmacêuticas. A remessa de lucros para o exterior

sofreu pesada regulamentação. Problemas como o analfabetismo e o latifúndio passaram a ser temas correntes da intelectualidade urbana. Em 1952, nasce o Banco Nacional de Desenvolvimento, destinado a mobilizar recursos para incentivar as atividades de infraestrutura: transportes, energia elétrica e indústrias de base.

O rápido crescimento da produção industrial, contudo, não diminuiu os problemas do campo, ainda fincado na estrutura colonial, latifundiária, monocultora, voltada ao abastecimento externo. Surgiram as ligas camponesas que propunham entre outras coisas defender os camponeses contra a expulsão da terra e a elevação do preço dos arrendamentos. Denunciado fortemente por Caio Prado Jr., o sistema agrário, ainda próximo ao escravista, deveria ser reformulado por uma legislação que regularizasse as relações de produção capitalistas e que garantisse a superação de uma ordem social heterogênea. Caio Prado Jr. busca no nível legal, de ordem jurídica e institucional, levar as propostas de uma revolução burguesa que atribuiria a cidadania ao trabalhador rural definida pelo contrato, pelos princípios da liberdade, igualdade e propriedade. Reclama o equilíbrio básico nas relações no campo, incluindo os direitos à sindicalização, à greve, à habitação conveniente e à regulamentação do salário, permitindo à *“massa trabalhadora do campo ... sair da marginalidade em que se encontra e integrar-se na vida geral do país”* Isto é, ações que contribuíssem para a constituição de uma ‘coletividade nacionalmente integrada e organizada’, que impulsionassem o desenvolvimento do mercado interno, especialmente o mercado de trabalho.<sup>25</sup>

Um avanço legislativo se deu em março de 1963, quando o então presidente João Goulart sancionou uma lei que dispunha sobre o Estatuto do Trabalhador Rural. A lei instituiu a carteira profissional para o trabalhador do campo, regulou a duração do trabalho e a observância do salário mínimo e previu direitos como o repouso semanal e as férias remuneradas.

Em 31 de março de 1964, as forças armadas tomam o poder. Uma junta militar expulsa o presidente da república, e iniciam-se as perseguições políticas, inicialmente contra a União Nacional dos Estudantes – UNE, as Ligas Camponesas e os sindicatos. Ainda, quarenta e nove juízes foram imediatamente expurgados e cinquenta parlamentares tiveram o mandato cassado no mesmo ano. A Constituição foi suspensa e uma série de atos de emergência, chamados Atos Institucionais, sucederam-na. O primeiro estabelece a eleição indireta para presidente, que passa a ser por voto público dos deputados. O Congresso é fechado e reconvocato para cancelar formalmente o novo texto constitucional de 1967.

A ditadura atinge seu ápice em 1968, com o fechamento definitivo do Congresso, e um novo ciclo de cassação de mandatos, perda de direitos políticos e expurgos no funcionalismo, abrangendo muitos professores universitários. No lugar da Constituição, atos do poder executivo perfazem a Lei Maior, são os Atos Institucionais

---

25. Maria Isabel Leme Falciros. “Uma visita Necessária”, in *História e ideal: ensaios sobre Caio Prado Jr.*, Brasiliense, São Paulo, 1989. p. 148.

– AI. Estabelece-se na prática a censura aos meios de comunicação, a tortura passa a integrar os métodos do Governo.

O terror espalhado, a desmobilização política alcançada, vão repercutir até hoje no país que ainda não foi capaz de reconstruir a consciência de povo e o sentimento de nacionalidade que se aprofundava nos anos cinquenta e sessenta.

O Estado de Direito sofreu o seu maior golpe. A ditadura militar suplantou aquela dos anos trinta de Getúlio em censura e violência. A Constituição de 1967 era mera formalidade em sua carta de direitos, que os prescrevia em um artigo e criava as exceções a seu exercício nos artigos seguintes. Em 1969, por uma emenda, surge a Constituição de 1969, sem qualquer participação do Congresso. Apesar de fortemente esmagada, a oposição se fazia, seja fora do país, por aqueles que estavam no exílio, seja pela dolorosa reorganização de um operariado que redescobria o sindicalismo e aliava a luta por direitos econômicos aos direitos políticos.

Após a lei de anistia, em 1985, realizam-se as primeiras eleições diretas para presidente, já com o pluripartidarismo restabelecido. Na mesma época, há eleições para deputados-constituintes encarregados de elaborar nova carta constitucional.

Em 1988, nasce a atual Constituição. Após vinte anos de violenta repressão política e civil, que jogou o povo no alheamento da vida pública e econômica do país, a Carta de 1988 procura restabelecer pela palavra o Estado de Direito que não mais vivia. Um congresso pluripartidário não foi competente para afastar da maioria os parlamentares da ditadura. Acompanhado pela oposição convalescente, não obstante, construíram um texto que ficou conhecido como “*Constituição Cidadã*”

Apesar de criticada pela sua extensão e por certa impropriedade de técnica constitucional no tratamento de minúcias – não de pouca importância -, a Constituição de 1988 é o discurso do sonho brasileiro. O poder deve ser exercido pelo povo – ele mesmo – assim como por seus representantes (art. 1º, parágrafo único). A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais e regionais, o bem de todos sem qualquer forma de discriminação são os objetivos fundamentais da República Brasileira (art. 3º). A extensa declaração de direitos, que reforça as garantias individuais, institui novos remédios processuais para defesa do cidadão e a gratuidade das ações de *habeas corpus* e *habeas data*. A ressaca do passado violento recente traz neste artigo a declaração de que “*constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático*” (art. 5º, XLIV).

É ressuscitada na forma de norma constitucional a questão da propriedade agrária, em vários pontos do texto, iniciando no art. 5º, que dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos: *a propriedade atenderá a sua função social* (XXIII); *a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.* (XXVI).

A este artigo segue uma extensa carta de “direitos sociais”, que discorre sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Princípios próprios de legislação

trabalhista alçam o status constitucional, alimentado pela idéia de que o que está inscrito na Constituição impregnará mais certo e profundamente a vida social. A criação do seguro-desemprego (art. 7º, II), do fundo de garantia por tempo de serviço (III), participação nos lucros ou resultados da empresa (XI), proteção do mercado de trabalho da mulher (XX), o dever de assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas (XXV), proteção em face da automação (XXVII).

Extensos são os artigos da “*Ordem Econômica*” e da “*Ordem Social*” Tudo precisava ser abordado, definido, defendido e imposto, pelo poder da palavra. O ideário, o mando e a retórica se misturavam e fundiam, para não serem mais identificados isoladamente.

De modo algum cabe a crítica de que a Constituição de 1988 estava alheia à sociedade brasileira. Como toda Constituição, ela é uma percepção da sociedade, de uma parte de suas manifestações expressas ou latentes, mas indubitavelmente existentes. E ainda ela revela mais que aspectos da sociedade atordoada, que volta a sua casa de onde foi expulsa, ocupada e alterada sem sua permissão. A *Constituição Cidadã* é o maior exemplo de certa crença inscrita na formação cultural brasileira de que leis constituem o único requisito obrigatório da boa ordem social. Como nos ensina a sensibilidade de Sérgio Buarque de Holanda: “*Escapa-nos esta verdade de que não são as leis escritas, fabricadas pelos juristas, as mais legítimas garantias de felicidade para os povos e de estabilidade para as nações*”<sup>26</sup> Reformas verdadeiras exigem que “*por trás do edifício do Estado, existam pessoas de carne e osso. As constituições feitas para não serem cumpridas, as leis existentes para serem violadas, tudo em proveito de indivíduos e oligarquias, são fenômeno corrente em toda a história da América do Sul. É em vão que os políticos imaginam interessar-se mais pelos princípios do que pelos homens: seus próprios atos representam o desmentido flagrante dessa pretensão*”<sup>27</sup>

É inegável que o texto constitucional estimulou práticas significativas de cidadania. O fortalecimento do Ministério Público, no seu papel civil de representar os interesses da sociedade no Judiciário, para moradia, educação, proteção do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio histórico, constitui um avanço e uma arma no esforço de se diminuir a distância entre o povo e as instituições que historicamente o aterrorizam. Por outro lado, esta Constituição nem bem foi promulgada começou a receber pesadas críticas dos governantes do país, todos, que se sucederam nesta última década. Este criticismo foi acompanhado de atos deliberados do Poder Executivo que frontalmente a ofendiam. Parte destes atos receberam a recusa e a indignação da sociedade, que vai pleitear direito próprio ou coletivo, por meio do Ministério Público e associações civis, atulhando o Judiciário, que jamais havia se defrontado com tantos processos contra atos da União, dos Estados e Municípios.

---

26. Buarque de Holanda. *opus cit.*, p. 178.

27. *idem*, p. 182.

As leis, como as instituições de um povo, são dinâmicas, como dinâmicas são as relações humanas. Quanto menos sedimentadas as relações, quanto mais plurais forem os caminhos de um povo, maior será a dinâmica de suas instituições e maiores serão as modificações de seu estatuto normativo.

Estamos na trigésima-quinta emenda à Constituição. Ainda escutamos o discurso de ser este livro máximo de direitos o responsável pelos problemas do país. É certo que os grandes ideais de Justiça e igualdade escritos na Constituição não correspondem efetivamente às relações de poder que se passam de fato na sociedade brasileira, longe da equidade democrática. *“Transformer effectivement dans le pays les rapports de fait des forces, entamer le pouvoir exécutif, y pénétrer de telle façon et transformer tellement qu’il ne pût plus jamais, par lui-même, s’opposer à la volonté de la Nation, - c’était cela qu’il fallait faire alors, et ce qui devait tout précéder, afin qu’une Constitution écrite pût être durable”*<sup>28</sup> - já afirmava Lassale. A construção da cidadania necessita de princípios gerais fortes e impositivos.

### III

*“Povo sem nome das terras aradas  
Tu vais morrer na poeira das estradas  
Mas uma voz te mandará do espaço  
A lei maior te fataliza o braço  
Muitas vezes a gente se revolta  
Não que falte a paciência de lutar  
Muitas vezes a gente se revolta  
Por incapaz de não se revoltar”*  
(Coral do Abandono, in *O Café*, Mario de Andrade)

*“Canudos não se rendeu. Exemplo único em toda a história, resistiu até ao esgotamento completo. Expugnado palmo a palmo, na precisão integral do termo, caiu no dia 5, ao entardecer, quando caíram os seus últimos defensores, que todos morreram. Eram quatro apenas: um velho, dois homens feitos e uma criança, na frente dos quais rugiam raivosamente cinco mil soldados”*

*(Os sertões – Campanha de Canudos, Euclides da Cunha)*

Sem dúvida, *“a arma da crítica não pode substituir a crítica das armas”*<sup>29</sup> É fundamental no Brasil um texto tão minucioso, que traça o desejo da sociedade ideal, neste solo em que há quinhentos anos a prosperidade da alguns é adubada pelo suor de muitos. Entretanto, esta crítica deve interiorizar-se na consciência de todos. O povo brasileiro não passa ileso por quinhentos anos de construção de uma sociedade fortemente hierarquizada, que reduzia o que seria uma entidade cívica e

28. Ferdinand Lassalle. *Qu’Est-ce qu’une constitution?*, Editions Sulliver, Arles, 1999, p. 56.

29. Karl Marx - Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel, in Manuscritos econômicos-filosóficos, (77-96), edições 70, Lisboa, 1989, p.86.

política a uma oferta de mão-de-obra servil. Somos herdeiros do modo de pensar autoritário, da valoração da cultura e dos interesses de uma esfera que insistia em se desenvolver de costas para os demais. O poder das palavras da Constituição revelar-se-á efetivo quando efetivamente seus pensamentos forem apropriados pelos seres humanos senhores de seus destinos, transformando o verbo em ação.

A Nação brasileira não se constitui na passividade do fluxo regular de um rio, cujo destino é conhecido. Inúmeras foram as revoltas e insatisfações, algumas mesmo ameaçadoras à estabilidade do poder em exercício. Não cabe nesta conclusão desfiarmos os nomes e as vidas que se envolveram em busca de mudanças e, se sua vitória pode ser contestável, sem dúvida, seus atos fazem parte da liga que sela o Brasil como Nação. Se não é verdade a afirmação de que o brasileiro é um povo pacífico acostumado com autoridade e exploração, menos verdadeira ainda é a afirmação de que nossa história é coroada pela derrota de lutas que deixaram intactas as relações sociais. A formação de uma Nação se dá pelo modo como as relações são constituídas, relações estas cuja complexidade extrapola a percepção chã imediata da luta pelas coisas brutas, materiais, atrás das quais segue todo o resto. Walter Benjamin lembra que *“a luta de classes é uma luta pelas coisas brutas e materiais, sem as quais não existem as refinadas e espirituais. Mas na luta de classes essas coisas espirituais não podem ser representadas como despojos atribuídos ao vencedor. Elas se manifestam nessa luta sob a forma da confiança, da coragem, do humor, da astúcia, da firmeza, e agem de longe, do fundo dos tempos. Elas questionarão sempre cada vitória dos dominadores”*<sup>30</sup> E, não raro, nas atitudes mais comezinhas encontramos as marcas dos vencidos, vencedores, nos costumes e na esperança.

É mister não esquecer, por exemplo, a Revolução Cabana desencadeada em Belém do Pará, no primeiro reinado, em 1835; a Revolução Praieira de 1848, no Recife, durante o segundo reinado; a Guerra de Canudos no sertão baiano, em 1896, no nascer da República; e, hoje, o Movimento dos Sem-Terra, protagonistas atuais da permanente guerra no campo.

A Revolução Cabana de 1835 pretendia fazer da independência recém-adquirida um movimento de afirmação do povo brasileiro. A doutrina básica dos cabanos era a independência política externa e a emancipação social interna, decorrentes da consciência de ser cidadãos, rejeitando ser súditos permanentes de colonizadores eternos.<sup>31</sup> Em oposição à cidadania parcial, do Estado brasileiro, nascido pela independência, que tipificava os filhos da terra como ‘selvagens’ objeto de ‘pacificação’, a base dominada lutava pela cidadania plena e socializada. Lutavam os brasileiros nativos por uma cidadania indivisível e plena para todos, socializando assim os direitos e os deveres.<sup>32</sup>

---

30. Walter Benjamin. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. Editora Brasiliense, São Paulo, 1985, p. 224.

31. Pasquale di Paolo. *Cabanagem – a revolução popular da Amazônia*, Edições Ccjun, Belém, 1990, p. 369.

32. cf. *idem*, p. 373.

A Revolução Praieira de 1848 desfilava vários interesses: mudança de hegemonia política, ideal republicano, insatisfação popular. Reivindicava mudanças institucionais com a convocação de uma Assembléia Constituinte para uma reforma liberal. Era a revolução para *“conquistar e construir uma pátria”* Voto universal, direito ao trabalho, proteção ao comércio interno, independência dos poderes eram algumas das reivindicações mais radicais do movimento, angariando com facilidade a força dos homens livres e desapossados. *“Mais do que um movimento político era assim um movimento popular. A praia era a maioria, era quase o povo pernambucano todo”*<sup>33</sup>

Severamente reprimida, sob o lema ‘poupar os submissos e debelar os soberbos’, as autoridades, após a repressão armada, adotavam uma campanha de desmoralização do movimento e de seus líderes, prática que se tornou constante na vida pública brasileira.

O episódio de Canudos, dos mais violentos embates contra civis no Brasil, mostra um misto de fervor religioso e obstinação daqueles cujo único patrimônio era a própria vida. Numa região assolada pela seca, os sertanejos unem-se à figura messiânica e nostálgica de Antônio Conselheiro, que lhes dava esperança de dias melhores pela religiosidade e pela volta da monarquia. Em torno destes ideais, fundaram um povoado que atingiu 5 mil moradias. Tomando ciência destas habitações, o Governo central manda tropas da República para dissolvê-las. Na sua marcha pelo sertão, a tropa assustava àqueles que viviam sua vida e de quem o Estado nunca se lembrou, que partiam fugidos de suas casas, levando a notícia a Canudos de que este povoado era o alvo dos militares em marcha. A multidão organizou-se com seus utensílios de trabalho, atacaram na surpresa a primeira tropa. Quatro tropas serão necessárias para acabar com o vilarejo de Canudos e toda sua população. Não houve prisões, não houve processo, e ao final mal se sabiam as razões do ataque.

De comum nestes episódios está o distanciamento do Estado - seus atos e políticas - da maior parte da população. A formação do povo por segmentos estamentais e a incompreensão da diversidade brasileira nega sistematicamente a solidariedade e a cooperação – verdadeiras amarras da sociedade. Somos um povo assentado em grande território, bastante diverso pela construção cultural, unidos pela língua e – talvez – por um certo ufanismo epicurista por nossas riquezas sensuais (nossa geografia incomparável, nossas praias as mais belas, nossa comida - a mais saborosa, nossas músicas as melhores).

Encerrar este lampejo dos passos do Estado e da Nação brasileira requer a voz daqueles que, com genialidade, expressam o amor ao país e ao povo que o constitui. Precisamos tornar nossa sociedade responsável pelas crianças e anciãos, apregoa Darcy Ribeiro. E *“isso só se alcançará através da garantia de pleno emprego, que supõe uma reestruturação agrária, porque ali é onde mais se pode multiplicar as*

---

33. Joaquim Nabuco. *Um Estadista do Império*. Topbooks, t. 1, p. 74/75.



*oportunidades de trabalho produtivo*”<sup>34</sup> É, sem dúvida, na diversidade das regiões que estão as raízes de nossa riqueza cultural, repisa Celso Furtado. Mas a preservação dessa riqueza exige que o desenvolvimento material se difunda por todo o território nacional<sup>35</sup> A solidariedade é mais rica no diverso, onde a cooperação se materializa na construção do outro e não na reprodução do mesmo. O poder da originalidade e da criatividade aflora em todos os momentos da história em que o povo brasileiro se reconhece como unidade, no fado de um destino comum, isto é, como Nação.

São Paulo, março de 2002.

---

34. Darcy Ribeiro. *opus cit.*, p. 200.

35. Celso Furtado. “Nova Concepção do Liberalismo”, in *O Longo Amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1999, p. 46-7.



## **DIREITO CIVIL**



# CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Antonio Junqueira de Azevedo*  
Professor Titular da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

A acepção insular da pessoa; a concretização do princípio constitucional da dignidade humana à luz da nova ética; o princípio da dignidade humana é a consistência ao respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência entre os homens são alguns dos itens abordados neste trabalho pelo autor civilista.

## Abstract:

The person's insular meaning; the concretion of the constitutional principle of human dignity towards a new ethics light; the principle of human dignity is the consistence of the respect to the minimum pretexts of freedom and companionship between men are the itens approached in this article by the civilist author.

**Unitermos:** dignidade humana; nova ética; intangibilidade da vida humana; concretização da dignidade humana.

## 1. Introdução.

A utilização da expressão “*dignidade da pessoa humana*” no mundo do Direito é fato histórico recente. Muitas civilizações, graças a seus heróis e santos, respeitaram a dignidade da pessoa humana, mas juridicamente a tomada de consciência, com a verbalização da expressão, foi um passo notável dos tempos mais próximos.<sup>1</sup> “*Da dignidade da pessoa humana tornam-se os homens de nosso tempo sempre mais cômicos*” (“*Declaração Dignitatis Humanae Sobre a Liberdade Religiosa*” de Paulo VI e do Concílio Vaticano II, em 7 de dezembro de 1965). Tomada em si, a expressão é um conceito jurídico indeterminado; utilizada em norma, especialmente

---

1. Parece que a expressão em causa surgiu pela primeira vez, nesse contexto preceptivo em que hoje está sendo usada, em 1945, no “*Preâmbulo*” da Carta das Nações Unidas (“*dignidade e valor do ser humano*”). A palavra “*dignidade*”, porém, utilizada em contexto ético, não-jurídico, para o ser humano, já está muito precisamente em Kant, que opõe “*preço*” “*Preis*”, para tudo que serve de meio, à “*dignidade*”, “*Würde*”, para o que é um fim em si mesmo, o valor intrínseco do ser racional (para o citado filósofo, somente o homem está nessa condição). Citamos Kant por via de tradução francesa dos “*Fundamentos da Metafísica dos Costumes*” (p. 80). Os dados completos de todas as citações estão na bibliografia final.

constitucional, é princípio jurídico.<sup>2</sup> É sob essa última caracterização que está na Constituição da República, eis que aí aparece entre os “*princípios fundamentais*” (art. 1º, III).

Com ligeiras diferenças de redação, também utilizam a expressão, exemplificativamente: 1. a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), tanto em seu primeiro “*considerando*” quanto em seu primeiro artigo. “*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*” E art. 1º: “*Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”; 2. a Constituição da República Italiana (1947): “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais*” (art. 3º, 1ª parte); 3. a “*Lei Fundamental*” da Alemanha (1949): “*A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público*” (art. 1.1); 4. a Constituição da República Portuguesa: “*Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*” (art. 1º).<sup>3</sup> E: “*Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*” (art. 13., 1ª alínea).

Infelizmente, porém, o acordo sobre palavras, “*dignidade da pessoa humana*”, já não esconde o grande desacordo sobre seu conteúdo. Há hoje duas diversas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à idéia de sua dignidade; de um lado, há a *concepção insular*, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros – é a concepção para cujo fim queremos colaborar porque se tornou insuficiente, – e, de outro, a concepção

---

2. Os conceitos jurídicos indeterminados são assim chamados porque seu conteúdo é mais indeterminado que o dos conceitos jurídicos determinados (exemplo destes, os numéricos, - dezoito anos, 24 horas -, daqueles, “*casa particular*”). Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser *descritivos* (ex. patrimônio, cobrança) ou *normativos* (ex. justa causa, boa-fé) (cf. English, “*Introdução ao Pensamento Jurídico*”, 1988, p. 210). Os normativos exigem valoração. No caso da dignidade humana, o conceito, além de normativo, é *axiológico* porque a dignidade humana é *valor* – a dignidade é a expressão do valor da pessoa humana. Todo “*valor*” é a projeção de um bem *para alguém*; no caso, a pessoa humana é o *bem* e a dignidade, o seu *valor*, isto é, a sua projeção. Princípio jurídico, por sua vez, é a idéia diretora de uma regulamentação (Cf. Larenz, “*Derecho justo*”, 1985, p. 32). O princípio jurídico não é regra, mas é *norma jurídica*; exige não-somente interpretação, mas também concretização.

3. A redação de 1976, repetida em 1982, por ocasião da primeira revisão, era: “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes*”. Depois, em 1989 (2ª revisão), a redação passou a: “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”. Hoje, após a 3ª revisão, o teor do art. 1º é o que consta do texto *supra*. O artigo “*O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade Humana*”, de Nobre Júnior (2001), enumera diversas outras Constituições que abrigam o princípio da dignidade. O livro “*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*”, de Comparato (2001), por sua vez, traz e comenta as mais importantes declarações de direitos humanos.

própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade, que também os animais superiores possuem, ou na autoconsciência, que pelo menos os chimpanzés também têm, e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem. A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.

Do ponto de vista ontológico, ou de visão da realidade, a concepção insular da pessoa humana é dualista: homem e natureza não se encontram, estão em níveis diversos; são respectivamente sujeito e objeto. O homem, “rei da criação” vê e *pensa* a natureza. Somente o homem é racional e capaz de querer. O homem é radicalmente diferente dos demais seres; somente ele é auto-consciente. A natureza é fato bruto, isto é, sem valor em si. A segunda é monista: entre homem e natureza, há um *continuum*; o homem faz parte da natureza e não é o único ser inteligente e capaz de querer, ou o único dotado de autoconsciência. Há, entre os seres vivos, um *crecendo* de complexidade e o homem é o último elo da cadeia. A *natureza* como um todo é um *bem*. E a *vida*, o seu *valor*.

Do ponto de vista antropológico, em segundo lugar, o homem não é u’a “mente”, que *tem um corpo*; ele todo é *corpo*. O racionalismo iluminista, que deu origem à concepção insular, corresponde visualmente à figura do homem europeu: o terno que veste deixa-lhe à mostra somente a cabeça e as mãos (= razão + ação, ou vontade); o resto do corpo é a parte oculta do *iceberg*, – a natureza física, cuja essência, no homem, aquela filosofia ignora.<sup>4</sup> Essa parte do corpo – (entre parêntesis, observamos que insensivelmente “o corpo” é pensado por nós muitas vezes à européia, como sendo a parte de nosso ser que não é a cabeça) – essa parte do corpo, repetimos, é considerada uma “máquina” ou um “mecanismo” tido pela mente. Mas a mente também é corpo!

O desconhecimento do valor da natureza, inclusive da natureza no homem, é, assim, a primeira grande insuficiência de concepção insular. A segunda é, justamente, seu caráter fechado, subjetivista. Quer como razão e vontade, quer como autoconsciência, a concepção insular age com redução da *plenitudo hominis*, retirando

---

4. O presente texto resulta de comunicação feita em congresso realizado em Ouro Preto, onde há, em algumas igrejas, “*santos de roca*” da época do Iluminismo; essas imagens também servem muito bem para ilustrar a concepção insular da pessoa humana: somente tem cabeça e mãos, o resto é “*roupa*”. Não deixa de ser curioso observar como essas imagens *não* são apreciadas pelos brasileiros. É claro – elas não correspondem à nossa formação africana e indígena que valoriza o corpo e a vida. Jorge Miranda (“Manual de Direito Constitucional”, IV, p. 36) assim se expressa sobre os valores da África tradicional: “*A inviolabilidade da vida e a entreatada dos membros da comunidade são os valores fundamentais da ordem colectiva. Procura-se, acima de tudo, a vida em harmonia com os outros, com a Natureza e com os espíritos que a povoam e animam*”. Nesse sentido, a nova ética, que defendemos, por ser mais abrangente, é até mesmo mais “*brasileira*” que a insular sempre tão “*européia*”.

do ser humano justamente o que ele tem de realmente específico: seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar, e sua vocação espiritual.

Apesar dos desvios, dos rumos dispersos, dos caminhos sem saída, a evolução dos seres vivos, vista a longuíssimo prazo, revela aumento progressivo de complexidade – dos seres unicelulares, como a bactéria, aos pluricelulares, passando aos vegetais, aos animais invertebrados, aos vertebrados, e vindo até o homem. Entre o mais remoto e o mais recente dos seres, há mudanças de nível com a *emergência de novas faculdades*, sempre, porém, sem quebra da continuidade: à simples vida, foram se acrescentando a mobilidade, a sensibilidade, a inteligência e a vontade, a autoconsciência e, finalmente, a projeção para o próximo, com a capacidade de dialogar, e a potencial abertura para o absoluto.<sup>5</sup> Ao tentar fixar a especificidade do homem, a concepção insular pára na inteligência e na vontade, que são faculdades comuns aos homens e animais superiores, ou pára na autoconsciência, comum pelo menos ao homem e ao chimpanzé.<sup>6</sup> O que, de fato, é específico do homem é omitido por ela. Daí, com graves conseqüências jurídicas, o lento deslizar intelectual no entendimento da dignidade

5. Do início da vida na Terra até a projeção para o próximo, com o uso da linguagem, há um *continuum* (imanência). A abertura para o absoluto é potencial; para transformá-la em ato é preciso uma decisão fundamental, amar. Amar é a decisão fundamental que inventa a transcendência.

6. A autoconsciência é atribuída pela etologia também aos chimpanzés (e talvez aos orangotangos) especialmente por causa da chamada “experiência do espelho” “*Enquanto quase todos os mamíferos que se orientam pela visão tentam inicialmente pesquisar ou olhar atrás do espelho, somente duas espécies não-humanas de mamíferos – chimpanzés e orangotangos – parecem entender que eles estão se vendo no espelho. Essa situação especial desses macacos é conhecida há muito tempo. Em 1922, Anton Pertielje, um naturalista holandês, observou que, enquanto os símios não compreendiam a relação entre sua imagem e eles mesmos, um orangotango olhava atentamente em primeiro lugar para sua imagem no espelho mas então também para o que estava atrás de si e sua crosta de comida no espelho ... obviamente entendendo o uso do espelho.*

*De modo semelhante, o psicólogo de orientação “gestalt”, Wolfgang Köhler, em 1925, comentou a respeito do profundo interesse dos chimpanzés por sua própria imagem; eles continuavam a brincar com o espelho, fazendo faces estranhas para si mesmos e testando os objetos refletidos com o objeto real, olhando para a frente e para trás entre os dois. Símios, pelo contrário, reagiam com expressões faciais sem significado: viam seu próprio reflexo como de outro indivíduo, tratando-o como um estranho de seu próprio sexo e espécie.*

*Uma evidência convincente derivou de uma sofisticada experiência de Gordon Gallup, um psicólogo comparatista americano. Um indivíduo recebia, sem se dar conta, uma mancha de tinta num lugar específico, como sobre a sobrancelha, invisível sem o espelho. Guiado por sua imagem refletida, chimpanzés e orangotangos – como as crianças com mais de 18 meses – esfregavam a mancha com sua mão e olhavam os dedos que tinham sido usados, reconhecendo que a mancha colorida estava no próprio rosto. Outros primatas – como crianças com menos de 18 meses – não faziam essa conexão. Gallup foi a ponto de equiparar auto-reconhecimento com autoconsciência, e esta, por sua vez, com múltiplas habilidades mentais. A lista dessas habilidades inclui atribuição de intenção aos outros, enganos intencionais aos outros, reconciliação e empatia. Em resumo, seres humanos e macacos superiores (“apes”) entram num terreno cognitivo que os coloca à parte de outras formas de vida” (De Waal, “Good Natured”, 1996, p. 67). No original: “While almost all visually oriented mammals initially try to reach or look behind a mirror, only two nonhuman species - chimpanzees and orangutans - seem to understand that they are seeing themselves. The special status of these apes has been recognized for a long time. In 1922 Anton Pertielje, a Dutch naturalist, remarked that, whereas monkeys fail to understand the relation between*



da pessoa humana, de “autonomia individual”, para “qualidade de vida”, quando, então, algo que deveria ser radical passa a ser tão relativo quanto viver melhor ou pior. A concepção insular, antropocêntrica e subjetivamente fechada, já não garante juridicamente o ser humano; infelizmente, ela pode levar a abusos e desvios, entre os quais o caso da eutanásia é paradigmático.<sup>7</sup>

Se as concretizações jurídicas da dignidade segundo ambas as concepções são muitas vezes idênticas, em pontos fundamentais divergem radicalmente. Segue-se, então, por força desse diverso entendimento do que seja pessoa humana, um absurdo jurídico: o mesmo texto normativo constitucional, usado para fundamentar tanto a permissão da introdução quanto a proibição da introdução, da eutanásia, do abortamento, da pena de morte, da manipulação de embriões, do exame obrigatório de DNA, da proibição de visitar os filhos etc. “*A confusão é geral*” (Machado de Assis).

É preciso, pois, aprofundar o conceito de dignidade da pessoa humana. A pessoa é um bem e a dignidade, o seu valor.<sup>8</sup> O Direito do século XXI não se contenta

---

*their reflections and themselves, an orangutan attentively looks firstly at his mirror image, but then also at his behind and his crust of bread in a mirror... obviously understanding the use of a mirror.*

*Similarly, the German gestalt psychologist Wolfgang Köhler in 1925 commented on the lasting interest of chimpanzees in their mirror image; they continue to play with it, making strange faces at themselves and checking reflected objects against the real thing by looking back and forth between the two. Monkeys, in contrast, react with facial expressions that are anything but frivolous: they regard their reflection as another individual, treating it as a stranger of their own sex and species.*

*Compelling evidence was derived in the 1970s from elegant experiments by Gordon Gallup, an American comparative psychologist. An individual unknowingly received a dot of paint in a specific place, such as above the eyebrow, invisible without a mirror. Guided by their reflection, chimpanzees and orangutans – as well as children more than eighteen months of age – rubbed the painted spot with their hand and inspected the fingers that had touched it, recognizing that the coloring on the reflected image was on their own face. Other primates – and younger children – failed to make this connection. Gallup went on to equate self-recognition with self-awareness, and this in turn with a multitude of sophisticated mental abilities. The list encompassed attribution of intention to others, intentional deception, reconciliation, and empathy. Accordingly, humans and apes have entered a cognitive domain that sets them apart from all other forms of life” (De Waal, “Good Natured”, 1996, p. 67).*

7. Escreve Etienne Montero (“Cahiers”, n. 3, 1998) contra a chamada “cutanásia direta”: “*A alguns agradaria fazer-nos crer que, ao privilegiar o respeito à autonomia individual (cada um é juiz da sua própria dignidade e decide o momento de sua morte), a legalização é a única solução admissível em um estado pluralista e laico. Mas estão muito equivocados: ao plasmar em um texto legal – cuja vocação é estruturar comportamentos – o princípio da eutanásia, inclusive a voluntária, o legislador avalizaria a controversa noção de “qualidade de vida”, impondo-a todos*”

8. A concretização da idéia de dignidade da pessoa humana exige um tomada de posição implícita ou explícita sobre o que seja “pessoa humana”. A ética supõe a antropologia (filosófica). “*Esta es la razón por la que la historia de la filosofía es la historia del encuentro secular entre antropología y ética. La rama de la ciencia que tiene como objetivo el estudio global del bien y del mal moral – éstos son los objetivos de la ética – no puede prescindir del hecho de que el bien y el mal se manifiestan en las acciones, y a través de las acciones se convierte en parte del hombre. Se pueden encontrar ejemplos tan antiguos como la Ética a Nicómaco. Y aunque en la filosofía moderna, especialmente en el pensamiento filosófico contemporáneo, existe una clara tendencia de la antropología (este terreno está ahora sometido a la exploración de la psicología y la sociología moral), no es posible eliminar completamente las implicaciones antropológicas de la ética*” (Karol Wojtyła, “Persona y acción”, 1982, p. 13).

com os conceitos axiológicos formais, que podem ser usados retoricamente para qualquer tese. Mal o século XX se livrou do vazio do “*bando dos quatro*” – os quatro conceitos jurídicos indeterminados: função social, ordem pública, boa-fé, interesse público<sup>9</sup> –, preenchendo-os, pela lei, doutrina e Jurisprudência, com alguma diretriz material, que surge, agora, no século XXI, problema idêntico com a expressão “*dignidade da pessoa humana*”! No presente artigo, após a crítica da dignidade como autonomia individual, fundada na concepção insular da pessoa humana (parte “II”, a seguir), faremos uma tentativa de determinação do conteúdo da dignidade, segundo uma nova ética – a ética da vida e do amor – (parte “III”).

## 2. A concepção insular de pessoa.

Em pelo menos três áreas, o avanço do conhecimento científico pôs abaixo a visão insular da pessoa. Essas áreas são: a biologia, com a explicação da evolução das espécies; a etologia – estudo do comportamento dos animais na natureza –, especialmente a primatologia, com o aprimoramento das observações; e as ciências cognitivas, com as descobertas sobre o cérebro humano.

Após indagar para si mesmo *o que é o homem*, o zoologista G. G. Simpson escreveu: “*O ponto que quero agora deixar registrado é que todas as tentativas para responder a essa questão feitas antes de 1859 são sem nenhum valor (“worthless”) e é melhor que as ignoremos completamente*” (apud Richard Dawkins, “*The Selfish Gene*”, 1998, p. 1). De fato, desde 1859, ano da publicação da “*Origem das Espécies*” qualquer idéia do homem como ser desvinculado de uma ancestralidade primata tornou-se insustentável. As pesquisas paleontológicas, no ponto a que chegamos, com a certeza da sucessão dos diversos tipos de antropóides (a partir de 35 milhões de anos) e, em seguida, dos vários tipos de hominóides (a partir de 25 milhões de anos), depois os hominídeos (há seis ou cinco milhões de anos), até chegar às muitas espécies do gênero *homo* (desde aproximadamente 2,5 milhões de anos *h. habilis*, *h. erectus*, *h. neanderthalensis*, *h. sapiens* arcaico etc.), e, finalmente, ao moderno *homo sapiens* (mais ou menos 150 mil anos atrás), não permitem aquela conclusão dos sábios iluministas de que somente o homem é dotado de razão e vontade. Da bipedia (entre oito e cinco milhões de anos) à utilização de instrumentos de pedra (2,5 milhões de anos), do aumento do cérebro (iniciada há 2,5 milhões de anos) à descoberta do fogo (700 mil), daí à linguagem (já “*protolinguagem*” com o *homo habilis* e linguagem somente com o moderno *homo sapiens*?) e aos cuidados especiais com os mortos (100 mil anos), são sempre alguns milhares de anos de evolução, demonstrando, numa

---

9. O conceito de função social veio a ter, afinal, diretrizes materiais na própria Constituição da República (art. 182 e seus §§ e art. 186); o de ordem pública, com a divisão doutrinária entre ordem pública de direção, em decadência, e ordem pública de proteção, em ascensão, e, ainda, com a separação das leis de ordem pública, do *princípio* de ordem pública, ganhou precisão. O de boa-fé foi tão trabalhado pela doutrina que dispensa comentários. Do “*bando dos quatro*”, somente o conceito de “*interesse público*” mantém, ainda, infelizmente, grande indefinição.

determinada linha de primatas, o progressivo aumento das faculdades existenciais. Essas emergências vitais da evolução vão colocando os novos seres em níveis cada vez mais elevados de complexidade. Não é possível, portanto, manter a convicção de que aquelas faculdades (razão, vontade, autoconsciência) já teriam surgido no homem prontas como as conhecemos hoje, tal qual Minerva da cabeça de Júpiter, ou seja, que ou teriam sido criadas com o próprio homem em um momento único, ou teriam sido acrescentadas a um “suporte” (o macaco ancestral), de repente, não se sabe bem como.

Acresce a isso que a etologia comprova o que qualquer bom observador, não contaminado pelo racionalismo europeu, sabe: animais, como burros, cavalos, cachorros, macacos, *pensam e querem*. É de se ver com que persistência os burros se esforçam para fazer o que desejam! E como é comum crianças de fazenda se queixarem aos pais de que o cavalo em que estão montadas “só pensa em comer”!<sup>10</sup> Os cachorros, por sua vez, como seus donos sabem, têm consciência do que é proibido e do que é permitido; envergonham-se quando erram e orgulham-se quando acertam. São impressionantes, por fim, os relatos de solidariedade, amizade e colaboração entre os macacos antropóides (“*apes*” – chimpanzés, gorilas, orangotangos)! (cf. as exposições feitas por De Waal, “*Good Natured*” 1996, *passim*).<sup>11</sup>

Nesse campo, não têm nenhuma razão grandes nomes da filosofia, como Descartes e Kant, o primeiro, ao afirmar que os animais são “*máquinas que se movem*” e o segundo, ao reduzi-los a “*coisas*”. Descartes, depois de escrever que a alma é que pensa e que os animais não têm alma e, portanto, não pensam, nem tem vontade, transforma-os em “*robots*” naturais (“*autômatos*” na sua linguagem). “*O que não parecerá nada estranho às pessoas que, sabendo como a indústria dos homens pode fazer autômatos, ou máquinas móveis, empregando poucas peças, comparando com a*

10. É preciso não confundir vontade (= capacidade interna de decisão) e liberdade (liberdade natural). Admitamos, para argumentar, que a vontade dos animais não é livre - as decisões dos animais seriam determinadas pela natureza e suas circunstâncias -... mas, perguntamos, não seria essa a mesma situação, somente mais complexa, a do homem? A diferença não seria somente de grau? Um computador aperfeiçoadíssimo, alimentado com *todos* os dados de uma situação e mais *todos* os dados individuais de alguém (dados genéticos, o passado vivido e registrado psicologicamente, o atual estado físico) não revelaria previamente que decisão esse alguém tomaria naquela situação? Com exceção do ato fundamental da liberdade moral, amar ou não amar (ver nota 5), e a possibilidade de praticar os atos com amor ou sem amor, haveria mesmo liberdade (liberdade natural)? *Com exceção da capacidade de amar, parece que os animais superiores, como o homem, têm alguma liberdade de querer, variando a extensão do “espaço de escolha” de cada um, ou nenhum dos dois têm nenhuma.*

11. O autor citado no texto, a propósito de macacos alcijados ou mentalmente prejudicados, mas perfeitamente integrados no grupo, chega a se referir a uma “*survival of the unfittest*” (“*sobrevivência dos inaptos*”). “*O altruísmo não é exclusivo da nossa espécie. De fato, sua presença em outras espécies, e o teórico desafio que isso representa, é o que deu origem à sociobiologia – o estudo contemporâneo do comportamento animal (inclusive humano) de uma perspectiva evolucionista. Ajudar os outros a um custo ou risco de si mesmo é algo muito difundido no mundo animal (“Good Natured”, p. 12). “Altruism is not limited to our species. Indeed, its presence in other species, and the theoretical challenge this represents, is what gave rise to sociobiology – the contemporary study of animal (including human) behavior from an evolutionary perspective. Aiding others at a cost or risk to oneself is widespread in the animal world” (“Good Natured”, p. 12).*

pluralidade de ossos, músculos, nervos, artérias, veias e todas as demais partes do corpo animal, considerarão esse corpo como uma máquina que, tendo sido fabricada pelas mãos de Deus, é incomparavelmente melhor ordenada e tem em si movimentos mais admiráveis que qualquer uma das que podem ser inventadas pelos homens”<sup>12</sup> (“Discours de la méthode”, 5ª parte). Como diz Hans Jonas (“Le principe responsabilité”, 1995, p. 127), é inegável a presença de “elementos subjetivos” no agir e sofrer dos animais; negar essa presença é uma “violência dogmática”. E, sobre essa negação ideológica cartesiana da subjetividade animal, escreve: “Mas a razão totalmente artificial de tal negação, a saber o decreto de Descartes (sic) de que a subjetividade como tal somente pode ser racional e, portanto, existir somente no homem, não convence o observador razoável e qualquer proprietário de cachorro poderá zombar dessa observação”<sup>13</sup>

Kant, por sua vez, escreve: “Todos os objetos de nossas inclinações têm somente um valor condicional, porque, se as inclinações e as necessidades que delas derivam não existissem, esses objetos seriam sem valor. Mas as próprias inclinações ou as fontes de nossas necessidades tampouco têm um valor absoluto e tampouco merecem serem desejadas por si mesmas que todos os seres racionais devem querer se livrar inteiramente delas. Assim, o valor de todos os objetos, que nós podemos conseguir por nossas ações, é sempre condicional. Os seres, cuja existência não depende de nossa vontade, mas da natureza, têm somente, se são seres privados de razão, um valor relativo, o de meios, e eis por que são chamados de coisas, enquanto que, ao contrário, dá-se o nome de pessoas aos seres racionais, porque sua própria natureza os fez como fins em si, isto é, algo que não pode ser empregado como meio, e que, em consequência, restringem na mesma proporção a liberdade de cada um (e, por sua vez, lhe é um objeto de respeito)”<sup>14-15</sup>

---

12. No original: “Ce qui ne semblera nullement étrange à ceux qui, sachant combien de divers automates, ou machines mouvantes, l’industrie des hommes peut faire, sans y employer que fort peu de pièces, à comparaison de la grande multitude des os, des muscles, des nerfs, des artères, des veines, et de toutes les autres parties qui sont dans le corps de chaque animal, considéreront ce corps comme une machine qui, ayant été faite des mains de Dieu, est incomparablement mieux ordonnée, et a en soi des mouvements plus admirables, qu’aucune de celles qui peuvent être inventées par les hommes”. Sobre as considerações de Descartes e de seus seguidores, a respeito dos animais, v. Gontier, “De l’homme à l’animal”, *passim*.

13. No original: “Mais la raison totalment artificielle d’une telle négation, à savoir le décret de Descartes (sic) que la subjectivité comme telle peut seulement être raisonnable et doit donc exister seulement dans l’homme, ne lie pas l’observateur raisonnable et n’importe quel propriétaire de chien pourra s’en gausser” (reforços gráficos nossos).

14. No original: “Tous les objets des inclinations n’ont qu’une valeur conditionnelle; car si les inclinations et les besoins qui en dérivent n’existaient pas, ces objets seraient sans valeur. Mais les inclinations mêmes, ou les sources de nos besoins, ont si peu une valeur absolue et méritent si peu d’être désirées pour elles-mêmes, que tous les êtres raisonnables doivent souhaiter d’en être entièrement délivrés. Ainsi la valeur de tous les objets, que nous pouvons nous procurer par nos actions, est toujours conditionnelle. Les êtres dont l’existence ne dépend pas de notre volonté, mais de la nature, n’ont aussi, si ce sont des êtres privés de raison, qu’une valeur relative, celle de moyens, et c’est pourquoi on les appelle

Felizmente, o BGB, seguindo o Código Civil austríaco, é hoje bem mais realista; em 1990, seu texto foi alterado: o título “*Coisas*” (*Sachen*) da Parte Geral passou a ser “*Coisas. Animais*” (*Sachen. Tiere*) e o § 90 atualmente dispõe: “Os animais não são coisas. Os animais são tutelados por lei específica. Se nada estiver previsto, aplicam-se as disposições válidas para as coisas” Além disso, em caso de dano ao animal (§ 251.2), o juiz não pode recusar a tutela específica, ainda que os custos da cura sejam maiores que o valor econômico hipotético do animal.

Finalmente, as ciências cognitivas, por vários meios, especialmente pela observação das consequências de lesões cerebrais acidentais,<sup>16</sup> pela realização de ressonância magnética e de eletroencefalografia, pela utilização dos processos PET (câmaras de pósitrons),<sup>17</sup> e, finalmente, pela conjugação das análises químicas e dos estados mentais<sup>18</sup>, têm, com alguma segurança, comprovado que os processos de sensações, ordenação das sensações e impressões internas (pensamentos) são físicos ou no mínimo tem total correspondência física.

É patente, pois, a insuficiência teórica da concepção da pessoa humana como ser auto-consciente, racional e capaz de querer. Fundamentar toda a nossa dignidade numa “autonomia” individual, que, além de duvidosa, não é evidentemente absoluta e acaba sendo vista somente como “qualidade de vida” a ser decidida subjetivamente, não basta.

A enormidade dos avanços da tecnologia chegou a um ponto que não só põe em perigo a vida do planeta, como, no que diz respeito ao tema desse artigo, permite a plena manipulação da natureza humana, por meio da biomedicina. A velha

---

*des choses, tandis qu'au contraire on donne le nom de personnes aux êtres raisonnables, parce que leur nature même en fait des fins en soi, c'est-à-dire quelque chose qui ne doit pas être employé comme moyen, et qui, par conséquent, restreint d'autant la liberté de chacun (et lui est un objet de respect)”*

15. O trecho de Kant nos “*Fundamentos da Metafísica dos Costumes*” é muito citado porque, a todos os personalistas, agrada a idéia do homem como fim, e nunca como meio. Isto está bem, mas Kant, além dos erros filosóficos de negar valor em si à natureza e à vida em geral e de incluir os animais entre as “*coisas*” – esse erro é, hoje, erro também jurídico em seu próprio país -, expressa a idéia de pessoa como fim, sem ligação lógica com a moral formal que ele sustenta com base no imperativo categórico. Sua concepção de pessoa - certa, no resultado – não se deduz de seus raciocínios formais. “*En vérité, doit-on ajouter; l'intuition morale de Kant était plus grande que ce que dictait la logique du système. Le vide particulier auquel conduiit “l'impératif catégorique” purement formel avec son critère de la possibilité d'universaliser sans contradiction la maxime du vouloir, a été remarqué maintes fois. Mais Kant lui-même ratchet le simple formalisme de son impératif catégorique par un principe de comportement “matériel” qui prétendument en découle, alors qu'en vérité il lui est surajouté: le respect de la dignité des personnes en tant qu'elles sont leurs propres fins. Le reproche de vide ne vaut certainement pas pour cela!”*

16. O caso mais célebre é o de Phincas Gage que sobreviveu à lesão cerebral causada por barra de ferro, em 1868 (cf. Jean-Pierre Changeux et Paul Ricoeur, “*Ce qui nous fait penser*”, p. 172). Mas, depois, as observações se multiplicaram (cf. Antonio Damásio, “*O Mistério da Consciência*”, *passim*).

17. Cf. Changeux et Ricoeur, p. 62.

18. Entra aqui toda a questão dos neurotransmissores (cf. Master e McGuire “*The Neuro-transmitter Revolution*”, *passim*), de que, apesar de sua importância, não trataremos para não cansar o leitor.

ética já não resolve essas novas situações. Diferentemente, conforme a ética da vida e do amor, as soluções existem.

O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um *imperativo jurídico categórico*. Em seguida, numa ordem lógica, e como conseqüência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como conseqüência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são *imperativos jurídicos relativos*. Além disso, devem ser obedecidos segundo sua hierarquia.

### 3. Concretização do princípio constitucional da dignidade humana à luz da nova ética.

A vida genericamente considerada consubstancia o valor de tudo que existe na natureza. Esse valor existe por si; ele independe do homem. Do primeiro ser vivo até hoje, há um fluxo vital contínuo; todo ser vivo tem sua própria centelha de vida, mas cada centelha individual surge do fogo que, desde então, queima na Terra e, nesse fogo, cada centelha se insere como parte no todo. A vida em geral fundamenta o Direito Ambiental e o Direito dos Animais. Todavia, é, sem dúvida, a vida humana, que, sob o aspecto ontológico, representa sua parte excelente. Por isso, a vida humana – globalmente e em cada uma de suas centelhas – deve merecer a maior atenção do jurista. Sob o ponto de vista que nos interessa, isto é, de cada pessoa humana, a vida é condição de existência. O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como *pressuposto a intangibilidade da vida humana*. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade.

O pressuposto de um princípio não é uma conseqüência do princípio; sua exigência é radical. Um princípio jurídico, ao se concretizar, exige sempre um trabalho de modelação para adaptação ao concreto; nesse trabalho, a intensidade da concretização poderá ser maior ou menor. Até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra (e, portanto, alguma coisa da dignidade de uma poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade da outra). Diferentemente, o pressuposto desse princípio fundamental impõe concretização

radical; ele logicamente não admite atenuação. Se afastado, nada sobra do princípio da dignidade. E esse princípio, se pudesse ser totalmente eliminado, não seria princípio fundamental. O preceito da intangibilidade da vida humana, portanto, não admite exceção; é absoluto e está, de resto, confirmado pelo *caput* do art. 5º, da Constituição da República. Vejamos algumas de suas concretizações.

Deixando de lado o que ninguém contesta, a licitude da suspensão do “*empenho terapêutico*”<sup>19</sup> a primeira concretização da intangibilidade da vida humana, no campo polêmico de hoje, há de ser a *proibição da eutanásia* (dita, às vezes, “*eutanásia-direta*”). O médico que concorda em praticar a eutanásia, porque o interessado declarou vontade nesse sentido, está admitindo implicitamente a falta de valor intrínseco da vida de seu paciente. Como diz Montero (“*Rumo a uma legalização...*” 1998): “*É claro que o fundamento não reconhecido da eutanásia se baseia na idéia de que algumas vidas não valem (mais) a pena serem vividas. A decisão de praticar a eutanásia não se apóia nunca apenas na vontade do doente, mas é sempre o resultado de um juízo de valor sobre a qualidade de vida*” O próprio suicídio fere o princípio da intangibilidade da vida humana, porque não há, quanto à vida, *jus in se ipsum* – na qualificação “*licito/ilícito*”. é ato ilícito, ainda que sem sanção. Toda vida individual se insere no fluxo vital coletivo, de tal forma que o titular não é o soberano absoluto de sua vida; a vida de cada um é valor que, mediatamente, a todos interessa.

Uma segunda concretização da intangibilidade da vida humana é a *proibição do abortamento do embrião*, isto é, a interrupção voluntária da gravidez. A célula una (zigoto), resultante da fusão dos gametas e, em seguida, multiplicada por desenvolvimento interno no ventre materno, é, sem dúvida, um novo ser humano que já recebeu sua própria parcela de vida, já se inseriu com individualidade no fluxo vital contínuo da natureza humana. Tem vida própria e, no mínimo, capacidade para ser amado. Filosoficamente, ou eticamente, é, pois, pessoa humana. Do ponto de vista jurídico, pode não ter “*personalidade civil*” (art. 4º do Código Civil e art. 2º do novo Código), mas já é sujeito de direito (art. 4º, última parte, do Código Civil e art. 2º última parte, do novo Código). Constitucionalmente, não há, por fim, como negar que

---

19. Catécismo da Igreja Católica (edição francesa, ns. 2.278/2.279): “*A cessação dos procedimentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionados em relação aos resultados esperados, pode ser legítima. É a recusa do “empenho terapêutico”. Ninguém, assim, quer dar a morte; somente aceita de não a poder impedir*”. No original: “*La cessation de procédures médicales onéreuses, périlleuses, extraordinaires ou disproportionnées avec les résultats attendus, peut être légitime. C’est le refus de “l’acharnement thérapeutique” On ne veut pas ainsi donner la mort; on accepte de ne pas pouvoir l’empêcher*”. E o texto continua: *Les décisions doivent être prises par le patient s’il en a la compétence et la capacité, ou sinon par les ayants droit légaux, en respectant toujours la volonté raisonnable et les intérêts légitimes du patient.*

*Même si la mort est considérée comme imminente, les soins ordinairement dus à une personne malade ne peuvent être légitimement interrompus. L’usage des analgésiques pour alléger les souffrances du moribond, même au risque d’abrégé ses jours, peut être moralement conforme à la dignité humaine si la mort n’est pas volue, ni comme fin ni comme moyen, mais seulement prévue et tolérée comme inévitable. Les soins palliatifs constituent une forme privilégiée de la charité désintéressée. A ce titre ils doivent être encouragés”* (reforços gráficos nossos).

o feto assim constituído está protegido tanto pelo princípio da dignidade da pessoa humana que pressupõe o direito à vida quanto pelo *caput* do art. 5º, da Constituição da República.<sup>20</sup>

Por outro lado, do embrião pré-implantatório, resultante de processos de fecundação assistida, ou até mesmo de clonagem, constituído artificialmente e que ainda está fora do ventre materno, por não estar integrado no fluxo vital contínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trata de “*pessoa humana*”. É verdade que, por se tratar da vida em geral e especialmente de vida humana potencial, nenhuma atividade gratuitamente destruidora é moralmente admissível mas, no nosso entendimento, aí já não se trata do princípio da intangibilidade da vida humana; trata-se da proteção, menos forte, à vida em geral. Dentro desses parâmetros, isto é, sob o ângulo da intangibilidade da vida humana, a própria clonagem terapêutica, como admitida pelo Parlamento Europeu e pelo Governo inglês, não é condenável do ponto de vista ético e jurídico.<sup>21</sup>

Uma terceira concretização da intangibilidade da vida humana como pressuposto do princípio constitucional da dignidade (e, aqui, garantida expressamente pela letra “a” do inciso XLII do art. 5º, da Constituição da República) é a *impossibilidade da introdução legislativa da pena de morte*. Considerando que, pelas condições de hoje, a eliminação física não é a única forma de sanção capaz de evitar um mal maior, isto é, de evitar outras mortes (seria, em tese, a única hipótese em que caberia a pena de morte) e não havendo nenhum outro valor jurídico superior à vida humana, a pena de morte no Direito Penal comum é inconstitucional.

Depois da intangibilidade da vida humana, a primeira consequência direta que se pode tirar do princípio da dignidade é o *respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana*. Pode o Poder Público “invadir” a condição natural do ser humano

20. Do acordo com o que está escrito no texto, o chamado “*aborto sentimental*”, embora não punível pelo Código Penal de 1940, é constitucionalmente um ato ilícito. A gravidez indesejada, resultante de estupro, infelizmente, põe em conflito direitos relevantíssimos mas, logicamente, tem-se que reconhecer que o valor maior é o valor da vida humana. A decisão de abortamento elimina a vida e, em decorrência, como dissemos, elimina também toda e qualquer dignidade (valor) da pessoa eliminada; a de não-abortamento fere, por hipótese, a dignidade da mãe, mas, certamente, não elimina essa dignidade. Esse abortamento é, pois, ato ilícito, ainda que não punível. O § 1º do art. 4º da Convenção da Costa Rica dispõe: “*Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*”. Diferentemente, na gravidez que põe em risco a vida da mãe, considerando que nele há “*vida humana x vida humana*”, o abortamento não é ato ilícito; não é caso de exceção ao preceito da intangibilidade da vida humana.

21. Procurando no multisseccular arsenal da experiência jurídica uma situação que possa servir como base para o raciocínio analógico, há o caso do Digesto 19,1,17; a comparação talvez seja um pouco grotesca mas, do ponto de vista da analogia, parece ter pertinência. O embrião pré-implantatório seria como o material de construção empilhado no terreno; ele ainda não é a casa (art. 49 do Código Civil e art. 84 do novo C. Civil; é bem móvel, e não, imóvel). Já o embrião retirado do ventre materno, para melhoria genética e posterior reimplante, se isto for possível, seria semelhante ao material retirado da casa, para posterior reaproveitamento, o qual juridicamente não perde sua condição de imóvel (art. 46 do Código Civil). Em latim (Ulpiano): “*ea quae ex aedificiis detracta sunt, ut reponantur, aedificiis sunt; at quae parata sunt, ut imponantur, non sunt aedificiis*”



e obter à força amostras de sangue para fins de prova? Pode realizar à força transfusões de sangue? Uma “sacralidade” do corpo, à semelhança da intangibilidade da vida humana, existe? Sim, existe essa “sacralidade” do corpo, mas não tão forte quanto a da vida, até porque estamos agora em pleno terreno dos princípios jurídicos, cujos preceitos nunca são imperativos categóricos.

O exame de DNA, no campo civil, não pode, por exemplo, ser imposto *manu militari*; caberiam aqui outros meios de prova, como presunção e indícios, a serem utilizados livremente pelo julgador. Não parece ser suficiente o interesse privado no conhecimento da paternidade para quebrar o preceito da não-invasão física; a permissão poderia se tornar precedente excessivamente grave, valendo como abertura de caminho para abusos posteriores.<sup>22</sup> Por outro lado, no campo penal, diferentemente, por força do interesse público na apuração de um crime, o exame forçado poderia ser admitido.

Por sua vez, a decisão do paciente de autorizar ou não que lhe façam transfusão de sangue, tal qual a de se submeter ou-não a operações cirúrgicas de risco, parece pertencer ao campo da autonomia (não se trata aqui da intangibilidade da vida, como no caso da eutanásia). A hipótese muda de figura quando se trata de representante de outra pessoa, por exemplo, de pai em relação a filho menor – aqui não há direito discricionário do representante; a transfusão de sangue, ou a operação, diante da impossibilidade de manifestação de vontade útil do paciente, deverá ser feita, ou não, segundo as normas técnicas.

Ponto fundamental do respeito à integridade física e psíquica é o da *obrigação de segurança*. Os autores nacionais parece que ainda não se conscientizaram de que a obrigação de segurança, tão firmemente referida nos arts. 8º, 9º e 10 do Código de Defesa do Consumidor (Seção: “*Da proteção à saúde e segurança*”), tem *sede constitucional*, seja como decorrência do princípio da dignidade, seja por força do *caput* do art. 5º da Constituição. A obrigação de segurança hoje se “autonomizou”; existe independentemente de contrato – pode não haver contrato nem muito menos importa se o contrato é gratuito ou oneroso (transporte pago ou não, hospedagem, serviços em geral etc). A obrigação de segurança existe sempre; os danos à pessoa devem ser indenizados. É importante dizer: *em matéria de danos à pessoa, a regra é hoje a responsabilidade objetiva. A responsabilidade subjetiva, nesse campo, é atualmente a exceção.* A responsabilidade objetiva, na obrigação de segurança, surge agora diretamente da Constituição (não é da lei ou da Jurisprudência); somente haverá responsabilidade subjetiva quando houver lei expressa (por exemplo, na responsabilidade médica – na qual, assim mesmo, há inversão do ônus da prova, porque a prova deve ser feita por quem tem melhores condições para a fazer). A admissão da responsabilidade subjetiva como exceção à responsabilidade objetiva constitucional é admissível, porque os preceitos decorrentes dos princípios jurídicos não são absolutos.

Além da vida em si e da integridade física e psíquica, a concretização da dignidade humana exige também *o respeito às condições mínimas de vida* (segunda

---

22. Há decisão do STF no sentido do texto (Habcas Corpus n. 71.373-4/R.S.).

conseqüência direta do princípio). Trata-se aqui das condições materiais de vida. A obtenção da casa própria e a sua proteção, por exemplo, são decorrências da dignidade humana. Embora a Lei n. 8.009/90 traga como ementa a impenhorabilidade do “*bem de família*”, e, em seu art. 1º somente se refira a “*imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar*”, está correto o entendimento do STJ de que a proteção cabe antes ao ser humano como tal que à família – o aprimoramento ético leva a isso. “*Penhora Lei n. 8.009/90. Solteiro deve merecer o mesmo tratamento. A Lei n. 8.009/90, artigo 1º, precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. (omissis). Data venia, a Lei n. 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, data venia, põe sobre a mesa a exata extensão da Lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal. (STJ – Ac. unân. da 6ª T., publ. em 20.09.99 – Resp. 182.223-SP – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro)*” (Cumpra dizer, entre parêntesis, que o STJ não se reíre à Constituição da República por causa das conhecidas conseqüências processuais sobre competência).<sup>23</sup> A Corte de Cassação da França (19 de janeiro de 1995) também já decidiu que “*a possibilidade para qualquer pessoa de dispor de uma casa decente é um objetivo constitucional*” (apud Heymann-Doat, p. 149).

Justificam-se, pelo mesmo espírito de respeito às condições mínimas de vida, inúmeras normas como as de impenhorabilidade (especialmente os incisos II, IV, VI, VII e X do art. 649 do Código de Processo Civil, ou seja, provisões para manutenção por um mês, salários, instrumentos profissionais, pensões, imóvel rural até um módulo), a proibição de doar todos os bens,<sup>24</sup> as que dão direito a alimentos, as que prevêm estado de necessidade,<sup>25</sup> as que concedem direito real de habitação e as que isentam o benefício do seguro de vida das obrigações ou dívidas do segurado.

No campo contratual, o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação. Segundo a teoria alemã dos “limites do sacrifício” os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos, o que terá maior razão de ser quando o adimplemento puder dificultar a sobrevivência. Também, ao que nos informa Nobre Filho (“*O Direito Brasileiro e...*”, p. 16), com base em Ernesto Benda, no campo administrativo, o Tribunal Constitucional alemão ordena o respeito às condições de sobrevivência: “*Assim, de acordo com tal preceito, afigura-se inadmissível que o administrado seja despojado de seus recursos indispensáveis à sua existência digna, de sorte que a intervenção estatal na propriedade, pela via fiscal ou não, não deverá alcançar patamares capazes de privá-lo dos meios mais elementares de subsistência. De modo igual, o citado art. 1.1 traduz, em detrimento dos poderes públicos, a obrigação adicional de prover ao cidadão um mínimo existencial*”

23. Há outras decisões; por exemplo, a do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo publicada no Boletim da AASP n. 2105 de 3.IX.99 (n. 5 do Ementário).

24. Cf. Luiz Edson Fachin, “*Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*”, *passim*.

25. A necessidade cria direito (Cf. Alain Sayag, “*Essai sur le besoin createur de droit*”, *passim*).

Pio XII, por sua vez, na rádio-mensagem do Natal de 1942, estabelece relação entre dignidade humana e o direito à propriedade privada. *“Deus, ao abençoar nossos pais, disse: ‘Crescei e multiplicai-vos; enchei a Terra e submetei-a’ E disse depois ao primeiro chefe de família: ‘Comerás o pão mediante o suor de teu rosto’*. A dignidade da pessoa humana exige, pois, normalmente, como fundamento natural para viver, o uso dos bens da terra, ao qual corresponde a obrigação fundamental de normas jurídicas positivas, reguladoras da propriedade privada. As normas jurídicas positivas reguladoras da propriedade privada podem modificar e conceder um uso mais ou menos limitado; mas se querem contribuir à pacificação da comunidade, deverão impedir que o trabalhador que é ou será pai de família se veja condenado a uma dependência e escravidão econômica inconciliável com seus direitos de pessoa”<sup>26</sup>

Grosso modo, o pressuposto e as conseqüências do princípio da dignidade (art. 1º, III, da C.R.) estão expressos pelos cinco substantivos correspondentes aos bens jurídicos tutelados no *caput* do art. 5º da C. R.; são eles: *vida* (é o pressuposto), *segurança* (primeira conseqüência), *propriedade* (segunda conseqüência) e *liberdade e igualdade* (terceira conseqüência), sendo o pressuposto, absoluto e as conseqüências, “quase absolutas”.

Finalmente, a terceira conseqüência do princípio da dignidade é a consistente no respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária entre os homens (condições culturais). Excluindo o direito à vida e o direito à integridade física e psíquica, já tratados, relacionam-se com esta conseqüência os demais “direitos de personalidade” – mas não em todos os seus aspectos e, sim, nos aspectos fundamentais; são, aqui, direitos que se prendem ao livre desenvolvimento da pessoa humana no seu meio social. A título de exemplo, lembramos as seguintes concretizações:

a. *direito à identidade, especialmente direito ao nome*. Trata-se de ter identidade e nome. No século XIX, segundo Heymann-Doat (*“Libertés publiques”* p. 145), a prisão era um “espaço extra-legal”, daí a seguinte quebra de dignidade humana: *“não deixar penetrar no recinto da prisão os nomes dos condenados... e dar a cada detento um número bem visível que fique preso no braço direito”* E a autora continua: *“Era privar os prisioneiros do direito mais elementar da pessoa, o direito a um nome”*<sup>27</sup> No tema de registro civil, a França foi condenada pela Corte Européia dos Direitos do

26. No original espanhol: *“Dios, al bendecir a nuestro progenitores, les dijo: ‘Creced y multiplicaos y henchid la tierra y dominadla’ Y dijo después al primer jefe de familia: ‘Mediante el sudor de tu rostro comerás el pan’*. La dignidade de la persona humana exige, pues, normalmente, como fundamento natural para vivir, el derecho al uso de los bienes de la tierra, al cual corresponde la obligación fundamental de normas jurídicas positivas, reguladoras de la propiedad privada. Las normas jurídicas positivas, reguladoras de la propiedad privada, pueden modificar y conceder un uso más o menos limitado; pero, si quieren contribuir a la pacificación de la comunidad, deberán impedir que el obrero que es o será padre de familia se vea condenado a una dependencia y esclavitud económica inconciliable con sus derechos de persona” (*“Doctrina Pontificia”*, II).

27. No original: *“ne pas laisser pénétrer dans l’enceinte de la prison les noms des condamnés... et donner à chaque détenu un numéro très apparent qu’il porte attaché au bras droit. C’était priver les prisonniers du droit le plus élémentaire de la personne, le droit à un nom”*

Homem, no “*affaire B. X F.*”, em 25 de março de 1992, por se recusar a alterar o estado civil de um transexual (*apud* Heymann-Doat, p. 147).

b. *direito à liberdade*. Em decisão sobre prisão em alienação fiduciária já se decidiu: “*A liberdade é o maior bem da vida, por isso mesmo sobrepassa ao interesse pecuniário de qualquer credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor, fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil ao desenvolvimento do País*” (Des. Cristiano Graef Júnior, in *RJTJRGs* – v. 77, p. 143)” São contrárias à dignidade, sob esse aspecto da liberdade (liberdade natural), as cláusulas de tempo excessivo de prestação de serviço.<sup>28</sup> Eventualmente, também as cláusulas abusivas de exclusividade e de não-concorrência podem ferir o direito à liberdade.<sup>29</sup>

c. *direito à igualdade*. Serve de exemplo o conhecido “caso do anão”, na França, que consistiu no fato de que, na comuna de Morsang-sur-Orge, distrito da cidade de Aix-en-Provence, o prefeito proibiu um espetáculo realizado em casa noturna, em que o “jogo” consistia no lançar, de um grupo de pessoas para outro, um anão – este, por dinheiro, aceitava participar da “brincadeira”. O Conselho de Estado, em decisão de 1995, contrária a todos os particulares envolvidos, deu como legítima a proibição feita pelo prefeito; o anão estava sendo tratado como coisa. Também em alguns programas de auditório, no Brasil, a condição “desfrutável” com que o apresentador trata a pessoa que ali está fere a dignidade, nesse capítulo da igualdade básica dos seres humanos.

d. *direito à intimidade, ao sigilo de correspondência etc.* A Corte Européia dos Direitos do Homem desenvolveu o direito à intimidade, compreendendo nele a vida sexual. Quanto à correspondência, o art. 5º, XLIX, da Constituição da República determina: “*é assegurado aos presos respeito a integridade física e moral*” e, de fato, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todo preso deve ser tratado com Humanidade; ora, segundo decisão da Corte Européia dos Direitos do Homem, no “*affaire Fell et Burger*”, de 25 de março de 1983, os presos também têm direito ao respeito de sua correspondência (*apud* Heymann-Doat, p. 146).

Sintetizando tudo que procuramos transmitir com este artigo, concluímos: a. diante da “confusão geral” criada por gregos e troianos na utilização do princípio jurídico da dignidade da pessoa humana, impõe-se ao jurista brasileiro, evitando uma axiologia meramente formal, dar indicações do conteúdo material da expressão; b. há graves falhas científicas na concepção filosófica da pessoa humana como ser dotado de razão e vontade, ou auto-consciente (concepção insular). Segue-se daí que é insuficiente a idéia de dignidade como autonomia, a que essa concepção dá sustentação. A pessoa humana, na verdade, se caracteriza por participar do magnífico fluxo vital da natureza (é seu gênero mais amplo), distinguindo-se de todos os demais seres vivos

28. Cf. art. 1120 do C. Civil e art. 598 do novo C. Civil.

29. Sobre essas cláusulas abusivas, mas vistas sob ângulos diferentes (abuso de direito, fatores econômicos etc), Le Gac-Pech, “*La proportionnalité en droit privé des contrats*” pp. 161 e ss. a pp. 189 e ss.

pela sua capacidade de reconhecimento do próximo, de dialogar, e, principalmente, pela sua capacidade de amar e sua abertura potencial para o absoluto (é sua diferença específica) (concepção da pessoa humana fundada na vida e no amor); c. com esse fundamento antropológico, a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1. respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2. consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3. respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.

São Paulo/Ouro Preto, outubro de 2001.

### Bibliografia.

“*Catecismo da Igreja Católica*” – ed. francesa “*Catéchisme de L’Eglise Catholique*” Mame-Plon, 1992.

CHANGEUX, Jean-Pierre e RICOEUR, Paul – “*Ce qui nous fait penser: La Nature et la Règle*”, Odile Jacob, Paris, 2000 (a 1ª edição é de 1998).

COMPARATO, Fabio Konder – “*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*” 2a. ed. rev. e ampl., Saraiva, São Paulo, 2001.

DAMÁSIO, Antônio – “*O Mistério da Consciência*”, trad. Laura Teixeira Motta, rev. técnica de Luiz Henrique Martins Castro, Cia. das Letras, São Paulo, 2000 (título original: “*The Feeling of What Happens – Body and Emotion in the Making of Consciousness*”, 1999).

DAWKINS, Richard – “*The Selfish Gene*” 5ª ed., Oxford Univ. Press, Oxford/ New York, 1999 (a 1ª ed. é de 1976).

DE WAAL, Frans – “*Good Natured: the Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*”, Harvard Univ. Press, Cambridge, 1996.

DESCARTES, René – “*Discours de la Méthode*”, com intr. e notas de Etienne Gilson, J. Vrin, Paris, 1954 (a 1ª edição é de 1637).

ENGLISH, Karl – “*Introdução ao Pensamento Jurídico*”, trad. De J. Baptista Machado, Gulbenkian, Lisboa, 1988 (título original: “*Einführung in das juristische Denken*”, 1977; a 1º ed. é de 1956).

FACHIN, Luiz Edson – “*Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*”, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

GOLDSMITH, Timothy H. – “*The Biological Roots of Human Nature: Forging Links Between Evolution and Behavior*”, Oxford Univ. Press, New York/ Oxford, 1994 (a 1ª ed. é de 1991).

GONTIER, Thierry – *“De l’homme à l’animal: Paradoxes sur la nature des animaux. Montaigne et Descartes”*, J. Vrin, Paris, 1998.

HEYMANN-DOAT, Arlette – *“Libertés publiques et droits de l’homme”*, 4ª ed., L.G.D.J, Paris, 1997.

JONAS, Hans – *“Le principe responsabilité”* trad. francesa de Jean Greisch, 3ª ed., Flammarion, Paris, 1995 (título original: *“Das Prinzip Verantwortung”* 1979).

KANT, Emmanuel – *“Fondements de la métaphysique des mœurs”* obra seguida da *“Critique de la raison pratique”* trad. francesa de J. Barni, Liv. Philosophique de Ladrage, Paris, 1848 (título original: *“Grundlegung zur Metaphisik der Sitten”* 1785).

LARENZ, Karl – *“Derecho justo: fundamentos de ética jurídica”*, trad. e apres. de Luís Díez-Picazo, Civitas, Madri, 1985 (título original: *“Richtiges Recht – Grundzüge einer Rechtsethik”* 1978).

LEAKEY, Richard – *“L’origine de l’Humanité”*, trad. francesa de Jean – Pierre Ricard, Le Grand Livre du Mois, Paris, 1998 (título original: *“The Origins of Humankind”* 1994).

LE GAC-PECH, Sophie – *“La proportionnalité en droit privé des contrats”* L.G.D.J., Paris, 2000.

MASTERS, Roger D. e McGUIRE, Michael T. – *“The Neurotransmitter Revolution: Serotonin, Social Behavior, and the Law”* Southern Illinois University Press, Carbondale e Edwardsville, 1994.

McGUIRE, Michael T. e MASTERS, Roger D. – Vide Masters, Roger D.

MIRANDA, Jorge – *“Manual de Direito Constitucional”* Tomo IV, 2ª ed. rev. e atualizada, Coimbra Ed., Coimbra, 1993.

MONTERO, Etienne – *“Rumo a uma legalização da eutanásia voluntária? Reflexões sobre a tese da autonomia”* in *“Cahiers de la Faculté de Droit de Namur”* (Bélgica), n. 3, 1998.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira – *“O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana”*, in Revista “Lex” n. 266, fev. de 2001.

PAULO VI – *“Declaração Dignitatis Humanae Sobre a Liberdade Religiosa”* – Documentos do Vaticano II, Ed. Vozes, Rio, 1996 (edição bilingüe latina-portuguesa, com texto em português, revisto pela CNBB).

PIGNEDOLI, Valeria – *“Privacy e libertà religiosa”* Giuffrè, Milão, 2001.

PIO XII – Rádio-mensagem do Natal de 1942 (*“Con sempre”*), versão em espanhol, in *“Doctrina Pontificia II”* BAC, Madri, 1958.

RICOEUR, Paul e CHANGEUX, Jean-Pierre – Vide Changeux, Jean-Pierre.

SAYAG, Alain – “*Essai sur le besoin createur de droit*”, L.G.D.J., Paris, 1969.

SOMMA, Alessandro – “*Lo status dell'animale*” (cap. XIV do “*Corso di Sistemi Giuridici Comparati*” a cura di Guido Alpa), Giappichelli Ed., Turim, 1996.

WOJTYLA, Karol – “*Persona y acción*” trad. espanhola de Jesus Fernandez Zulaica, B.A.C., Madri, 1982 (título da edição original: “*Osoba e Czyn*” Título da ed. definitiva: “*The Acting Person*” 1980. O texto definitivo foi estabelecido pelo autor com a colaboração de Anna-Teresa Tymienicka).





## CONTRATO: ESTRUTURA MILENAR DE FUNDAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.

Superando a *crise* e renovando princípios, no início do vigésimo primeiro século, ao tempo da transição legislativa civil brasileira.

*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*  
Professora Doutora do Departamento de Direito Civil da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

### Resumo:

A ingerência gradativa por parte do Estado na estruturação do conteúdo contratual. O parâmetro liberdade de contratar com liberdade contratual, cujo diagnóstico sempre foi pessimista a respeito da sobrevivência do contrato. Como o “sonho de John Lennon”, o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder.

### Abstract:

The gradual interference by the State in the structuration of the contractual's content. The parameter between the freedom to contract and contractual's freedom, which diagnosis has always been pessimist about the contract's overlive. Like “John Lennon's dream”, the contracts didn't die. Neither declined, neither shrank, nor lost space or power.

**Unitermos:** liberdade de contratar; liberdade contratual; estrutura do contrato.

A segunda metade do século XX, principalmente, foi o tempo em que mais se falou acerca de uma eventual decadência do contrato, tido sempre como um dos fundamentais pilares de sustentação do Direito Privado e da autonomia da vontade privada.

Sob o vaticínio da *crise das instituições*, a crise do contrato igualmente se desenhou e expressou-se debaixo da inegável limitação da autonomia privada, mormente em face da limitação à liberdade dos atores ou partícipes contratuais, no que respeita à outrora livre fixação do conteúdo das cláusulas de um contrato.

Uma ingerência cada vez mais presente, por parte do Estado, na estruturação desse conteúdo contratual, tendo em vista a salvaguarda de interesses

---

\* Trabalho apresentado no 5º *Seminário de Estudos sobre o Novo Código Civil*, promovido pela Escola Judicial Des. Edésio Fernandes e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em Uberlândia, em 23 de agosto de 2002.

sociais mais significativos que a mera intenção e simples pretensão dos contratantes, constituiu-se, também, em forte razão para a crescente onda de descrédito que pretendeu tomar conta do destino do contrato enquanto tradicional e clássico instituto de Direito Privado.

Confundindo-se, muitas vezes, *liberdade de contratar com liberdade contratual*, o diagnóstico foi sempre muito pessimista, a respeito da sobrevivência institucional do contrato. Mas, como o “*sonho* de John Lenon”, o contrato não morreu. Nem declinou, nem encolheu, nem perdeu espaço, nem poder.

Rui de Alarcão<sup>1</sup> escreveu, e com toda a razão, que *tal pessimismo foi claramente desmentido*, a significar que o alarde foi exagerado e que a pós-modernidade prescreve a *necessidade de novos modelos de realização do Direito*, estando entre eles, certamente, os novos modelos contratuais que todos os dias se multiplicam, indicando uma fertilidade inesgotável desses paradigmas e o seu verdadeiro e sempre renovado papel de organizador e auto-regulamentador dos interesses privados.

Ora mais publicizado, ora mais socializado, ora mais poroso à intervenção estatal, ora mais limitado quanto ao seu conteúdo específico, ora mais funcionalizado, não importa. Todas essas faces são as faces do contrato, que se transmuda e evolui sempre, como a própria transmutação e evolução da pessoa humana e das relações que estabelece com os demais. A dinâmica própria da vida dos homens e a realidade jurídica subjacente conseguem explicar e justificar essa mobilidade, traçando-a naturalmente, conforme convém, e imprimindo o devido grau de certeza acerca da necessidade e urgência desta releitura contratual. *Construção e crítica se alternaram*, [desde o início do anterior século], *produzindo um movimento de edificação de uma teoria* [geral do Direito privado] *tão sólida quanto volátil*.<sup>2</sup>

Esse movimento é absolutamente saudável, rejuvenescedor e revigorante para as instituições privadas, mesmo porque, dizendo respeito a relações de natureza intersubjetiva, quer dizer, dos sujeitos entre si, essas instituições se renovam com o próprio uso, e o seu eventual desuso é que pode acarretar sua morte, por inércia.<sup>3</sup>

O contrato não caiu em desuso nunca e, por isso, permanece vivo; sua força revela sua indispensabilidade no trato das relações jurídicas e da manutenção da segurança.

Mudam os fatos, mudam os homens, muda a realidade social, altera-se, por força da consequência, a arquitetura jurídica subjacente. Mas o contrato é sempre o contrato, afinal. Sob o paradigma simplesmente individualista da burguesia

---

1. Rui de Alarcão, *Contrato, Democracia e Direito*, in Revista Brasileira de Direito Comparado, n. 20, 1º semestre de 2001, Rio de Janeiro, 2001, pp. 03-12.

2. André Lipp Pinto Basto Lupi, *O Direito Privado Burguês*, in [www.eticaDireito.hpg.ig.com.br/artigos-pagc.htm](http://www.eticaDireito.hpg.ig.com.br/artigos-pagc.htm)

3. Interessante e paradoxal, por exemplo, é o momento rico em que a sociedade jurídica pode assistir ao ressuscitamento de um certo instituto privado, como o que vimos observando ocorrer justamente agora, com a proximidade da vigência do novo Código Civil Brasileiro que traz, em seu bojo, o instituto da superfície, prestigiado pelos romanos, mas em desuso há muito, entre nós, ausente por isso da legislação brasileira anterior.

revolucionária francesa, ou sob o paradigma de consagração dos princípios contratuais como princípios próprios da ordem natural, ou sob o paradigma meramente dogmático de conformação do Direito com a lei, o contrato muda de feição e atende aos interesses jurídicos dos contratantes de cada época. Até que se mostre, a cada época, como insustentável ou deficiente, quando então ele se remoldura e busca sua readequação, para prosseguir como o que sempre fundamentalmente foi: um instrumento essencial da organização social.

O contrato, tal como houvera sido, antes, concebido no Código Francês de 1804, conferia poder absoluto à vontade individual e à liberdade contratual. Tal poder podia fazer surgir todos os direitos atribuíveis ao sujeito emissor da vontade, independentemente da preocupação social gerada a indagar se estaria, ou não, ferindo o interesse jurídico dos demais. Os tempos eram os da busca compulsiva da certeza científica, o que deu azo à torrente positivista esvaziada de conteúdo axiológico e da idéia mais geral e abstrata de Justiça.

Não havia como prosperar indefinidamente uma visão assim fanática e tão apertada em seus próprios limites. Por isso, opôs-se o tempo de revisão do velho espírito revolucionário, dentro dos melhores limites da democracia e da Justiça dos rumores de superação dos ideais napoleônicos, para enfrentar a substituição de normas simplesmente supletórias por normas superiormente imperativas, na regulação dos contratos, de modo a se restringir a liberdade contratual (não a liberdade de contratar), pela adição de *normas de ordem pública*. Limitando-se a liberdade contratual, buscou-se impedir a opressão do fraco pelo forte, do tolo pelo esperto, do pobre pelo rico.

A intervenção legislativa do Estado assim levada a cabo fez florescer um tempo novo, em que os malefícios do liberalismo jurídico foram mitigados pela proteção social que se estendeu ao economicamente mais fraco. As formas contratuais nas quais os direitos competiam todos a uma só das partes e as obrigações só à outra parte foram repelidas severamente pelo que se convencionou chamar *dirigismo contratual*.<sup>4</sup>

Enfim, o que se deu neste interregno, desde a vitória burguesa até o paradigma da pós-modernidade, foi a sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público, como se por atuação de um verdadeiro freio que moderasse a liberdade contratual, tudo em nome do interesse coletivo e em atenção às exigências do bem comum. O modelo atual pede e espera uma abertura maior do sistema outrora tão fechado a valorações externas e, para tanto, procura injetar-se de bases principiológicas novas ou, no máximo, renovadas.

Segundo o meu sentir, mais importa, hoje, identificar e reconhecer os princípios que regem a conformação contratual atual que continuar em debate acerca da presença ou da ausência dos novos tipos na composição positiva do Direito atual, mesmo porque o fato de estarem consagrados, ou não, pelo beneplácito do legislador

---

4. Conforme o capítulo denominado “*A função social do contrato*”, de lavra da autora deste estudo, no livro *Direito Civil – Estudos*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

contemporâneo, em sede codicista, não parece ser exatamente o viés de maior importância.

O novo Código Civil acolheu, em acréscimo ao modelo novecentista de Código Civil, os mesmos modelos contratuais até aqui *atípicos*, que já eram previsíveis desde a década de 70, quando o trabalho da Comissão nomeada pelo Governo Federal, em 1969, sob a presidência de Sua Excelência, o Professor Miguel Reale, ganhou o *status* de Projeto de Lei (Projeto 634/75), quais sejam, o contrato de transporte, o contrato de comissão, o contrato de agência e distribuição, o contrato de corretagem, além do contrato preliminar e do contrato estimatório. Nada de novo ou surpreendente, enfim. Nada que a atipicidade contratual já não nos tivesse desenhado, à exaustão.

Nesse passo, levanto pedido de licença para registrar, desde logo, a inconveniência e o desacerto de se prosseguir, doutrinária e dogmaticamente, com aquela posição que sempre deu como sinônimas as expressões *inominado* e *atípico*.<sup>5</sup> Sob nenhuma hipótese desconsidero tal crítica, eis que a atipicidade de um contrato não se traduz pelo fato de não ter ele, ou não, um *nomem juris*, senão pelo fato de não estar devidamente regulamentado em lei.

Reconhece-se com frequência cada vez mais acentuada que contratos há que têm nome e nem por isso são *nominados-típicos* já que, para que assim fossem considerados, estariam a exigir a presença de um regramento legislativo específico. Fico com a melhor e dominante doutrina para admitir que é preferível se referir, nestes casos, a *contratos típicos* e a *contratos atípicos*, em lugar de *nominados* e *inominados*.

Assim, é *contrato típico* aquele que a lei regulamenta, estabelecendo regras específicas de tratamento e lhe concedendo um *nomem juris*. Aliás, penso que a denominação decorre da regulamentação, e não vice-versa, como poderia parecer se o adjetivo preferido fosse *nominado*.

A seu turno, portanto, *contrato atípico* é aquele não disciplinado pelo ordenamento jurídico, embora lícito, pelo fato de restar sujeito às normas gerais do contrato e pelo fato de não contrariar a lei, nem os bons costumes, nem os princípios gerais de Direito. Pouco importa se tem ou não um nome, porque este não é a característica da sua essência conceitual; seu traço característico próprio é o fato de não estar sujeito a uma disciplina própria.

Isso considerado, ainda que com a brevidade da premência do tempo, retomo o que mencionava antes, acerca de ter, o novo Código Civil, acolhido em seu bojo, e tipificado, portanto, modelos contratuais já em constância tradicional e antiga de uso no mundo do Direito, quais sejam e como já referido, o contrato de comissão, o contrato de transporte, o contrato de agência e distribuição, o contrato de corretagem.

De fora da nova Lei Civil permaneceram tipos mais contemporâneos, é certo, mas nem por isso exatamente *novos*, como o contrato de *leasing* e o contrato de franquia.

---

5. Já me referi a essa inconveniência em estudo que resultou no capítulo denominado “*Contratos atípicos e contratos coligados: características fundamentais e dessemelhanças*”, no livro de minha autoria, supra referido, *Direito Civil – Estudos*.

O que o novo Código mesmo perdeu, como feliz oportunidade a ser considerada nesta ambiência mais definida dos modelos contratuais – como bem esclarece Junqueira de Azevedo – foi a oportunidade de estabelecer regras específicas para as modalidades *coligadas* de contratos, tão em evidência nos dias atuais, e que absolutamente não se confundem com os contratos mistos.

Se os *contratos mistos* são aqueles que resultam da combinação de elementos de diferentes contratos, formando uma espécie contratual não esquematizada em lei e se desta combinação de *elementos de diferentes contratos*, resulta uma *unicidade* que é o que, afinal, claramente os caracteriza, não há razão para se confundir os *contratos mistos* – assim definidos – com os *contratos coligados*, uma vez que, nestes, não se combinam elementos de vários contratos, simplesmente, mas o que se dá é a combinação de *contratos completos*. Por isso, nos contratos coligados há uma *pluralidade* de contratos, e a combinação deles não resulta, como nos contratos mistos, numa unicidade.

Contudo, e como adverte Orlando Gomes, o mecanismo da coligação muito se assemelha ao do contrato misto e, por isso mesmo, teria sido oportuno que o novo Código houvesse traçado as regras próprias de tratamento e tutela de tais contratos, impedindo a repetição da nefasta confusão entre eles e os contratos mistos.

Contrato coligado assim estampado, e segundo registra Maria Helena Diniz<sup>6</sup> é, então, *o que apresenta celebração conjunta de duas ou mais relações contratuais, formando nova espécie de contrato não contemplado em lei. Na coligação, as figuras contratuais uniram-se em torno de relação negocial própria, sem perderem, contudo, sua autonomia, visto que se regem pelas normas alusivas ao seu tipo.*

Por isso, são os seguintes os elementos constitutivos fundamentais dos contratos coligados: a. a celebração conjunta de dois ou mais contratos; b. a manutenção da autonomia de cada uma das modalidades que integra a modalidade nova; c. a dependência recíproca ou apenas unilateral dos contratos amalgamados; d. a ausência de unicidade entre os contratos jungidos; e. a sua regência jurídica pelas normas típicas alusivas a cada um dos contratos que se coligam.

Tive ocasião de iniciar um de meus estudos na área contratual, e sobre exatamente os contratos coligados, dizendo que ‘sempre se mostrou confusa ou vacilante a doutrina, no sentido de bem situar no complexo quadro classificatório dos contratos, aqueles denominados simples e aqueles denominados mistos, aqueles denominados típicos e aqueles denominados atípicos e, por fim, aqueles denominados *coligados*, diferentes dos mistos, mas aparentados com os múltiplos’. Em conclusão, pautei minhas reflexões sobre o benefício que haveria se a normativa contratual especificasse bem essa composição de tipos contratuais inteiros que se amalgamam, mas cuja regência se daria tipo a tipo, considerando a disfunção havida, em cada um dos contratos de *per si*.

Bem, o Código de 2002 não abriu espaço para essa regulamentação.

De qualquer forma, tudo quanto mais se coloca em pauta de discussão, nesse encontro de hoje, e segundo a seleção de assuntos que fiz, por julgar mais

---

6. “Tratado Teórico e Prático dos Contratos” v. I, São Paulo, Saraiva, 1993.

convenientes à alta consideração de vossas excelências, se referirá, daqui por diante, aos aspectos mais fundantes de toda a estrutura principiológica dos contratos, na nova visão que lhes determina o Código Civil de Miguel Reale.

Junqueira de Azevedo, em famosa palestra que proferiu no Seminário “O novo Código Civil – o que muda na vida do cidadão”, em 04 de junho deste ano de 2002, junto à Ouvidoria Parlamentar da Câmara dos Deputados, em Brasília, reconhece outros princípios contratuais, na legislação nova, que não estiveram explicitamente considerados pelo legislador do século passado, entre eles e principalmente, o *princípio da boa-fé objetiva* e o *princípio da função social do contrato*. Ele refere que esta nova organização principiológica da Lei de 2002 não exclui os princípios clássicos do Direito Contratual, quer dizer, o *princípio da liberdade de contratar*, o *princípio segundo o qual o contrato faz lei entre as partes (pacta sunt servanda<sup>7</sup>)* e o *princípio da relatividade dos efeitos contratuais (res inter alios acta allis nec nocet prodest nec<sup>8</sup>)*. Ao contrário, a nova tábua de princípios convive, completa e remoça a tábua tradicional, sem sufocá-la ou excluí-la. Apenas convivem. O novo agrupamento principiológico revela, enfim, a feição contemporânea do contrato e seu traço de adaptação e coerência com a pessoa mais ética desta pós-modernidade, centro de todo o interesse epistemológico do Direito atual.

O contrato levado a efeito entre os atores contratuais contemporâneos, pois, passa a ser um contrato que exige mais do comprometimento ético e político de cada um desses partícipes, de modo a expandir projeção para muito além das fronteiras do mero sinalagma.

Ora, acerca desse *novo* contrato, então – instituto eternamente presente na triangulação básica do Direito Civil, ao lado da propriedade e da família – seria desejável referir, prioritariamente, às denominadas cláusulas gerais, que *constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei clara, uniforme e precisa [...] – foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados.*<sup>9</sup>

‘A mais célebre das cláusulas gerais é exatamente a da boa-fé objetiva nos contratos. Mesmo levando-se em consideração o extenso rol de vantagens e de desvantagens que a presença de cláusulas gerais pode gerar num sistema de Direito, provavelmente a cláusula da boa-fé objetiva, nos contratos, seja mais útil que deficiente, uma vez que, por boa-fé, *tout court*, se entende que é um fato (que é psicológico) e uma virtude (que é moral)’

‘Por força desta simbiose – fato e virtude – a boa-fé, numa visualização muito mais subjetiva, se apresenta como *a conformidade dos atos e das palavras com*

7. “Os pactos devem ser observados”

8. “O que é feito entre certas pessoas nem prejudica nem aproveita aos outros”.

9. Judith Martins-Costa, *O Direito Privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro* (www.jusnavigandi.com.br).

a vida interior, ao mesmo tempo em que se revela como o amor ou o respeito à verdade. Contudo, observe-se, através da formidável lição de André Comte-Sponville, que a boa-fé não pode valer como certeza, sequer como verdade, já que ela exclui a mentira, não o erro' <sup>10</sup>

*O homem de boa-fé tanto diz o que acredita, mesmo que esteja enganado, como acredita no que diz. É por isso que a boa-fé é uma fé, no duplo sentido do termo. Vale dizer, é uma crença ao mesmo tempo que é uma fidelidade. É crença fiel, e fidelidade no que se crê. É também o que se chama de sinceridade, ou veracidade, ou franqueza, é o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, privadas ou públicas, da má-fé.* <sup>11</sup>

'Esta é a interessante visão da boa-fé pela sua angulação subjetiva; contudo, enquanto princípio informador da validade e eficácia contratual, a principiologia deve orientar-se pelo viés *objetivo* do conceito de boa-fé, pois visa garantir a estabilidade e a segurança dos negócios jurídicos, tutelando a justa expectativa do contraente que acredita e espera que a outra parte aja em conformidade com o avençado, cumprindo as obrigações assumidas. Trata-se de um parâmetro de caráter genérico, objetivo, em consonância com as tendências do Direito contratual contemporâneo, e que significa bem mais que simplesmente a alegação da ausência de má-fé, ou da ausência da intenção de prejudicar, mas que significa, antes, uma verdadeira ostentação de lealdade contratual, comportamento comum ao homem médio, o padrão jurídico *standard*'

'Em todas as fases contratuais deve estar presente o princípio vigilante do aperfeiçoamento do contrato, não apenas em seu patamar de existência, senão também em seus planos de validade e de eficácia. Quer dizer: a boa-fé deve se consagrar nas negociações que antecedem a conclusão do negócio, na sua execução, na produção continuada de seus efeitos, na sua conclusão e na sua interpretação. Deve prolongar-se até mesmo para depois de concluído o negócio contratual, se necessário'

Trata-se, portanto, da boa-fé objetiva entranhada no comportamento dos contratantes, capaz de exigir, deles, uma postura que sobrepassa a singela idéia de ser o contrato apenas uma auto-regulamentação de interesses contrapostos, um instrumento de composição de interesses privados antagônicos. O comportamento delineado pelo atributo da boa-fé objetiva é um comportamento tal que faz transcender a noção de colaboração entre os que contratam, antes de mais nada. E que os faz, por isso, mais leais, reciprocamente, mais informados, mais cuidadosos e mais solidários na persecução da finalidade contratual comum.

'Da consagração da boa-fé objetiva, nas relações contratuais – como pretendi demonstrar – decorrem principalmente os *deveres de informação, de colaboração e de cuidado*, somatória que realiza a insofismável verdade que, em sede

---

10. André Comte-Sponville, *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, Martins Fontes, 1999, citado por Régis Fichtner Pereira, "A responsabilidade civil pré-contratual", Renovar, 2001.

11. Idem, *ibidem*.

contratual, se lida com algo bem maior que o simples sinalagma, mas se lida com pressupostos imprescindíveis e socialmente recomendáveis, como a *fidelidade*, a *honestidade*, a *lealdade*, o *zelo* e a *colaboração*. Enfim, está presente, também na ambiência contratual, o sentido ético, a tendência socializante e a garantia de dignidade que são, por assim dizer, as marcas ou os marcos deste Direito que perpassando os séculos, se apresenta renovado, aos primórdios do milênio novo.<sup>12</sup>

O art. 422 do novo Código estampa, precisamente, esse novo princípio, ao dizer que *os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*. Mas estará seguramente melhor referido, o aludido princípio, se for aprovada a proposta de alteração do novo Código Civil, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, o próprio relator do Código em sua fase final de tramitação, a qual, por meio do Projeto 6960/2002 (no momento aguardando parecer, na Câmara), sugere que o mencionado art. 422 passe a ter a seguinte redação: *Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade*.

A justificativa textual, apresentada no Projeto 6960/2002, menciona que a necessidade de se imprimir ao art. 422 esta nova redação, se dá pelo fato de a atual redação apresentar, *conforme aponta o Desembargador Jones Figueiredo Alves, insuficiências e deficiências, na questão objetiva da boa-fé nos contratos. As principais insuficiências convergem às limitações fixadas (período da conclusão do contrato até a sua execução), não valorando a necessidade de aplicações da boa-fé às fases pré-contratual e pós-contratual, com a devida extensão do regramento*.

Esta modificação de redação, ampliando significativamente os horizontes da regra da boa-fé objetiva nos contratos, é resultado, enfim, de um grande incômodo sentido pela comunidade jurídica brasileira, ao tempo da promulgação do Código, no que dizia respeito ao fato de não estar o dispositivo em comento, conforme a sua redação original, conectado com os momentos anteriores à formação do contrato – a fase pré-contratual – e nem mesmo os momentos posteriores à sua execução – a fase pós-contratual. Em ambas as fases, deve estar presente, igualmente, o comportamento qualificado pela lealdade ou honestidade, considerando-se os interesses alheios, por força da celebração futura e execução posterior de um negócio jurídico.

Códigos alienígenas já consagram tais posturas mais ampliadas, como por exemplo, o Código Italiano que prescreve o dever daquele pré-contratante que perdendo o interesse no prosseguimento das tratativas preambulares e não mais desejando concluir o negócio, deva comunicar esta nova situação ao seu co-adjuvante

---

12. Estas considerações que se encontram entre aspas simples, às ps. 07 e 08 desta transcrição, são as mesmas – com breves alterações ou supressões – que já haviam sido expendidas em anterior palestra acerca das *Tendências do Direito Civil no século XXI*, proferida em 21.09.2001, no Seminário Internacional de Direito Civil, promovido pelo NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito da PUC/MG



pré-contratual, exatamente para liberá-lo do engessamento que é produzido pela obrigatoriedade da proposta negocial, permitindo que possa, ele, iniciar nova negociação conforme bem entenda, com o menor prejuízo possível pela interrupção.

Da mesma maneira, a exigência de comportamento coerente com a boa-fé objetiva deve estar presente, também, nas hipóteses em que o contrato já se encontre terminado, pelo eventual cumprimento das obrigações dele resultantes. Haverá hipóteses em que tal conduta assim pautada deverá obrigatoriamente estar presente, sempre sob a perspectiva de minoração de prejuízos e incômodos ao outro contratante. A esse respeito, Junqueira de Azevedo, naquela palestra na Ouvidoria Parlamentar, já antes referida, mencionou o seguinte exemplo: *na Alemanha, uma pessoa vendeu um terreno e disse ao comprador que, de lá, ele poderia ver o vale; assim, a situação topográfica do terreno se constituiria em uma vantagem do imóvel. Para justificar tal vantagem, o vendedor disse que o imóvel em frente a seu terreno, do outro lado da rua, não poderia receber edificações elevadas, pois haveria determinado limite para a construção. A pessoa comprou o terreno e construiu uma casa, que, segundo a jurisprudência alemã, valia seis vezes o valor do terreno. O comprador estava muito satisfeito com essa situação, até que o mesmo vendedor comprou o terreno em frente, foi à Prefeitura, obteve licença para a mudança do projeto de zoneamento — de acordo com o nome que utilizamos — e construiu naquele local um edifício alto. Havia acabado a transação de compra e venda, caso em que, muitas vezes, o comprador nunca mais vê o vendedor. Porém, depois de terminado o contrato, ou seja, depois que vendeu, e o outro pagou, o vendedor comprou o imóvel em frente e, ele mesmo, prejudicou o antigo comprador. O fato caracteriza evidente falta de boa-fé.*

Um exemplo assim – fato verdadeiro ocorrido na Alemanha, mas que certamente pode ocorrer, e ocorre, em nosso país, e todo momento – estava mesmo a revelar a urgência de se alterar o contexto do art. 422 do novo Código. Deve-se aguardar, portanto, a aprovação da nova redação, conforme o Projeto de Lei mencionado, de n. 6960/2002. A regra, enfim, que corresponda, no colo positivo da lei, ao princípio da boa-fé objetiva não deve ser tida simplesmente como uma fonte de interpretação do contrato, mas deve ser tida, isso sim, pois é o que ela é, uma fonte de preenchimento de lacunas de cláusulas contratuais. Nem sempre é possível dizer, nas cláusulas dos contratos, toda a extensão das pretensões ali regulamentadas pelos contratantes. Aliás, pretender fazê-lo seria utópico, pois que se dá uma evidente impossibilidade natural e até física de se intentar esgotar as possibilidades, pela projeção já prevista em cláusulas. Ninguém pode fazê-lo. Mas a boa-fé objetiva, enquanto princípio fundador do Direito Contratual da atualidade, pode preencher a omissão. Provavelmente a nova redação sugerida pode conferir ao art. 422 um tal e desejável alcance.

Com relação ao princípio da função social do contrato, finalmente, encanta-me sempre mencioná-lo, assim como sempre me encanta pensar a função social da propriedade.

Este princípio vem consagrado – desde 1975, ano em que o Projeto 634 foi encaminhado à Presidência da República, para ser apreciado como o novo Código

Civil Brasileiro – no atual art. 421 do novo Código. Em que pese o seu alto teor axiológico, e a alegria por verificar o legislador brasileiro reconhecendo a nova conotação social das relações privadas, é inegável, conforme apontam, com precisão, Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, que o dispositivo tem importantes defeitos que analisaremos a seguir, e que poderão igualmente ser corrigidos se a sugestão de alteração contida no Projeto 6.960/2002 for acolhida e aprovada, passando a ser a nova normativa brasileira acerca desse princípio agora sob exame, o da função social do contrato.

Mas antes, e apenas para não perder a oportunidade de tecer algumas considerações de caráter mais geral sobre essa limitação de ordem social imposta à esfera contratual, seria talvez útil considerar que a profunda repercussão social que o fenômeno da funcionalidade condicionadora – e, por isso, limitadora – do uso da propriedade foi que levou os pensadores e cientistas do Direito a compreender – e Duguit já havia feito essa previsão bem antes – que o atributo da função social não se encontra afeto apenas à propriedade, mas senão também ao contrato.

Orlando Gomes, o saudoso jurista de vanguarda, havia dito, logo nas primeiras considerações de seu clássico *Transformações gerais do Direito das Obrigações*, que *se orienta modernamente o Direito das Obrigações no sentido de realizar melhor equilíbrio social, imbuídos seus preceitos não somente da preocupação moral de impedir a exploração do fraco pelo forte, senão também, de sobrepor o interesse coletivo, em que se inclui a harmonia social*. Para tanto, ele ponderava que se tratava, então, de submeter a ambiência contratual a *um regime no qual a autonomia da vontade* [estivesse] *severamente restringida*, o que acarretaria, seguramente – e sempre conforme a previsão de Orlando Gomes – enorme restrição de ocorrência de *injúria contratual*, a ponto de cercá-la de modo provavelmente absoluto.

A limitação contratual derivada da funcionalidade social se-instalaria no âmago do conteúdo contratual – e não exatamente, como é o meu sentir, no prenúncio da liberdade de contratar, domínio ainda perene da autonomia privada – de sorte a restringir a ingerência da vontade dos contratantes em áreas de salvaguarda social, de alcance inegavelmente mais dilatado.

Para compreender esse assunto, conviria apresentar a importante distinção entre dois aspectos da liberdade individual nos contratos, ainda hoje confundidos, inclusive pelo legislador brasileiro de 2002, conforme procurarei demonstrar, na seqüência. São dois lados de uma mesma moeda, por assim dizer, mas cada qual deles deve ser considerado de *per si*, em prol da verdadeira dimensão contratual, hoje. Refiro-me à distinção absoluta entre o que se convencionou denominar *liberdade de contratar* e *liberdade contratual*.

A *liberdade de contratar* ainda é aquela mesma liberdade facultada a todas as pessoas de realizarem suas avenças, sem qualquer consideração sobre eventual restrição de conteúdo do contrato em foco, limitação essa que seja decorrente de uma determinada norma de ordem pública. Em outras palavras, a *liberdade de contratar* revela, exclusivamente, a liberdade que cada um tem de realizar contratos, ou de não

os realizar, de acordo com a sua exclusiva vontade e necessidade. Por isso, é naturalmente ilimitada, uma tal liberdade.

Mas, diferentemente, põe-se a *liberdade contratual*, a qual, no dizer de Álvaro Villaça Azevedo, é *considerada como a possibilidade de livre disposição de interesses, pelas partes, no negócio*.<sup>13</sup> Enfoca o conteúdo, ele mesmo, dos contratos, quer dizer, a sua consistência interna, traduzida pelas cláusulas que compõem o negócio. Este é o aspecto mais crítico da formação do contrato, uma vez que esta liberdade pode vir limitada por normas de ordem pública que digam qual o percurso cogente de determinadas cláusulas contratuais. Por isso, *a liberdade há de condicionar-se emoldurando-se na lei, para ser liberdade condicionada, não ser liberdade-escravidão, instrumento dos que atuam de má-fé, em detrimento da própria sociedade*, como mencionou, bem antes, Álvaro Villaça Azevedo.

Essa idéia dos limites impostos à liberdade contratual resulta do próprio fenômeno da publicização do Direito Privado, por meio, então, da interferência estatal nas relações havidas entre particulares, em atenção às exigências do bem comum e do interesse coletivo, num último passo. Não é difícil, portanto e como se vê, conceber que também o contrato, assim como a propriedade, possui uma função social que lhe é inerente, que o limita essencialmente, e que não pode, de modo nenhum, deixar de ser observada.

A função social – então, e enquanto princípio contratual – veio instalada, no bojo da novel legislação civil, em seu art. 421, o qual prescreve, em sua atual e original redação que *a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*. É fácil reconhecer, talvez, onde se assentam os dois enormes problemas desse dispositivo que precisa mesmo ser urgentemente modificado, para alcançar a perfeição de redação que permita se revela, em sua total consagração o referido princípio da função social.

Vejamos, então, e para finalizar:

Bem adverte Junqueira de Azevedo que *a função social do contrato é um limite para a liberdade contratual*, e efetivamente é. Não um limite à liberdade de contratar, como consideramos antes. E no que estaria fundada a liberdade de contratar, é a pergunta intrigante de Junqueira Azevedo, que respondeu a S. Exa., o professor Miguel Reale e a S. Exa., o deputado Ricardo Fiúza, naquele encontro na Ouvidoria Parlamentar, ao qual já me referi, antes, que no seu modo de ver – e lhe parece ser esse o pensamento implícito na Constituição Brasileira – baseia-se na dignidade da pessoa humana. *No entanto* – ele prossegue – *esse artigo tem um viés trágico, porque determina textualmente que a liberdade de contratar será exercida em razão da função social*.

Ora. Nem se trata de *liberdade de contratar*, nem deverá ser exercida *em razão* da função social do contrato.

Na verdade, trata-se de *liberdade contratual*, aquela pertinente à limitação do conteúdo do contrato, por força de norma de ordem pública, e não de *liberdade de*

---

13. Verbete *liberdade contratual*, Enciclopédia Saraiva do Direito 49/370-371, São Paulo: Saraiva, 1977.

*contratar*, esta sim fundada na dignidade da pessoa humana e resultante da alta expressão da autonomia privada e, bem por isso, ilimitada.

Além disso, a *liberdade contratual* poderá encontrar, na função social que é inerente ao contrato, uma limitação à sua extensão meramente volitiva, uma vez que nem sempre os contratantes poderão, sem estes freios, fixar livremente as cláusulas de seu contrato.

E quando isso se der, quer dizer, quando certas cláusulas estiverem cogentemente registradas no contrato conforme a determinação de norma de ordem pública, se compreenderá, então, que a função social exerceu o seu verdadeiro papel, conforme convém. Exerceu o papel limitador da vontade dos contratantes, restringindo-lhes a *liberdade contratual*, e não qualquer outro papel que fosse delineado por um viés de fundamentação ou de *razão de ser* da própria restrição cometida.

Em desacerto, portanto, o mesmo art. 421, em dois momentos subseqüentes de sua composição legislativa, quando descreve que a '*liberdade de contratar*' será exercida '*em razão*' e no limite da função social do contrato. Insisto: a função social de que se cuida aqui, é função limitadora à fixação absolutamente livre do conteúdo contratual, mas não é fundamento para justificar ou sustentar a restrição imposta em certos casos. •

O Projeto n. 6.960/2002, atento a estas discussões – que não são recentes, mas que se encontram ressuscitadas, hoje, especialmente pela presença constitucional do mega-princípio da dignidade da pessoa humana e pela vasta tábua axiológica dada aos brasileiros e à sociedade brasileira como um todo – ostenta significativa alteração nesse art. 421, acolhendo, principalmente, a lição pontual e valorosa daqueles dois professores titulares de Direito Civil da Faculdade de Direito de onde venho para hoje, honradamente, estar aqui com V. Exas, digníssimos desembargadores e juizes do Estado de Minas Gerais. São eles – e já os referi antes – Antonio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo.

Se aprovado, enfim, o mencionado art. 421, em exame, passará ele a ter a seguinte e muito mais precisa redação, permitindo ao juiz, se for o caso, o exame *a posteriori* de eventuais nulidades contratuais decorrentes do desatendimento desse princípio, e não apenas o exame *a priori*, como ocorre à face do sistema geral das nulidades negociais: "*A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*"

São Paulo, outubro de 2002.

# FUNDAMENTOS DE FISCALIZAÇÃO E ORIENTAÇÃO DO PODER FAMILIAR

*Antonio Jorge Pereira Júnior*  
Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo

O artigo dedica-se ao estudo da natureza jurídica do poder familiar (pátrio poder) e de quatro princípios que fundamentam e orientam a interferência da sociedade civil e do Estado em sua administração: cooperação, subsidiariedade, prioridade absoluta da criança e do adolescente, autonomia familiar.

## Abstract

The article devotes to the study of the juridic nature of the family power (paternal power) and four principles that found and orientate the civil society's and State's interference interference in their administration: principles of cooperation, subsidiarity, absolutely priority of the child and youth and familiar self-government.

**Unitermos:** poder familiar; fiscalização; fundamentos e princípios.

*1. Aspectos sócio-jurídicos: natureza jurídica e conteúdo do poder familiar:*

*1.1. Noção de poder familiar.*

O poder familiar – conforme denominação do Código Civil de 2002, doravante “CC” - é instituto que legitima a interferência na vida do indivíduo em “*peculiar condição de pessoa em desenvolvimento*” CF, art. 227, §3º inciso V. Pode ser entendido como síntese de poderes e deveres que possibilitam a condução dos atos e da vida da pessoa absoluta ou relativamente incapaz por defeito de idade (criança e adolescente, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente, doravante “ECA” – Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990), tendo em vista prepará-la para o exercício pleno da liberdade, fato que se consuma, de ordinário, quando se atinge a maioridade e o indivíduo passa a gozar de plena capacidade de exercício.

Definir a essência do poder familiar é tarefa árdua e dificilmente poderá se dar por concluída algum dia. Como primeira atitude para compreender a relação desse instituto com a família, a sociedade civil e o Estado, é necessário perguntar-se a respeito de sua natureza jurídica, visando à fixação das notas principais do conceito do poder familiar. A partir dessa investigação, pode-se estudar melhor o exercício e os limites do poder familiar, bem como o papel da sociedade e do Estado nesse mister.

## 1.2. Dificuldade de se conceituar cientificamente temas de Direito de Família.

Há uma complexidade peculiar ao estudo dos temas ligados à família por se tratar do primeiro e principal círculo social onde a pessoa se torna alvo de variados processos de adaptação social. Esses processos adaptativos<sup>1</sup> se operam “dentro de sistemas relativamente fechados, que são os círculos sociais, uns envolventes, outros internos, uns que permanecem, outros que passam. A família é círculo interior permanente” (grifos no original).<sup>2</sup> No seio familiar se apresentam os diversos processos adaptativos que incidem sobre a personalidade humana. Tais mecanismos também se encontram no macrocosmo da sociedade civil, todavia de forma menos intensiva que na esfera doméstica, como regra.

Enquanto cientista social, Pontes de Miranda diz que “outra lei sociológica, geral, e que por vezes, no trato dos problemas jurídicos, se tem de aludir, é a lei de crescente dilatação e integração dos círculos sociais, quando se acham eles em evolução”<sup>3</sup>. A crescente interdependência do círculo familiar com relação aos demais círculos, amplia a complexidade do estudo dos institutos jurídicos de Direito de Família. Em matéria de Direito das Crianças e dos Adolescentes, por exemplo, é muito tênue a linha divisória entre o que é matéria de Direito Público e o que é de Direito Privado.

O elevado grau de complexidade das relações familiares tem servido de justificativa para o tratamento de certos assuntos do Direito de Família à revelia da Teoria Geral do Direito. Apesar da insuficiência da Teoria Geral do Direito para descrever o fenômeno jusfamiliar, convém esforçar-se para usá-la ao máximo, uma vez que, até o presente, tem-se mostrado como instrumento extremamente útil para a elaboração de um raciocínio jurídico claro e de uma ciência jurídica universal.

## 1.2 Natureza jurídica do poder familiar.

Perguntar-se sobre a natureza jurídica do poder familiar leva antes de tudo ao questionamento do que se compreende por *natureza jurídica*. Como não se trata do objeto específico desse trabalho, entende-se ser suficiente adotar a concepção de José Oliveira Ascensão.<sup>4</sup>

*Natureza*, filosoficamente, é conceito referido à essência de um ser, de modo que o estudo da *natureza jurídica* deveria levar ao estudo do significado último

---

1. Há pelo menos sete processos adaptativos identificados por Pontes de Miranda: o religioso, o moral, o estético, o gnoseológico (ciência), o político, o jurídico e o econômico (além da educação, da moda etc).

2. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2ª cd., tomo VII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, pp. 163-164.

3. *Idem*, p. 165.

4. José de Oliveira Ascensão, “Natureza Jurídica”, *Enciclopédia Saraiva de Direito*. LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). São Paulo, Saraiva, 1980, vol. 54, pp. 95-96.

dos institutos jurídicos. Esse enfoque é levado a termo na Filosofia do Direito. Quando os demais ramos da Ciência Jurídica se perguntam sobre a natureza jurídica de determinado instituto, pretendem identificar, no *âmbito da dogmática*, a categoria jurídica na qual melhor ele se insere. Essa determinação pode ser feita após a análise dos seus efeitos jurídicos e, uma vez fixada, deverá exprimir sinteticamente o regime positivamente estabelecido para o instituto.<sup>5</sup>

A reflexão a respeito do poder familiar divide autores entre as categorias de direito subjetivo,<sup>6</sup> poder-dever<sup>7</sup> (poder funcional) e situação jurídica.<sup>8</sup>

Obras monográficas costumam apresentar os diferentes conceitos do instituto,<sup>9</sup> apesar de poucas desenvolverem satisfatoriamente o estudo de sua natureza jurídica. Exatamente por isso não será exposto aqui um repertório de conceituações, para não reincidir em caminho largamente trilhado. Este trabalho se limitará, nesta primeira parte, ao comentário de algumas concepções de autores avalizados em Teoria Geral do Direito Privado para a análise da natureza jurídica do poder familiar.

### 1.2.1. Conceito de direito subjetivo e natureza jurídica do poder familiar.

Carlos Alberto da Mota Pinto define o direito subjetivo como “*poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) ou de por um ato livre de vontade, só de per si ou integrado por um ato de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário)*”.<sup>10</sup>

Manuel A. Domingues de Andrade entende o direito subjetivo como poder conferido pela ordem jurídica para tutela de um *interesse* do próprio titular.<sup>11</sup>

---

5. Idem, p. 95.

6. José Antonio de Paula Santos Neto entende que o poder familiar é direito subjetivo e poder funcional, ao mesmo tempo. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicada sob o título *Do pátrio poder*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994. Manifesta idêntica opinião Roberto João Elias em *Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visita*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 9.

7. A maior parte dos autores é partidário desta concepção. Por todos, serão citados neste trabalho alguns autores de prestígio em matéria de teoria geral do direito privado: Manuel A. Domingues de Andrade e Carlos Alberto da Mota Pinto, de Portugal; Louis Josseland, da França; Antonio Cicu e Giuseppe Lumia, da Itália.

8. Antunes Varela, *Direito da família*, Lisboa, Petrony, 1996, vol. I, pp. 166 ss.

9. Podem ser consultadas, para esse efeito: José Antonio de Paula dos Santos Neto, *Do pátrio poder* (cf. cit. 6) e Roberto João Elias, *Pátrio poder, guarda de filhos e direito de visita* (cf. cit. 6).

10. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., 5ª reimpr., Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 169.

11. Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, Coimbra, Almedina, 1966, vol. I, p. 10, texto e nota.

Ambos têm em comum a compreensão de que o direito subjetivo pressupõe a possibilidade de livre exercício isto é, sem que exista qualquer dever de exercitá-lo de um poder do qual se é titular. Em função desse ponto de vista, negam que o poder familiar seja direito subjetivo.<sup>12</sup>

José Antonio de Paula Santos Neto rejeita a concepção segundo a qual o direito subjetivo tem por característica essencial a sua livre disponibilidade pelo titular.<sup>13</sup> Ao conceituar o direito subjetivo segue o ensinamento de Rubens Limongi França, que entendia tal conceito como “o conjunto de faculdades relativas aos direitos conferidos pelas normas (facultates agendi)”<sup>14</sup> A partir da definição de Limongi França, afirma que o poder familiar teria natureza jurídica de “*poder-dever instrumental em face dos filhos e direito subjetivo perante terceiros*”.<sup>15</sup>

Nessa assertiva, Santos Neto faz uma construção equívoca, pretendendo transmitir, a um só passo, efeitos diferentes decorrentes do poder familiar. A rigor, a natureza jurídica diz com a essência do instituto, que é excludente: ou se é essencialmente A, ou B, ou nem A e nem B, mas não A e B.

É preferível dizer que se trata de uma natureza jurídica *sui generis* a dizer que possui duas naturezas. Concluir que não há uma categoria apropriada a um dado instituto é postura necessária quando se constata que sua realidade supera os conceitos até então existentes. Mas, falar em dupla natureza jurídica leva ao contrassenso de afirmar que uma determinada entidade tem duas essências: não é admissível do ponto de vista lógico-filosófico. O princípio da não-contradição impede que uma coisa *seja algo e não o seja* ao mesmo tempo, sob um mesmo aspecto (neste caso, sob o aspecto de sua natureza). Não é possível atribuir a um instituto a natureza de *direito subjetivo* e de *poder funcional*, ao mesmo tempo, pois tais conceitos de se excluem mutuamente, como se verá adiante.

### 1.2.2. Poder funcional e o poder familiar

Há muito tempo afirma-se que o poder familiar é poder funcional (poder-dever).

Para Antonio Cicu, o poder familiar é antes de tudo e, sobretudo, um dever dos pais cujo adimplemento se perfaz pelo comportamento deles no exercício da guarda dos filhos.<sup>16</sup> Também Jossierand afirma que o poder paternal (*autoridade parental*

12. Carlos Alberto da Mota Pinto, op. cit (cit. 10), p.170; Manucl A. Domingues de Andrade, op. cit (cit. 11), p. 10.

13. José Antonio de Paula Santos Neto, op. cit (cit.6), p. 60.

14. Rubens Limongi França, *Manual de direito civil*, 4ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p.137.

15. José Antonio de Paula Santos Neto, op. cit. (cit.6), p.60.

16. Antonio Cicu, *La filiazione*, 2ª cd., 3ª tir., Torino, UTET, p. 351.



na França de hoje) tem natureza de poder-dever.<sup>17</sup> Carlos Alberto da Mota Pinto e Manuel A. Domingues de Andrade entendem que o poder familiar tem natureza jurídica de poder funcional.<sup>18</sup>

Convém contrastar brevemente os conceitos de poder funcional e de direito subjetivo. O estudo analítico de Giuseppe Lumia,<sup>19</sup> acerca da estrutura da relação jurídica, permite uma diferenciação clara da estrutura do poder funcional com relação ao direito subjetivo.

### 1.3. Contraste entre os conceitos de poder funcional e de direito subjetivo.

Fragmentando a realidade para compreendê-la melhor, Lumia analisa a relação jurídica em cada um de seus elementos – sujeitos, pólos e partes, posições jurídicas subjetivas. Para o estudo comparativo das duas categorias examinadas, será de grande valia a compreensão das “*posições jurídicas elementares*” (“*situazioni giuridiche*”, no original) descritas por ele. A partir da percepção e identificação dessas posições jurídicas subjetivas elementares, a distinção entre o direito subjetivo e o poder funcional ficará mais clara.

Lumia descreve oito posições jurídicas elementares<sup>20</sup> (“*o lugar que cada um dos sujeitos ocupa no contexto da relação jurídica*”), apresentando-as aos pares, seguindo o esquema proposto por W. N. Hohfeld, entre as partes da relação jurídica. Cada posição implica um modo de estar de um sujeito perante o outro sob um determinado aspecto na relação que entre eles se estabelece. Os pares conceituais são, do ponto de vista *ativo* e *passivo*, respectivamente: *pretensão* e *dever de comportamento*; *faculdade* e *falta de pretensão* (derivados de normas de comportamento, também

17. Louis Josserrand, *Cours de droit civil positif français*, 3ª ed., Paris, Sirey, 1963, tomo1, p. 590.

18. Carlos Alberto da Mota Pinto, op. cit (cit. 10), p. 170; Manuel A. Domingues de Andrade, op. cit. (cit. 11) p. 10, texto e nota.

19. Giuseppe Lumia, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, pp. 102-123. Trecho traduzido ao português, adaptado e modificado por Alcides Tomasetti Jr., nomeado “*Teoria da relação jurídica*”, em abril de 1999, à disposição dos alunos de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Neste trabalho, optou-se pela utilização da versão do texto de Giuseppe Lumia, elaborada por Alcides Tomasetti Jr., professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que verteu o italiano “*situazione giuridica*” em *posição jurídica subjetiva*, no português, quando referido à posição em que o sujeito se coloca perante outro, em uma mesma relação jurídica, modificando e adaptando à doutrina brasileira as idéias expostas. Quando Lumia se refere ao quadro geral constituído pela relação jurídica, também fala em “*situazione giuridica*” Neste caso, Alcides Tomasetti traduziu como *situação jurídica*, no português. Visando facilitar a leitura no original, foi trazido, em rodapé, o texto correspondente às citações mais importantes.

20. Alcides Tomasetti Jr., “Teoria da relação jurídica”, tradução, modificação e adaptação do capítulo “rapporto giuridico”, da obra de Giuseppe LUMIA, *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1981, p. 102-123. À disposição dos alunos de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1999, pp. 07-09. Cf.

Giuseppe Lumia, op. cit (cit.19), pp.109-111.

chamadas normas primárias); *imunidade e falta de poder*; *poder formativo e sujeição* (dois últimos pares ligados às normas de competência).

Trabalhando com as combinações desses pares, Lumia observa que o direito subjetivo apresenta-se como “*um complexo unitário (e unificante) de posições jurídicas subjetivas elementares*”<sup>21</sup> “*A figura jurídica do direito (em sentido) subjetivo responde substancialmente a uma exigência de economia mental; não é mais que uma fórmula abreviada estenográfica, por assim dizer - por intermédio da qual designa-se uma constelação de posições jurídicas subjetivas ativas elementares*”<sup>22</sup>

Já o poder funcional, ou poder-dever, é poder jurídico (atribuído ou reconhecido como pertencente a um sujeito) vinculado ao *dever* de exercício desse poder. O titular do poder funcional fica sujeito a sanções caso não observe o *dever* que lhe é imputado.

O titular de um direito subjetivo assume *apenas e somente posições jurídicas subjetivas ativas elementares* (faculdade, pretensão, poder formativo, imunidade), que podem se apresentar combinadas de diversas formas, de acordo com o caso concreto.

O resultado da combinação de posições jurídicas subjetivas elementares é chamado por Lumia de “*posição jurídica subjetiva complexa*”

O poder funcional também é uma posição jurídica subjetiva complexa. Todavia, o titular de um poder funcional, à diferença do titular de um direito subjetivo, possui ao lado das posições jurídicas subjetivas *ativas* decorrentes das normas de competência (poder formativo e imunidade) uma posição jurídica subjetiva *passiva* no âmbito das normas de comportamento (normas primárias).

Por isso Lumia afirma que “*dos direitos subjetivos distinguem-se nitidamente os poderes funcionais (potestà, no original), que implicam uma outra e diversa categoria de posição jurídica subjetiva complexa. O conceito de poder funcional decorre da conjunção entre um poder formativo e um dever comportamental (obbligo, no original). Realmente, nos poderes funcionais, determinadas posições jurídicas são atribuídas a um sujeito para a satisfação de interesses que não são estritamente seus, como, por exemplo, ocorre com o poder funcional conferido ao pai sobre os filhos menores; com os poderes funcionais atribuídos aos órgãos públicos no interesse da coletividade; com os poderes funcionais que caracterizam a atuação dos órgãos das pessoas jurídicas, etc. As pessoas investidas nesses poderes não são livres de exercitá-los, ou não, de modo que a perseguição daqueles interesses não fica confiada ao mero arbítrio do titular de uma faculdade, mas à prudente discricionariedade vinculada do*

---

21. Alcides Tomasetti Jr., op. cit. (cit. 20), p. 09. Giuseppe Lumia, op. cit. (cit. 19), p. 112. No original: “*Il diritto soggettivo si presenta come un complesso unitario (e unificante) di situazione giuridiche elementari.*”

22. Alcides Tomasetti Jr., op. cit. (cit. 20), p. 10. Giuseppe Lumia, op. cit. (cit. 19), p. 113. No original: “*la figura giuridica del diritto soggettivo risponde in buona sostanza ad una esigenza di economia mentale: essa è nient'altro che una formula abbreviata, per così dire stenografica, con la quale si denota una costellazione di situazioni giuridiche elementari che si presentano abitualmente collegate.*”

*sujeito investido numa posição jurídica ativa, que ele tem o dever de exercer, no sentido de modificar a situação jurídica do sujeito passivo”<sup>23</sup>*

### 1.3.1. Conceito de poder em Direito Privado.

Como comentário final à breve análise do poder funcional, dois argumentos somam ajudam a esclarecer a noção de *poder*, chamado indistintamente pela doutrina para efeitos de estudo do poder familiar - de *poder-dever*, *poder instrumental* ou *poder funcional*.

Gaillard desenvolve a noção de *poder* em Direito Privado, chegando à conclusão de que há duas categorias de prerrogativas jurídicas essencialmente diferentes: os *direitos subjetivos*, que conferem a seu titular plena liberdade de exercício (tendo como limitação ínsita o prejuízo que sua atuação possa causar a terceiros), e os *poderes* (poderes funcionais, entre os quais está o poder familiar), cujo exercício atende, pelo menos parcialmente, a interesses alheios aos do titular, pelo que, em função disso, torna-se ele passível de controle judiciário, diante da possibilidade de prejuízo a terceiro pelo seu desvio. Afirma, de modo expresso e conclusivo, não ser possível conceber situações mistas de *direito subjetivo* e *poder funcional* (como pretendia Santos Neto): “*não existem direitos mistos*”<sup>24</sup>

Para Roubier, “*o poder, na linguagem do direito, é uma prerrogativa que permite a seu titular intervir na esfera jurídica de outros; ele permite a uma pessoa levar o governo sobre a pessoa de outro, dar-lhe ordens e diretivas (poder sobre a pessoa), ou ainda permite-lhe administrar os bens de outrem, gerir seus bens de uma maneira mais ou menos ampla (poder sobre os bens). [...], o titular deste poder não deve agir por interesse pessoal, mas no interesse do agrupamento ou da pessoa no nome de quem age*” (tradução nossa).<sup>25</sup>

---

23. Alcides Tomasetti Jr., op. cit. (cit.20), pp. 15-16. Giuseppe Lumia, op. cit. (cit.19), p. 120. No original: “*Dai diritti soggettivi vanno nettamente distinte le potestà. Il concetto di potestà scaturisce dal coniugarsi di un potere con un obbligo. Nella potestà, infatti, determinati potere sono attribuiti al singolo per il soddisfacimento di interesse che non sono specificamente suoi: tali, per esempio, la potestà conferita ai genitori sui figli minori, i poteri attribuiti agli organi pubblici nell’interesse della collettività, ecc. Ma coloro che sono investiti di una potestà non sono liberi di esercitare o meno i poteri ad esse conferiti nell’interesse altrui, ma sono obbligati ad esercitarli; e il perseguimento di tali interessi non è affidato al mero arbitrio del titolare della facoltà, ma alla sua prudente discrezionalità. Colui che è investito di una potestà è quindi titolare di poteri, il cui uso discrezionale costituisce per lui un obbligo: ciò si suole indicare coi termini di ufficio o, più frequentemente, di funzione. Correlativamente alla potestà corrispondono dal lato passivo del potere, una soggezione, e dal lato attivo dell’obbligo, una pretesa”.*

24. Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985, p. 232.

25. Paul Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 186. No original, citação completa do parágrafo: “*Le pouvoir; dans la langue du droit, est une prérogative qui permet à son titulaire d’empiéter sur la sphère juridique d’autrui; il permet à une personne de prendre le gouvernement de la personne d’un autre, de lui donner des ordres et des directives (pouvoir sur la personne), ou encore il permet à une personne de prendre l’administration des biens d’autrui, de gérer ses biens d’une manière*

As teorias acerca do desvio do poder abrangem as situações em que o poder paternal é desviado de sua função, seja por abuso, seja por omissão (CC de 2002, art. 1.637, *caput*, que trata dos limites por abuso ou omissão dos deveres paternos). Nesses casos caberá intervenção do Estado e da sociedade na gestão do poder paternal.

#### 1.4. Poder familiar como situação jurídica.

Outra possibilidade aventada por alguns juristas, acerca de poder familiar, é a de se tratar de uma *situação jurídica*. É o entendimento de Antunes Varela.<sup>26</sup>

Todavia, dada a amplitude do conceito de “situação jurídica”, que abrange inúmeras ocorrências em matéria de Direito, esse enfoque não parece ser o mais indicado como *delimitador* da natureza jurídica do poder familiar.

Autores usam essa terminologia para referir-se a idéias diferentes. Assim, Emilio Betti<sup>27</sup> compreende “situação jurídica” de um modo diferente de Paul Roubier. Antonio Cicu<sup>28</sup> também apresenta entendimento diferente do conceito de “situação jurídica” na explicação do “status”. No Brasil, Marcos Bernardes de Mello vale-se da expressão “situação jurídica” para significar o efeito imediato de um fato jurídico, *in genere*.

Várias dessas concepções de *situação jurídica* englobam o poder familiar. Mas sob mesma conceituação encontram-se institutos bem diferentes dele, pelo que a inserção do poder familiar na categoria “situação jurídica”, apesar de ser possível, não explica, por si só, notas peculiares que o informam geneticamente e podem ser aferidas pela classificação do poder familiar como poder funcional.

#### 1.5. Tutela jurídica do exercício do poder familiar.

Quando se pretende definir a natureza jurídica de um instituto, convém fixar-se em suas *principais* notas características, relegando a um segundo momento

---

*plus ou moins large (pouvoir sur le biens). On verra bientôt que ce qui caractérise le pouvoir par rapport au droit, c'est que le titulaire de ce pouvoir ne doit pas agir pour son intérêt personnel, mais dans l'intérêt du groupement ou de la personne au nom de qui il agit. C'est la raison obligatoire du pouvoir; on ne peut empiéter sur la sphère juridique d'autrui que dans l'intérêt d'autrui, et non pas dans son propre intérêt.”*

26. Antunes Varela, *op.cit* (cit. 8), p. 166. Segundo Antunes Varela, citando Gernhuber, esse é o entendimento dominante na Alemanha.

27. Emilio Betti entende que situações jurídicas “constituem respostas que a ordem jurídica dá às diferentes situações de fato que são configuradas à medida que vão sobrevivendo os fatos jurídicos”. Representam um “modo de estar” jurídico de determinadas situações concretas configuradas pela ordem jurídica após a ocorrência de fatos jurídicos. Seria o retrato da situação estabelecida por um fato jurídico. Esse “instantâneo” jurídico de uma situação de fato juridicizada, é modificado à medida que a situação concreta que subjaz a ela serve de suporte fático à incidência de outra norma, incidência esta que, por sua vez, constitui um novo fato jurídico, e, logo, por efeito cascata surge uma nova situação jurídica diferente da anterior (outro “instantâneo”). A relação jurídica, por exemplo, para Betti, é uma espécie de situação jurídica. *Teoria geral do negócio jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, pp.19-20

28. O conceito de *status*, desenvolvido por Antonio Cicu, é examinado no ponto 2.1.

aspectos secundários que possam complicar a tarefa de classificação. Os atributos *essenciais* são levados em conta em detrimento dos *acidentais*. Por isso é desacertada a postura de quem afirma que o poder familiar tem natureza jurídica de *direito subjetivo* pela faculdade dada aos pais para reagir em face de quem prejudica o seu exercício, ou pela atribuição de usufruto legal dos bens do filho (CC, art. 1.689, inciso I). O usufruto legal dos bens do filho, por sinal, não interfere na natureza jurídica do poder familiar e não existe na maioria dos ordenamentos.

Dois fundamentos podem servir para a defesa do exercício do poder familiar por quem de direito, sem a necessidade de afirmar que se trata de direito subjetivo dos pais. Um primeiro fundamento decorre da nota de *exclusividade* do poder familiar, que é o mais imediato. Outro, mais remoto, diz com os *direitos fundamentais* dos pais, que têm direito de exercitar livremente os poderes jurídicos que receberam, em face dos demais cidadãos.

Pode-se analisar cada um deles em separado.

#### 1.5.1. Tutela fundada sobre a nota de exclusividade do poder familiar.

A principal característica do poder familiar, do ponto de vista jurídico, é a prestação de serviços dos pais em relação aos filhos. Na administração desse poder podem os pais reagir perante ingerência alheia. Isso decorre da nota de *exclusividade* que acompanha o titular do poder paternal.

Quando essa *exclusividade*, que se manifesta na liberdade de conduzir os poderes conferidos pelo título, respeitando-se os direitos fundamentais da criança e do adolescente, é turbada, podem os pais reagir.

Esta prerrogativa é assegurada pela lei (CC art. 1.631), mas não chega a se converter em *direito subjetivo* dos pais, no sentido acima expresso (Lumia), pois compõe o rol de poderes que pertencem aos titulares do poder familiar e ao mesmo tempo são indisponíveis e irrenunciáveis.<sup>29</sup> Os pais não só não podem renunciar a esse poder de defesa, como respondem pelo mau exercício - a omissão, neste caso - que façam dele.

Nas palavras de Walter Moraes: "*O direito atual vê no pátrio poder [poder familiar] liame que impõe aos pais o dever de suprir deficiências naturais de filhos menores, prestando-lhes a assistência que a sua condição exige. Trata-se de dever, cuja exclusividade de exercício a lei assegura aos pais, oponível, por conseguinte, como um direito, a terceiros: é o múnus privado, o ministério, o direito-função, direito-dever, o poder*" (grifos no original).<sup>30</sup>

O título de poder familiar confere poderes-deveres que se exercem, via de regra, com exclusividade, de tal sorte que os titulares podem opor-se a terceiros que

---

29. Roberto João Elias, *Pátrio poder, guarda dos filhos e direito de visita*, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 30.

30. Walter Moraes, *Programa de direito do menor*, São Paulo, Cultural Paulista, 1984, p. 189. Convém notar que o autor não classifica o poder familiar como direito subjetivo. Estabelece apenas um termo comparativo ao dizer que o poder familiar é oponível a terceiros "*como um direito*".

pretendam interferir no seu exercício. O atributo *exclusividade* está a serviço da *função* do poder, e essa exclusividade responde à necessidade dos filhos de serem administrados por uma única fonte de poder: os titulares do poder familiar.

### 1.5.2. Tutela fundada no dever geral de respeito às posições jurídicas.

Quando se interfere negativamente no exercício legítimo de função que compete a outrem, surge para este, de imediato, o poder jurídico de reação. Em matéria de poder familiar, o fundamento imediato desta reação se encontra na *exclusividade* que o caracteriza, conforme apresentado.

Também justifica a defesa do titular do poder familiar o fato de ser *pessoa*. Toda pessoa é titular de direitos *fundamentais* que são protegidos e garantidos pelo ordenamento jurídico positivo. Esses direitos implicam deveres para todos (*erga omnes*), correlativos, recíprocos<sup>31</sup> e genéricos. São irrenunciáveis, juridicamente, mesmo que os titulares destruam os bens tutelados ou não reajam em face de ofensa alheia.<sup>32</sup>

O art. 5º, inciso II, da CF diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Os pais não estão obrigados a se sujeitarem a interferências externas no exercício do poder familiar se cumprem seus deveres com relação aos filhos não emancipados. Portanto, podem reagir juridicamente quando ocorre alguma intromissão alheia.

Por essa linha de raciocínio, o poder familiar se aproxima de um direito fundamental dos pais: irrenunciável, indisponível e defensável *erga omnes*. Enquanto os titulares respeitam os direitos fundamentais dos que lhes estão sujeitos, todos devem respeitar o livre exercício do poder familiar.

Deve-se recorrer a essa argumentação como *ultima ratio*, quando não for possível garantir o livre exercício do poder familiar aos pais por meio da nota de exclusividade.

---

31. “Com os conceitos de bilateralidade e reciprocidade procura-se acentuar que, das relações jurídicas nascem poderes [em sentido amplo] e deveres [em sentido amplo] correlativos, e em duplo sentido: primeiro, que ao poder de um corresponde o dever de outro (e nisto consiste a bilateralidade); segundo: que um sujeito não pode operar de certo modo, relativamente a um outro sujeito, sem com isso legitimar esse último, nas mesmas condições, a um comportamento análogo em face do primeiro sujeito (nisto consiste a reciprocidade)”. Giuseppe Lumia, op. cit. (cit.19), p. 104. Versão de Alcides Tomasetti Jr., op. cit. (cit.20), p. 2. Colocou-se entre colchetes o acréscimo feito por Tomasetti, com relação ao original.

32. Apesar de ser comum ocorrer a adoção de criança com o consentimento dos pais naturais, nem por isso o poder familiar pode ser classificado como direito subjetivo, renunciável e disponível, pois o fundamento jurídico dessas situações não está na vontade dos pais, mas no interesse da criança. O resultado da adoção, nestes casos, quando lido às avessas, fez que alguns interpretem o poder familiar como renunciável e disponível. Trata-se de um erro de perspectiva: olhar para o efeito do ato e interpretar como causa é um erro de percepção que distorce a real compreensão dos fenômenos jurídicos. Na realidade, nessas situações o que ocorre é a antecipação da proteção que seria outorgada ao menor em momento posterior, ao se comprovar que não existe interesse dos pais naturais em exercer a função que lhes compete, ao mesmo tempo em que outros se apresentam com tal pretensão. Assim como se admite o inadimplemento antecipado, em Direito Obrigacional, aqui, em matéria de Direito da Criança e do Adolescente, admite-se a antecipação da perda do título, para constituir novo titular, em benefício do menor.

Os direitos fundamentais, pela compreensão de Roubier, também adotada neste trabalho, não devem ser confundidos com *direitos subjetivos*, uma vez que estes seriam *indisponíveis* enquanto aqueles seriam *disponíveis*.

### 1.6. Distinção entre título e exercício.

O CC, art. 1.631, e o ECA, art. 21, estabelecem quem pode exercer, originariamente, o poder familiar: os pais, em igualdade de condições. Gozam ambos de poderes e direitos para exercer essa função. Todavia, antes de passar ao estudo dos administradores do poder familiar, convém diferenciar os conceitos de *título* e *exercício* de poderes jurídicos, uma vez que haverá dissociações no poder familiar.

O titular de uma posição jurídica subjetiva ativa costuma possuir direitos e poderes correspondentes ao título que fundamenta sua posição. Geralmente a aquisição de um título importa no aumento de poderes em sua esfera jurídica. Todavia, algumas vezes o título pode reduzir alguns dos poderes que o titular possuía.<sup>33</sup>

Em algumas situações a ordem jurídica permite o desdobramento do título em relação aos poderes que seriam outorgados por ele. É o que ocorre na situação do *nu proprietário*. Apesar de ter o título de proprietário, os poderes e o respectivo exercício dos mesmos concentram-se nas mãos de outra pessoa (o usufrutuário, por exemplo). Com isso verifica-se a distinção entre aquele que tem o *título* de uma posição jurídica e aquele que *exercita* os poderes correspondentes a ele.

Habitualmente, quem possui o título está legitimado a agir de acordo com os poderes que ele confere, salvo restrição que o titular aplique a si mesmo, limitação que a lei prescreva ou decisão de autoridade competente que provoque a diminuição de poderes. No caso da nua propriedade, esse efeito se opera por restrição que o proprietário faz aos poderes que o título de domínio lhe outorgava.

Distingue-se, portanto, *título* de *exercício* dos poderes conferidos ao titular de uma posição jurídica subjetiva ativa.

Em matéria de poder familiar, essa distinção tem uma série de aplicações práticas, como se verá.<sup>34</sup>

Do ponto da Teoria Geral do Direito, o que justifica essa separação? Qual o ponto de apoio para a cisão entre *posição jurídica* e *exercício dos poderes* que a posição atribui? O conceito de *legitimidade* pode servir de fundamento técnico-jurídico para a separação do *título* do poder familiar com relação ao *exercício* das prerrogativas

---

33. Veja-se o caso do tutor. Recibe ele um título, de tutor, acompanhado de seus poderes respectivos. Na exata medida em que o título de tutor, ao constituir relação jurídica deste com a pupila, coloca-a em uma posição desigual perante ele - pois ela fica-lhe submetida juridicamente -, sofre ele a limitação do impedimento dirimente de contrair matrimônio com a pupila, tendo por finalidade proteger o patrimônio e a idoneidade moral dela (CC, art. 1.523, IV). Isso durará enquanto perdura a tutela.

34. Caso evidenciado especialmente no CC, art. 1.637, que disciplina os casos de suspensão do poder familiar, bem como nos arts. 155 e seguintes do ECA, que abordam os trâmites processuais para a suspensão.

que ele confere. Todavia, dada a limitação formal deste trabalho, não será possível expor tal estudo neste momento.<sup>35</sup>

### 1.7 Título e exercício com relação ao poder familiar.

Pelo conceito de legitimação pode-se melhor compreender as situações em que um sujeito é titular de uma posição, mas um outro se encontra legitimado para exercer os poderes ligados àquele título.

Quando há suspensão do poder familiar, por exemplo, os pais permanecem *titulares da posição* sem, no entanto, terem legitimidade atual para exercer os poderes decorrentes dessa posição. O exercício, ligado à legitimidade, passa a outra pessoa (CC, art. 1.637, combinado com o ECA, arts. 24, 129, inciso X e 155 a 163).

O conceito de legitimação se presta a uma dupla função: *identificar o sujeito* na relação (pelo que se garante o título da posição jurídica) e *imputar-lhe um poder configurado* ou um vínculo qualificado, fora do qual ele não está legitimado a agir.<sup>36</sup> Enquanto a *titularidade*, tal qual entendida tradicionalmente, refere-se a um âmbito *estático* das relações jurídicas (as posições), a *legitimidade* se refere à *dinâmica* das relações, por estar ligada ao exercício das prerrogativas concedidas pelas posições. Da posição jurídica emanam poderes, naturalmente. Mas, pode ser que a lei, a autoridade competente ou a situação criada pelas partes opere a cisão entre exercício e título: a legitimidade é dada a um sujeito diferente daquele que primeiramente ocupava a posição jurídica.

É o que se verifica no caso da guarda concedida a uma pessoa, na hipótese de suspensão do poder familiar. Nesse caso pode-se entender que, do ponto de vista jurídico, por disposição judicial, criou-se uma relação jurídica nova, entre o guardião e o menor de idade. Todavia, o conteúdo dessa relação é “emprestado” da posição jurídica que caberia ao titular do poder familiar, de modo que o titular do poder familiar, sem perder a posição, perde o exercício (em várias de suas prerrogativas), que é atribuído ao guardião. O guardião, por sua vez, acha-se legitimado em função das prerrogativas atribuídas a ele e que outrora pertenciam aos pais. Estes se mantêm na posição de titulares do poder familiar, mas falta-lhes legitimidade para exercer o poder que o título da posição lhes conferiria (estão impedidos).

O titular do poder familiar goza de uma série de poderes que devem ser exercidos em função do bem da pessoa que lhe fica submetida, condenando-se o abuso (CC, art. 1.637). Para a preservação do título e dos poderes respectivos, deve o titular agir em conformidade com a finalidade do próprio título. Quando não age assim, sofre

---

35. Cf. Antonio Jorge Pereira Júnior, *Conselho tutelar: fundamentos sócio-jurídicos da orientação e fiscalização do poder familiar pela sociedade e pelo Estado*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002, pp. 28-36.

36. Torquato Castro, “A Revisão do Código Civil” (1), *A propósito da revisão do código civil: três conferências*, Recife, separata da Revista *Symposium*, da Universidade Católica de Pernambuco, ano XIII, nº 1, 1971, p. 18



ingerência nos poderes que lhe foram atribuídos, que podem ser reduzidos temporária ou definitivamente (suspensão e perda do poder familiar, respectivamente).

### 1.7.1 Distinção e relação entre o título de poder familiar e o título de filiação

Em paralelo ao título de poder familiar deve ser colocado o título de paternidade. São duas realidades diferentes, ainda que seus efeitos costumem andar emparelhados até o momento da maioridade. Ao mesmo tempo, convém recordar que o título de poder familiar é temporário por natureza, desaparecendo com a maioridade civil (CC, art. 392, II). Difere do título de paternidade/filiação, que se constitui para ser perdurável (independe da idade).

A conservação do título de poder familiar nas mãos dos pais, a quem pertence originariamente, fica condicionada ao exercício adequado dos poderes atribuídos, ou seja, ao uso legítimo desses poderes (sem abuso ou omissão que comprometam o bem dos filhos). O mau exercício do poder familiar pode levar a uma reação judicial que, em último grau, pode culminar na extinção do poder familiar e na colocação do menor em família substituta, sob o regime de adoção. Neste caso, o exercício indevido do poder familiar irromperia o próprio título de filiação.

No Brasil, o poder familiar, como tal, está vinculado à presença dos pais (sejam naturais, sejam adotivos), de modo que desaparece quando estes desaparecem e também quando se opera a perda judicial do poder familiar sem sua reposição. Nessas hipóteses, abre-se espaço para o surgimento das figuras sucedâneas do poder familiar.

Fora do País, todavia, há Estados que permitem a transferência do poder familiar aos avós<sup>37</sup> e há autores que propugnam pela dissociação do poder familiar com relação à filiação, resultando na possibilidade de terceiros, sem vínculos familiares pré-estabelecidos com os menores, assumirem-no (o título de poder familiar) integralmente, sem a necessidade de mudança no título de filiação, pensando-se no bem-estar da criança ou adolescente<sup>38</sup>

---

37. No México, por exemplo, na ausência dos pais, os avós paternos ou maternos (nesta ordem) assumem o poder familiar integralmente. Cf. Roberto João Elias, op. cit. (cit.29), p. 22.

38. Anne-Marie Leroyer propõe a desvinculação do *título de poder familiar* do *título da filiação*, (o que ocorria no Direito Romano) defendendo a transferência do *poder familiar*, com a integralidade dos poderes que costumam acompanhá-lo, a pessoas diferentes dos pais (natural ou juridicamente reconhecidos), tendo em vista a necessidade de estabilidade familiar que os incapazes por defeito de idade precisam ter perante aqueles que, ainda não sendo os pais, ocupam a posição originariamente cabível a eles. Quando recebem apenas o exercício decorrente da autoridade parental, sofrem uma série de limitações que os próprios pais não sofrem, além de correrem um risco maior que os próprios pais quanto à alteração da guarda por decisão judicial. A transferência do título da *autoridade parental*, renomeado de *autoridade familiar*, facilitaria o tratamento e garantiria a estabilidade no exercício dos poderes outorgados, gerando uma situação de segurança conveniente para a criança ou adolescente que se encontram sob a guarda de uma pessoa impedida de adotar (caso da avó, por exemplo, ou do irmão mais velho). Assim haveria a transferência do título de *autoridade familiar* àquele que substitui os pais na condução da vida do menor de idade, dando-lhe maior autonomia para exercer essa função, que a autonomia mitigada com a simples atribuição de poderes parciais. “*L’enfant confié à un tiers: de l’autorité parentale à l’autorité familiale*”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Paris, juill-sept-1998, pp. 587-606.

## 1.8. Guarda, tutela civil e tutela administrativa.

No Brasil, o título de poder familiar pertence exclusivamente aos pais, sendo deferido a terceira pessoa o exercício de alguns dos poderes que o integram, por meio de disposição judicial, quando os pais estão impedidos de exercitá-lo (CC, art. 1.637) ou quando perdem o poder familiar (CC, art. 1.638).

A suspensão e a perda do poder familiar não afetam o título de filiação, por si sós, como se disse anteriormente.<sup>39</sup> A inibição parcial (suspensão) costuma levar à constituição da guarda, em paralelo ao poder familiar. A inibição total (perda) leva à extinção do título e abre caminho para a tutela civil, principal sucedâneo do poder familiar.<sup>40</sup>

Enquanto perdura a incapacidade civil por defeito de idade, deve-se garantir à pessoa o auxílio de quem possa zelar para que os seus direitos sejam respeitados, sob risco de ser prejudicada a formação de sua personalidade.

### 1.8.1. A guarda.

A constituição da guarda é a primeira resposta judicial à situação de criança ou adolescente desatendido pelos pais, segundo um critério de urgência, voltado à regularização da posse de fato do incapaz (ECA, art. 33, §§ 1º e 2º, neste último caso coexistindo com o título de poder familiar). “*A guarda transfere ao guardião, a título precário, os atributos constantes do art. 1.634, I, II, VI e VII*” do CC.<sup>41</sup> De acordo com o ECA, art. 33, § único, o juiz pode inclusive deferir o direito de representação ao guardião, para a prática de certos atos, o que não era possível em face da legislação anterior.<sup>42</sup>

### 1.8.2. A tutela civil.

*“A tutela, em sentido amplo, é o cuidado levado, sob a inspeção do Estado, por uma pessoa de confiança (o tutor) sobre a pessoa e o patrimônio de quem não está em situação de cuidar de seus assuntos por si mesmo ou que pelo menos é tratado juridicamente como se não estivesse.”*<sup>43</sup>

39. Salvo na hipótese de chegar à colocação da criança em família substituta mediante adoção.

40. “O instituto da tutela civil é sucedâneo do pátrio poder [poder familiar]. Este característico define a tutela em qualquer legislação civil moderna” Walter Moraes, op. cit. (cit.30), p. 181.

41. Munir Cury, Jurandir Norberto Marçura e Paulo Afonso Garrido de Paula, *Estatuto da criança e do adolescente anotado*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 45.

42. De acordo com o Código de Menores de 1979, arts. 21 a 23, era possível a delegação o pátrio poder. Tal delegação criava uma situação diferente da guarda, pois enquanto o delegado tinha o poder de representar os menores, o guardião não o tinha.

43. Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp, Martín Wolff, *Tratado de derecho civil. Derecho de familia*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 4º tomo, vol. II, 1979, p. 266.

Mais completo e estável que a guarda é o instituto da tutela civil, especialmente delineado no ECA, art. 36. De acordo com o art. 36, § único, os poderes do guardião também se integram nas mãos do tutor. A tutela, todavia, confere mais atributos do poder familiar ao tutor que a simples guarda.

Ao mesmo tempo, o tutor goza de menos liberdade que os pais na administração da vida da pessoa sob sua tutela, estando submetido a maior vigilância das autoridades públicas. A diferença entre os graus de liberdade e de poderes dados ao titular do poder familiar e ao tutor pode ser perfeitamente percebida nos dispositivos que descrevem ambas as situações.<sup>44</sup> Apesar de o art. 1.740 do CC, inciso III, conferir mais poderes ao tutor que aqueles previstos no CC de 1.916, continua ele (tutor), com menos poder do que os pais no exercício do poder familiar. A carga fiscalizatória que pesa sobre ele é maior, entre outros motivos, pelo fato de os pais, quando no exercício do poder familiar, contarem com o reforço do título de paternidade. É natural que os pais tenham maior liberdade de ação que o tutor, que age subsidiariamente a eles.

Substituto do poder familiar, a tutela é disciplinada pelo Direito de Família<sup>45</sup>. A matéria está regulada no CC, sobretudo nos arts. 1.728 a 1.766, e no ECA, arts. 36 a 38. Pressupõe a extinção do poder familiar (morte dos pais ou decisão judicial de perda) ou pelo menos a sua suspensão.<sup>46</sup> Geralmente, constitui-se quando não mais existe o poder familiar, e, excepcionalmente, coexiste com ele nos casos de suspensão. À tutela civil corresponde um título próprio que justifica a posição assumida pelo tutor. O título de tutor é constituído a partir da nomeação ou confirmação judicial (CC, art. 1.732).

Os principais tipos de tutela estão descritos na lei.<sup>47</sup>

---

44. O art. 1.741 do CC estabelece que “*incumbe ao tutor sob a inspeção do juiz administrar os bens do tutelado em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé*” (grifos nossos), o que não se verifica em relação aos pais. O art. 1.740, versando sobre as competências do tutor, confere-lhe menos poderes que o art. 1.634 aos pais. Algumas competências do tutor ficam dependentes da “autorização judicial” (CC, art. 1.748 e 1.749). Por fim, o tutor não goza de usufruto legal dos bens do pupilo, benefício cabível aos pais, com relação aos filhos, quando no exercício do poder familiar (CC, art. 1.689, inciso I). Por outro lado, poderá receber remuneração pelo exercício da tutela (art. 1.734). Para a fiscalização do tutor, por sinal, o CC de 2002 trouxe a novidade do protutor, que pode ser nomeado pelo juiz para auxiliá-lo nesta função (CC art. 1.742), sendo digno de eventual remuneração a ser fixada pelo magistrado (art. 1.752, § 1º).

45. Heinrich Lehmann, *Derecho de familia. Tratado de derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, vol.4, p. 11.

46. Respectivamente: ECA, art. 36, § único; CC, art. 406, II; CC, art. 406, I.

47. *Tutela testamentária*, pela qual os pais nomeiam tutor em documento ou testamento para o caso de virem a faltar quando ainda estiver na menoridade o filho (CC, art. 1.729); *tutela legítima*, pela qual algum parente assume o espaço deixado pelos pais, de acordo com uma ordem de convocação (CC, art. 1.731), sempre que não seja exista ou não possa ser consumada a tutela testamentária; *tutela dativa*, pela qual cabe ao juiz designar um tutor, quando não for possível realizar-se nenhuma das anteriores: não existência de documento que consigne disposição de última vontade dos pais acerca da tutela ou nomeação testamentária de pessoa não idônea para assumir o encargo, acrescido da impossibilidade de designar tutor pela legítima - por inexistência, escusa ou inidoneidade dos parentes que poderiam assumi-la (CC, art. 1.732).

### 1.8.3. A tutela administrativa.

Tão logo se verifique a ausência dos pais, o Estado buscará a quem transferir o exercício dos poderes correspondentes à tutela do incapaz por defeito de idade. Não encontrando a quem delegar a função substitutiva dos pais, alguns autores defendem que deveria o Estado assumi-la, por intermédio da *tutela administrativa*.<sup>48</sup> Há quem defenda que, antes mesmo de se constituir juridicamente a tutela civil, por meio da qual se pode dizer que a sociedade assume a responsabilidade pela formação do incapaz por defeito de idade, o Estado, primeira entidade protetora da criança e do adolescente, deveria assumir essa função, em socorro imediato ao menor desamparado. No Brasil, a lei não possui tal previsão.

A tutela administrativa seria provisória, e deveria durar pelo menos até que se conseguisse regularizar a posse de fato de criança ou adolescente, mediante a concessão liminar de guarda, nos processos de tutela civil ou de adoção, ou ainda nos casos de simples concessão de guarda a algum membro da sociedade civil (ECA, art. 33, §§ 1º e 2º).

Malogradas as tentativas de colocar o menor em família substituta por intermédio da adoção, tutela civil, ou guarda, manteria o Estado a *tutela administrativa* sobre o menor. Enquanto ela perdurasse, o Estado, representado no Chefe do Executivo municipal, manteria o menor sob sua custódia. Paralelamente, o Judiciário e a Assistência Social do município deveriam buscar quem se dispusesse a assumir a tutela civil ou a guarda do menor. Não se encontrando pessoa interessada em assumir pelo menos a guarda do menor, o Estado consolidaria sua *tutela administrativa*, que deixaria de ser provisória, mas manteria o caráter precário, na expectativa de alcançar a colocação do menor em família substituta antes de findada a menoridade, pois as demais formas (guarda deferida a quem deseje cuidar do menor ou tutela civil) têm preferência sobre a tutela estatal, por imitar melhor a natureza familiar.

A *tutela administrativa*, proposta de *lege ferenda* no Brasil, seria exigida do Estado como consequência da primazia que ele tem de zelar pelo amparo e bem-estar das crianças e adolescentes.

### 1.8.4. A adoção.

A adoção é meio de colocar o menor em nova família, constituindo-se novo título de filiação. Sendo menor de idade o adotado, os adotantes tornam-se titulares do poder familiar que ressurgem com o novo título de filiação.

---

48. Proposta de *lege ferenda*, apresentada por Roberto João Elias, recolhida na obra *Tutela civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, e desenvolvida por Sérgio Mathczuz Garcez, que pleiteava em seu trabalho pela previsão estatutária desse tipo de tutela, que seria exercida pelo Estado por meio de órgãos de sua Administração, na falta de pais ou de tutores civis do menor, em *O novo direito da criança e do adolescente*, Campinas, E.V., 1994, p. 63.

### 1.9. Conteúdo mínimo do poder familiar.

O poder familiar tem conteúdo mínimo que pode ser deduzido da CF, do CC e, especialmente, do ECA. Neste diploma encontram-se as normas que prevêm as situações em que é cabível a interferência dos órgãos públicos encarregados de proteger o menor. A lei regula essa atuação estatal.<sup>49</sup>

Entre as situações que legitimam a intervenção, destacam-se, primeiramente, as previstas no art. 98 do ECA, inciso II. Este dispositivo fundamenta a interferência quando se constata “falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável” prejudicando os direitos dos menores. São situações de inobservância dos limites mínimos (ou seja, deveres) exigidos pela Lei, para o exercício livre do poder funcional.

Quando a conduta dos pais ameaçar ou violar direitos resguardados pelo ECA, legitima-se a intervenção da sociedade civil e do Estado.<sup>50</sup> A conduta omissiva ou abusiva dos pais com relação aos filhos implica, necessariamente, desrespeito a algum dos preceitos do poder familiar. Por isso torna-se necessário fazer a conexão entre o conteúdo dos poderes paternos e a intervenção dos agentes incumbidos de proteger a vítima do mau uso do poder familiar.

#### 1.9.1. Conteúdo dos poderes-deveres paternos

Para esboçar o conteúdo dos poderes-deveres paternos convém apresentar o arcabouço legal onde se concentram. Alguns dos principais dispositivos relativos a essa matéria, podem ser encontrados na CF, art. 229, no CC, art. 1.634 e arts. 1.689 a 1.693, no ECA, arts. 21, 22, 55 e 129, inciso V.

A CF, art. 229, fala dos deveres dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores.

O CC divide a matéria em poderes-deveres quanto à pessoa dos filhos (art. 1.634) e quanto aos bens dos filhos (arts. 1.689 a 1.693).

O art. 1.634 dispõe que compete aos pais dirigir a criação e a educação dos filhos (inciso I), e tê-los em sua guarda e companhia (inciso II). Compete-lhes, ainda, exercitar poderes relacionados à incapacidade de fato dos filhos: conceder ou negar-lhes consentimento para casarem (III); nomear-lhes tutor em certos casos (IV); representá-los ou assisti-los juridicamente, conforme a idade (V); reclamá-los de quem ilegalmente os detenha (VI); exigir deles obediência, respeito e serviços compatíveis com a idade (VII).

Os arts. 1.689 a 1.693 referem-se aos poderes sobre o patrimônio do filho, que interessam secundariamente neste trabalho.

---

49. Por exemplo, o art. 98 do ECA diz quando cabe intervir, aplicando-se medidas de proteção descritas no art. 101.

50. Veja-se a respeito: Edson Sêda; *A a Z do conselho tutelar*, Rio de Janeiro, Adês, 1999. No site [www.edsonseada.hpg.ig.com.br/aazf.html](http://www.edsonseada.hpg.ig.com.br/aazf.html), resposta à pergunta n° 15, paginação variável. Acessado em 15/10/2001:

O art. 22 do ECA fala de quatro deveres dos pais: sustento, guarda, educação do filho e cumprimento das determinações judiciais.

Analisando os dispositivos citados, percebe-se que não há unidade terminológica entre a CF, o CC e o ECA. A CF, especialmente, apesar de ser diploma jurídico, também é uma carta política, de maneira que os termos utilizados em sua redação nem sempre retratam os temas de Direito com a melhor técnica. Mas, sendo a CF a chave de interpretação de todo o sistema jurídico nacional, deveria servir como principal referência para a análise dos poderes-deveres que integram o poder familiar.

Dada a conveniência de tomá-la como referência, pode-se notar uma divisão tripartite dos poderes-deveres, enunciados no art. 229: assistir, criar e educar. Qual é o conteúdo desses atos? Qual a distinção entre eles?

Essas condutas (assistir, criar, educar) justificam-se em função da necessidade que toda pessoa, em condição peculiar de desenvolvimento, tem de ser acompanhada por outras, já formadas, que a conduzam à maturidade suficiente para o exercício pleno da liberdade. Como não há unidade terminológica entre a CF, CC e ECA, a doutrina qualificada de Walter Moraes, em matéria de direito do menor, pode servir como critério para a organização desses poderes, associando a cada conjunto de deveres, sugeridos por ele, uma das condutas expressas na CF.

Segundo Walter Moraes, os pais devem atender às necessidades dos menores em três âmbitos de assistência, de acordo com as necessidades dos filhos: *assistência material* (associada ao *criar* da CF), *assistência moral* (relacionada ao *educar* da CF) e a *assistência jurídica* (que pode ser vinculada à expressão *assistir* da CF).

A *assistência material* será prestada pelos responsáveis mediante o cumprimento de deveres voltados à satisfação das necessidades físicas da criança ou do adolescente. Desdobra-se nos deveres de *criação*, *sustento* e *guarda*.

Por *criação*, entende-se o cuidado relacionado ao desenvolvimento físico do menor, incluindo o lazer e a recreação. Numa palavra, o zelo pelo *crescimento fisiológico*. Esse dever pode ser fundamentado na CF, art. 229 (criar), e no art. 1.634 do CC. O *sustento*, para Walter Moraes, absorve os deveres relacionados às necessidades alimentares e médicas do menor, ou seja, o zelo pela *saúde*. Este dever está especialmente previsto nos arts. 231, IV do CC e no ECA, art. 22. A *guarda*, por seu turno, inclui habitação e vestuário, restando vinculada à *proteção física*, e está delineada pelo Direito Positivo estatal nos arts. 231, IV e 1.634, I do CC, e no ECA, art. 22.<sup>51</sup>

A *assistência moral* - chamada de *assistência pessoal não material* será prestada pelos responsáveis e inclui o dever de *companhia* (CC, art. 1.634, II; ECA, art. 19), pelo qual os pais devem estar próximos do filho dando-lhe a atenção afetiva necessária para que sua constituição emotiva seja segura e equilibrada, e o dever de *educação* (CF, art. 229, ECA, art. 22), que forja a personalidade do indivíduo nas diversas frentes que compõem a pessoa humana: moral, religiosa, intelectual e profissional (CC, art. 1.566, IV e 1.724; ; 1.634, I; 1.740, I e 1.747, III).

---

51. Walter Moraes, *Programa de direito do menor*; São Paulo, Cultural Paulista, 1984, p. 128.

Uma terceira categoria de serviço se concretiza na *assistência jurídica* (CF, art. 229, ECA, art. 22, última parte) prestada pelos responsáveis por meio da representação (CC art. 1.634, V), assistência *stricto sensu* (art. 1.634, V e 1.747, I), consentimento para casamento (art. 1.634, III), nomeação de tutor por testamento ou documento similar (art. 1.634, IV); administração dos bens do menor (CC arts. 1.689 a 1.693 e 1.741); usufruto legal (CC art. 1.689, I).

Tomando por referência a classificação de Walter Moraes e a terminologia constitucional, pode-se colocar os dispositivos citados em uma tabela, de modo a facilitar a associação dos diplomas normativos.

Divisão comum quanto às atribuições do *paterfamilias* é a que se dá entre os poderes relacionados à pessoa,<sup>52</sup> e os poderes relacionados aos bens<sup>53</sup> do filho. Poderes de caráter patrimonial (enquanto administradores dos bens da prole) e pessoal (onde se inclui o dever de zelar pela formação saudável da personalidade do filho).

ASSISTÊNCIA MATERIAL	ASSISTÊNCIA MORAL	ASSISTÊNCIA JURÍDICA
CF, art. 229: <i>criar</i>	CF, art. 229: <i>educar</i>	CF, art. 229: <i>assistir</i>
- Criação: crescimento físico - Sustento: cuidado da saúde - Guarda: proteção física	- Companhia Educação	- Representação - Assistência <i>stricto sensu</i> - Consentimento para casar - Nomeação de tutor - Administração de bens do filho - Usufruto legal
CC: arts. 1.566, IV; 1.634, I	CC: arts. 1.566, IV; 1.634, I e II; 1.740, I e 1.747, III	CC: arts. 1.634, III, IV, V; 1.689-1.693; 1.741; 1.747, I
ECA, art. 22	ECA, art. 19	ECA, art. 22, última parte

Dentre esses poderes, mais importantes que os relacionados à administração dos bens são os que se referem à pessoa do filho. Nestes deveres estão os principais fins do poder familiar, pois serão fundamentais para a formação integral da pessoa. Para confirmar essa hierarquia do ponto de vista do Direito Positivo estatal, pode-se analisar o CC em conjunto com o ECA.

Diz o ECA, art. 22: “*aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de*

52. CC, título I: “do direito pessoal”; subtítulo II: “das relações de parentesco”; capítulo V: “do poder familiar”; seção II: “do exercício do poder familiar”

53. CC, título II: “do direito patrimonial”; subtítulo II: “do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores”

*cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.*” O artigo seguinte (art. 23) sobreleva eventual dificuldade econômica dos pais. A dificuldade para o sustento material dos filhos não autoriza a mudança do titular do poder familiar. Para estes casos concebeu a lei o “*programa de auxílio comunitário*” (ECA, art. 101, inciso VI). “*A falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder [poder familiar]*”. Ou seja, o princípio da autonomia familiar se mantém e o princípio da cooperação vem ao encontro dessa situação, obrigando a sociedade civil e o Estado a socorrerem os pais, sem substituí-los na posição de educadores.

A conduta moral dos pais, portanto, importa mais que sua condição econômica para efeitos de fiscalização do poder familiar.

Quando o filho possui patrimônio próprio, adquirido mediante doação, legado ou herança, por exemplo, cabe aos pais a administração desse montante, como regra. O dever mínimo a ser observado nesses casos é o de conservação do valor representado por esse patrimônio. Caso isso não aconteça, por flagrante desídia dos responsáveis, de modo que se comprometa seriamente o patrimônio (o CC, art. 1.637, fala de *arruinar* os bens do filho), pode o juiz suspender o poder familiar. Somente a *reiteração* dessa conduta, que configura sinal de desinteresse pelo bem do filho, pode levar à perda do poder familiar, de acordo com um dispositivo do CC (art. 1.638, IV), sem precedentes no CC de 1916.

Essa conseqüência demonstra que a lei civil reconhece o valor dos direitos patrimoniais do filho sujeito ao poder familiar. Todavia, a falha dos pais nesse plano não se equipara à falta com relação aos direitos do filho de índole pessoal, como sejam os direitos de personalidade, ligados à formação da pessoa.

Quando há ofensa, ou perigo de ofensa, a essa categoria de bens, imateriais, pode-se aplicar o remédio extremo da perda do poder familiar, sem exigência de *reiteração* dos pais na prática ofensiva (CC, art. 1.638). Assim, em situações de descuido do dever de guarda e educação, pode-se determinar, além da suspensão, de caráter revogável e temporário, a medida da *perda* do poder familiar. São situações que ensejam esta medida, aquelas descritas no artigo 1.638 do Código Civil: (I) castigar imoderadamente o filho, (II) deixá-lo em abandono e (III) praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

Os três incisos do art. 1.638 descrevem condutas dos pais que põem em risco direitos fundamentais do filho: a vida (I e II) e a formação sadia da personalidade, por meio da educação e da convivência familiar (III) e, novidade do CC de 2002, a perda do patrimônio (IV). Ao mesmo tempo, o art. 23 do ECA afasta as medidas acima apontadas – suspensão e perda do poder familiar –, nas situações de carência de recursos materiais, quando tal situação não for imputável aos pais como decorrência de desrespeito aos deveres do poder familiar. Esta regra protege os pais que, a despeito das dificuldades de subsistência material, continuam atuando de modo responsável no cuidado do filho, resguardando seus direitos básicos ou, ao menos, esforçando-se positivamente por fazê-lo. Nestes casos os pais deverão ser assistidos materialmente pela sociedade e pelo Estado.



A educação e a companhia assumem posição primeira na hierarquia de deveres dos pais e serão o ponto principal de fiscalização, orientação e intervenção de agentes exteriores (sociedade civil e Estado) quando há má gestão do poder familiar pelos responsáveis originários.

#### 1.10 Fiscalização do poder familiar pelo Estado e pela sociedade.

O caráter publicista do Direito de Família deve-se à existência de um interesse social premente na organização familiar. Os poderes exercitados dentro do âmbito familiar têm repercussão social positiva ou negativa, devido à inter-relação entre os círculos sociais.

A família e a sociedade civil organizada são sociedades naturais.<sup>54</sup> Há semelhança entre os modos de organização dos poderes inerentes a cada uma delas. Assim como a autoridade pública goza de atribuições que devem ser exercitadas no interesse de pessoas diferentes de si, assim também os pais com relação aos filhos, na administração do poder familiar.

Ao *poder* de comandar e conduzir a vida em sociedade, no caso da autoridade pública, a vida da criança ou adolescente, no caso dos pais, corresponde uma *responsabilidade*. A autoridade pública responde pelos atos praticados contrários ao bem comum, na medida em que tais atos afetam direitos públicos e privados dos cidadãos. Estes podem exigir-lhe, individual ou coletivamente, condutas condizentes com o cargo ocupado, por meio dos instrumentos judiciais, ou por meio da pressão política.

Quanto aos pais (ou a quem exerça os poderes decorrentes do poder paternal), deve-se-lhes cobrar a observância dos preceitos garantidores dos direitos da criança e adolescente. Não serão os filhos que lhes fiscalizarão ou exigirão (juridicamente) o exercício deste poder, uma vez que, por defeito de idade, são limitados para agir jurídica e judicialmente.

Neste espaço se interpõe e se justifica a participação da sociedade civil e do Estado no sistema como garantes dos direitos da criança e do adolescente, prioridade absoluta (CF, art. 227). A interferência se justifica em virtude de a pessoa do incapaz necessitar de assistência até o momento em que se presume ter adquirido plena capacidade de agir. Faltando o círculo familiar a essa função, deverão outros círculos sociais socorrer o incapaz. Esse caráter funcional dos poderes familiares coloca sob a fiscalização da sociedade a administração dos poderes outorgados às pessoas no âmbito familiar<sup>55</sup>

O dispositivo constitucional que afirma que a família é base da vida em sociedade (CF, art. 226, caput) pode ser apontado como fundamento da ingerência

---

54. Para melhor explicação do conceito de sociedade natural, ver Antônio Jorge Pereira Júnior, op. cit. (cit. 35), pp. 50-53

55. Louis Josserand, *L'esprit des droits et leur relativité*, Paris, Daloz, 1927, pp. 87-93.

externa na família. Enquanto base da vida em sociedade, a família deixa de ser um assunto de índole exclusivamente privada e passa a ocupar o eixo das preocupações institucionais do Estado, ao lado dos direitos e garantias individuais. Outro dispositivo constitucional reforça essa interferência do Estado. Trata-se do art. 226, § 8º, que autoriza a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros.<sup>56</sup>

É fato que os pais têm competência originária para gerir os direitos e deveres dos filhos e levar adiante sua educação. Discute-se se essa competência seria, além de originária, exclusiva. Quando se entende que apenas os pais podem ser titulares do poder familiar, na hipótese da não existência dos pais, extingue-se totalmente o poder familiar e surge como sucedâneo a figura da tutela, ou, mais precária que ela, a guarda. É a posição de Santos Neto, para quem “*somente se pode cogitar de poder paternal em havendo o vínculo de filiação (natural ou decorrente de ficção legal) a ligar os sujeitos ativos e passivos*”<sup>57</sup>

Sob esse prisma, a distinção entre *título* e *exercício* do poder familiar é muito importante. Mesmo quando não existe mais o poder familiar (*título*), boa parte de suas funções pode permanecer (*exercício*) sob outras formas (guarda ou tutela), uma vez que alguns de seus atributos deverão continuar sendo exercitados, pelo fato de o incapaz por defeito de idade necessitar de alguém que, no exercício pleno de sua capacidade, complemente sua incapacidade de agir e o conduza à maturidade.

Quando um sistema jurídico permite separar integralmente o poder de ingerência na vida privada do menor do título de filiação – como ocorria no Direito Romano, onde a filiação, por si só, não implicava a *patria potestas* –, o poder familiar pode subsistir independentemente dos pais, de modo que alguém sem o *status* jurídico de pai poderia assumi-lo. Há quem defenda essa possibilidade, propugnando pela conversão da “*autoridade parental*” – onde se vincula o poder familiar à filiação natural ou legal – em “*autoridade familiar*”<sup>58</sup> pela qual o *título* se torna transferível a terceiros, com carga total de poderes, deveres e vantagens que costumam acompanhar os pais, quando gerenciam pessoalmente o poder familiar.

Pontes de Miranda, em obra de 1917, apresenta um argumento que inspira semelhante modo de pensar. Em defesa da adoção, afirma que o poder familiar não tem como fonte essencial o nascimento biológico, e que a relação familiar “*mais se funda na interdependência ou mesmo dependência espiritual do que em simples circunstâncias estranhas à vontade, como o nascimento.*”<sup>59</sup> Naquela época, vivia-se

---

56. O valor social do privado e do individual pode ser constatado ainda no fato de que ao lado da insistência e da força do princípio da dignidade humana, coloca-se hoje o *princípio da função social*, que integra uma série de institutos historicamente vinculados ao Direito Privado: propriedade, contrato, posse, empresa, família. Isso reforça o caráter intervencionista na família. Além disso, toda a rede de proteção dos direitos fundamentais serve como justificativa para ingerência da autoridade pública em âmbitos relacionados ao Direito Privado.

57. José Antonio de Paula Santos Neto, op. cit. (cit. 6), p. 75.

58. Anne-Marie Leroyer, op. cit. (cit. 38), pp. 587-606.

59. Pontes de Miranda, *Direito de Família*. Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, p.313-314.

sob a diferenciação dos filhos legítimos e ilegítimos, a despeito do fato *geração* ser idêntico nas duas situações, o que demonstra que em face do Direito Positivo - enquanto ordenação da vida em sociedade - o reconhecimento social da filiação se sobrepunha à questão biológica, ocasionando situações jurídicas diferenciadas para os nascidos sob uma ou outra constituição familiar. Nesse mesmo sentido está o fato de o ordenamento jurídico então vigente equiparar o filho adulterino ao filho desconhecido (*patre nullo*)<sup>60</sup>: novamente, o fato biológico era preterido diante de um quadro sócio-cultural julgado merecedor de maior proteção que a criança concebida fora do lar conjugal.

Naquele contexto cultural, o Direito Positivo se importava mais em resguardar a situação dos pais casados, protegendo a *família legítima*. Hoje, a situação dos filhos menores de idade se impõe hierarquicamente como mais importante, de modo que deve prevalecer o critério que melhor atenda à situação da criança ou adolescente, podendo ser o laço biológico ou o laço sócio-jurídico, conforme este ou aquele seja aferido como a melhor situação alcançável. A melhor situação alcançável é aquela que reproduz de modo mais perfeito a família natural, ou pelo menos confere mais benefícios ao menor, em comparação com as demais possibilidades reais, sem por em risco sua constituição psíquica, física ou moral.

Sob a égide do *melhor interesse da criança*, que vige na atualidade, poder-se-ia indagar se não seria o caso de se admitirem como *sucedâneo integral* do poder familiar determinados casos de tutela civil que não chegam a se converter em adoção por força de impedimento natural, que não autoriza a adoção por afetar o título de filiação em desacordo com a ordem das coisas. É o caso dos avós<sup>61</sup> ou do irmão mais velho, quando agem como substitutos dos pais. Não recebem da lei um tratamento mais benévolo, que facilitaria o exercício do poder de tutela. Não dar esse tipo de tratamento aos avós ou irmão mais velho - em sendo ele capaz e apto para educar o mais novo - nestas hipóteses, equivaleria a apenar o tutor, e, logo, o próprio menor.

Se um dia, sob a égide da filiação ilegítima, foi permitido usar-se de uma ficção (pois dizia-se desconhecer a paternidade de pessoa cujo pai era perfeitamente identificável) para alcançar um efeito socialmente conveniente para os pais, não há de ser descartada a possibilidade de transferência do título de *autoridade familiar* àqueles que exercerão os poderes a ele inerentes, mesmo não sendo os pais, em benefício dos menores, quando esta transferência não colocar em risco a formação moral, psíquica e física da criança ou adolescente. Todavia, exposta a idéia, não se lhe dará mais atenção neste trabalho.

Enquanto poder funcional, o exercício do poder familiar deve ser feito em atenção a um dever fundamental. O seu titular deve administrá-lo como o instrumento mais adequado para auxiliar na formação da personalidade da pessoa em

---

60. Idcm, p.313-314.

61. Cf. se disse anteriormente, no México, os avós recebem a integralidade dos poderes que os pais dispunham, se sobrevivem a eles ou os sucedem após a perda judicial do poder familiar.

desenvolvimento.<sup>62</sup> Os pais, ou quem lhes faça as vezes, legitimam o uso desse poder à medida que cumprem o dever de formar o filho segundo os traços característicos da dignidade humana. É o limite mínimo do exercício desse poder, que pode ser distorcido e resultar em abuso ou omissão. Por isso, o responsável de movimentar tais prerrogativas será fiscalizado pelo Estado e pela sociedade civil.

2. Aspectos sócio-políticos: competências dos círculos sociais com relação ao poder familiar.

2.1. “Status”: a posição do indivíduo perante o Estado e o grupo familiar.

Para melhor estudo do grau de relação entre os círculos sociais (família, Estado, sociedade) em matéria de poder familiar, convém tecer algumas considerações sobre o grau de relacionamento dos grupos com os indivíduos que deles façam parte. Antonio Cicu oferece uma linha de reflexão que esclarece como pode ser compreendida a relação do indivíduo com os agrupamentos humanos.

No estudo que desenvolveu acerca do conceito de *status*, Cicu reexamina as bases da relação do cidadão com o Estado, estabelecendo um parâmetro diferente do que se tinha até então.

Segundo ele, quando se entende o Direito Público a partir do paradigma do Direito Privado, costuma-se ler os poderes atribuídos ao Estado com relação ao indivíduo sempre sob uma óptica de *limitação* da liberdade pessoal. Cicu<sup>63</sup> faz uma releitura dessa situação, chamando a atenção aos benefícios gerados ao ser humano nessa relação com o Estado, indo além do sentido negativo de *limitação*.

Uma vez que o conceito de Direito subentende o de sociedade só há Direito quando há pluralidade de pessoas convivendo em mútua relação -, antes de se falar dos direitos, individualmente considerados, deve-se atentar para a relação natural de pertinência do indivíduo a uma dada coletividade. As conseqüências dessa pertinência não poderiam ser lidas simplesmente como redutoras da liberdade pessoal, pois a liberdade individual já vem contornada, envolvida, desde sua gênese, em uma dimensão social.

As exigências da convivência social deveriam ser respeitadas por todos, como decorrência imediata da condição humana, afastando-se a idéia liberal da *individualidade total do homem no estado de natureza*, na perspectiva de um contratualismo social com a idéia subjacente de que o homem seria, por natureza, e de modo originário, um ser exclusivamente individual, restando a sociedade como uma criação artificial e limitadora do ser humano.

---

62. Quanto à interferência do Poder Público (Judiciário) na condução da educação dos menores, na Itália, veja-se Paolo Zatti, “Rapporto educativo e intervento del giudice”, pp. 185-317.

63. Antonio Cicu, “Il concetto di ‘status’”. *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli*, Napoli, Jovene, 1917pp. 60-74.

Cicu critica a escolha do contrato como modelo para explicar o fenômeno da vida em sociedade. O paradigma contratual ilustra, segundo ele, a tendência de se observar a realidade social sob a perspectiva jusprivatista, que dominava a Europa após o desenvolvimento do Direito comum, inspirado no Direito Privado Romano e recuperado nas universidades a partir do século XIII.<sup>64</sup>

Observando o plano do ser, para fundamentar o dever-ser, percebe-se que há relação orgânica entre os membros de uma comunidade,<sup>65</sup> anterior à percepção dos direitos individuais. A partir dessa perspectiva, pode-se concluir que antes de se reconhecer como ser individual, o homem é, por força da natureza e dos fatos, um ser social.

A condição social humana teria servido, em certas épocas e locais, para justificar abusos com relação à condição individual, de modo que muitos intelectuais pós-Renascimento fizeram uma leitura negativa da sociabilidade natural, construindo teorias (contratualismo social), nas quais se exaltava a dimensão individual como sendo a única do estado natural do ser humano. Pretendiam recuperar o valor do indivíduo em face da coletividade. Todavia, lograram ir além. Dado o efeito pendular que costuma acompanhar as mudanças históricas, terminou-se por alimentar o individualismo a ponto de, mesmo em nossos dias, ser necessária uma reação retificadora dessa postura, sob o risco de se abusar da pessoa, novamente, ao desconhecer sua condição social.

Não se deveria atribuir caráter negativo à situação de dependência perante o agrupamento. A pertinência do indivíduo ao corpo social possibilita-lhe o acesso a um universo de possibilidades que complementam substancialmente seu desenvolvimento pessoal. Somente a convivência permite-lhe desenvolver virtudes relacionadas ao serviço e ao interesse sociais. Não significa, assim, redução da condição individual humana, mas seu complemento necessário.

Concluía Cicu que onde se via, sob a óptica privatista, diminuição da personalidade - sujeição à soberania estatal -, dever-se-ia notar a sublimação da personalidade. Onde se vislumbrava simples sujeição do indivíduo, dever-se-ia reconhecer uma *igualdade* de sujeição *de todos*, como um âmbito de solidariedade. Como membros de um organismo, não mais se deveria falar que o indivíduo tem *dependência* perante o Estado, senão que entre eles se estabelece uma relação de *interdependência*.

Nesta perspectiva, a pessoa não se veria tolhida pelo grupo, mas potencializada *ad maiora* em função dele: no âmbito do grupo sua personalidade se expande para atender a fins maiores que ela própria. Na verdade o processo de educação ilustra bem a necessidade dos demais (vida em sociedade) para formação do indivíduo.

Mas, para Cicu, esse caráter associativo era personificado no Estado, confundido com a sociedade política, de modo que se tornou defensor do fortalecimento

---

64. Idcm, p.66.

65. Ressalte-se que Antonio Cicu não diferenciava o conceito de *comunidade* do conceito de *sociedade*, o que fez Ferdinand Tönnies em *Comunidad y socieda*, Buenos Aires, Editorial Losada, 1947, e também Jacques Maritain em *O homem e o Estado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Agir, 1966. Cicu trata a família e o Estado indistintamente como *comunidades*.

do Estado. Por isso se entende necessário temperar a concepção de Cicu com a visão de Maritain, de modo a se dar o real peso à sociedade civil antes de atribuir ao Estado a força motriz da vida em sociedade.

Quando se confere todo o poder ao Estado, tomando-o como *a fonte* dos poderes públicos, cria-se o risco dos Estados totalitários, os quais se justificam usando do argumento de *serem* a “sociedade civil”: reduzem a sociedade civil ao aparato burocrático estatal manipulável por quem detém as chaves do poder em determinado governo. Antes de fazer parte do Estado, o indivíduo faz parte da sociedade civil.

Cicu intuiu que o individualismo não respondia às necessidades autênticas da pessoa, mas não conseguiu restaurar a importância da *sociedade política* como realidade prévia e mais importante que o Estado.<sup>66</sup> Com as idéias desenvolvidas por Maritain, pode-se corrigir a leitura de Cicu que levaria à exaltação do Estado como organismo que poderia agir por si, sem a necessidade de justificar seus atos à sociedade civil.

Quanto à sociedade familiar, Cicu afirmava que, à semelhança do *status civitatis*, também no âmbito familiar se estabelecia uma relação orgânica entre as pessoas, pelo que decorriam deveres para os seus membros.

Para o civilista italiano o “*status*” é a situação que se estabelece não só por decorrência da relação Estado-cidadão, mas também sempre que o indivíduo se apresenta como membro de um todo superior, que possui um escopo comum. “*Antes de tudo, isso ocorre na família*”.<sup>67</sup> O *status* é “*a relação ou vínculo jurídico que liga o indivíduo ao agrupamento*”<sup>68</sup> (tradução nossa).

Essa relação orgânica do indivíduo com o Estado - na visão de Cicu -, ou com a sociedade política - na concepção de Maritain -, também se verifica com relação à família. No entanto, o vínculo é mais forte no âmbito familiar que no âmbito coletivo estatal, pois “*na família é mais puro o momento do dever, também porque a própria destinação à função é aqui pre-ordenada e individualizada, sendo mais restrito o campo da liberdade e da vontade*”. Na sociedade familiar mais facilmente se percebe a configuração do *status* do que na sociedade estatal, pois na família fica mais nítido “o conceito de interdependência e solidariedade; a característica de direito-dever; a exclusão do interesse egoísta, do poder de aquisição, de disposição e de renúncia; a subordinação a um fim”<sup>69</sup> (tradução nossa).

As idéias de CICU serviram como referência para o pensamento do

66. Vale lembrar que o Estado é entidade (artificial) criada pela sociedade política.

67. Antonio Cicu, op. cit (cit.63), p. 60.

68. Idem, p. 70. No original: “*Status è pertanto il rapporto o vincolo giuridico che lega il singolo nell'aggregato*”.

69. Antonio Cicu, op. cit. (cit. 63), p. 73. No original: “*Più evidente e sicura è invero la necessità che determina e tien fermo l'aggregato familiare: più puro quindi il momento del dovere, anche perchè la stessa destinazione alle funzioni è qui preordinata ed individualizzata, sicchè molto più ristretto è il campo della libertà e volontà*”. Adiante: “*Ma tutto ciò non impedisce che in confronto dello s.civitatis abbiano qui maggior risalto il concetto di interdependenza e solidarietà; la caratteristica di diritto-dovere; l'esclusione dell'interesse egoistico, del potere di acquisto, di disposizione e di rinuncia; la subordinazione ad un fine.*”

Direito de Família como âmbito do Direito Social,<sup>70</sup> servindo, ainda, de contraponto ao entendimento de uma total autonomia da vontade no âmbito familiar. Cada membro da família deve respeitar princípios decorrentes da relação familiar, que transcende a individualidade.

A concepção de família possui uma nota característica comum à concepção de Estado e de sociedade política (sociedade civil): os três agrupamentos incluem-se na categoria de *sociedade*. São realidades pretendidas racional e moralmente pelos homens, dotadas de fins particulares a cada uma, e de fins comuns aos três grupos.

Quanto aos fins comuns, deve-se esclarecer uma ordem de precedência entre as três sociedades, de acordo com a acessibilidade e o poder de cada uma delas sobre a vida do indivíduo. O bem comum familiar, por exemplo, é pré-requisito para o bem comum geral.

## 2.2. Precedência da família dentre os círculos sociais.

Ao grau de relacionamento e de intimidade que se partilha com determinado grupo do qual se faz parte, corresponde uma maior *interdependência* sócio-jurídica. Como o indivíduo faz parte de diversos grupos, torna-se titular de direitos e deveres perante eles, proporcionalmente ao grau de interdependência com cada um deles.

As pessoas são ao mesmo tempo cidadãos (relação perante o Estado), membros (perante a sociedade civil) e parentes (perante a família), guardando com cada um desses círculos alguns deveres e direitos. Essa tríplice pertinência justifica a interferência de um círculo no outro, uma vez que todos eles se unem na função principal do bem comum, e todos eles se constituem em serviço às pessoas que os compõem.

Pode-se imaginar a pessoa envolta por três círculos: mais próximo a ela está a família, seguida pela sociedade (nas diversas entidades em que possa se manifestar e na própria sociedade política) e pelo Estado. O desconforto social do círculo mais íntimo faz-se sentir no meio social seguinte, e o desconforto deste, por sua vez, reflete no Estado.

No que se refere ao menor de idade, a atuação insuficiente do primeiro círculo - família - exige de imediato a atuação do meio social seguinte. A insuficiência deste meio leva ao Estado.

No entanto, ante a disfunção dos círculos sociais mais próximos ao indivíduo, o Estado é a entidade a quem primeiro se cobra uma providência. Nada mais razoável, uma vez que o Estado, entidade artificial, tem função instrumental de gerir os interesses da sociedade, e deve assumir, em primeiro lugar, a responsabilidade pelo indivíduo incapaz desatendido pelos pais, em nossos dias.

O Estado assume a primeira posição na rede protetora da pessoa. Mas nem por isso deve manter-se como executor exclusivo da função de zelar pela situação

---

70. São também de Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia, teoria generale*. Roma, Athenicum, 1915 e *Filiazione*, Torino, UTET, 1951.

do menor de idade, porque não compete a ele incumbir-se sozinho de tarefas cuja *competência originária* era de outros agrupamentos (família e sociedade civil) ou cuja *competência concorrente* (ou *comum*) deva com eles compartilhar.

A relação entre os três principais círculos que envolvem o indivíduo pode ser regulada pelos princípios da *subsidiariedade* e da *cooperação*. *Subsidiariedade* do Estado, por exemplo, no que é de *competência exclusiva* ou *privativa* dos demais círculos, e *cooperação* no que é *competência concorrente* entre eles.

Necessária ainda se faz a intervenção de círculos sociais diferentes da família, em razão da *prioridade absoluta da criança e do adolescente*, princípio que integra nosso sistema jurídico, e do enfraquecimento da instituição familiar, círculo competente originariamente para cuidar dos interesses do menor.

## 2.2 Estado de Direito e a interferência no exercício do poder familiar.

O que fundamenta a intervenção do Estado em matéria de poder familiar? Na atualidade, essa intervenção se apóia, em último termo e de modo fundamental, no dever do Estado de garantir os direitos fundamentais de todos os seus súditos.<sup>71</sup>

A consolidação do conceito de Estado de Direito, como instrumento ideal a serviço da convivência pacífica e harmônica em sociedade, importou no fortalecimento progressivo dos poderes estatais. Em função disso, o Estado foi dotado de estrutura privilegiada, dispondo de meios apropriados para executar suas atribuições. Um imenso poder foi-lhe conferido para usar no interesse dos cidadãos. Por isso o Estado pode ser constrangido a assumir a responsabilidade de proteger e garantir os direitos fundamentais dos seus súditos. Apresenta-se hoje como o principal guardião dos direitos fundamentais do indivíduo.<sup>72</sup> Não-obstante sua posição central nesta matéria, não conseguirá êxito sem assistência da sociedade civil, sobretudo no contexto da complexa sociedade de massas contemporânea.

---

71. Há competência comum do Estado em relação aos pais, titulares do poder familiar, em face do filho, quanto a alguns poderes-deveres, conforme se analisará adiante, no corpo do texto. Há, também, poderes-deveres que são de competência exclusiva ou privativa dos pais, de modo que somente subsidiariamente o Estado intervirá, como medida extrema diante da impossibilidade de os pais levarem a termo esses deveres.

72. Mesmo perante documentos como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgado pela ONU, em 1948, o Estado é organismo decisivo na proteção dos direitos fundamentais. Assim, no art. 8º do referido diploma, lê-se: "*todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhes sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei*". A Constituição é o documento formal que inaugura o Estado. Mas as leis e os tribunais serão administrados pelo Estado. Sem a atuação adequada do Estado, nos órgãos que o representam em cada esfera, não haverá tutela verdadeira dos direitos da pessoa humana. Ao mesmo tempo, vale a pena lembrar que mesmo que a Constituição possa ser apontada como a certidão de nascimento do Estado, *constituído* por ela, a rigor, perante o Direito Constitucional, ela é prévia ao Estado, pois é concebida no seio de uma Assembléia Constituinte, momento em que ainda não existe, formalmente, o Estado que está sendo construído. A Assembléia Constituinte é o exemplo mais patente de organização da sociedade civil na construção do Poder Público.



### 2.3 Intervenção do poder público na condução do poder familiar.

O poder familiar é uma das incumbências do círculo social familiar que sofre ingerência da sociedade civil e do Estado. De modo especial o Estado contemporâneo, no uso do monopólio legislativo, e por meio das instituições públicas, interfere no exercício ou na titularidade do poder familiar, direta ou indiretamente, quando fiscaliza a situação dos menores de idade, para garantir que seus direitos sejam respeitados.

A motivação dessa fiscalização, durante o século XIX e parte do século XX, esteve concentrada no interesse da sociedade em precaver-se da má formação dos futuros cidadãos.<sup>73</sup> Hoje, com o protagonismo da criança e do adolescente pensa-se, primeiro,<sup>74</sup> no interesse deles e, depois, no interesse dos demais membros da sociedade.

O Estado contemporâneo, cingido pelo princípio da legalidade, para intervir em matéria de direito do menor, necessita agir conforme uma previsão legal, ficando vinculado ao limite fixado em lei. Dessa forma, pode-se acompanhar o histórico da intervenção do Estado brasileiro em matéria de menores por meio da legislação.<sup>75</sup>

As recentes leis relativas aos direitos da criança e do adolescente foram concebidas sob a égide da *proteção integral*. Sob tal conceito pretende-se resguardar a situação de todos os menores, nos vários âmbitos de sua vida, não se limitando à esfera penal. Isso aumentou o poder de interferência do Estado e também sua responsabilidade. Mas a lei, sabiamente, envolveu a sociedade inteira nessa nova ordem normativa acerca dos direitos da criança e do adolescente.

Sob inspiração da doutrina da proteção integral, o ECA perfilou os direitos dos menores em detalhes. Como o poder familiar é o principal instrumento para intervenção na vida da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento (cf. *supra*, ponto I), o titular deste poder é o maior responsável pela garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes.

Ao descrever os direitos que devem ser resguardados à criança e ao adolescente com prioridade absoluta, o legislador indiretamente esclareceu e expandiu

---

73. Irene Rizzini, *O século perdido – raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*, Rio de Janeiro, Editora Universitária Santa Úrsula / Amais Livraria e Editora, 1997, p. 34. Na p. 64, pode-se ler: “Ao se buscar na literatura histórica referências sobre o espaço reservado à criança na sociedade brasileira do século XIX para o XX, percebe-se claramente que “a criança” que mais aparecia era aquela que, aos olhos da elite, carecia da proteção do Estado e precisava ser ‘corrigida’ ou ‘reeducada’. Eram os ‘expostos’ os ‘orphaosinhos’, os ‘pobres meninos abandonados’, as ‘crianças criminosas’ os ‘menores delinquentes’ e assim por diante. Onde constava algo relativo à infância ou à juventude, lá estava implícita a idéia de periculosidade, carregada da ambigüidade anteriormente assinalada: ou a criança personificava o perigo ou ameaça propriamente ditos (‘viciosa, perversa, criminosa...’) ou era apresentada como potencialmente perigosa (‘em perigo de o ser...’).

74. Dever-se-ia pensar, ao menos, por exigência do princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente, esboçado no art. 227 da CF.

75. Essa tarefa é levada a termo no capítulo seguinte (ponto 2.10). Neste momento, importa enfocar a ampliação dos poderes de intervenção do Estado em matéria de direitos da criança e do adolescente.

os efeitos que devem ser alcançados pelo exercício do poder familiar. Sem essa previsão legal, não seria possível que o Estado interviesse legitimamente nessas matérias. Ampliou-se, dessa forma, o conteúdo do poder familiar com relação às disposições do CC. Por isso, indiretamente, o Estado, ao fiscalizar o respeito aos direitos da criança e do adolescente (descritos no ECA), termina por avaliar o exercício do poder familiar. Em razão do princípio da descentralização,<sup>76</sup> essa função será compartilhada com a sociedade civil, segundo adverte Sálvio de Figueiredo Teixeira: “*Ao lado de uma participação mais ativa da sociedade, cumpre ao Estado executar, aprimorar e fazer cumprir as leis que editou, formular as que faltam, prestigiar os atos internacionais de que é signatário, transformar sua postura paternalista em gerador de oportunidades*”<sup>77</sup>

Quando não há laços familiares que fornecem ao menor de idade a atenção conveniente, ou a atenção dos pais é insuficiente ou prejudicial, as demais esferas deverão entrar em ação para socorrê-lo. Cabe estudar como deve se operar a atuação de cada esfera de coletividade nessas situações, para evitar que haja abusos e omissões.

### 2.3 Competência do Estado, da sociedade e da família: em busca de um critério.

Convém que a relação da família com a sociedade civil e com o Estado seja pautada por um critério que oriente *quando e em que âmbitos* esses agrupamentos poderão interferir na condução da vida do indivíduo menor de idade, não emancipado. Esse critério tem por fundamento a divisão de *competências materiais* ou *formais* entre eles.

Para definir os âmbitos de relacionamento pessoal (vida privada) em que o Estado e a sociedade civil podem (ou devem) intervir, e os momentos em que se justifica tal interferência, é necessário recorrer à filosofia social (principalmente a *Ética social*), matéria que sofreu um eclipse com o desenvolvimento da sociologia no século XX, e que tende a recuperar espaço nos meios científicos em face da complexidade pós-moderna, convidando ao desenvolvimento dos princípios e da noção de dever ínsita ao relacionamento social.<sup>78</sup>

Por meio da *filosofia social* pode-se responder, por exemplo, qual grupo tem *competência originária* para tratar da educação dos incapazes por defeito de idade, se é possível estabelecer uma hierarquia entre eles e quais princípios poderiam nortear a atuação harmônica dessas *esferas de coletividade* na tutela da pessoa humana e na promoção do bem comum.

Para disciplinar a *ordem social*, o Direito Positivo deve se socorrer da *filosofia social*, sob risco de afrontar a base das relações que se criam no seio da

76. Cf. Antonio Jorge Pereira Júnior, op. cit. (cit. 35), pp.99-102

77. Sálvio de Figueiredo Teixeira. “*O menor, esse desconhecido*”, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*. São Paulo, 1990, vol. 78, p. 46.

78. Vale lembrar que também na aplicação do princípio da boa-fé objetiva os deveres surgem de modo incógnito, com maior força que os direitos correspondentes. Os direitos seguem, por via reflexa, aos deveres. Ver Judith Martins-Costa, *A boa-fé objetiva no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

convivência. A Sociologia tem por objeto constatar o que ocorre, não diferenciando o *acontecido do devido*, de modo que serve à análise, mas não auxilia na resolução dos problemas sociais.

Os agrupamentos citados (Estado, sociedade civil, família) dividem competências e ocupam espaços diferenciados, tendo em vista a consecução do bem comum. Cada qual atua em um âmbito da vida social. É difícil estabelecer *regras* que regulem com exatidão o espaço de cada um deles. As competências de cada um são determinadas, em linhas gerais, por meio de *princípios*. Os princípios que orientam o relacionamento dos círculos de coletividade adquirem feição jurídica na medida em que determinam um *dever-ser* que vincula socialmente. Essa força deontológica converte-os em princípios jurídicos.

Na hierarquia entre as entidades que envolvem o menor de idade, a família ocupa a primeira posição numa ordem de precedência, pois é o órgão imediato de sua formação. A sociedade civil (“sociedade política”, em Maritain) está em um segundo plano, pois precede o organismo estatal na existência, o qual, por sua vez, é produto dela e a ela deve servir. Em terceiro lugar, coloca-se o Estado, estrutura (instrumental) que tem por função zelar pelos serviços públicos como representante da sociedade política na gestão dos poderes que pertencem a ela.

Os três círculos sociais aparecem relacionados no §1º do artigo 226 da CF, sob o título VIII da Carta Magna que, convém recordar, trata “da ordem social” Lê-se neste dispositivo da CF que “a família, base da sociedade civil, terá proteção especial do Estado” (grifos nossos). Essas palavras expressam, de modo sintético, a relação de interdependência entre eles, segundo a hierarquia acima: a *família* é a base (célula social), sem a qual não se constitui a *sociedade civil* (o tecido social). O Estado, por sua vez, produto que é da sociedade civil organizada, foi incumbido expressamente por ela de proteger a base da sociedade, ou seja, a família.

A família é o agrupamento social que tem maior responsabilidade na formação das novas gerações (formação corporal, espiritual e social). Por isso a sociedade política, reunida em Assembléia Constituinte, quis impor ao Estado a incumbência de protegê-la especialmente, inscrevendo-a no documento que constitui e define as competências estatais.<sup>79</sup> “A cada círculo social corresponde o seu tipo de direito, o seu sistema. Diante das convicções da ciência, que tanto nos mostram e comprovam explicação extrínseca dos fatos (isto é, dos fatos sociais, objetivamente), o que se não pode pretender é reduzir o direito a simples produto do Estado. O direito é produto dos círculos sociais, é fórmula da coexistência dentro deles. Qualquer círculo, e não só os políticos, tem o direito que lhe corresponde” (grifo no original).<sup>80</sup>

Nas palavras de Pontes de Miranda, ter “o direito que lhe corresponde” bem poderia ser lido como *ter o poder que lhe compete*, na divisão de funções entre círculos sociais para garantir a saudável convivência humana. Nesse sentido, Johannes

79. Heinrich Lehmann, op. cit (cit. 44), p. 273.

80. Pontes de Miranda, op.cit. (cit. 2), p. 170.

Messner dizia que “o direito consiste em competências garantidas, isto é, em poderes seguros para fazer, ter ou exigir algo perante uma eventual violação de outrem” (grifo no original),<sup>81</sup> comportamento exigível no seio da vida social. Afirma ainda que “as competências conferidas pelo direito devem-se às responsabilidades ligadas aos fins existenciais dos homens.”<sup>82</sup>

É de grande utilidade o uso do conceito de *competência* para que se compreenda o que cabe a cada entidade no jogo de responsabilidades em defesa dos direitos da criança e do adolescente. Nesse caso, em vez de se falar em competência legal (definida pela lei), melhor é falar-se de *competência natural*,<sup>83</sup> pois precede a lei.

As competências naturais da família e da sociedade civil independem de previsão legal estatal para serem reconhecidas e operarem efeitos, apesar de o conhecimento delas ficar condicionado pela cultura<sup>84</sup> e o respeito efetivo a elas ser garantido mediante lei.

As competências estatais, sendo o Estado um ente criado pela sociedade, necessitam de previsão legal, devendo estar enunciadas de modo claro nas constituições ou convenções públicas da sociedade civil, nas quais se deveriam definir, de acordo com uma razão de proporcionalidade e adequação, quais funções podem ser transferidas ao Estado quando couber a ele agir em nome da sociedade civil.

Apesar disso, pode ser que algumas competências estatais não estejam positivadas, por imperfeição dos documentos correspondentes, por eventual impossibilidade de previsão quando da elaboração da Carta Política, ou pelo fato de algumas delas não necessitarem de reconhecimento formal, por estarem devidamente assimiladas no contexto sócio-político.

Na CF brasileira pode-se encontrar um repertório imenso de competências estatais. Em quantidade menor, podem ser identificadas competências dos demais círculos sociais, incorporadas ao texto constitucional. Todavia, as competências cabíveis aos grupos diferentes do Estado, costumam ser ordinariamente descobertas com o auxílio da filosofia social.

Facilita aos operadores do direito tomar por empréstimo a conceituação de *competência* tal qual desenvolvida no Direito Constitucional para, a partir dela, refletir acerca das competências originárias de cada círculo social.

---

81. Johannes Messner, *Ética social*, São Paulo, Quadrante, s/d, p. 211.

82. Idem, p. 211.

83. A palavra *natural* tem sua raiz (*nat.*) relacionada ao supino do verbo latino *nasc-or (nat-us sum)*, que significa *nascer*. Assim também as palavras nato, inato, nativo, natalidade, natureza, nação. Carlos Góis, *Dicionário de raízes e cognatos da língua portuguesa*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1945, pp. 206-207. Pretende-se usar o qualificativo *natural*, neste uso específico, como referência a uma realidade que não precisa ser positivada para existir, uma vez originada (nascida) da situação concreta, sem a necessidade da chancela do Direito Positivo estatal para existir. Portanto, algo nascido com a pessoa ou algo nascido de uma situação relacional onde a declaração de vontade humana, ainda que presente, não é a causa eficiente do fenômeno.

84. Javier Hervada, *Crítica introdutória ao direito natural*, Porto, Rês, s/d, p. 131.

Mais útil ao escopo desse trabalho mostra-se o critério que nomeia as competências de acordo com a *extensão* do poder cabível a cada entidade, em determinada matéria. Esta *competência extensiva* se subdivide em quatro tipos: *exclusiva, privativa, concorrente e suplementar*.<sup>85</sup>

Outro critério classificatório diz respeito à sucessão daquele que se investe da competência. Será chamada de *originária* a competência quando exercida pela entidade que foi originariamente investida dela. Será *delegada* a competência quando a entidade que a exerce sucede a uma outra, que lhe tenha delegado tal poder.<sup>86</sup>

As competências dos diversos círculos sociais – família, Estado, sociedade política – em matéria de criança e adolescente, são percebidas especialmente por meio dos princípios que orientam a ordem social.

## 2.4. O princípio da subsidiariedade.

O *princípio da subsidiariedade*, bastante desenvolvido pela doutrina social católica, apresenta-se como de grande utilidade para promover e evitar abusos no relacionamento entre os círculos sociais (família, sociedade civil entidades intermediárias - e Estado).

A palavra provém do latim *subsidium*, que significa “*ajuda desde a reserva*”, ou seja, desde uma instância que não é responsável diretamente pelo cometido. Em Roma, as *subsidiarii cohortes* eram as tropas que estavam na retaguarda, dispostas a ajudar as tropas de primeira linha (*prima acies*), quando estivessem em dificuldades e impossibilitadas de sair dessa situação por conta própria.<sup>87</sup> Há referência, portanto, ao auxílio prestado por entidades *superiores*, a entidades *inferiores*, sempre que estas não sejam capazes de atender sozinhas suas necessidades. Costuma ser aplicado na relação entre o Estado e os cidadãos (incluindo as entidades intermediárias).

Deve ser aplicado quando determinada competência de um grupo social não estiver sendo cumprida, e um outro agrupamento, mais perfeito, auxilia ou assume

---

85. A *competência exclusiva* é aquela que não admite complementariedade e nem delegação. Somente uma determinada entidade tem a incumbência de exercê-la. A *competência privativa*, por sua vez, assemelha-se à exclusiva, com o detalhe de admitir delegação. A *competência concorrente* (ou *commun*) é a competência que, originariamente, é atribuída a mais de uma entidade. Pode ser que esta *competência commun* seja dividida, criando-se diferentes graus de participação das entidades que concorrem no exercício de um mesmo poder. Pode ser que haja participação igual das entidades na gestão do poder que lhes compete, ou pode ser que haja primazia de uma com relação à(s) outra(s). Neste caso, quando há reserva de certas incumbências a uma delas, *a priori*, por disposição legal ou por força da normatividade jurídico-social, surge a *competência suplementar*, categoria de competência concorrente. A *competência suplementar* é exercida apenas quando a entidade que tem preferência para exercer a *competência concorrente* não o faz, ou se limita aos aspectos gerais da matéria que administra, restando à outra suplementar o exercício do poder dado a ambas. Cf. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 482-483.

86. *Idem*, pp.483-484

87. Martinell Gifré, F. “Principio de subsidiariedad”, *Gran enciclopedia Rialp*, 6ª ed., reimpressão. Madrid, 1991, tomo XXI, p. 707.

a função respectiva para garantir o bem comum e/ou o bem individual de quem pode estar sendo lesado pela atuação insuficiente do grupo competente originariamente.

Adquiriu forma especialmente grata na encíclica *Quadragesimo anno*, de Pio XI: “ainda que seja verdade que muitas tarefas que em épocas anteriores podiam realizar também as associações pequenas, hoje somente podem levar-se a cabo por obra de grandes entidades sociais, permanece, contudo, firme e imutável em filosofia social aquele importantíssimo princípio que não se pode alterar nem mudar: da mesma maneira que não se deve privar o individuo daquilo que pode obter pela própria iniciativa e pelas suas próprias forças, nem atribuir-lhe a atividade da sociedade, atenta igualmente contra a justiça outorgar à comunidade superior e mais ampla aquilo que as comunidades menores e subordinadas podem conseguir e levar a bom fim. Toda atividade social deve, por sua natureza, prestar auxílio aos membros do corpo social, nunca absorvê-los nem destruí-los”<sup>88</sup>

Conseqüente ao princípio da solidariedade,<sup>89</sup> o princípio da subsidiariedade deve ser aplicado nas situações em que se relacionam entidades de maior e menor superioridade: Estado e municípios, municípios e associações civis, Estado e família etc.

De acordo com Rafael Llano Cifuentes, “o princípio da subsidiariedade estabelece que o Estado, de um lado deve permitir sempre ao individuo e às sociedade menores ou intermediárias exercitarem os seus direitos e cumprirem os seus deveres na medida em que são capazes por si mesmos e, de outro, deve ajudar com a sua assistência (subsídio) nas coisas necessárias em que estes não são suficientes”<sup>90</sup>

O princípio da subsidiariedade determina que o Estado respeite as *competências exclusivas e privativas* das entidades menores. Deverá agir (fornecer subsídio) quando tais entidades não estiverem cumprindo, sozinhas, suas funções (competências), em defesa e proteção daqueles que possam ser prejudicados pela atuação insuficiente delas.

Esse princípio protege, portanto, a *autonomia da família* e de outros grupos sociais menores, da invasão abusiva do Estado. Sempre que intervier em matérias de competência exclusiva, ou privativa, da família, deverá o Estado usar do poder jurisdicional, pois estará afetando a titularidade ou o exercício do poder familiar de modo grave.

Cabe assim ao Estado intervir na medida em que for necessária essa intervenção, de acordo com circunstâncias que a justifiquem; mas sempre permitindo o pleno desenvolvimento das sociedades intermediárias, como a família, o município,

88. Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 79.

89. “O princípio da subsidiariedade supõe os princípios de solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se” Joseph Cardenal Höffner, *Doutrina social cristã* (versão de acordo com a 8ª edição alemã), São Paulo, Loyola, 1986, p. 35.

90. Rafael Llano Cifuentes, *Relações entre a Igreja e o Estado*, 2ª ed., Rio de Janeiro, José Olympio, 1989, p. 52.

a corporação, o sindicato. Todas devem ser respeitadas porque respondem a uma necessidade - e por isso têm direitos e finalidades próprias<sup>91</sup> - ou porque são, no mínimo, produto da liberdade humana de associação<sup>92</sup> “*Dupla é a função da autoridade política do Estado: garantir e promover; mas não é de modo algum função do poder político absorver a família e o indivíduo ou sub-rogar-se em seu lugar*”<sup>93</sup>

Dentre as conseqüências do princípio sob exame, apontadas por Llano Cifuentes, destaca-se a afirmação da existência de fins e direitos próprios (competências), inerentes à natureza do indivíduo, da família e das unidades sociais menores, que não resultam de transmissão ou delegação feitas pelo Estado; a consideração de que o desrespeito a esse princípio jurídico implica totalitarismo estatal, uma vez que o Estado se imiscui no âmbito de atuação de outras entidades; e a conclusão de que esse princípio exprime a igualdade dos direitos e deveres dos indivíduos, da família (sociedade natural), da comunidade local (município, por exemplo), profissional (corporações), e religiosa, que devem ser respeitadas em sua autonomia, na medida do possível.<sup>94</sup>

Pode-se perceber o princípio da subsidiariedade informando diversos dispositivos constitucionais (principalmente no título VIII da CF, que trata “da ordem social”), e infra-constitucionais. De modo claro, pode-se reconhecer esse princípio nas normas que reconhecem aos pais os poderes inerentes ao poder familiar, de modo originário (*competência originária*), pois são os primeiros responsáveis pela formação dos filhos. Ao mesmo tempo, a sociedade e o Estado devem zelar pelos menores de idade.<sup>95</sup>

## 2.5. Competências extensivas e princípios reguladores.

A existência de diferentes competências entre os diversos círculos sociais responde necessidade da sociedade de dividir funções entre os que compõem o tecido social. As mútuas interferências que se façam necessárias nessa divisão de *poderes de ação*, para suprir a insuficiência de uns com relação a outros, geram uma

---

91. Também a *Declaração dos Direitos do Homem*, da ONU (10/12/1948), estabelece esse caráter natural e fundamental da família “*a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*” (art. 16).

92. O liberalismo foi um dos fatores responsáveis pela atomização da sociedade mediante a desconsideração dos grupos intermediários que serviam de ponte entre o indivíduo e o Estado: “*subestimando ou debilitando os grêmios e corporações profissionais, a família e o município, conseguiu-se – como apontam muitas correntes de pensamento atual – que o indivíduo se sinta impotente e insignificante, ensinando-lhe a projetar todos os seus poderes humanos na figura do líder, do Estado*” Rafael Llano Cifuentes, op. cit. (cit. 90), p. 53.

93. Pio XI, Encíclica *Quadragesimo anno*, n. 36.

94. Rafael Llano Cifuentes, op.cit. (cit. 90), pp. 56-55.

95. A título exemplificativo, pode-se ver CF, arts. 229 e 22795; CC, art. 1.634; ECA, art. 22. Enunciado do CC, art. 1.634: “*compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos...*”; Enunciado do ECA, art. 22: “*aos pais incumbe o dever de sustento...*”.

certa perda, que é o reflexo da disfunção de um ente social no conjunto maior da vida coletiva. De acordo com a categoria de competência que é afetada, haverá maior ou menor perda.<sup>96</sup>

Quando há competência *exclusiva* de um círculo social, com relação a determinada matéria, a falta do respectivo círculo jamais será compensada pela atuação de outro. Haverá uma lacuna que não será preenchida pela entidade que o sucede, por mais que se trabalhe para suprir esta carência.

Quando se trata de competência *privativa*, a ausência da entidade originariamente competente também causará prejuízo, pelo menos até que outra entidade venha a assumir sua função. A entidade substituta, por outro lado, não costuma alcançar o nível de atendimento dispensado pela originária, de modo que o exercício de competência delegada (pela sociedade, pela lei ou pelas autoridades) de modo habitual será qualitativamente pior. Mas, nessas hipóteses, o prejuízo será menor se comparado à ausência das entidades encarregadas de competências exclusivas.

As competências *comuns*, ou *concorrentes*, são as que podem ser assumidas indistintamente por grupos diferentes, de modo que a ausência de um círculo social pode ser suprida pela atuação de um outro círculo, com menores perdas.

Em matéria de gerenciamento do poder familiar, as competências concorrentes, quando as houver, assumirão a feição de *competência suplementar*, resguardando-se a precedência da família no cumprimento dos encargos relativos aos filhos. Como a família é o principal círculo social com relação à formação integral da pessoa, ela (os pais) terá a competência preferencial; a sociedade civil e o Estado, competência suplementar.

A subsidiariedade está mais associada às competências exclusivas ou privativas, e menos às competências concorrentes, pois neste caso há paridade entre as sociedades encarregadas de cumpri-las, de modo que o dever se impõe a todos os círculos, respeitando-se a ordem de precedência da entidade que goza de competência preferencial.

Para diferenciar essas situações, julgou-se por bem trabalhar com um

---

96. Talvez se possa ilustrar as ausências das entidades competentes originariamente, em cada um dos tipos de competência, por meio da imagem do corpo humano com dificuldades em seus órgãos. O exemplo é imperfeito mas pode auxiliar na compreensão geral das distinções que serão apontadas. A ausência de entidade que possui determinada competência exclusiva no tecido social poderia ser comparada a uma lesão no sistema nervoso do corpo. Como as células nervosas não se reconstituem, assim também é impossível suprir com perfeição a falta daquela entidade. A disfunção de determinado círculo social em matéria que é de sua competência privativa, poderia ser comparada à disfunção de um órgão do corpo que é substituível por outro, sem que se mantenha o potencial original. Seria o caso, por exemplo, do coração humano. Por mais que um transplante garanta a funcionalidade principal do órgão, o paciente dificilmente alcançará desempenho similar se estivesse com o coração original e saudável. A competência comum seria aquela que pode ser exercida por órgãos múltiplos, como os pulmões, rins, olhos. Também a ausência de um destes órgãos gera perdas ao corpo. Além disso, para estender o exemplo à competência suplementar, pode-se pensar no caso das mãos. Um destro tem maior necessidade de sua mão direita que da esquerda. Para ele, a mão direita, apesar de ser da mesma natureza que a esquerda, tem preferência, pelo fato de ter maior habilidade e servir melhor às funções requeridas para as mãos.



segundo princípio, intimamente relacionado ao princípio da subsidiariedade. Trata-se do *princípio da cooperação*, que, em último termo, poderia ser reduzido àquele.

O princípio da subsidiariedade seria invocado, portanto, quando não houvesse igualdade de competência (casos de *competência exclusiva* ou *privativa* da família, por exemplo) entre os círculos sociais, e um deles precisasse intervir em socorro da pessoa que não é atendida convenientemente pelo grupo social *originariamente competente*.

Pode-se fazer aplicação desse raciocínio ao dever de educar. A educação abrange as áreas de formação moral, religiosa, intelectual, e profissional. Cada um destes âmbitos pode ser classificado como de competência exclusiva ou privativa dos pais, ou, ainda, como competência comum dos pais, da sociedade civil e do Estado. Esta última categoria de competência, por sua vez, pode se apresentar dividida entre competência preferencial (ou geral) e suplementar, quando se atribui maior responsabilidade a um grupo que a outro, apesar de ambos serem encarregados da mesma função.

A educação moral do incapaz por defeito de idade, por exemplo, é competência *privativa* dos pais. O Estado não *concorre* com eles, e não pode usurpar deles tal competência. Quanto à formação profissional, por sua vez, há competência preferencial (ou geral) da família, e competência suplementar do Estado. Quando essa competência estatal é atualizada, está-se aplicando o *princípio da cooperação*. No primeiro caso (educação moral), havendo insuficiência dos pais, o Estado deverá intervir, de acordo com o *princípio da subsidiariedade*, dando suporte aos pais para que ela se efetive, ou substituindo-os quando este suporte não for suficiente para garantir aos filhos a educação moral a que têm direito.

De modo geral, a educação do menor é *competência originária e privativa* (apesar de *não ser exclusiva*) da família. Assim, algumas das aplicações recomendáveis de respeito ao princípio da subsidiariedade, seriam: o reconhecimento jurídico do ensino dado em casa (que poderia ser aferido oficialmente por exames públicos de participação livre), a possibilidade de os pais escolherem o tipo de educação que desejam para os filhos (indo-se além da escolha da escola) e a possibilidade de interferirem ativamente nos currículos escolares das escolas públicas e particulares.<sup>97</sup>

Ainda nesse sentido, diz Fernando Pimentel Cintra que “a educação não pode ser atribuída ao Estado da mesma forma com que se atribui à família e à sociedade. O Estado, como sociedade maior e mais perfeita, aparece neste quadro com a função subsidiária de promoção e proteção”<sup>98</sup> A educação compete *privativa* mas *não exclusivamente* aos pais, de modo que deve o Estado respeitar a precedência dos pais e auxiliá-los na função, se for necessário (*subsídio*). Mas não pode arrogar a

---

97. Fernando Pimentel Cintra, *O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico*. Tese de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999, p. 72.

98. *Idem*, p. 74.

si, em concorrência com os pais (respeitando-se os direitos fundamentais do filho), o direito de educar.

## 2.6 Princípio de cooperação.

*O princípio da solidariedade antecede o princípio da subsidiariedade.*

O desenvolvimento científico do princípio da subsidiariedade foi motivado pela necessidade de se corrigir o excesso, a interferência abusiva do Estado, quando chegou a ponto de exaurir as *competências naturais*, exclusivas, privativas ou comuns (preferenciais) das entidades sociais menores.

Ambos os princípios se fundam na sociabilidade humana; todavia, cada um deles está relacionado a diferentes valores. Enquanto a *solidariedade* se apóia na sociabilidade, a *subsidiariedade* motiva-se pelo respeito à liberdade humana, que deve ser promovida e auxiliada, para garantir a autonomia dos grupos sociais menores.<sup>99</sup> Enquanto a solidariedade impulsiona o auxílio, a subsidiariedade regula o “excesso de auxílio” *“O princípio de subsidiariedade supõe os princípios da solidariedade e do bem comum, sem com eles identificar-se. A sociedade é obrigada a ajudar os indivíduos. Trata-se de um postulado claro do princípio de solidariedade, que acentua a mútua união e obrigação. Cabe ao princípio de subsidiariedade limitar e distribuir as competências a serem respeitadas nessa ajuda.”*<sup>100</sup>

Existe também um *princípio de cooperação* que, em matéria de Doutrina Social da Igreja serve de orientação para a atuação conjunta do Estado e da Igreja em tarefas comuns a ambos. A cooperação se refere à *competência comum* da Igreja e do Estado em prol do bem comum. O Concílio Vaticano II enuncia da seguinte forma este princípio: *“A comunidade política e a Igreja são independentes entre si e autônomas. Ambas, porém, embora por títulos diferentes, estão a serviço da vocação pessoal e social dos mesmos homens. Tanto mais eficazmente executarão para o bem de todos estes serviços quanto melhor cultivarem entre si a sã cooperação, consideradas também as circunstâncias dos tempos e lugares. O homem, pois, não está restrito apenas à ordem temporal, mas, vivendo na história humana, conserva integralmente a sua vocação eterna”*<sup>101</sup>

Analogicamente, em matéria de direito do menor, o princípio referir-se-á a deveres e garantias jurídicas que são incumbências comuns do Estado, da sociedade e da família, com relação à criança e ao adolescente.

O *princípio de cooperação*, sob esse ponto de vista, é norma que fundamenta a atuação conjunta das diversas esferas de coletividade que gozam de

---

99. Joseph Cardinal Höfner, op.cit (cit. 89), p. 36.

100 Idem, p. 35.

101. Constituição *Gaudium et spes* (Concílio Vaticano II), n. 76.

competência comum, admitindo-se suprimento de uma em relação à outra, sem afetar as competências privativas ou exclusivas de cada uma.

O princípio da cooperação pode ser inferido da CF, art. 227 - “*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com prioridade absoluta,...*” Também está no ECA, arts. 4º 86 e 88, convocando todas as forças de mobilização social para garantir os direitos da criança e do adolescente na política de atendimento.<sup>102</sup>

O princípio de cooperação é apresentado por Mendizábal Oses como necessário para uma autêntica Política de Menores. Para ele toda a coletividade deve estar comprometida com metas de integração comunitária tendo em vista o desenvolvimento da personalidade dos menores.<sup>103</sup> Fala expressamente do *principio de cooperación educativa*,<sup>104</sup> quando desenvolve os efeitos jurídicos comuns à “família funcional” (figura similar à família substituta do ECA, constituída mediante guarda ou tutela).

Em matéria de instrução (educação profissional), por exemplo, como se dizia acima, estabeleceu a Constituição que é dever do Estado e da família (art.205, *caput*), e “*será promovida em colaboração da sociedade (...)*”. Da parte do Estado, garante-se ensino fundamental obrigatório e gratuito (art. 208, I), e o acesso a ele é reconhecido como “direito público subjetivo” (art. 208, §1º). No entanto, a educação vai além da instrução técnica e há uma dimensão moral que é tarefa primordial dos pais, competência privativa deles.

O princípio da cooperação, portanto, segundo ora se concebe, deveria ser utilizado para regular situações em que há competência comum dos círculos sociais, mantendo-se a precedência de um deles em relação aos demais. Nessas matérias, de competência concorrente, poderá o Estado atuar mediante órgãos não jurisdicionais. Isto se verificará na atuação do Conselho Tutelar (ECA, art. 131), por exemplo, órgão não-jurisdicional que interfere na administração do poder familiar para garantir que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados, sem se envolver em matérias

---

102. ECA, art. 86: “*a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*” (grifos nossos). O art. 88, em seus diversos incisos sobre as diretrizes da política de atendimento dos menores aponta, entre outras: a municipalização do atendimento (I), a criação dos conselhos de direitos nas esferas federal e estadual, bem como do Conselho Tutelar no âmbito municipal, que trabalharão articulados com a sociedade civil na própria composição desses órgãos (II), a descentralização político-administrativa na criação e manutenção de programas de atendimento específicos (III), a previsão de fundos nas três esferas, ligados aos conselhos respectivos (IV), a integração do Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Segurança Públicas e da Assistência Social a se dar preferencialmente pela redução desses órgãos a um mesmo recinto, para facilitar o tratamento integral que deve ser dado ao menor (V) e também a mobilização da opinião pública para sensibilizar todos os setores da sociedade a se engajarem nesse movimento (VI). Tais disposições bem podem ser compreendidas como estando sob inspiração do princípio da cooperação.

103. L. Mendizábal Oses, *Derecho de Menores. Teoria general*, Madrid, Pirâmide, 1977, p. 49.

104. Idem, p. 225.

que são de competência exclusiva ou privativa dos pais. Quando for caso de interferência grave em matérias de competência exclusiva ou privativa dos pais, será necessário recorrer aos órgãos jurisdicionais.

## 2.7. Princípio da autonomia familiar e princípio da prioridade absoluta.

No jogo de competências entre os agrupamentos, em matéria de direitos da criança e do adolescente, quatro princípios basilares (todos sob a égide do princípio maior da dignidade humana) orientam o exercício da autoridade sobre o menor. São eles: *princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente*, *princípio da autonomia familiar*, *princípio da cooperação* e *princípio da subsidiariedade*.

Enquanto os pais respeitam os direitos fundamentais dos filhos sob sua tutela, o princípio da *autonomia familiar* garante-lhes liberdade de exercício dos poderes inerentes ao poder familiar. Neste caso, devem o Estado e a sociedade auxiliar no que for necessário para o bom desempenho de suas funções, atualizando-se o princípio da cooperação.

Quando houver desrespeito aos direitos da criança e do adolescente, em desrespeito à *prioridade absoluta dos direitos fundamentais da criança e do adolescente*, o princípio da *autonomia familiar* perde força, conjunturalmente, e o Estado e a sociedade civil devem tomar providências, de acordo com o princípio da *subsidiariedade*. A aplicação deste princípio pode resultar em colaboração com os pais em matérias de sua competência exclusiva, ou privativa, quando tal colaboração for suficiente para corrigir o desvio, ou pode chegar até mesmo à inibição total do poder familiar (decretando-se sua perda), com a finalidade de garantir os direitos e a formação da criança ou adolescente.

São dois princípios de ordem material, isto é, visando à tutela dos direitos fundamentais dos filhos (*prioridade absoluta*) ou dos pais no exercício do poder familiar (*autonomia familiar*), e dois princípios de ordem procedimental, que têm por escopo determinar o grau de intervenção das demais esferas de coletividade no âmbito familiar, para proteger a criança e o adolescente (*cooperação* e *subsidiariedade*).

O *princípio da autonomia familiar* pode ser reconhecido como integrante do sistema normativo brasileiro, analisando-se os dispositivos que reconhecem aos pais o direito de exercer o poder familiar sobre a prole, e perpassa todas as normas que tratam da competência dos pais em sua gestão (especialmente: CF, art. 229; CC, arts. 1.630, 1.634, 1.689; ECA, arts. 19, 21 e 22).

Os genitores têm *precedência* na ordem de entidades responsáveis pelo bem estar do menor, e não mais uma *presença imune* a qualquer interferência. A *autonomia familiar* não é um princípio absoluto.<sup>105</sup> Evita-se, dessa forma, que tal

---

105. A atenuação do princípio da autonomia familiar, tido como dogma que protegia o exercício absoluto do poder familiar, é obra da segunda metade do século XX, como afirma Paolo Zatti, em "*Rapporto educativo e intervento del giudice*", *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*. Milano, Giuffrè, 1980, pp. 185-317.

princípio possa servir como argumento para encobrir abusos no exercício do poder familiar, sendo invocado em detrimento da criança ou adolescente a ele sujeito.

Hoje, quando a *prioridade absoluta* da criança e do adolescente é princípio básico de todo o sistema jurídico, a autonomia familiar prevalece enquanto no seio familiar se respeitam os seus direitos fundamentais. Também nestes casos de pode invocar a CF, art. 226, § 8º, pelo qual se garante proteção à família na pessoa de cada um de seus membros.

Para lançar mão do uso desses princípios deve-se analisar cada caso, verificando, em primeiro lugar, se os direitos fundamentais dos menores estão sendo ameaçados ou desrespeitados, para que haja legitimidade de auxílio dos poderes públicos e de entidades não-governamentais. De acordo com a situação concreta, será caso de aplicar-se o princípio da subsidiariedade ou o princípio de cooperação.<sup>106</sup>

Em situações relacionadas à falta de atenção moral da criança, de acordo com o potencial danoso da ação ou omissão dos pais à personalidade do filho, pode-se chegar à decretação da suspensão ou perda do poder familiar, respaldadas no princípio de *subsidiariedade*, que leva à substituição da autoridade legitimada inicialmente para administrá-lo. Neste caso, o princípio da subsidiariedade e o da prioridade absoluta estarão fundamentando a decisão judicial remotamente.

São Paulo, junho de 2002

---

106. Aplicação do princípio da cooperação pode ser percebido, por exemplo, no dispositivo do ECA que estabelece (art.23, § único) que em caso de carência de recursos, sendo este o único motivo que ameaça ou impede que seja regular o exercício do poder familiar, a família "*deverá obrigatoriamente ser incluída em programas oficiais de auxílio*". Trata-se aqui de *competência comum suplementar* do Estado e sociedade civil.



# **DIREITO DO TRABALHO**





# DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Sérgio Pinto Martins*  
*Juiz Titular da 33ª Vara do Trabalho de São Paulo e*  
*Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de*  
*Direito da Universidade de São Paulo*

## Resumo:

O trabalho versa sobre a reforma da Constituição em decorrência da Emenda Constitucional n. 20/98 e suas conseqüências, principalmente as alegações de falta de numerário suficiente para o custeio do sistema de aposentadorias.

## Abstract:

The Constitution has been reformed by Amendment 20/98 about Social Security. We decide to verify the consequences of this modification, including the allegation of the Government about insufficient money to expense the retirees.

**Unitermos:** Direito da Seguridade Social; reforma.

## I. Introdução.

1. A reforma da Previdência Social vinha sendo tentada há vários anos. Foi ao final estabelecida pela Emenda Constitucional n. 20, publicada no *Diário Oficial da União*, em 16 de dezembro de 1998.

Foram várias as leis ordinárias que visaram a sua implementação, como as Leis ns. 9.701, 9.703, 9.711, 9.715, 9.718, 9.720, 9.732. Muitas dessas leis foram editadas antes da emenda constitucional, em razão de que o art. 246 da Constituição veda a adoção de medidas provisórias para a regulamentação de artigo da Constituição, cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995. Mais recentemente, o Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, que é o regulamento da Previdência Social, faz as adaptações decorrentes da reforma, regulamentando as Leis ns. 8.212 e 8.213.

A Lei n. 9.876/99 fez várias alterações nas Leis ns. 8.212 e 8.213/91, alterando questões relativas a benefícios e instituindo o fator previdenciário.

Para a análise do tema serão estabelecidos os conceitos de Seguridade Social e Previdência Social e, em seguida, serão examinadas as modificações constitucionais sobre a matéria, visando ao final serem feitas as conclusões necessárias.

## II. Seguridade Social.

2. O Direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de normas e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

De acordo com a previsão do art. 194 da Constituição, a Previdência Social é hoje espécie do gênero Seguridade Social.

## III. Previdência Social.

3. Previdência vem do latim *pre videre*, ver com antecipação os riscos sociais na tentativa da composição deles. Previdência Social é a espécie do gênero Seguridade Social, composta de um conjunto de princípios, de normas e de instituições, destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família, quando ocorrer certa contingência prevista em lei.

Os princípios da Previdência Social estão previstos no art. 2º da Lei n. 8.213. As principais normas são a Lei n. 8.213/91, que trata dos benefícios da Previdência Social, e o Decreto n. 3.048/99, que é o regulamento da Previdência Social. São as principais instituições o INSS e o Ministério da Previdência e Assistência Social. O objetivo da Previdência Social é estabelecer um sistema de proteção social para proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família.

O regime previdenciário depende de contribuição por parte do próprio segurado, ao contrário do regime de assistência social, em que o segurado não precisa ter contribuído para fazer jus ao benefício.

As contingências previstas em lei são as seguintes: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego, conforme previsão do inciso I, do art. 201 da Constituição.

Em verdade, a Previdência Social é eficiente meio de que se serve o Estado moderno na redistribuição da riqueza nacional, visando ao bem-estar do indivíduo e da coletividade, prestado, por intermédio das aposentadorias, como forma de reciclagem da mão-de-obra e oferta de novos empregos.

A Previdência Social consiste, portanto, em uma forma de assegurar ao trabalhador, com base no princípio da solidariedade, benefícios ou serviços quando seja atingido por uma contingência social. Entende-se, assim, que o sistema é baseado na solidariedade humana, em que a população ativa deve sustentar a inativa, os aposentados.

## IV. Caráter Contributivo.

4. O regime de Previdência Social já era de caráter contributivo, isto é, quem não contribuísse não teria direito a benefício proporcionado pelo regime geral.

Acrescenta o art. 201 da Constituição, na redação da Emenda Constitucional n. 20/98, o fato de que há filiação obrigatória. Entretanto, o parágrafo 5.º do art. 201 da Constituição admite indiretamente a existência do segurado facultativo, ao mencionar que é vedada a filiação ao regime geral de Previdência Social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência. Logo, não existem apenas segurados obrigatórios ao sistema, mas, também, segurados que podem se filiar facultativamente ao sistema, como a dona de casa, o síndico de condomínio, o estudante e o desempregado.

Passa a haver necessidade de serem observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

## V. Cálculo dos Benefícios.

5. Previa o art. 202 da Constituição que o cálculo do benefício seria feito de acordo com a média dos 36 últimos salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente mês a mês, sendo feitos reajustes de modo a preservar o seu valor real. O objetivo do constituinte ao estabelecer o citado dispositivo foi de o legislador ordinário não poder alterar ao seu livre alvedrio o cálculo do benefício. Estabeleceu-se uma garantia ao segurado, pois o Governo vinha estabelecendo artifícios para o cálculo do benefício que, na prática, reduziam o seu valor.

Com a Emenda Constitucional n. 20, desapareceu a garantia do segurado contida na Constituição, no sentido de que o benefício deve ser calculado de acordo com os 36 últimos salários-de-contribuição. Os arts. 201 e 202 da Constituição não mais trataram do tema, sendo que o segundo passou a versar sobre Previdência Privada complementar.

Atualmente, apenas existe a previsão do § 3º do art. 201 da Constituição, determinando que todos os salários-de-contribuição considerados para o cálculo do benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

A nova determinação constitucional implica alteração por lei ordinária do período de cálculo do benefício. Já se fala num primeiro momento em estender o período para sessenta contribuições (cinco anos), dez anos, quinze anos ou num segundo momento em todo o período trabalhado pelo segurado. Isso vai trazer um aspecto negativo, em razão de que no início da vida do segurado este tem salário menor e, portanto, o benefício pode ser reduzido indiretamente.

Especificou-se, também, que é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei (§4.º, do art. 201 da Lei Maior).

O art. 11 da Lei n. 9.711/98 determinou que os benefícios da Previdência Social serão reajustados em junho de cada ano. Anteriormente, as leis previdenciárias ou salariais especificavam o índice a ser utilizado, como IRSM (Lei n. 8.542), IPC-r (Lei n. 8.880). Agora, de propósito não é especificado o índice de correção do benefício, permitindo que o Governo utilize o IQQ (“o índice que eu quero”), podendo ser usado

o menor índice que apurar a inflação do período, como já ocorreu. As coisas, portanto, são feitas de propósito.

## VI. Aposentadoria por Idade.

6. Mencionava o inciso I do art. 201 da Constituição que os planos da Previdência Social cobririam eventos decorrentes de velhice. A atual redação do inciso I do art. 201 da Lei Magna prescreve que a Previdência Social cobrirá eventos decorrentes de idade avançada.

No sistema anterior falava-se em aposentadoria por velhice. A expressão “*aposentadoria por idade*” surge com a Lei n. 8.213. A denominação utilizada atualmente é mais correta, pois o fato de a pessoa ter sessenta ou 65 anos não quer dizer que seja velha. Há pessoas com essa idade que têm aparência de dez, vinte anos mais moça, além do que a expectativa de vida das pessoas hoje tem atingido muito mais do que sessenta anos. Daí por que se falar em aposentadoria por idade, quando a pessoa atinge a idade especificada na lei.

## VII. Aposentadoria no Regime Geral

7. É assegurada aposentadoria no regime geral de Previdência Social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

a. 35 anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

b. 65 anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Esse dispositivo dá origem à interpretação do ponto e vírgula. Há quem entenda que a regra se refere a duas questões distintas: a primeira da aposentadoria por tempo de contribuição e a segunda da aposentadoria por idade, pois esta era a intenção do constituinte.

A intenção do constituinte, porém, pouco importa na interpretação final da norma, diante da interpretação literal ou gramatical. Vale o que está escrito na norma. Na norma está escrito que existem duas condições, que são, portanto, cumulativas e não-alternativas. Não se pode, portanto, interpretar o ponto e vírgula como se estivesse escrita a conjunção alternativa *ou*, pois os requisitos são cumulativos, em razão de serem condições que devem ser cumpridas.

Por volta do dia 20 de maio de 1999, a questão foi resolvida, pois o Governo entendeu que são duas condições distintas e não mais passou a exigí-las como cumulativas.

O fator previdenciário foi instituído pela Lei n. 9.876/99, combinando fatores como idade mínima, tempo de contribuição e expectativa de vida do segurado.

Tem fundamento no art. 201 da Constituição, que determina a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Exatamente isso foi disciplinado na Lei n. 9.876/99. O STF julgou que o fator previdenciário não era inconstitucional, pois a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial está prevista na própria Lei Maior, dando respaldo ao fator previdenciário ser instituído por lei ordinária.

#### VIII. Aposentadoria Especial.

8. O § 1º do art. 201 da Lei Maior reza que o trabalho em condições especiais que prejudique a saúde ou a integridade física será definido em lei complementar.

Até que a lei complementar a que se refere o citado § 1.º seja publicada, permanecem em vigor os arts. 57 e 58 da Lei n. 8.213/91, que tratam da aposentadoria especial (art. 15 da Emenda Constitucional n. 20/98).

#### IX. Salário-Família.

9. A redação original do inciso XII do art. 7º da Lei Maior previa "*salário-família para os seus dependentes*". O benefício era do segurado, mas decorria do fato de aquela pessoa ter dependentes.

A atual previsão do inciso XII, do art. 7º da Constituição é de "*salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei*". Determina, ainda, o inciso IV do art. 201 da Constituição o salário-família para os dependentes dos segurados de baixa renda. Agora, somente o trabalhador de baixa renda é que faz jus ao benefício. Reza o artigo 13 da Emenda Constitucional n. 20/98 que até que a lei discipline o acesso ao salário-família, o benefício será concedido apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 429,00, que, até a publicação da lei, será corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

A partir de junho de 1999, o valor do salário-família é de R\$ 10,31, para quem ganha mais até R\$ 429,00. Para quem ganha acima desse valor não há direito ao benefício.

O objetivo da modificação é que no conjunto o valor do salário-família tinha representação para a Previdência Social. Para o segurado de salário mais alto o valor pago era ínfimo e não servia para nada, mas no conjunto representava despesas para o sistema. Assim, apenas o segurado de baixa renda é que passa a ter direito ao benefício.

#### X. Auxílio-Reclusão.

10. O inciso I do art. 201 da Constituição previa como uma das contingências a ser cobertas pelo sistema de Previdência Social era a reclusão.

A atual redação do art. 201 da Constituição, conforme a Emenda Constitucional n. 20/98, não mais previu a reclusão como contingência a ser amparada pela Previdência Social. Entretanto, é preciso ser feita a interpretação sistemática com o art. 13 da referida emenda que trata do tema.

Determina, ainda, o inciso IV do art. 201 da Constituição o auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

No meu modo de ver, a reclusão nunca foi uma contingência. Não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha de pagar um benefício à família do preso, como se este tivesse falecido. De certa forma, o preso é que deveria pagar por se encontrar nessa condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, estupro, homicídio etc.

Representa o auxílio-reclusão um benefício de contingência provocada, razão pela qual não deveria ser pago, pois o preso dá causa, com seu ato, em estar nessa condição. No acidente do trabalho, se o acidente é provocado, o segurado não tem direito ao benefício. O mesmo deveria ocorrer aqui. No auxílio-reclusão, o segurado dá causa à prisão, pelo ilícito que cometeu e faz jus ao benefício. Logo, não se justifica, sob o meu ponto de vista, a manutenção desse benefício.

A idéia do benefício é o fato de que o preso deixa de ter uma renda. Sua família fica desamparada, razão pela qual deveria ser pago um valor para esse fim.

Determinou o art. 13 da Emenda Constitucional n. 20/98 que até que a lei discipline o acesso ao auxílio-reclusão, o benefício será concedido apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 429,00, que, até a publicação da lei, será corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de Previdência Social. Quem ganha acima de R\$ 429,00 não tem direito ao benefício.

## XI. Salário-Maternidade.

11. No princípio era o empregador quem pagava o salário da gestante no período de tempo em que esta ficava afastada para dar a luz. Em conseqüência, a contratação de mulheres era mais escassa, pois o empregador não se interessava em ter esse encargo. Havia necessidade da legislação determinar que o pagamento da licença-maternidade ficaria a cargo da Previdência Social, principalmente como uma forma de incentivar a contratação de mulheres como empregadas<sup>1</sup>

A Convenção n. 3 da OIT, de 1919, foi promulgada pelo Decreto n. 51.627, de 18 de dezembro de 1962. Prevê o pagamento das prestações para a manutenção da empregada e de seu filho, que serão pagas pelo Estado ou por sistema de seguro. O Brasil aprovou também a Convenção n. 103 da OIT, de 1952, promulgada pelo Decreto n. 58.020, de 14 de junho de 1966, que reviu a Convenção n. 3, dispondo que “em caso algum o empregador deverá ficar pessoalmente responsável pelo custo das prestações devidas à mulher que emprega” (art. IV, 8). As prestações devidas à

---

1. MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*, São Paulo, Atlas, 2ª edição, 1999, p. 321.

empregada gestante, tanto antes quanto depois do parto, devem ficar a cargo de um sistema de seguro social ou fundo público, sendo que a lei não pode impor esse ônus ao empregador, inclusive com o objetivo de evitar a discriminação do trabalho da mulher.

Apenas com a edição da Lei n. 6.136, de 7 de novembro de 1974, é que o salário-maternidade passou a ser uma prestação previdenciária, não mais tendo o empregador que pagar o salário da empregada que vai dar a luz. O custeio do salário-maternidade era de 0,3% sobre a folha do salário-de-contribuição (art. 4º da Lei n. 6.136), que foi extinto pela Lei n. 7.787/89, pois ficou englobado no percentual de 20% que a empresa deve recolher sobre a folha de pagamento (§ 1º, do art. 3º da Lei n. 7.787). Desde a Lei n. 7.787/89 há custeio específico para o salário-maternidade e o pagamento dos 120 dias. Essa orientação foi repetida no inciso I, do art. 22 da Lei n. 8.212/91.

Disciplinou o inciso XVIII do art. 7º da Constituição que a gestante passa a ter direito a 120 dias de licença-maternidade, sem prejuízo do emprego e do salário.

Limita o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, que hoje corresponderiam a R\$ 1.430,00. O salário-maternidade também será pago pela Previdência Social, porém no valor máximo de R\$ 1.430,00. A dúvida diz respeito a quem ganha acima desse valor.

Criou-se uma polêmica muito grande em torno do salário-maternidade.

O STF, entretanto, concedeu liminar em ação direta de inconstitucionalidade, em relação ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98 (ADIn 1.946-5, j. 29.4.99, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU 1 10.5.99, p. 30). Entende o STF que o salário-maternidade não está sujeito ao limite de R\$ 1.200,00 (especificado na Emenda Constitucional n. 20/98), devendo o INSS pagar o benefício integralmente, independentemente do valor do salário da trabalhadora gestante. Os ministros do STF afirmaram que a limitação contraria a Constituição, em razão de que a gestante tem garantido o direito à licença maternidade, sem prejuízo do empregado e do salário, com duração de 120 dias (art. 7º XVIII). A decisão ainda não é definitiva, mas a tendência é o STF confirmar a liminar no julgamento do mérito da questão, tanto que antecipou seu ponto de vista.

Com o citado julgamento fica prejudicada a Orientação Normativa n. 10, de 13 de janeiro de 1999, quando estabelece regras para a limitação do salário-maternidade.

A natureza jurídica do salário-maternidade continua, assim, a ser de benefício previdenciário, pois é a Previdência Social que faz o seu pagamento. Não se trata de uma prestação de assistência social, por não ser prevista no art. 203 da Constituição, mas de prestação previdenciária incluída no inciso II do art. 201 e inciso XVIII, do art. 7º da Constituição<sup>2</sup>

---

2. No mesmo sentido, o meu livro *Direito da Seguridade Social*. 17ª edição. São Paulo, Atlas, 2002, pp. 388/9.

A Lei n. 9.876/99 determinou a alteração do salário-maternidade, que em vez de ser pago pela empresa e descontado da guia de recolhimento da Previdência Social, passou a ser pago diretamente pelo INSS ao empregado. Isso ocasionou uma série de problemas, entre eles a pessoa ficar sem remuneração alguns meses, no período em que o INSS vai verificar o valor a ser pago à segurada. O sistema anterior era melhor, pois o pagamento era feito na própria empresa.

## XII. Acidente do Trabalho.

12. Reza o inciso XXVIII do art. 7.º da Lei Magna sobre seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Não mais menciona o inciso I do art. 201 da Constituição que o acidente do trabalho é uma das contingências a serem cobertas pela Previdência Social.

O § 10 do art. 201 da Constituição, de acordo com a Emenda Constitucional n. 20/98, dispõe que *“lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado”*

A lei especificada é a ordinária. Não se exige, portanto, lei complementar. Enquanto não existir lei tratando do assunto, é recebida a Lei n. 8.213/91, que é lei ordinária.

O estabelecimento do regime concorrente entre o INSS e o setor privado vem a ser um retrocesso. A existência de um regime privado outrora não deu certo, pois não atendia às necessidades dos acidentados, principalmente quando se estabelecia a indenização tarifada. Os sindicatos combateram o regime de seguro privado no sistema de acidente do trabalho, dando origem à Lei n. 5.316, de 14.9.67, que passou a estabelecer um regime de responsabilidade objetiva, atribuído ao Estado. A partir da edição da referida norma, temos um sistema público de acidente do trabalho. A determinação da Constituição implica retrocesso ao sistema anterior a 14.9.67, que não deu certo.

## XIII. Tempo de Contribuição.

13. Agora, fala-se em tempo de contribuição e não mais em tempo de serviço para efeito da concessão de aposentadoria.

A Emenda Constitucional n. 20/98 acabou com a aposentadoria por tempo de serviço, que apenas fica mantida num regime transitório, para as pessoas que já estavam no sistema até a data da promulgação da referida emenda.

Para o trabalhador o tempo de contribuição é muito pior, pois antes só precisava provar ter trabalhado, que indicaria o seu tempo de serviço. A anotação na



CTPS provava o tempo de serviço. Agora, precisa provar que o empregador recolheu a contribuição, o que é um contra-senso.

Passados trinta ou 35 anos será que o trabalhador vai achar a empresa para quem trabalhou para lhe pedir os comprovantes do recolhimento das contribuições para fazer jus ao benefício? Isso não é tarefa do trabalhador, é da fiscalização. Se a fiscalização é inerte e insuficiente, não pode o trabalhador ser apenado pelo fato.

O trabalhador analfabeto ou de poucos estudos vai se lembrar, na data da rescisão de seu contrato de trabalho, de pedir ao empregador cópia do recolhimento das contribuições para no futuro pedir a sua aposentadoria? Com certeza não vai. Como vai conseguir comprovar o tempo de contribuição no futuro? Só Deus sabe.

Felizmente foi mantido o art. 55 da Lei n. 8.213 e o art. 60 do Regulamento da Previdência Social que permitem contar tempo de serviço como tempo de contribuição. Do contrário, o trabalhador seria prejudicado.

#### XIV. Capitalização.

14. O nosso modelo de Previdência Social é um modelo de repartição simples. Os ativos contribuem para o benefício dos inativos. Há solidariedade entre as pessoas na cotização do sistema para a concessão do futuro benefício. A massa arrecadada por todos é que paga os benefícios dos trabalhadores.

Objetiva-se fazer um sistema de capitalização individual, em que o segurado vai fazendo a sua contribuição numa conta individual, como se fosse uma conta de poupança.

Não há dúvida de que poupar é necessário para melhor prover o amanhã. Entretanto, há certas pessoas que não têm o que poupar, pois o salário já é irrisório e mal dá para sobreviver. Essas pessoas não vão poupar nada, pois não têm como.

Essa é a razão pela qual o sistema deve ser de repartição, envolvendo a solidariedade entre as pessoas, pois serão poucos os que poderão poupar e muitos os que nada terão, por não terem o que poupar.

Poucos no futuro, se implantado o sistema, terão direito aos benefícios.

#### XV. Previdência Privada.

15. Pretende-se fazer uma transformação no nosso sistema de Previdência Social. Seria garantido um mínimo ao trabalhador até um certo valor, como, por exemplo, de três salários mínimos. O restante ficaria a cargo da previdência privada complementar.

O sistema assim só vai beneficiar as seguradoras ou bancos que estiverem interessados em atuar na área, por ser muito rendosa.

O sistema público de concessão de benefícios deve ser mantido, ainda que em um nível básico, pois o sistema privado não se tem mostrado adequado.

Exemplos são as empresas que passaram a prestar serviços na área e posteriormente faliram, como Capemi, Mongeral e outras, em que o trabalhador pagou vários anos a tais empresas e depois não teve como receber o benefício na hora em que mais necessitava. Assim, é preferível o sistema público, que pode não ser o melhor, mas pelo menos se sabe que no final do mês e no futuro haverá um recebimento. É a sábia afirmação do caboclo: *“é melhor pingado do que seco”*

Não adianta querermos importar para o Brasil sistemas como o chileno ou outros. Se a Previdência Social chilena fosse boa, os militares não se teriam excluído de imediato do referido sistema.

A aplicação dos fundos em bolsa é bastante complicada. Basta haver uma oscilação considerável e todo o patrimônio do trabalhador vai por água a baixo. O economista chileno Orlando Caputo afirma que no seu país corre-se *“o risco de que ocorra um desequilíbrio entre os ativos e os passivos desses fundos no futuro, já que tiveram prejuízos de cerca de US\$ 4 bilhões com a queda recente das bolsas”* (O Globo, 19.4.98).

## XVI. Conclusão.

16. Havia necessidade de ser feita uma reforma da Previdência Social.

Indubitavelmente, se não fosse feita uma reforma da Previdência Social, chegaríamos ao ponto de que dois ativos estariam sustentando um inativo, o que evidentemente iria inviabilizar o sistema em pouco tempo.

Há vários fatores a destacar que implicam a necessidade de reforma. A expectativa de vida média do brasileiro cresceu até por volta de 65 anos, quando por volta de 1960 era de 45/50 anos. Aumentou o número de aposentados, que ficam percebendo benefícios por muito mais tempo, em razão de que a Medicina permite que o homem viva por mais anos. Os trabalhadores obtinham a aposentadoria mais cedo, pois comprovavam o recolhimento necessário. As mulheres tinham vários filhos, que num primeiro momento iam trabalhar e contribuíam para o sistema. O desemprego importa que o trabalhador nada recolha para o sistema, porém dele usufrui sob a forma de seguro-desemprego e sistema de saúde, implicando gastos para o regime.

A reforma, contudo, não trouxe modificações de fundo. Houve uma inquietação muito grande com as mudanças que iriam ocorrer, sem que houvesse uma diretriz fundamental a ser seguida. Como já disse Andrea Calabi: *“não há bons ventos para uma nau sem rumo”* O projeto estava no Congresso Nacional desde aproximadamente 1992, porém nada do que era preciso foi feito, ou seja, aumentar a fiscalização para diminuir a sonegação, combatendo-a; fiscalizar a concessão de benefícios fraudulentos, que continua ocorrendo; desvios de verbas que são direcionados até para amparo a bancos insolventes, mas não para onde deveria. Tais questões não precisavam de reforma, mas de vontade. Quem quer fazer, faz. Quem não quer, pede, reclama.

Talvez a única mudança de relevo foi a introdução da idade mínima para a pessoa se aposentar, que não tinha previsão na legislação até então vigente, permitindo

que pessoas se aposentassem até com 37 anos de forma proporcional, como a mulher que tivesse começado a trabalhar com doze anos e somasse 25 anos de tempo de serviço. Realmente era necessário estabelecer um limite de idade para a aposentadoria, que foi fixado em 53 anos para o homem e 48 anos para mulher no regime de transição.

Na prática, o que se constatou é que foram reduzidos direitos previdenciários e dificultada a obtenção de benefícios, como na combinação de tempo de contribuição com idade mínima. O Governo pretende ampliar o período base de cálculo para muito mais do que os 36 salários-de-contribuição. Para o segurado a reforma foi muito pior.

O que mais me preocupa é que não existe estatística confiável e elaborada de forma científica, no sentido de se saber qual é o valor necessário para custear os benefícios do sistema.

Propaga-se um crescente déficit na Previdência Social. Entretanto, o jornal Folha de São Paulo mostrou em 1998, para quem entendeu os gráficos, que o sistema previdenciário direcionado para a área privada não é deficitário. Ao contrário, as receitas são maiores do que os benefícios. O sistema é deficitário a partir do momento em que há junção com os benefícios dos funcionários públicos. Ai sim existe déficit. Então o déficit é do sistema público e não do privado.

Difícil é, inclusive, constatar o déficit mediante dados confiáveis. O trabalhador paga a sua contribuição. A empresa tem contribuições sobre a folha de pagamentos e sobre os rendimentos de segurados que lhe prestam serviços (art. 195, I, a, da Constituição), sobre o faturamento (Cofins e PIS) e sobre o lucro. Há ainda a contribuição sobre a receita dos concursos de prognósticos. É sabido ser considerável a arrecadação de todas as contribuições mencionadas. O Governo divulga o que gasta no sistema, mas não declara quanto efetivamente arrecada, nem soma as contribuições sobre o lucro e sobre o faturamento que são arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal e por onde entra o numerário, mas não aparece efetivamente no INSS. Sabe-se que se somarmos a arrecadação do Cofins, do PIS/PASEP, do CPMF e da contribuição sobre o lucro temos, em 1998, aproximadamente R\$ 40 milhões, enquanto que a soma da arrecadação do IPI e do IR importa em R\$ 60 milhões. No ano de 1998 foi arrecadado o valor de R\$ 46 milhões de contribuições previdenciárias das empresas.

Afirma Hugo de Brito Machado que *“o exame dos balanços gerais da União revela que as contribuições de previdência, cujo total representava, em 1989, apenas 34% da receita tributária, passou a oscilar entre 110% e 121% nos anos de 1990 até 1994. Em 1995 a arrecadação dessas contribuições correspondeu a mais de 148% da receita tributária. Em outras palavras, as contribuições de previdência corresponderam, em 1995, a quase vez e meia de tudo quanto a União arrecadou com todos os seus tributos”*.<sup>3</sup>

Nos dados acima não estão incluídas as contribuições do trabalhador, nem as dos concursos de prognósticos. Raimundo Cerqueira Ally afirma com base no

---

3. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 360.

Anuário Estatístico da Previdência Social de 1997 que no ano de 1996 não houve repasse da contribuição sobre o lucro para o INSS.<sup>4</sup> Onde então está o déficit? Só na parte em que o trabalhador financia o sistema? E as outras receitas mencionadas, não são consideradas? Repito: não existe estatística confiável para se interpretar esses dados.

O segurado não tem segurança jurídica em relação a futura obtenção do benefício previdenciário. No curso de um período de trinta ou 35 anos várias podem ser as alterações das regras para a aquisição do benefício. É certo que não se pode falar em direito adquirido, mas em mera expectativa de direito. Todavia, a regra do jogo não pode ser modificada no meio do campeonato. O segurado constantemente é apanhado de surpresa, estando em certos casos completamente indefeso. Ora, sua aposentadoria pode chegar até vinte salários mínimos, de acordo com o maior valor teto. Ora, não chega a dez salários mínimos. Como orientar o segurado em relação a esses mecanismos que vão surgindo no curso do tempo? Como explicar para o segurado que contribuía sobre R\$ 1.430,00 que hoje o seu benefício é de 8,3 salários mínimos? Ele não entende. Pensa que está sendo ludibriado.

Menciona o Barão de Itararé que “*não é triste mudar de idéia. Triste é não ter idéia para mudar*”. Não há dúvida a respeito da necessidade de mudanças. A inovação é necessária, mas deve ser feita para melhor (*reformatio in mellius*), para aperfeiçoar e não para pior (*reformatio in peius*), como em certos casos se viu na recente modificação, principalmente em detrimento do trabalhador.

É uma vergonha escutar que o aposentado é “vagabundo”, que não quer trabalhar, que as pessoas idosas deveriam trabalhar mais, principalmente quando já adquiriram o direito a se aposentar e podem decidir livremente o que fazer, quando não têm mais condições de trabalhar. Ou então para receber um valor ínfimo de aposentadoria sequer suficiente para se manter e por esse motivo precisam trabalhar para sobreviver. Infelizmente o aposentado não tem mais de uma aposentadoria, e mais: não tem aposentadoria se não contribuir para adquiri-la, ao contrário de quem fez as afirmações de que não custeou o suficiente para ter direito ao benefício. O bom exemplo deve vir de cima para que possa ser seguido. É necessário, portanto, mais respeito com pessoa que já pagou o necessário para se aposentar, de acordo com a previsão da lei da época dos fatos.

Para concluir, é importante lembrar a afirmação de André Gide de que “*todas as coisas já foram ditas, mas como ninguém escuta é preciso sempre recomeçar*”

São Paulo, junho de 2002.

---

4. ALLY, Raimundo Crcqueira. *Novas diretrizes para o custeio da previdência social*. Tese de doutorado. 1999, p. 50.

# O TRABALHO PARASSUBORDINADO

*Otávio Pinto e Silva*

Professor Assistente do Departamento de Direito do  
Trabalho da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## **Resumo:**

O presente artigo estuda o conceito de parassubordinação, desenvolvido pela doutrina italiana com o objetivo de efetuar uma distinção entre a subordinação e a autonomia nas relações jurídicas de trabalho. O setor da parassubordinação engloba relações de trabalho que, embora se desenvolvam com independência e sem a direção do destinatário dos serviços, se inserem de forma contínua na organização deste, justificando então uma tutela semelhante à dedicada aos empregados.

## *Abstract:*

This article studies the parasubordination concept, developed by the Italian doctrine in order to distinguish subordination from autonomy in the legal labor relations. The parasubordination sector involves labor relations that are continuously included in the organization of the services receivers, a fact that justifies a legal protection similar to the one destined to employees, even though the development of those relations is neither dependent on nor directed by the receivers of such services.

**Unitermos:** subordinação; autonomia; parassubordinação; relação de trabalho.

## I. Introdução.

A noção de parassubordinação foi desenvolvida pela doutrina italiana, tendo em vista uma série de relações jurídicas heterogêneas que têm por objeto a prestação de trabalho.

São relações de trabalho de natureza contínua, nas quais os trabalhadores desenvolvem atividades que se enquadram nas necessidades organizacionais dos tomadores de seus serviços, tudo conforme estipulado em contrato, visando colaborar para os fins do empreendimento.

A tradução da palavra *parasubordinazione* do italiano para o português é literalmente parassubordinação, uma vez que o prefixo *par(a)* é usado em composição que reveste a noção “*para além de*”<sup>1</sup> No caso, resulta portanto em “*para além da subordinação*”

---

1. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro, Editora Objetiva, 2001, p. 2.125

*Para o Direito brasileiro mostra-se oportuno o estudo desse conceito com o objetivo de aperfeiçoamento de nosso sistema de relações de trabalho, de modo a “ir além” da subordinação própria dos empregados e incluir no campo do Direito do Trabalho novas situações decorrentes da modernização das formas de produção.*

## 2. Parassubordinação.

O Direito italiano abriga no conceito de parassubordinação diferentes tipos de relações jurídicas, que conservam sua específica disciplina substancial, conforme cada caso.

Essas relações jurídicas recebem ainda uma regulamentação suplementar, formalizada por lei ou por contrato coletivo, que garante algumas medidas de proteção.

Sob o aspecto da tutela processual, todas as relações de trabalho parassubordinado ficam submetidas a trâmites idênticos aos que são previstos em lei para os empregados.

Nesse sentido, o art. 409, n. 3, do *Codice de Procedura Civile* (com a redação dada pela Lei n. 533, de 11 de agosto de 1973), prevê entre as relações jurídicas sujeitas ao rito processual trabalhista “*rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato*”<sup>2</sup>

Conforme explica Giuseppe Ferraro, o elemento de conexão entre as várias relações de trabalho parassubordinado pode ser genericamente descrito como um vínculo de dependência substancial e de disparidade contratual que se estabelece entre o prestador dos serviços e o sujeito que usufrui dessa prestação. Esse vínculo de dependência é semelhante ao que une empregado e empregador, a ponto de justificar a existência de garantias compensatórias equivalentes.<sup>3</sup>

Para Giuseppe Tarzia, o amplo setor da parassubordinação engloba relações de trabalho que, embora se desenvolvam com independência e sem a direção do destinatário dos serviços, se inserem na organização deste.<sup>4</sup>

*Com o reconhecimento da existência dessa classe de relações jurídicas, a doutrina italiana procura deixar claro que:*

a. o trabalho parassubordinado possui algumas semelhanças com o trabalho subordinado, mas com ele não se confunde;

b. a parassubordinação vai além do conceito tradicional de trabalho autônomo.

Por conceito tradicional de trabalho autônomo entende-se aquele formulado a partir das instituições de Direito Romano, segundo o qual nessa relação

2. “relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se expressam numa prestação de serviços continuada e coordenada, preferencialmente pessoal, ainda que sem caráter subordinado” – tradução livre do autor

3. FERRARO, Giuseppe. *I contratti di lavoro*, Padova, CEDAM, 1991, p. 226

4. TARZIA, Giuseppe. *Manuale del Processo del Lavoro*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 9

de trabalho o trabalhador assume a obrigação de produzir um determinado resultado.

Essa obrigação, assim, está fadada a se extinguir no exato momento de sua execução e da conseqüente satisfação do interesse do contratante.

Porém, distinta é a situação em que o trabalhador assume a obrigação de atingir uma *série de resultados consecutivos*, coordenados entre si e relacionados a interesses mais amplos do contratante, interesses que não estão limitados aos que derivam de cada prestação individualmente considerada.

Vejam, então, os elementos que estão presentes na relação jurídica de trabalho parassubordinado.

### 3. Continuidade da prestação dos serviços.

O primeiro elemento é o da *continuidade* da relação de trabalho: a prestação de serviços deve se destinar a atender uma necessidade do tomador que tenha um determinado prolongamento no tempo, tendo em vista os interesses de ambas as partes.

Isso significa que não se enquadra no conceito de parassubordinação o contrato de obra de execução instantânea, ainda que prolongada no tempo, se a duração da prestação não estiver voltada a um programa comum, em que a organização da produção é conseqüência da reunião dos interesses do trabalhador e do tomador dos serviços.

Vale dizer, o critério da continuidade é incompatível com a efetivação de uma única obra, ainda que para a sua execução se faça necessário um tempo não-breve.

Afinal de contas, a continuidade deve estar vinculada a uma série de resultados que as partes pretendem atingir e que justificam a presença da coordenação, como veremos adiante.

Ressalte-se ainda que a Jurisprudência italiana entende não estar caracterizada a continuidade quando a reiteração das prestações for meramente ocasional, ou quando for o resultado de contingências fáticas não-previstas (e não-passíveis de previsão por ocasião da contratação de cada uma das prestações).

De tudo isso o que resta claro é que a continuidade está vinculada a necessidades que de certo modo possuem um caráter mais duradouro, sendo irrelevante a circunstância de que a prestação de trabalho não se desenvolva de forma exclusiva.

Também não afeta a continuidade a hipótese de que o trabalho prestado, por sua natureza, permita interrupções periódicas.

### 4. Pessoalidade na prestação dos serviços.

O segundo elemento caracterizador do trabalho parassubordinado é a natureza pessoal da prestação dos serviços, que deve preponderar.

O prestador dos serviços até pode se valer do auxílio de outras pessoas, mas dentro de certos limites. Sendo assim, o trabalho desses auxiliares deve ser apenas

complementar, o que significa que a principal carga de atividades deve ser desenvolvida pelo prestador pessoalmente contratado.

Isso significa que o prestador dos serviços atua como um pequeno empreendedor, organizando em torno de si todas as atividades voltadas ao atendimento das necessidades do tomador.

## 5. Colaboração entre o trabalhador e o tomador dos serviços.

A idéia de *colaboração* está diretamente vinculada às anteriores quando se fala em trabalho parassubordinado, na medida em que pressupõe uma ligação funcional entre a atividade do prestador dos serviços e aquela do destinatário da prestação profissional.

A atividade do trabalhador é indispensável para que o tomador possa atingir os fins sociais ou econômicos que persegue. Os resultados produtivos da atividade do colaborador devem se unir aos da atividade do próprio tomador dos serviços, observando para tanto critérios qualitativos, quantitativos e funcionais.

## 6. Coordenação do trabalho.

Partindo desse elemento de colaboração entre os sujeitos da relação jurídica, assume relevância a idéia de *coordenação*, no sentido de uma peculiar modalidade de organização da prestação dos serviços.

Genericamente, o trabalho continua a ser prestado com autonomia, mas a sua organização é vinculada à atribuição de algum tipo de poder de controle e de coordenação a cargo do tomador dos serviços.

Mattia Persiani assevera que a idéia de coordenação é fundamental para entender esse tipo de relação jurídica, a ponto de preferir o uso da expressão trabalho “coordenado”, considerada mais “elegante” que trabalho parassubordinado<sup>5</sup>

No trabalho “coordenado” diferentemente do que ocorre no trabalho subordinado, a atividade laboral é prometida pelo trabalhador tendo em vista um programa que é consensualmente definido<sup>6</sup>

O trabalhador não-promete a sua atividade pessoal para o desenvolvimento de qualquer objetivo pretendido pelo tomador, mas sim coloca os seus serviços à disposição somente daquele específico tipo de atividade, que é a necessária para atingir os fins previstos no programa contratualmente elaborado.

Essa situação é encontrada com freqüência quando, no trabalho autônomo, o trabalhador se obriga a realizar uma obra determinada, prevista em contrato.

Mas o que importa ressaltar é justamente a possibilidade de a atividade de colaboração do trabalhador vir a ser prevista em um contrato de trabalho, tendo em

---

5. PERSIANI, Mattia. *Autonomia, Subordinazione e Coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, Il Diritto del Lavoro, Roma, 1998, p. 204

6. *idem*, p. 209



vista o objetivo de atingir uma *série de resultados*. Aí reside, justamente, a importância da coordenação, pois permite a diferenciação tanto da subordinação quanto da autonomia.

Coordenação, então, surge com o sentido de “ordenar juntos”: significa que ambas as partes possuem medidas a propor para alcançar o objetivo comum.

No trabalho subordinado, o trabalhador se sujeita ao poder de direção do empregador, devendo cumprir todas as determinações deste. Não há coordenação.

No trabalho autônomo, os serviços devem ser executados em conformidade com as condições previstas em contrato. O trabalhador deve realizar a obra ou o serviço, a fim de entregar o resultado contratualmente prometido. Também não há coordenação.

Veja-se que tanto no caso do trabalho subordinado quanto no do trabalho autônomo, o trabalhador deve cumprir certas instruções, que são vinculantes em relação às necessidades do tomador dos serviços.

Ocorre que o poder de dar instruções é diferente do poder de coordenar a prestação dos serviços.

As instruções pressupõem a existência de níveis distintos entre quem as dá e quem as recebe.

Já a coordenação se enquadra em níveis que se unem e até mesmo se sobrepõem. Exatamente por isso, surge a necessidade de prestador e tomador de serviços “ordenarem juntos” todo o trabalho, o que pode levar a modificações do programa contratual na medida em que este está sendo desenvolvido.

Como explica Mattia Persiani, o exercício desse poder de coordenação pode influir sobre as modalidades de execução da atividade contratualmente prometida, assim como sobre as próprias características da obra ou do serviço, com o objetivo de adequá-las às mutáveis exigências do seu beneficiário final – o que, aliás, é uma consequência da continuidade do contrato.

No limite, a coordenação pode até resultar na modificação do programa consensualmente estabelecido ou na alteração do objeto do contrato<sup>7</sup>

## 7. Distinção entre o trabalho subordinado e o parassubordinado.

Luisa Galantino ressalta que a essência da subordinação consiste na colaboração do trabalhador com a empresa, pela inserção “estrutural” de sua atividade na organização empresarial, visando alcançar os fins produtivos. Já na parassubordinação, a prestação laboral é coordenada em um caráter meramente “funcional” e não “estrutural”<sup>8</sup>

Giuseppe Santoro Passarelli mostra que a idéia de coordenação indica uma coligação funcional entre a prestação laboral e a atividade desenvolvida pelo destinatário desse trabalho. Ocorre que, diferentemente do trabalho subordinado, o

---

7. *idem*, p. 210

8. GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, p. 94-96

trabalho coordenado não exclui as possibilidades de o prestador dos serviços determinar autonomamente ou de acordo com o tomador não apenas as modalidades, mas também o lugar e o tempo de adimplemento da prestação laboral<sup>9</sup>

O fato de o trabalhador parassubordinado organizar a sua própria atividade não-contrasta com a circunstância de que venha a ser utilizada pelo tomador dos serviços no momento em que este, considerando-a como um fator individual, a conjugue com outras atividades desenvolvidas por outros sujeitos, estranhos à relação jurídica. Isso se explica justamente porque o tomador persegue um resultado que supera a utilidade instrumental decorrente da relação jurídica singular mantida com o trabalhador parassubordinado.

Disso resulta substancial diferença em relação ao empregado, uma vez que este fica submetido ao poder diretivo do empregador, entendido como o poder de determinar tanto o comportamento devido quanto as modalidades de execução e disciplina do trabalho.

Já o prestador de trabalho coordenado, como o trabalhador autônomo, não está obrigado a permanecer na espera de ordens provenientes do tomador dos seus serviços nem a ficar à disposição deste. Somente se obriga a estabelecer o modo, o tempo e o lugar de execução da prestação laboral ajustada quando o tomador solicita o respectivo adimplemento.

## 8. Formas de trabalho parassubordinado no Direito italiano.

A doutrina italiana enfrenta certa dificuldade para efetuar uma classificação sistemática das formas de trabalho parassubordinado, tendo em vista a enorme variedade encontrada na prática. Senão, vejamos.

### 8.1. contrato de agência.

É um contrato de natureza contínua, em que uma das partes assume a obrigação de promover, por conta da outra, mediante remuneração, a conclusão de negócios em uma zona determinada.

A figura do agente é amplamente difundida nos setores do comércio e da prestação de serviços.

Giuseppe Ferraro alerta que muito freqüentemente o *contrato de agência* busca esconder uma relação de trabalho subordinado, gerando então ações contenciosas de grandes proporções<sup>10</sup>

A continuidade é elemento comum tanto ao *contrato de agência* quanto ao de trabalho subordinado; a diferença substancial entre eles reside na organização da

---

9. SANTORO PASSARELLI, Giuseppe. *Il Lavoro Parasubordinato*, Milano, Franco Angeli Editore, 1979, p. 66-67

10. FERRARO, Giuseppe. *I contratti di lavoro* (ob.cit), p.233

atividade do agente e no campo de interesses dela derivados. O agente assume a feição de um pequeno empreendedor, com uma capacidade própria de atuação, sem a sujeição ao poder diretivo.

Giuseppe Santoro Passarelli ressalta a diferente estrutura legal entre as duas formas de relações jurídicas, demonstrando que o *contrato de agência* se fundamenta na assunção dos riscos do empreendimento pelo agente, que expõe o seu próprio patrimônio aos resultados do trabalho.<sup>11</sup>

A jurisprudência exclui a relação de parassubordinação na hipótese de o agente assumir a forma de uma sociedade comercial, ainda que o trabalho pessoal do sócio predomine na realização do objetivo social sobre outros fatores e sobre o valor do capital.

A razão de tal exclusão reside no fato de que a sociedade comercial possui uma subjetividade jurídica que a diferencia dos seus sócios, o que resulta na impossibilidade de uma prestação de serviços em que prevaleça a pessoalidade.

Por outro lado, a existência de uma sociedade de fato ou de uma firma individual não são fatores que excluam, por si só, o requisito da pessoalidade do trabalho. Sendo assim, nessas condições o agente poderá ser considerado trabalhador parassubordinado.

Também não se cogita da exclusividade no desenvolvimento das atividades, uma vez que esta é considerada um elemento não essencial do *contrato de agência*.

## 8.2. contrato de representação comercial.

É semelhante ao *contrato de agência*, pois o representante comercial tem igualmente a obrigação fundamental de promover negócios para o representado em certa zona de atuação. Para tanto, deverá se auto-organizar, visando ao cumprimento das atividades.

A principal diferença reside no fato de que o representante possui discricionariedade para estipular os respectivos contratos, dispondo assim de maior autonomia na conclusão dos negócios.

## 8.3. relações de colaboração.

A maior dificuldade prática na definição das hipóteses que se enquadram no conceito de parassubordinação é justamente o estabelecimento das “relações de colaboração”

É bastante comum a inclusão de profissionais liberais nessa área da parassubordinação, sempre que presentes os requisitos legais acima enunciados.

---

11. SANTORO PASSARELLI, Giuseppe. *Il Lavoro Parassubordinato*, (ob.cit), p. 164

É o que ocorre quando existem convenções em virtude das quais os profissionais se obriguem a colaborar por um certo período de tempo e sob determinadas condições de serviço com entes públicos ou privados, acatando um programa estipulado.

Nesse caso se encontram, por exemplo, serviços de assistência mantidos por determinadas sociedades, em que médicos colocam a sua atividade pessoal à disposição dos sócios, sempre que requisitados, em conformidade com a previsão da convenção.

Também com os advogados pode se configurar relação de parassubordinação, para serviços de consultoria jurídica, com a redação de contratos e pareceres, solução de dúvidas legais, resposta a questionamentos, mediante contrato que estabeleça a continuidade. Ou com engenheiros e arquitetos, para assistência técnica e urbanística a órgãos públicos ou privados, com duração continuada. Ou, ainda, com o médico do trabalho, vinculado de maneira estável à fábrica para a qual presta os seus serviços pessoais.

Não fica afastada a parassubordinação se o profissional liberal contar com o trabalho de auxiliares, desde que a função destes seja complementar ou meramente executiva em relação à daquele.

Vale dizer, para que se possa cogitar de uma relação de trabalho parassubordinado com um profissional liberal, é indispensável que este coloque o seu serviço pessoal, de forma predominante, à disposição do contratante, durante um período de tempo contínuo.

Lembre-se o art. 52 do Tratado da União Européia, que reconhece o direito de um cidadão comunitário se estabelecer em qualquer Estado-membro para o fim de desenvolver uma atividade autônoma de modo estável e continuado, sob idênticas condições definidas pela legislação nacional para os seus próprios cidadãos.

Como explica Luisa Galantino, esse direito implica a faculdade do profissional liberal de criar e conservar mais de um centro de atividades no território da Comunidade Européia, observadas as diretivas específicas no que concerne ao recíproco reconhecimento de diplomas, certificados e outros títulos<sup>12</sup>

Também é possível cogitar de uma relação de trabalho essencialmente autônoma, mas coordenada de maneira estável com uma atividade empresarial, de modo a assumir uma feição de parassubordinação.

O exemplo concreto seria o de um artesão, cuja produção é toda voltada para uma determinada empresa comercial (desde que presentes, claro, os requisitos da pessoalidade predominante e da continuidade).

Geram polêmica na Jurisprudência italiana as situações em que sócios prestam serviços às respectivas sociedades: poderiam configurar-se relações de parassubordinação?

---

12. GALANTINO, Luisa. *La Disciplina Comunitaria delle Libere Professioni*, Il Diritto del Lavoro, Roma, 1999, p. 17-18

Alguns julgados entendem que sim, desde que a atividade laboral seja diversa e estranha àquela que esse sócio esteja obrigado a prestar em função do próprio ato constitutivo da sociedade.

Também é possível a parassubordinação na relação jurídica que une a sociedade e o administrador por ela contratado, desde que a situação de fato se enquadre nos requisitos legais, não resvalando para um vínculo empregatício.

Em suma, são várias as situações que podem ser classificadas como relações de colaboração, resultando daí a amplitude do campo da parassubordinação em conformidade com o ordenamento jurídico italiano.

## 9. Conclusão.

O conceito de parassubordinação pode ser útil para a reformulação do sistema de relações de trabalho no Brasil, desde que seja utilizado com o objetivo de ampliar as formas de contratação de trabalho.

Além do trabalho subordinado (prestado por empregados) e do trabalho autônomo, surgiria o trabalho parassubordinado como uma nova forma de relação jurídica, que mereceria então uma regulamentação especial, adequada às peculiaridades de certas atividades em que a coordenação surge como elemento aglutinador do trabalhador e do tomador dos serviços.

São Paulo, maio de 2002.

## 10. Bibliografia.

FERRARO, Giuseppe. *I contratti di lavoro*, Padova, CEDAM, 1991.

GALANTINO, Luisa. *Diritto del Lavoro*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996.

GALANTINO, Luisa. *La Disciplina Comunitaria delle Libere Professioni*, Il Diritto del Lavoro, Roma, 1999.

PERSIANI, Mattia. *Autonomia, Subordinazione e Coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, Il Diritto del Lavoro, Roma, 1998.

SANTORO PASSARELLI, Giuseppe. *Il Lavoro Parasubordinato*, Milano, Franco Angeli Editore, 1979.

TARZIA, Giuseppe. *Manuale del Processo del Lavoro*, Milano, Giuffrè, 1987.



## TERMO DE CONCILIAÇÃO NAS COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA: NATUREZA JURÍDICA E EFICÁCIA LIBERATÓRIA

*Guilherme Guimarães Feliciano*

Juiz Federal do Trabalho, Professor da Faculdade de Direito  
da Universidade de Taubaté e Doutorando da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

O fenômeno da litigiosidade estimulada, que no País passou a ser visto pelo jurista como perspectiva de ganho fácil e imediato; trabalhadores que em desamparo têm como derradeiro fôlego de subsistência o acesso à Instância do Trabalho, empresa às voltas com o fantasma da falência, são alguns dos itens abordados pelo autor neste trabalho.

### Abstract:

The phenomenon of stimulated litigation, that in the Country has been seen by the jurists as a perspective of immediate and easy profits; unhelped workers that have as last subsistence's breath the access to the Labor Jurisdiction, enterprise surrounded with the phantom of the bankruptcy, are some of the items boarded by the author in this article.

**Unitermos:** Comissão de Conciliação Prévia; eficácia liberatória; natureza jurídica.

A Lei n. 9.958, de 12.01.2000, integrou-se ao ordenamento jurídico brasileiro com o propósito declarado de estancar a sangria de dissídios individuais que assoberbam a Justiça do Trabalho de primeira instância. Acenou aos operadores do Direito do Trabalho no sentido de reconhecer, na seara trabalhista, fenômeno inverso à *litigiosidade contida*, fenômeno sociológico apontado por Kazuo Watanabe e outros<sup>1</sup> como justificação política para os juizados especiais das causas cíveis de menor

---

1. Kazuo Watanabe et al., Juizado Especial de Pequenas Causas, São Paulo, RT, 1985, passim. Confira-se ainda, para a correlação do tema com a questão do acesso à Justiça, "Por uma Justiça Eficiente", de José Renato Nalini, in <http://neofito.direito.com.br/artigos/art01/jurid135.htm> (29.10.01 - site "O Neófito"): "Muito poderia ser feito pelos poderes locais para aperfeiçoar a própria Justiça. O gigantismo de São Paulo permitiria a adoção de alternativas eficazes à simplificação do Judiciário. Sem excluir outras propostas, seria conveniente meditar sobre: (...) exercício das competências constitucionais, notadamente quanto a legislar sobre criação, funcionamento e processo do Juizado de Pequenas Causas e sobre procedimentos em matéria processual. As causas pequenas não são as menos sérias. Adequadamente resolvidas, atenuarão a litigiosidade contida e a crítica procedente quanto à ineficiência da Justiça. O Judiciário tem também o dever de se autoprover de instrumentos aptos à conversão de seus préstimos em efetivo serviço e o principal deles é o processo" (g.n.).

complexidade: no mundo do trabalho, ao revés, dá-se, no Brasil, o fenômeno da *litigiosidade estimulada*, de tal maneira que o acesso à Justiça do Trabalho, sobre ser facilitado, passou a desafiar óticas mais prosaicas: passou a ser visto, por alguns advogados, como perspectiva de ganho fácil e imediato; por alguns trabalhadores, já ao desamparo, como um derradeiro fôlego de subsistência (quixá um sucedâneo do seguro-desemprego, que deveria, em tese, assisti-lo durante todo o período de inatividade econômica, e raramente o faz); por algumas empresas, às voltas com o fantasma da falência, como garantia de quitação geral de créditos trabalhistas obtida a preços módicos. Justamente para conter essa assombrosa indústria de litígios, redirecionando-os para outro pólo institucional, o legislador pátrio trouxe à luz as *comissões de conciliação prévia*, agregando à Consolidação das Leis do Trabalho os art. 625-A a 625-H.

Na prática forense, porém, a sua aplicação tem suscitado celeumas contumazes quanto à natureza jurídica da tentativa prévia de conciliação e quanto à extensão da eficácia liberatória geral predisposta pelo parágrafo único do art. 625-E da CLT.

Quanto ao primeiro aspecto, impende notar, desde logo, que o *caput* do art. 625-C da CLT, ao estatuir que “*qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria*” não criou uma nova *condição*, de natureza eventual, para o exercício do direito de ação na Justiça do Trabalho; tampouco pode ser reputado manifestação concreta de uma das clássicas condições da ação, a saber, a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica. Como asertado por Estêvão Mallet, “*não está em lugar algum da Lei n. 9.958/00 a afirmação de que a falta de tentativa prévia de conciliação torna o reclamante carecedor de ação. (...) De outro lado, a carência de ação, por falta de tentativa de conciliação, não pode ser simplesmente deduzida do conceito de interesse processual*” vez que “*mesmo não tentada a conciliação prévia, havendo defesa na reclamação ou não pagamento dos valores cobrados, surge o interesse processual, diante da resistência do reclamado. Torna-se, em conseqüência, irrelevante a carência inicial da ação. (...) Ademais, não se deve perder de vista que na reclamação será, antes mesmo de que se defenda o reclamado, obrigatoriamente tentada a conciliação*” de forma que “*não faria sentido extinguir o processo por ausência de tentativa de conciliação*”<sup>2</sup>

É certo, todavia - e nesse ponto discordo do escólio invocado -, que o preceito em comento criou, sob certas circunstâncias (a instituição, na localidade da prestação dos serviços do autor, de comissão de conciliação prévia no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria profissional pertinente), um *óbice processual* ao desenvolvimento válido do processo. Daí a compreensão de que o *caput* do artigo 625-

---

2. Estêvão Mallet, “Primeiras Linhas sobre as Comissões de Conciliação”, in Revista LTr 64-04/444-445.



D da CLT introduziu, para as ações reclamatórias trabalhistas, um *pressuposto processual* específico, qual seja, a *sujeição da demanda de natureza trabalhista* o que afasta a possibilidade de que as comissões homologuem acordos sem o reconhecimento de vínculo empregatício - à *comissão de conciliação prévia instituída na localidade de prestação de serviços* (= jurisdição territorial da Vara do Trabalho), no âmbito da empresa ou do sindicato, ao qual está vinculado o trabalhador.

É, aliás, pressuposto processual similar àquele ditado pela Constituição Federal de 1988 para os litígios de natureza tipicamente desportiva (“*O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, reguladas em lei*” art. 217, §1<sup>o</sup>) ou para os próprios dissídios coletivos de natureza econômica<sup>3</sup> (“*Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo (...)*” - art. 114, §2<sup>o</sup>). Ali, exige-se o esgotamento da via administrativa a justiça desportiva - para que o processo judicial desenvolva-se validamente; aqui, exige-se - nos dissídios coletivos e, agora, em parte dos dissídios individuais - a tentativa prévia de negociação (que se dá, nesse último caso, perante as comissões prévias de conciliação). Desse modo, a ausência daquele pressuposto processual, por inexistente a sujeição prévia à comissão instituída na localidade, impede o desenvolvimento válido do processo trabalhista e, por conseguinte, preordena a respectiva extinção sem julgamento de mérito, com espeque no art. 267, IV, do Código de Processo Civil. *Pressupostos processuais* são, com efeito, “*os requisitos necessários à formação e desenvolvimento da relação processual*”; do ponto de vista subjetivo, “*os pressupostos intrínsecos à relação processual concernem à regularidade dos atos nela praticados, que deverão ser acordes com as disposições legais que os regulam. Se, por acaso, as infringirem, serão alvo de invalidação, podendo comprometer o próprio processo, quando a gravidade da infração ultrapassar os limites tolerados pela lei*”<sup>4</sup> A infração, na espécie, dá-se pela *omissão* do autor, que deveria primeiramente submeter o litígio de natureza trabalhista à comissão de conciliação prévia.

O segundo aspecto diz com o parágrafo único do art. 625-E da CLT, pelo qual “*o termo de conciliação é título extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas*” A *eficácia liberatória geral*, nos termos de conciliação idôneos, há de ter o alcance exato de sua expressão (*interpretação declaratória*<sup>5</sup>). Tal expressão, mais ampla que aquela empregada pelo

---

3. A doutrina tem reconhecido, porém, que a negociação coletiva é uma condição específica da ação coletiva trabalhista (dissídio coletivo de natureza econômica). Cfr. Arion Sayão Romita, Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos, São Paulo, LTr, 1991, p.353; Amauri Mascaro Nascimento, Curso de Direito Processual do Trabalho, 14a ed., S. Paulo, Saraiva, 1993, pp.398-399.

4. Egas Dirceu Moniz de Aragão, Comentários ao Código de Processo Civil, v. II, 9a ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp.386-387.

5. Atitude hermenêutica oriunda do Direito Romano clássico, em que o jurista “verificava que o espírito da lei correspondia à letra, não havendo necessidade, portanto, de restringi-la ou ampliá-la” (José Carlos Moreira Alves, Direito Romano, v. I, 7a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, p.103).

Enunciado n. 330 do C.TST na exegese do art. 477, §1º, da CLT (“*eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas*”), não pode ensejar interpretação de iguais dimensões, sob pena de tornar inútil a redação da lei; ainda que não seja feliz a opção legislativa, *legem habemus*. Nesse sentido: “*O efeito liberatório alcança, ainda, as parcelas e direitos pleiteados mas não ressalvados de forma expressa e aqueles não reclamados pelo trabalhador perante a comissão (aponta neste sentido, a concessão de efeito liberatório geral ao termo de acordo*”<sup>6</sup>. Ou ainda: “*Quanto ao efeito liberatório do termo de conciliação firmado perante a Comissão Prévia, entendemos que impedirá que o empregado venha postular novamente junto à Justiça do Trabalho, salvo com relação às parcelas que forem objeto de ressalva expressa, hipótese em que o dissídio individual estará restrito àquela matéria delimitada*”<sup>7</sup>. A ressalva, legalmente prevista para mitigar a eficácia liberatória da transação perante as comissões, “*identifica o termo de conciliação celebrado no âmbito da Comissão como as homologações de rescisões contratuais feitas pelos sindicatos brasileiros, as quais, salvo raríssimas (e cada vez mais raras) rescisões, a maioria (totalidade?) consigna, no verso, o tradicional carimbo ressalvando diferenças, a tal ponto que ensejou mudança da redação original do Enunciado n. 330, do C.TST*”<sup>8</sup>. A saída, pois, tende a ser a mesma outrora alvitrada pelos sindicatos à luz da redação original do Enunciado n. 330: inclusão, nos termos de conciliação, de textos padronizados com ressalvas expressas e abrangentes.

Penso, por conseguinte, que, se a conciliação é aceita e as partes lavram com os conciliadores, o termo de conciliação descrito no art. 625-E, com “*eficácia liberatória geral*” a ação judicial tendente a reclamar títulos dimanados da relação extinta não há de ser conhecida, por ser o autor - agora sim - *carente de ação*, por falta de interesse de agir (art. 267, VI, do CPC): tendo transigido validamente, com os efeitos do art. 1.030 do Código Civil, e conferindo o título eficácia liberatória geral ao empregador, não há qualquer *utilidade* na ação judicial, seja porque o trabalhador já recebeu o que lhe é devido, seja porque não o recebeu e deve executar o termo de conciliação (art. 876, *caput*, da CLT), seja, enfim, porque *concedeu* quanto àquilo que entendia devido, era litigioso e não lhe foi pago (logo, não lhe é mais, sequer em tese, devido). Haverá, porém, interesse de agir, se a *causa petendi* fizer vislumbrar a utilidade do provimento jurisdicional pretendido; assim, por exemplo, se a petição inicial argüi, a propósito da transação e do ato jurídico que a consubstanciou, a *inexistência* (e.g., comissão constituída em desconformidade com os art. 625-A *usque* 625-H, em desacordo com a lei civil ou ainda contra as normas de funcionamento de acordo ou convenção coletiva - art. 625-C da CLT; termo não-assinado pelos membros da comissão

---

6. Cleber Lúcio de Almeida, “Comissões de Conciliação Prévia æ Considerações sobre a Lei n. 9.958/2000”, in Revista LTr 64-02/227.

7. Narciso Figueirôa Júnior, “As recentes alterações na legislação trabalhista æ Leis ns. 9.957 e 9.958 de 12 de janeiro de 2000”, in Revista LTr 64-02/200.

8. Georgenor de Souza Franco Filho, “A Lei das Comissões de Conciliação Prévia”, in Revista LTr 64-02/175.

etc.), a *nulidade* (absoluta - v.g., empregado incapaz de transigir por si mesmo, por ser alienado ou menor de dezoito anos ou relativa, dita também *anulabilidade* - coação, dolo, erro substancial, falsa causa, títulos não-litigiosos<sup>9</sup> etc.) ou *ineficácia* (v.g., pedido de restituição de coisa devida por direito real ou pessoal, porém arrecadada pela massa falida e alienada, como dação em pagamento, em acordo firmado com ex-empregado seu perante comissão de conciliação prévia - art. 76, *caput* e §1º, do Decreto-lei n. 7.661/45; indicação à penhora de bem do empregador dado em pagamento a terceiro empregado, sob os auspícios de comissão de conciliação prévia, sem rateio e de molde a torná-la insolvente no processo).

Da mesma forma, é inadmissível o reconhecimento da eficácia liberatória geral contra direitos que, à época da transação extrajudicial, não pudessem razoavelmente integrar a esfera de cognição do hipossuficiente econômico. Assim, por exemplo, o direito à estabilidade convencional dimanado de doença do trabalho ou moléstia profissional (art. 20, I e II, da Lei n. 8.212/91) que, manifestadas após a extinção do contrato de trabalho, guarde etiologia com o labor envidado por conta do vínculo empregatício; da mesma forma, o dano moral provocado pelas injúrias disseminadas após a dispensa, de que o trabalhador veio a ter conhecimento somente após firmar o acordo, ou ainda os benefícios de expressão econômica de uma lei ulterior com efeitos retroativos. Em todos esses casos, o termo de conciliação, ainda que existente, válido e eficaz, não elide o direito de o empregado ajuizar ação reclusatória trabalhista para a tutela dos direitos de cognição tardia e de, adiante, vê-la apreciada em seu mérito.

É como entendo, s.m.j.

São Paulo, janeiro de 2002.

---

9. Assim, e.g., quando o empregador reconhece in totum os direitos rescisórios do empregado mas, ainda assim, leva-o perante comissão de conciliação prévia para ali barganhar redução percentual do total devido e incontroverso, além de parcelá-lo sem qualquer ônus para a empresa. Em casos dessa natureza, não se há de falar em transação, ante o caráter não-litigioso dos títulos em jogo; houve, ao revés, renúncia parcial a que foi induzido o hipossuficiente, para cuja homologação não estão autorizadas, expressamente, as comissões de conciliação prévias. Com efeito, o vocábulo conciliação abrange, na melhor doutrina, a transação e o reconhecimento jurídico do pedido (cfr. Valentim Carrion, Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1996 (agosto), p.613); jamais, porém, a renúncia.



## COEXISTÊNCIA DO REGIME DE REPARTIÇÃO COM O REGIME DE CAPITALIZAÇÃO

*Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub*  
Mestre e Doutorando em Direito Previdenciário pela  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Este trabalho aborda a coexistência do sistema de repartição simples com o sistema de capitalização no âmbito da organização da Previdência. Os aspectos positivos e deletérios da manutenção do atual sistema de repartição simples ou a adoção do sistema de capitalização compulsória são estudados sob o prisma da realidade brasileira.

### Abstract:

The present survey analyses the coexistence between *paygo* (pay as you go system) and funding system in the branch of the Social Security organization. Pros and cons of maintaining the current *paygo* system or adopting the funding system as a mandatory matter (rather than discretionary) are analyzed under Brazilian reality's view point.

**Unitermos:** Previdência; sistema de repartição simples; sistema de capitalização.

Vigora no Regime Geral da Previdência Social brasileiro o regime previdenciário de repartição simples (*pay as you go*), de filiação obrigatória (art. 201 da Constituição da República/88). O Regime Geral da Previdência Social pressupõe que quem está trabalhando paga os benefícios dos aposentados e pensionistas atuais. Logo, as gerações vindouras suportarão as aposentadorias da geração de agora. Esse regime está fundamentado, portanto, numa situação demográfica de significativa reposição populacional, na qual a base da pirâmide etária será sempre proporcionalmente mais larga do que o vértice.

Existe uma diferença entre o regime previdenciário de repartição simples e o regime de repartição de capital de cobertura. No regime de repartição de capital de cobertura, os pagamentos efetuados por todos os participantes são empregados na constituição de um fundo necessário para os pagamentos das obrigações futuras relativas a contingências ou eventos *não programados*, que tenham probabilidade periódica de ocorrência.

Exemplos dessas contingências não-programadas são a invalidez, a morte, ou a reclusão. Todavia, nem sempre a lei é clara na diferenciação dos dois regimes, igualando, por vezes, benefícios não-programados aos previsíveis.

No regime de capitalização (*funding*), cada pessoa forma um fundo (individual ou coletivo) em que são investidos pecúlios, destinados exclusivamente à sua aposentadoria.

Wladimir Novaes Martinez<sup>1</sup> faz a seguinte diferenciação entre o sistema de repartição e o sistema de capitalização: “Assim, freqüentemente, o regime de capitalização é o próprio do neoliberalismo, enquadrado como poupança individual e disponível, da iniciativa privada, para o plano do tipo contribuição definida, com baixo nível de solidariedade, hodierno e com tendência a se universalizar. Bom para as prestações programadas. Por outro lado, o regime de repartição simples, ideologicamente seria social-democrático, técnica previdenciária, de iniciativa estatal, para o plano do tipo benefício definido, com elevada solidariedade, ultrapassado no tempo e com tendência a desaparecer. Própria das prestações programadas” (g. n.).

A grande questão previdenciária que é discutida hoje se encontra na manutenção dos regimes de repartição. Algumas correntes postulam a conversão total para um regime de capitalização (tendo o Chile como paradigma), outras pugnam por um sistema misto; outras pela manutenção absoluta dos regimes de repartição. O grau de solidarismo do regime de repartição é patentemente maior em relação ao regime de capitalização. Por isso, ponderando-se de uma forma sociológica, o regime de repartição deverá sempre existir. Um regime, porém, não inviabiliza o outro; ao contrário, um complementa o outro.

Não-obstante, a despeito dos entraves demográficos e até mesmo laborais (o mercado informal prejudica o Regime Geral da Previdência Social, pois quem trabalha informalmente não contribui, mas vai precisar se aposentar), cabe ressaltar que autores defendem a possibilidade de coexistência dos regimes de repartição e capitalização. Lembremos somente que, mesmo no campo de um regime puro de repartição, deve ser postada a égide legal no sentido de obstar a redução dos benefícios a valores que impossibilitem a subsistência de um ser humano. As diretrizes que regem a Previdência Social estão pautadas no parágrafo único do art. 3º da Lei n.8.212/91, e do art. 2º da Lei n. 8.213/91, que são:

-universalidade de participação nos planos previdenciários, mediante contribuição;

-valor da renda mensal dos benefícios, substitutos do salário-de-contribuição ou de rendimento do trabalho dos segurados, não-inferior ao do salário mínimo;

-cálculo dos benefícios, considerando-se os salários-de-contribuição, corrigidos monetariamente;

-preservação do valor real dos benefícios;

-previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;

---

1. *Primeiras Lições de Previdência Complementar*, p. 223.

- uniformidade e de equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
- irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;
- caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartita, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

As recentes reformas pelas quais vêm passando o sistema previdenciário brasileiro refletem os múltiplos aspectos (gestões irresponsáveis, com utilização de critérios políticos na designação de gestores, mercado informal crescente, demografia etc.) que permeiam essa seara e que confluíram nos últimos tempos.

Ernesto José Pereira dos Reis<sup>2</sup> analisa o contexto previdenciário atual, entendendo que tanto o sistema hodierno oficial quanto o privado “*podem conviver sem problemas*”; e completa: “*Sem dúvida, o sistema oficial precisa sofrer reparos e o Legislativo e o Executivo estão trabalhando nesse sentido. Já o sistema privado se vem amoldando às situações atuais sem qualquer problema*”

Wladimir Novaes Martinez<sup>3</sup> também se posta a favor da coexistência dos regimes: “*As manifestações de lado a lado, às vezes radicais, parecem indicar solução conciliatória, pois os países não apresentam habitat ideal para cada um deles, salvo num e noutro caso. O correto parece ser adequar-se cada uma das nuances acentuadas à realidade do cenário enfocado, respeitando-se as particularidades. Por exemplo, definir-se a capitalização para os benefícios programados de repartição simples para os não programados*” (sic).

O regime de repartição possui um entrave financeiro que tem gerado um déficit abissal, fato preocupante a qualquer Governo. A abordagem atuarial e financeira deve ser levada em conta quando sopesamos o quanto a sociedade produz e contribui, e quanto pode ser pago aos aposentados; ficando claro que esses critérios de abordagem não podem servir de fonte exclusiva de uma análise previdenciária, sob pena de efetuarmos uma análise muito limitada.

A política econômica e tributária do Governo é também deletéria à manutenção das contribuições previdenciárias, segundo um contexto de falta de preservação e incentivo ao emprego e às contratações. Na lição de Marcus Orione Gonçalves Correia<sup>4</sup> *in verbis*: “*Primeiro, constata-se a excessiva sobrecarga contributiva de empresas de pequeno porte, o que daria ensejo, em um verdadeiro círculo vicioso, ao aumento do desemprego. Como conseqüência da política anterior,*

2. *in Curso de Direito Previdenciário*. coordenação de Wagner Balera, p. 139.

3. *Primeiras Lições de Previdência Complementar*, p. 223.

4. *Revista de Previdência Social*. São Paulo: Ltr, 1997, p. 985.

*tem-se que estas, por pagarem mais contribuições, ficam inviabilizadas de empregar mais e de alavancar o processo produtivo”* O Governo peca gravemente ao sobrecarregar as empresas de pequeno porte, porque é notório que são essas empresas as que mais empregam. Por conseguinte, não deveria haver sobrecarga, e sim incentivos que permitissem maiores investimentos e contratações. Um número mais elevado de contratações acarretaria, além do desenvolvimento do País, um maior aporte de recursos à Previdência Social por meio de contribuições.

Todavia, o Governo prefere instituir uma verdadeira “derrama” na qual desde 1995 a carga tributária vem subindo drasticamente em relação ao nosso PIB, que, aliás, tende a diminuir a arrecadação, pois engessa a economia (v.g. a CPMF, que tem efeito “cascata” na cadeia produtiva). O déficit previdenciário está intimamente ligado à política governamental falha, e o próprio Governo acaba arcando com o déficit. Como a Lei n. 8.212/91, art. 16, prevê que a União tem o *dever* de contribuir para Previdência Social, mediante os recursos adicionais do Orçamento Fiscal, a fim de cobrir eventuais insuficiências financeiras, o Tesouro Nacional acaba por suprir o déficit previdenciário. Isso significa que o País responde por parte dos custos previdenciários, e não-somente os segurados.

Esse custeio geral dos benefícios não é errado. Diante da nossa Constituição, que levanta a égide da guarida social, é evidente que o Estado tem a obrigação de assumir eventuais déficits previdenciários provenientes de receitas menores do que despesas com aposentados. O empecilho a essa assunção dos custeios por parte de toda a população se manifesta no pélagio de recursos que por vezes são despendidos. O gasto estatal com previdência tem como limite a inviabilização do desenvolvimento do País. Tomemos por exemplo a Itália, que gasta 14% de seu PIB com aposentadoria. Em alguns países da Europa, proporciona-se aos aposentados, além dos serviços essenciais, banhos em termas subvencionadas pelo Estado.

O ideal seria que todos os aposentados do mundo pudessem banhar-se em termas públicas, mas esses gastos excessivos prejudicam a economia, pois os recursos saem do setor produtivo. No Brasil esse luxo está longe de acontecer. Infelizmente, soa até burlesco imaginarmos os aposentados do Regime Geral da Previdência Social se deleitando em saunas gratuitas oferecidas como serviço previdenciário. Aqui se luta pelo básico.

Assim, não se pode permitir que os atuais padrões dos aposentados do Regime Geral da Previdência Social piorem. Nesse ponto, a Previdência Privada oferece um apoio marcante na manutenção dos atuais ganhos dos aposentados. O movimento maior de adesão ao sistema de Previdência Privada é positivo no sentido de diminuir a pressão social em torno do Regime Geral.

Ernesto José Pereira dos Reis<sup>5</sup> faz a seguinte asserção sobre esse fenômeno de crescente adesão ao sistema privado: *“ao se aposentar, principalmente aqueles que desfrutam de um padrão sócio-econômico médio/elevado deparam-se com*

---

5. in *Curso de Direito Previdenciário*. coordenação de Wagner Balera, p. 140.



*uma defasagem entre o salário ou vencimentos que recebiam, e os que passam a receber da Previdência Social. Diante desse quadro chega o trabalhador à velhice e se vê compelido a permanecer em atividade a fim de, pelo menos, manter o equilíbrio econômico-social de sua vida, deixando de usufruir o merecido lazer que constitui um dos prismas inerentes à espécie humana e garantido constitucionalmente. A solução para esse quadro é a complementação pelo sistema de Previdência Privada do benefício estatal insuficiente”*

Em relação a esse crescimento da Previdência Complementar, Paulo Mente<sup>6</sup> observa uma abrangência em todas as classes de renda, tanto pela corrosão dos rendimentos dos benefícios, quanto pela manutenção do padrão de renda da atividade.

A Previdência Social chega a ser, na sociedade, mais importante do que outras áreas vitais, como a saúde. Isso porque a Previdência Social envolve a própria saúde do aposentado, sua alimentação, sua subsistência, enfim.

Wagner Balera<sup>7</sup>, em análise sobre a importância do enquadramento benefício previdenciário às necessidades humanas, cita com propriedade o art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948: *“Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”*

O equilíbrio financeiro e atuarial previsto no art. 201 da Constituição tem por escopo garantir a subsistência autônoma do Regime Geral da Previdência Social, sem a ocorrência de *deficit*, independentemente, como já foi dito, da obrigação estatal de assunção desse *deficit*. Da mesma forma, o equilíbrio do empreendimento previdenciário privado também depende da observância dos cálculos financeiros e atuariais. Na Previdência Privada, esse equilíbrio é mais necessário, pois a União não está vinculada ao seu custeio. O notório caso de falência da Mongeral é emblemático. Os contribuintes ficaram desamparados.

Aliás, é justamente esse equilíbrio financeiro e atuarial, a ser aplicado em todo o ambiente previdenciário, que erige uma espada de Dâmocles sobre a frente dos estudiosos do Direito Previdenciário e da Previdência em geral. Isso porque essa regra que pressupõe o equilíbrio do sistema afronta certos princípios universais do ser humano, tais como a solidariedade e a generosidade.

É muito penosa a delimitação previdenciária circunscrita aos limites dos princípios matemático-financeiros do equilíbrio atuarial. Afinal, no caso em tela, o estereótipo de beneficiário de qualquer regime de previdência é o idoso, pessoa que merece um tratamento diferenciado e especial dentro da sociedade.

---

6. *in Curso de Direito Previdenciário*. coordenação de Wagner Balera, p. 172.

7. *O reajustamento dos benefícios em manutenção*, p. 284.

Frente ao aumento inexorável da população idosa, acaba sendo impossível irrelevar o aspecto matemático.

Resta saber o que é mais adequado. Se um regime de repartição, em que há possibilidade de benefícios cada vez menores para a maioria; ou um regime de capitalização, com os riscos inerentes às entidades privadas, além do fato de que nem todos possuem pecúlio para investir em fundos de aposentadoria (ensejando a coexistência dos sistemas). Em qualquer dos casos, a *proteção social* é essencial. Contudo, a proteção social jamais existirá sem *estabilidade e segurança jurídica*. Esses dois fatores dependem de elementos que transcendem ao contexto jurídico.

Sobre a questão, Sergio Pinto Martins<sup>8</sup> obtempera: “*O sistema público de concessão de benefícios deve ser mantido, ainda que em nível básico, pois o sistema privado não se tem mostrado adequado. Exemplos são as empresas que passaram a prestar serviços na área e posteriormente faliram, como Capemi, Mongeral e outras, em que o trabalhador pagou vários anos para elas e depois não teve como receber o benefício na hora em que necessitava. Assim, é preferível o sistema público, que pode não ser o melhor, mas pelo menos sabe-se que no final do mês ou no futuro haverá um recebimento*”

Em verdade, o regime de repartição é mais adaptável às variações do custo de vida do que o regime de capitalização mais vulnerável aos riscos inerentes às oscilações financeiras e econômicas.

Ao nosso ver, existe um fator peculiar no Brasil que serve de subsídio à tese da manutenção do regime de repartição do Regime Geral da Previdência Social e jamais poderia ser olvidado nesse trabalho: *numerosas cidades brasileiras sobrevivem às custas dos benefícios do INSS*. Tomemos como exemplo o Rio Grande do Norte, onde os R\$ 78,1 milhões pagos pelo INSS no Estado são uma das principais fontes de renda das famílias castigadas pela seca. No Nordeste, as aposentadorias representam o único sustentáculo econômico de muitas cidades do sertão, suplantando até os valores auferidos com o Fundo de Participação dos Municípios.

Na Região nordestina, por conta desse fenômeno previdenciário, de forma difusa ocorrem as famosas “feiras dos velhos” denotando de maneira singela quais cidadãos possuem poder aquisitivo. Não tenhamos somente por exemplo o Nordeste, pois esse fenômeno é nacional. Atualmente, *71% da renda familiar no Nordeste e 41% da renda familiar do Sul* são provenientes dos benefícios do INSS, representando, portanto, a sobrevivência de populações inteiras<sup>9</sup>

Dessa forma, com relação à coexistência de regimes (público de repartição, e privado de capitalização), não procede a idéia de que o contexto demográfico do aumento da população idosa, conjuntamente com um decréscimo da taxa de fecundidade, obstaría totalmente a manutenção de um regime de repartição estatal, pois o Estado poderia arcar com um déficit (plausível) de cunho social que

---

8. *Direito da Seguridade Social*, p. 297.

9. dados obtidos no site [www.mpas.gov.br/agprev/indexnot.htm](http://www.mpas.gov.br/agprev/indexnot.htm).

possibilite um ganho oficial de subsistência aos aposentados. Entretanto, deve haver um suporte externo (*uma válvula de escape*) que complemente a renda auferida com o benefício previdenciário estatal. O regime de repartição deve figurar como uma *garantia certa de subsistência do segurado na velhice* (ou em outras contingências determinadas, como a invalidez).

São Paulo, março de 2002.

### Bibliografia.

BALERA, Wagner (coordenador). *Curso de Direito Previdenciário*. 4ª ed., São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. *O reajustamento dos benefícios em manutenção*. São Paulo: in Temas Atuais de Previdência Social, pp. 284, 1998.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Um Mundo em Mudança e a Seguridade Social*. Revista de Previdência Social. São Paulo: LTr, v. 21, n.203, p. 984, outubro de 1997.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Primeiras Lições de Previdência Complementar*. São Paulo: LTr, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 13ª ed, São Paulo: Atlas, 2000.



## **DIREITO DO ESTADO**



## EM NOME DO POVO

*Goffredo da Silva Telles Junior*  
Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito  
e Professor Emérito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

A chamada “*representação política*”; o problema do “*mandato*”; o imperativo ético da representação do povo nos parlamentos legislativos; o conceito de partido político; os partidos no Brasil; o problema da fidelidade partidária; os alvites para a reforma partidária; pluralismo natural das fontes das normas, perpassando a discussão “povo e massa”; os grupos de pressão como centros de irradiação normativa; a questão da democracia participativa como anseio político da atualidade; concluindo pela *emenda constitucional necessária*; são os tópicos discutidos em tom crítico e reflexivo pelo emérito professor.

### Abstract:

The called “*political representation*”, the problem of “*mandato*”; the ethical imperative of popular representation in the legislative parliaments; the concept of political party; the parties in Brazil; the problem of party’s fidelity; the hints to the party’s reform; natural pluralism of the norm’s sources, till the discussion “people and mass”; the pressions’ groups as centers of normative irradiation; the question of taking part democracy as politics wish of the present time, concluding with the necessary constitutional emendation, are the topics discussed in a critical and reflexive tone by the emeritus professor.

*Unitermos: representação política; mandato parlamentar; partido político; fidelidade partidária; povo e massa; democracia participativa; instituições representativas.*

1. A chamada “*representação política*”. O problema do “*mandato*”. O imperativo ético da representação do Povo nos Parlamentos Legislativos.

Em nome do Povo, deve o Poder ser exercido. Por quê? Porque “*todo o poder emana do povo*” (Constituição, art. 1º).

Aqui, nestas linhas, o de que se vai tratar é, somente, do Poder do Povo *na produção das leis*: é da introdução da vontade dos governados nas lidas da elaboração legislativa oficial.

Como se sabe, os governados participam do Poder Legislativo por meio de seus *representantes*, que são deputados, senadores e vereadores, todos eleitos por sufrágio universal.

Tal *representação política do Povo*, pedra angular da Democracia, exige atenção especial.

Antes de mais nada, cumpre notar que toda representação resulta de um *mandato*.

Um *mandato*, como todos sabem, é o poder que uma pessoa, chamada *mandante*, atribui a outra pessoa, chamada *mandatária*, de praticar atos em nome do mandante. Consiste no poder de *representar* o mandante na execução desses atos.

Na ordem jurídica, o *mandato* implica necessariamente: 1. a vinculação do mandatário às vontades e instruções do mandante (Código Civil, art. 1.289, §1º); 2. a obrigação do mandatário de prestar contas de seu desempenho (Código Civil, art. 1.301); 3. a possibilidade de revogação do mandato, por ato do mandante, salvo quando o contrário estiver convencionado no contrato, ou quando se verificarem os casos de exceção, mencionados na lei (Código Civil, art. 1.317).

Convém lembrar, desde logo, que os deputados, os senadores e os vereadores não se acham vinculados à vontade e instruções de seus eleitores, nem são obrigados à prestação de contas, nem podem ser destituídos (a não ser em casos de crime e de atentado ao decoro). Não são, pois, titulares de um mandato *jurídico*; não são *mandatários* ou *representantes*, no sentido técnico destes termos.

Que são eles? São *delegados do povo*; são titulares de uma *delegação* que o povo lhes atribuiu. São emissários a que o povo deu uma *incumbência*, um *encargo*. São cidadãos eleitos pelo processo do sufrágio universal, para que elaborem as leis – mas, note-se, as leis que *eles próprios* entenderem boas ou úteis. São enviados do eleitorado, sem dúvida, mas *sem mandato jurídico*.

Sem o vínculo do *mandato jurídico*, sem a responsabilidade jurídica do mandatário, sem o poder do mandante de revogar o mandato, é bem claro que a representação dos parlamentares não tem traço de representação *jurídica*.

Kelsen adverte: “*Para estabelecer uma verdadeira relação de representação, não basta que o representante seja nomeado ou eleito pelo representado. É necessário que o representante esteja juridicamente obrigado a executar a vontade do representado e que o cumprimento dessa obrigação seja garantido juridicamente*” (*Teoria Geral do Direito e do Estado*, 2ª parte, IV, B, g).

Nada tendo da representação jurídica, será legítimo considerar *existente* a chamada *representação dos parlamentares*?

Respondem os políticos que a representação dos parlamentares não é *jurídica*, mas *política*, e que a *representação política*, embora não implicando os caracteres do *mandato*, é verdadeira *representação* em virtude do papel que os parlamentares desempenham no uso do Poder Legislativo.

O que os políticos sustentam, em suma, é o seguinte: o fato de não estar o legislador ligado por *mandato* a seus eleitores não significa que não esteja ligado por



coisa nenhuma. Em verdade, dizem eles, o parlamentar está preso ao *programa* de seu partido. Ele é eleito *para* um determinado fim: *para* propugnar pela vitória das medidas anunciadas nesse programa. Tal fim ou objetivo, em razão do qual sua eleição é realizada, não confere, é certo, à missão do parlamentar, a natureza de um *mandato*, em sentido próprio, mas, na opinião dos políticos, faz, dessa missão, *algo de semelhante* a um mandato.

Pode acontecer, eventualmente, que o parlamentar se comporte em desacordo com o *programa* de seu partido. E, em verdade, é o que, na prática, sucede com certa freqüência. O parlamentar, como se sabe, não é obrigado, por lei nenhuma, a prestar contas a seu eleitorado, nem é responsabilizável por seus atos. Mas, embora não havendo responsabilidade *jurídica* do parlamentar, existe o que se chama *responsabilidade política*. Pode o parlamentar rebelde sofrer sanções diversas, como a censura de seus chefes e líderes, e até a expulsão de seu partido. Essa *responsabilidade política*, portanto, não deixa de apresentar uma certa analogia com a responsabilidade jurídica.

Quanto ao poder de revogação do “*mandato*” do parlamentar, é incontestável que o eleitorado não tem tal faculdade, se esta for considerada pelo prisma do Direito Civil. Mas, na prática, a não-reeleição do parlamentar equivale à revogação de seu “*mandato*”

É evidente que tudo isso anda envolto em muita fantasia. Os teóricos se fundam no princípio de que os votos são dados aos candidatos em razão dos *programas* de seus respectivos partidos, e de que o parlamentar, uma vez eleito, está vinculado a esse programa. A experiência demonstra que, no Brasil e em outros países, nada disto se verifica.

Escreveu Miguel Reale: “*Reconhecido o absurdo de se reduzir a representação à figura do mandato, é sabido que se resolveu dizer, quase como meio de contornar o problema, que se tratava de um mandato sui generis ou político. Do mandato conservou-se o nome por motivos pragmáticos e para atender a seu emprego usual, mesmo nos textos constitucionais*” (*Teoria do Direito e do Estado*, 3ª ed., Parte II, Cap. V, n. 44, nota 46).

Em verdade, o que acontece é o seguinte: embora sem mandato, destituídos dos poderes da representação autêntica, os parlamentares são chamados *representantes* para lembrar-lhes que se *devem* portar *como se fossem*, realmente, representantes e mandatários; *como se* a sua missão tivesse a natureza do mandato, cumprindo-lhes cuidar, em conseqüência, não de seus próprios interesses, mas dos interesses da coletividade.

O que se deseja, com o poder sugestivo de uma *palavra*, é conseguir na *prática* o que *em teoria* não é possível demonstrar. O que se quer é que os parlamentares se conduzam como verdadeiros representantes! Que sua ação vise somente ao que ele e seu partido programaram, em consonância com os anseios do povo!

No quadro de tais aspirações, proclamar que o regime político é representativo é firmar um preceito *de dever*, um *princípio moral*. A palavra

*representação* é mantida por um motivo deontológico, designando o que *deve ser*, ou o que *deveria ser*, a simbolizar, portanto, um ideal político.

Em suma, o regime político é dito *representativo* porque tem a intenção de ser representativo. É dito *representativo* porque deputados, senadores e vereadores se comportam (*devem* comportar-se) como se fossem, de fato, representantes de seus eleitores.

A *representação* nesse regime – a chamada *representação política* – é uma *esperança* de representação, um *anseio*, um *ideal*.

Alto *ideal* este, porque no jogo político dos Parlamentos funciona como *sistema de referência*, como *imperativo ético*, a nortear as consciências dos legisladores.

Mas, evidentemente, tal sistema de referência, tal imperativo ético, tem maior ou menor eficácia conforme a qualidade moral dos legisladores e de seus respectivos partidos.

Esta última observação evidencia a grave responsabilidade do povo nos acertos e desacertos cometidos na escolha e eleição de seus legisladores.

A representação política pode ser um pensamento diretor, uma linha de conduta efetiva. Mas poder ser, eventualmente, o rótulo de uma farsa, de uma reles mentira, pode ser uma mistificação que, iludindo, enganando, embaindo *povo e Nação*, se torna causa direta da degradingolada política de um País.

Parlamentos que se afastam dos anseios do povo, que legislam com displicência, ou que são apáticos, preguiçosos, ausentes, são Parlamentos que quebram os quadros de seu sistema de referência, violam o imperativo ético que é a razão de ser de sua existência, e perdem o excelso título de *representantes políticos* do povo.

## 2. O partido político: seu conceito.

O Congresso Nacional sempre foi reconhecido como *o órgão por excelência da representação política*.

Tribuna livre, poder crítico da política nacional, guarita da “eterna vigilância”, caixa de ressonância de anseios e indignações, o Congresso Nacional, órgão excelso da elaboração das leis federais, se consagrou como a instituição mais característica da Democracia.

Pois bem, entre o Povo e o Congresso, existem os *partidos políticos*.

O conceito de *partido político* precisa logo ser fixado com clareza, para o perfeito conhecimento de sua razão de ser e de sua missão essencial, assim como para tornar possível a identificação e eventual rejeição e até cassação de agremiações espúrias, que se organizem e requeiram registro na Justiça Eleitoral, pretendendo operar com objetivos incompatíveis com a natureza e os fins dos partidos autênticos.

Pinto Ferreira os definiu nos seguintes termos: “*grupos sociais, geralmente regulados pelo direito público, vinculando pessoas que, tendo a mesma concepção sobre a forma desejável da sociedade e do Estado, se congregam para a conquista do poder político, para efeito de realizar um determinado programa*” (*Teoria Geral do Estado*, 2º v., 8ª parte, cap. LXVIII).

Os partidos políticos são agrupamentos que se apresentam *com um programa de aspirações de cunho social*, e que, para realizá-lo, almejam eleger, apoiar ou combater, o presidente da República, os governadores dos Estados Federados, os prefeitos municipais, os senadores, os deputados e os vereadores. Querem ter arrimo popular e força política suficiente para conquistar o Poder, ou, ao menos, para decidir da nomeação e exoneração de ministros, de secretários de Estado e de outras autoridades do primeiro e segundo escalão do Governo Federal e dos Governos Estaduais e Municipais, assim como de chefes de autarquias e de empresas estatais, além de servidores públicos para cargos em comissão e para funções de confiança.

### 3. Os partidos no Brasil. Problema: a fidelidade partidária.

No Brasil, o que se vê é que os partidos, excetuada uma ou outra agremiação admirável, não têm desempenhado a missão que lhes é própria. Os partidos em geral não têm sido sempre os canais que deveriam ser. Para o povo, muitos partidos nada mais são do que siglas, meras siglas, só isto. E o povo os confunde, porque é imensa a balbúrdia das siglas.

O eleitorado — a multidão das cidades, das vilas, dos vilarejos e dos campos — ignora o que muitos partidos colimam em benefício da coletividade. Desconhece os programas registrados na Justiça Eleitoral. Inoperantes programas esses, descartáveis no jogo político do regime vigente, freqüentemente esquecidos ou desacreditados, até mesmo por filiados dos partidos; até mesmo por muito deputado eleito! A verdade verdadeira é a de que muitos partidos, na consciência de inúmeros brasileiros, não se distinguem, uns dos outros, por sua história, nem pelo corpo de seus desígnios e fins, nem pelos motivos de sua razão-de-ser. O povo, o grande povo, o grande eleitorado de nosso País, sempre votou em personalidades, ou em candidatos apoiados por personalidades, ou num amigo, ou num amigo de amigos. Votou, muitas vezes, em ilusórias promessas de candidato em campanha eleitoral.

Nas últimas eleições, é certo, uma parte considerável do eleitorado pôde votar em defensores de um pensamento social definido; votou em representantes de um *ideal* devidamente proclamado, expresso com clareza no programa de um partido. Auspicioso acontecimento, sem dúvida! Até anos recentes, porém, o voto tem sido dado *a pessoas* - voto indiferente *às idéias* porventura expostas nos ignorados programas de partidos a que essas pessoas pertenciam; indiferente, muitas vezes, à falta de moralidade do candidato, no seu comportamento em tempos passados.

E os eleitos para o Congresso Nacional, eles próprios, com algumas notáveis exceções, permanecem despreocupados com as idéias e proposições dos olvidados programas. Doutrinariamente, não se acham vinculados a nada. Declaram-se *representantes* do povo, no exercício de um *mandato*. Mas, em verdade, não existe, entre os eleitos e seus eleitores, nem *mandato* autêntico, nem *representação*.

De fato, o que se tem verificado no Brasil, após as eleições, é o alheamento de grande parte dos eleitos. Muitos dos chamados *representantes* se despegam dos que

os elegeram, tomam as iniciativas políticas que bem entendem, sem prestação de contas a ninguém e sem escrúpulos de traição ideológica. Podem até mudar de partido, sem qualquer constrangimento, deixando sem “representante” o eleitor filiado ao partido largado.

A falta de um vínculo efetivo entre eleitos e eleitores ensejou o surgimento da malta dos falsos políticos, daqueles parlamentares já referidos, que são negligentes, improficuos, descuidados dos problema do País, movidos por interesses confusos, não bem explicados à Nação, às vezes desonestos.

Nessas circunstâncias, não é de estranhar que a *fidelidade partidária* tenha sido, no Brasil, um ideal bruxuleante, freqüentemente incógnito ou desconsiderado.

Esta lamentável realidade desmantela as molas cardiais da Democracia.

Se deputados e senadores não forem fiéis aos programas de seus partidos, se os partidos não forem instrumentos a serviço do bem comum e se rebaixarem à categoria de agremiações à disposição de ambições pessoais, então, políticos e partidos não estarão desempenhando o papel que lhes é inerente, numa Democracia autêntica.

Sem a fidelidade dos parlamentares aos ideários de interesse coletivo, definidos nos seus respectivos programas registrados, os partidos se reduzem a estratégias indignas, a serviço de egoísmos disfarçados; e os políticos se desmoralizam.

Disse Miguel Reale: “*Sem partidos ideologicamente distintos, não se pode estabelecer uma vida democrática verdadeira*” (*Histórias do Poder*, depoimentos de diversos, Ed. 34).

É importante observar que, sem fidelidade aos programas dos partidos, a *representação política* no Parlamento não passa de mera ficção. É um manto de irrisão, atirado sobre os ombros do eleitorado. É logro; é uma pura farsa. É um triste *faz-de-conta*.

Ora, sem *representação política autêntica*, o regime político é de desdém pela vontade do povo. A própria Democracia, desligada do povo, passa a ser uma Democracia do *faz-de-conta*.

No Brasil de hoje, o Poder Legislativo ainda não parece um poder *emanado do Povo*. Destituído de representatividade, o Congresso Nacional, em seu conjunto, tem sido um poder resignado à subserviência ao presidente da República, vítima e cúmplice da usurpação de seu indeclinável Poder de legislar. Acolhendo, sem mostras de vergonha, “*medidas provisórias*” flagrantemente inconstitucionais, não tem desempenhado sua missão de *Poder que atalha os abusos do Poder*. Palco freqüente de escândalos, assembléia humilhada pelo descrédito popular, o Congresso Nacional, sem fidelidade partidária, vem exibindo sua forma de Democracia do *faz-de-conta*.

Roberto Romano disse: “*Por falta de modificações estratégicas na condução do jogo político e sem reformas que definam a estrita obediência dos representantes do povo aos programas dos partidos pelos quais foram eleitos, a luta eleitoral exhibe, novamente, aspectos negativos do organismo político*” (*Ética e fé pública*, artigo na *Folha de S. Paulo*, em 15.03.2002).

Nessas condições, a providência mais urgente, em hora de sinceridade, é a de alijar as contrafações de partidos, as excrescências e os vícios que maculam ou impedem a verdadeira *representação política* do povo nas Casas Legislativas do Governo.

O primeiro passo, a medida inadiável da *Reforma Política*, aconselhada pela própria realidade brasileira, consiste em consagrar, em norma constitucional, o conceito democrático de *partido político*. Consiste em deixar firmada, nesse conceito, a relação necessária entre a atuação partidária e uma idéia programática do *bem comum*, uma *idéia* que é a razão de ser do partido, e que há de ser proclamada em *seu programa registrado*.

Convém não esquecer que os partidos, com a forma essencial que alcançaram no século XX, devem ser sempre “*organizações a serviço de uma idéia*” (Maurice Hauriou); “*porta-vozes de uma doutrina*” (Benjamim Constant); “*formações que agrupam homens que têm as mesmas concepções*” (Kelsen).

Disto se conclui que “*nenhum partido deve ser tolerado se não persegue um ideal superior, se seu propósito não é o interesse coletivo, se só pretende apoderar-se do governo*” (Alfredo Palácios).

Não devem ser admitidas como partido as agremiações sem ideário próprio. Por exemplo, não podem ser admitidas como partido, as agremiações que vivem do aluguel de seus serviços de divulgação dos recados e alvites de políticos de outros partidos — de políticos que maliciosamente se ocultam atrás do biombo da sigla fretada. Ou as agremiações que se deixam rebaixar a simples instrumento para o registro de qualquer candidato no Tribunal, sem consideração por seu programa político. Em verdade, tais agremiações não são partidos autênticos, porque não se enquadram no mencionado conceito de partido político. Tais agremiações são meras *legendas de aluguel*, artificios rasteiros, totalmente indiferentes quanto aos destinos do Estado. Seus registros no Tribunal precisam ser impedidos ou cancelados.

Para evitar desentendimentos, ou, talvez, confusões e tumultos, com eventuais contrafações partidárias, parece prudente rejeitar *in limine* os requerimentos de registro que não venham acompanhados de um rol de adesões em número igual ou superior a uma fixada porcentagem do total de eleitores nas circunscrições respectivas.

É claro que, em regime de partidos verdadeiros, o *princípio da fidelidade partidária* constitui mandamento soberano, impondo obrigação de honra e de direito. Sua violação terá que acarretar, para o parlamentar, a perda do “mandato” Note-se bem: o costumeiro *troca-troca* de partidos não é compatível com o regime representativo da Democracia moderna.

Quando o autor da infidelidade ao ideário programático não é o parlamentar, mas é o próprio partido que, por decisão e conduta de seus líderes, transvia e deriva, mudando de direção e rumo, a condenação há de atingir, não o congressista demissionário, mas a agremiação transgressora. A infração deve ser denunciada em Plenário, e, nos casos de renitência, o registro do partido pode ser cancelado, a critério do Congresso.

#### 4. Alvitres para a Reforma Partidária.

Para dificultar a proliferação abusiva dos partidos; para assegurar o vínculo do eleito com seus eleitores; para garantir a vigência da fidelidade partidária, talvez o melhor, para o Brasil, seria um regime de cinco ou seis importantes partidos nacionais, com suas respectivas vocações ideológicas bem definidas, bem reveladas em seus programas. Alguns seriam o que hoje se costuma chamar de *conservadores*, e os outros seriam o que hoje se costuma chamar de *progressistas*. Se se quisesse conceituá-los de um modo simplista (sem rigor terminológico, mas em termos triviais, de fácil entendimento), dir-se-ia que a ala dos *conservadores* seria a dos partidos da *direita*, e que a ala dos *progressistas* seria a dos partidos da *esquerda*.

As duas alas haveriam de se distinguir com clareza, uma da outra. Distinguir-se-iam, essencialmente, *pele espírito*. Distinguir-se-iam pelos *princípios* que as definem e dirigem, isto é, pelos *princípios primeiros*, que são superiores e anteriores a seus respectivos programas políticos, mas que os explicam e determinam. E distinguir-se-iam, finalmente, por seus programas, pelas suas decisões e atitudes, e até por seu estilo e comportamento.

Além deles, admitir-se-iam quatro ou cinco partidos menores, com objetivos estritos e delimitados, fixados em seus programas — como, por exemplo, o Partido Ruralista e o Partido Verde.

Nesse esquema, todos os partidos seriam falanges a serviço de um pensamento. Seriam portadores de definidas mensagens. Cada partido porfiaria na defesa de seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, e, conseqüentemente, de suas concepções de sociedade e de ordem jurídica. Cada um inferiria, de seus próprios postulados, as soluções para os problemas enfrentados pelo Poder Legislativo.

Nessa anelada Democracia, as duas grandes facções do eleitorado nacional estariam devidamente *representadas* no Congresso Nacional: a facção das *esquerdas* estaria representada pelos deputados e senadores *progressistas*, empenhados nos pleitos do *trabalho*; e a facção das *direitas*, pelos deputados e senadores *conservadores*, empenhados nos interesses do *capital*.

E essa representação seria uma representação política autêntica. No dia da eleição, os cidadãos não seriam simplesmente igualados uns aos outros. Cada cidadão não seria apenas um eleitor, sem qualquer outra qualificação. Um eleitor não seria apenas um voto: um voto e só. Todo eleitor seria um cidadão pertencente a uma das facções do eleitorado: à facção da *direita conservadora*, ou à facção da *esquerda progressista*. Seria um cidadão optando por um ou por outro pensamento político, para o bem de seu País. E o conjunto dos eleitores deixaria de ser tido como um conglomerado indiviso, *massa homogênea* de votantes.

Essa representação seria autêntica, sem dúvida, porque os deputados se fariam mandatários de eleitores definidos. Os deputados e senadores do eleitorado *conservador* seriam representantes dos partidos da *direita*. Os deputados e senadores

do eleitorado *progressista* – ou seja, trabalhista e socialista – seriam representantes dos partidos da *esquerda*.

E o que é preciso enfatizar, para prevenir contestações precipitadas, é que o sufrágio universal, nesta projetada Democracia, não seria o sufrágio universal *cego*, que reduz o povo à *massa*. O sufrágio universal, nessa Democracia, deixaria de ser *cego*, porque o eleitor votaria num pensamento, num ideal político, de que seu candidato é portador. Entre o eleitor e seu candidato, haveria um *vínculo espiritual* — vínculo que permaneceria, entre o congressista e o cidadão que o elegeu, por todo o tempo do mandato.

É claro que, num tal regime, o *princípio da fidelidade partidária* seria obrigação de honra, cuja violação acarretaria, para o parlamentar, a perda do mandato.

## 5. Povo e massa.

Indispensáveis, sim, os partidos políticos, no jogo pelo poder, nas Democracias modernas. Indispensáveis, em verdade, para a *iniciativa das leis* nos Parlamentos, e para todo o *processo legislativo*, de que trata a Constituição (Seção VIII). Indispensáveis, finalmente, para *fiscalizar o cumprimento das leis*, e para formar um *Poder apto a refrear o Poder*.

Mas, as simples realidades da vida – os fatos comuns do cotidiano político – revelam que, por mais que se proclamem “*a voz do povo*” “*os portadores dos apelos da coletividade*”, os partidos, em sua quase totalidade, jamais realizam, efetivamente, o modelo, o ideal, que lhes é delineado pela pura doutrina, ou lhes é atribuído pela propaganda. Tentações eleitorais, alianças comprometedoras irresistíveis, fraquezas éticas, violações dos programas registrados, desídias parlamentares, até corrupções, tudo isto confere, antes de mais nada, ao complexo partidário, uma vida própria, movida por interesses corporativos ou egoísticos, muito separada da vida do povo e, não-raro, uma vida em conflito com os anseios da coletividade.

A verdade que salta aos olhos é a de que os partidos políticos - embora peças essenciais da Democracia - não logram exprimir a realidade pluralista e heterogênea da vida do povo, nas sociedades humanas.

A vida do povo... Esta, de fato, se desenrola numa infinidade de grupos sociais, que se organizam e desempenham suas missões *à revelia dos partidos*. Observe-se que os chamados delegados do povo nas Câmaras do Poder Legislativo - deputados, senadores, vereadores, todos filiados a partidos políticos - não se acham habitualmente vinculados a essas inúmeras entidades nas quais transcorre a vida real dos cidadãos; nas quais se trava a refrega comum de todos os dias, com suas aflições e necessidades, e também com suas alegrias e até triunfos.

Das atenções dos partidos, a maior parte dessa vida da população se acha excluída.

Referindo-se aos partidos brasileiros, e ao axioma de que “*o povo participa do poder por meio dos partidos políticos*”, José Afonso da Silva neles denota

“apenas uma visão teórica, cuja realização talvez seja uma simples miragem” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2ª parte, Título V, cap. IV, III, 12). Uma simples miragem! Impossível dizer melhor.

Sobre o assunto, muito ilustrativas são as seguintes proposições de Georges Burdeau; “*Para denunciar o que se convencionou chamar ‘o jogo estéril’ dos partidos, o que se alega é que os partidos não constituem uma representação real da opinião. As forças vivas do país estão alhures. Disto se conclui a inaceitabilidade de sua pretensão de se fazerem porta-vozes dos governados*”

O que é preciso assinalar, com clareza, é que os partidos constituem *uma só espécie* do imenso gênero de grupos sociais existentes. Os políticos dos partidos não são delegados dessas outras entidades, de que a sociedade é feita. Tem razão Burdeau, quando afirma que os partidos não se podem outorgar o monopólio de representação da vontade nacional. É óbvio que esta vontade não se exprime, integralmente, pela voz dos partidos nos Parlamentos. Parte imensa dessa vontade se manifesta fora dos partidos e fora dos Parlamentos. Manifesta-se, como é sabido, nos *grupos sociais* em que a população efetivamente vive; nas *instituições* a que se vinculam os interesses existenciais das pessoas.

O povo é um *todo*, sim, mas um *todo complexo*, porque é composto de grupos sociais distintos, de comunidades diversas, de instituições discriminadas. O povo é *um só todo*, sim, mas um *todo* feito de partes diferentes; uma comunidade feita de comunidades; “*uma instituição mais feita de instituições do que de indivíduos isolados*”, como disse Hauriou, em seu *Compêndio de Direito Constitucional* (1ª parte, Cap. II, Seção 3ª, § 2). Em resumo, o povo é um *todo essencialmente heterogêneo*.

Povo não é massa.

A massa é homogênea. É una. Cada porção da *massa* é igual a todas as outras porções, como, por exemplo, as porções da massa do pão. Cada porção dessa massa é igual às outras porções.

O povo *real*, o povo constituído de seres humanos concretos, de pessoas com suas vidas individuais, vidas efetivamente vividas, esse *povo* complexificado, feito de grupos, de “corpos” sociais, não pode ser tratado como se fosse *massa* simplesmente.

Esta distinção entre *povo* e *massa* é fundamental na caracterização do Poder legítimo.

O povo — o Povo de que emana o Poder — não é um *todo* homogêneo, não é *massa*. O povo é uma entidade essencialmente *heterogênea*, feita de famílias, de escolas e universidades, de sindicatos e outras entidades de trabalhadores; de institutos de pesquisa e de centros de alta cultura; de associações da indústria, da agricultura e dos trabalhadores rurais; de uniões e centros de estudantes; de associações dos esportes; das agremiações de servidores públicos; de igrejas, de partidos, de ONGs, de sociedades de amigos, de entidades de serviços, de agrupamentos de minorias definidas.

É evidente que o desconhecimento dessa realidade fundamental impede o encontro do Poder Legislativo com a sociedade real — com a sociedade em que se



desenrola a existência normal dos cidadãos. De fato, o povo sem mitos, sem ficções, o povo feito de grupos, de “corpos” sociais, não pode ser tratado como se fosse *massa* simplesmente. Ele nada tem a ver com as coletividades que se tenham conformado a ser *massas humanas*.

De massas humanas, é certo, não pode emanar o Poder legítimo. As massas são tangidas; não são fontes do Poder. Não há Democracia autêntica onde o *povo* é relegado à condição de *massa*.

6. Pluralismo natural das fontes de normas. Os grupos de pressão: centros de irradiação normativa.

Desde logo, cumpre observar que os grupos sociais, de que a sociedade global é constituída, são fontes inexauríveis de normas.

Primordialmente, tais grupos ou instituições são fontes de grande parte de suas próprias ordenações jurídicas, ou seja, de suas próprias normas constitutivas.

A ordenação constitutiva de um grupo — sua ordenação interna — é o que lhe confere a forma jurídica apropriada para a consecução de seus objetivos. Ela é a estrutura normativa em razão da qual o grupo é o que é: em razão da qual um sindicato tem a forma jurídica de um sindicato; uma sociedade mercantil, a forma jurídica de uma sociedade mercantil; uma universidade, a forma jurídica de universidade; um clube de futebol, a forma jurídica de um clube de futebol. Ela é, também, a estrutura normativa fundamental de muitos relacionamentos da vida comum; ela pode ser um pacto antenupcial, ou uma convenção de condomínio, ou um contrato de locação, ou o contrato social de uma empresa; ou um contrato de venda e compra, ou qualquer outro tipo de contrato, escrito ou verbal, como estatutos, regimentos, regulamentos, etc.

É óbvio que os grupos não são fontes apenas de normas *jurídicas*. As normas que regem a existência cotidiana das pessoas, e que dirigem seus passos a cada momento do dia, não são, em geral, mandamentos jurídicos. São normas de toda espécie, são imposições puramente morais, são usos e costumes, são práticas habituais, são modas nascidas da própria vida, isto é, nascidas nos grupos onde a vida se processa.

Pois bem, é precisamente dentro desse desabrochamento social que se elaboram e destacam as normas *autorizantes*, as normas jurídicas, que alguns autores denominam *normas de garantia*, que são, como se sabe, aqueles mandamentos que *autorizam os lesados pela sua violação a exigir o seu cumprimento, ou a indenização pelos danos causados*.

Não-raro, os interesses, em razão dos quais um grupo se constitui, só podem ser convenientemente protegidos se estiverem amparados, não apenas pela ordenação interna do grupo, mas, também, por normas jurídicas da sociedade global a que esse grupo pertence.

Então, o grupo passa a querer essas normas. Anseia por elas. E começa a trabalhar para obtê-las. Redigirá os competentes projetos e procurará dar-lhes as mais

eloqüentes das justificações. Baterá às portas dos Poderes Públicos para demonstrar a Justiça de suas pretensões e para solicitar que seus projetos sejam encaminhados aos órgãos legislativos do Estado. Enviará comissões ao Parlamento. Fará pedidos a meio mundo.

Desta maneira, os grupos atuam sobre o Governo, influenciam-no e com ele colaboram. Em virtude de sua própria natureza, fazem pressão sobre os poderes Públicos e funcionam como *centros de irradiação normativa*.

Em consequência, constituem-se em matrizes e mananciais de muitas ordenações jurídicas da Nação.

Como são incontáveis os grupos organizados dentro de uma sociedade, inúmeras são as fontes de normas, e inúmeras as ordenações delas oriundas.

Eis porque a sociedade, considerada em seu todo, se apresenta, aos olhos do observador, como um imenso campo, onde desabrocham ordenações em todos os setores. E é enorme, em verdade, essa espontânea floração normativa.

Se se considerar o papel dos grupos sociais, como produtores de normas internas e como inspiradores e forças de pressão legislativa sobre os Poderes Públicos, não se pode deixar de reconhecer que tais grupos são, em verdade, fontes profundas e autênticas da ordenação jurídica nacional.

Esse pluralismo de fontes verdadeiras do Direito é *uma das realidades primordiais das sociedades humanas*.

Frise-se com deliberada insistência: esse pluralismo é uma *realidade*.

Não é uma hipótese, uma teoria, uma tese. É, isto sim, uma *realidade objetiva*, um fato, que não resulta da opinião ou da vontade de quem quer que seja, e que nem mesmo depende dos regimes políticos.

É uma realidade tão real como a própria vida dos homens. Tal pluralismo existe: eis tudo.

Pois bem, essa realidade, precisamente, tem sido ignorada pelas fórmulas clássicas de representação do povo.

## 7. A Democracia Participativa: anseio político da atualidade.

O grande desafio, lançado aos constitucionalistas de nosso tempo, é precisamente este: o de descobrir a fórmula constitucional de assegurar *a permanente penetração do pensamento e da vontade dos governados nas decisões dos governantes*.

A Democracia ou é um sistema que garante a introdução dos anseios das *entidades representativas* da sociedade, nas decisões dos órgãos planejadores dos Governos, ou a Democracia perde o seu sentido. E é este o grande problema, um dos problemas cruciais das Democracias modernas.

O que parece evidente é que a crise da Democracia – e não é somente a crise da Democracia brasileira – se cifra precisamente na crise da *representação política*. Os regimes ditos “representativos” carecem de representatividade.

Algum erro existe no processo da influência da vontade do povo nos órgãos deliberativos do Governo.

Diante dessa evidência, Georges Burdeau exclama: “*Na idade da desagregação do átomo, estamos ainda, no plano constitucional, a praticar as técnicas mais arcaicas*” (...) “*Esse conformismo, que se considera habitualmente como característico das sociedades primitivas, constitui um dos fatores mais ativos da crise de que sofrem as instituições democráticas*” (Tratado de Ciência Política, Tomo IV, 111).

Pelo sistema tradicional, todos os eleitores são igualados uns aos outros. Todos, no dia da eleição — como já foi assinalado — valem exatamente o mesmo: cada um vale um voto. Mas grita aos céus que essa homogeneidade, essa unidade, não existe. Não passa de uma pura ficção. Fábio Konder Comparato disse: “*não é preciso grande esforço de raciocínio nem excepcional acuidade de análise para perceber o irrealismo dessa noção simples e unitária de povo: ele não é, nunca, uma coleção de indivíduos iguais entre si, mas um conjunto complexo de classes, raças, clãs, estamentos, grupos religiosos, cujo poder e influência variam enormemente, de época a época e de país a país. O mecanismo de atribuição do poder supremo a essa unidade global e abstrata, por meio da expressão do voto majoritário, mais esconde do que revela a realidade do poder efetivo da sociedade*” (Para viver a democracia, 2ª parte, O conceito de povo). Que sentido tem o voto igualitário, para a produção de um regime verdadeiramente representativo? O deputado ou o senador, eleito por esse voto, será, de fato, um representante político de seus eleitores? Que relação existirá entre o eleito e a vida real do eleitor? Passado o momento glorioso da votação, poderá o eleitor, ao voltar para a sua casa e para o ramerrão de seus dias, ou para as aflições de sua vida quotidiana, dizer, em sã consciência, que ele está *representado* nos órgãos do Poder Legislativo do Estado?

Em verdade, no regime vigente, o voto, uma vez colocado na urna, perde paternidade e vinculação.

Sobre esse assunto, escreveu Fábio Konder Comparato: “*Em todos os quadrantes vem sendo sentida a deficiência da representação popular fundada no voto individual. Do lado dos representados, verifica-se que o sistema dificilmente exprime os únicos interesses que valem em matéria política: os interesses sociais. Do lado dos representantes, estes tendem a aparecer como veículos de um vago e indefinido interesse geral, quando na verdade procuram esconder sua efetiva vinculação a interesses sociais bem definidos. Sem falar na facilitação que o sistema enseja à política de clientela pessoal, pela distribuição de vantagens individuais aos eleitores*” (Brasil, Sociedade Democrática, trabalhos de diversos autores, Seção VI, “Um Quadro Institucional para o Desenvolvimento Democrático” 21).

Contra essa deficiência, o anseio de uma Democracia mais verdadeira se tem manifestado, modernamente, contra o velho equívoco de pensar que cada congressista, no Poder Legislativo, seja representante de todo o povo. Fato curioso! A reação do espírito democrático, no mundo moderno, está sendo assinalada pela abertura, junto aos Parlamentos, ou longe deles, de novos canais, para a livre penetração das pretensões autorizadas da sociedade, nos órgãos planejadores do Governo. Observe-se que, nos novos tempos, tudo parece se encaminhar, aproximadamente, para a solução

que acaba de ser apontada. Tudo, na consciência política das classes atuantes do Brasil moderno, parece tender para processos de uma Democracia social, que se convencionou chamar de *Democracia Participativa*.

De fato, hoje, sem nenhuma interferência de partidos políticos e de parlamentares, já são freqüentes as reuniões dos representantes de categorias diversas de trabalhadores e de empresários com os ministros do Governo e seus assessores, para planejamentos da política econômica. Já são usuais, por iniciativa do próprio Governo, as chamadas *mesas do entendimento*, para a sincera tentativa de composição de interesses sociais conflitantes. A legitimidade de muitas decisões oficiais começa a depender da adesão que lhes é dada pelos grupos sociais a que elas interessam.

Essa reação se manifesta na evolução do próprio conceito de *povo*. A imagem do povo uno e homogêneo vem sendo completada por uma visão realista da sociedade. Aquela imagem tende a ser substituída por uma noção do povo real, do *povo heterogêneo*, feito de grupos sociais diferenciados e de categorias diversas de profissionais. Conseqüentemente, além dos deputados, dos senadores e dos vereadores, começam a existir e a exercer pressão sobre os Governos, os representantes autênticos desses grupos e categorias, para a defesa dos interesses concretos de tais entidades.

Hoje, começa a ser predominante a convicção de que os grupos sociais devem ser reconhecidos e tratados como o que realmente são: matrizes e mananciais de muitas ordenações jurídicas da Nação. O papel dos grupos sociais, como produtores de normas e inspiradora de leis, e como *forças de pressão*, agindo sobre os Poderes Públicos, já não pode mais ser olvidado.

Saliente-se que a *vontade dos governados*, numa autêntica Democracia, não é uma abstração, uma fórmula oca, um recurso da demagogia. Numa autêntica Democracia, numa Democracia fundada na realidade das coisas, e não em mentiras ou ficções, a *vontade dos governados* não é uma quimérica e impossível vontade nacional, mas, sim, em cada caso de ordenação legislativa, é a vontade do grupo social, ou dos grupos sociais, a que cada nova norma interessa.

No caso, por exemplo, de um projeto de lei sobre a carreira universitária, a expressão *vontade dos governados* significa, simplesmente, vontade dos grupos de governados, aos quais a carreira universitária diz respeito.

Em 1968, já Maria Eugenia diagnosticava: “*Só é legítimo o regime que assegura a participação, nas decisões políticas direcionais, das forças que se desenvolvem nos grupos e círculos associativos de que se compõe a sociedade global*” “*O modelo da democracia moderna é a democracia pluralista*” (*Grupos de Pressão e Regime Representativo*, 1ª Parte, 2).

Num livro recente, mestre Paulo Bonavides, professor emérito da Universidade Federal do Ceará, assevera: “*Democracia é o processo de participação dos governados na formação da vontade governativa*” “*Não há democracia sem*

---

\* Maria Eugenia Raposo da Silva Telles, LL.M. em Direito Público Comparado, da *Cornell University*, EUA; advogada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

*participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de legitimidade e eficácia no quadro social das relações do poder” (Teoria Constitucional da Democracia Participativa” Malheiros Editores, São Paulo, 2001).*

## 8. A Emenda Constitucional necessária.

A pergunta que aqui se coloca é a seguinte: como se faria a permanente penetração da vontade dos grupos sociais nas decisões legislativas dos governantes?

Diante da questão crucial da democracia, não se queira procrastinar. Cumpre dar-lhe a resposta natural: o único meio de se fazer a permanente penetração da vontade dos grupos sociais nas decisões legislativas do Governo é o de se conferir a esses grupos *o direito de iniciativa das leis* que lhes dizem respeito.

É evidente que o reconhecimento legal dessa irradiação normativa implicaria o abandono do mito do povo *uno*, do povo *massa*, e o reconhecimento da natural organização da sociedade, isto é, da natural divisão do povo nas comunidades ou grupos sociais de que ela é constituída.

De acordo com suas respectivas atividades, as comunidades se classificariam em categorias. Classificar-se-iam em categorias dos Ofícios e Profissões, da Indústria, da Agricultura, do Comércio, das Finanças, do Ensino Primário e Secundário, do Ensino Superior, do Ensino Técnico, das Letras e Artes, dos Esportes, das minorias...

Essas categorias se organizariam em quinze ou vinte entidades, que poderiam ser chamadas *Instituições Representativas*.

O elenco de tais instituições seria fixado pela lei. Mas elas permaneceriam como organizações autônomas, independentes da estrutura administrativa do Estado. Integralmente custeadas com seus próprios recursos, em nada onerariam os cofres públicos. Exerceriam sua função de *comunidades de base*, irradiadoras naturais de normas para a disciplina de convivência humana.

Atribuir *o direito de iniciativa de leis* às *Instituições Representativas* é autorizar a apresentação de Projetos de Lei ao Congresso Nacional, *pelos centros naturais de irradiação normativa*, ou seja, pelas fontes espontâneas de normas – daquelas normas nascidas no seio da sociedade, diretamente emanadas das simples realidades da vida. Atribuir-lhes tal direito é acrisolar, verdadeiramente, a *participação* da sociedade, na elaboração legislativa. É tornar efetivo “*o encontro da Câmara com a sociedade*” como disse Aécio Neves, que é presidente da Câmara dos Deputados .

Nota importante: é preciso não confundir o direito aqui preconizado (ainda não-consagrado na Constituição e ainda dependente de *Emenda Constitucional*), com o direito que a Constituição denomina “*iniciativa popular*” que “*pode ser exercido pela apresentação à Câmara dos Deputados, de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles*” (art. 61 § 2º).

É evidente que essa chamada *iniciativa popular* nada tem a ver com o ora pleiteado direito de iniciativa das *Instituições Representativas*. Aliás, nada impede que a Constituição atribua o *direito de iniciativa das leis* a essas duas muito diferentes fontes de normas.

Para apresentação de seus projetos ao Legislativo, e para sustentá-los perante os Poderes do Estado, as *Instituições Representativas* teriam Delegados credenciados, nomeados livremente pelas classes de suas respectivas categorias. Estes Delegados ou Mensageiros atuariam como *procuradores*, com os poderes e obrigações do *mandato imperativo*. Seriam contratados e pagos pelas próprias instituições. Agiriam sempre para um fim certo; específico e declarado. E, em cada caso, uma vez terminada a missão para que tenham sido contratados, seriam desconstituídos.

Com as *Instituições Representativas*, com seus Delegados ou Mensageiros credenciados, abrir-se-iam canais desimpedidos para a penetração da vontade dos governados o pensamento do povo nas decisões legislativas dos governantes.

Pois bem, o que agora se propõe é a criação de um *Plenário*, em que os Mensageiros das *Instituições Representativas* possam se encontrar com membros credenciados dos Poderes do Estado, para a exposição franca, a livre discussão de pretensões e de dificuldades; para a *defesa* do que fosse considerado direito e equitativo, e para a *condenação* do que fosse tido como injusto ou iníquo — tudo num grande esforço conjunto, em busca de soluções satisfatórias e possíveis.

Desses encontros diretos, haveriam de surgir, de certo, soluções benfazejas ou razoáveis, ataladoras de conflitos e greves. Deles adviriam, em momentos cruciais, decisões urgentes, capazes de orientar, muitas vezes, a ação do Executivo.

O que se alvitra é que esse *Plenário* seja uma ágora, um consistório, um átrio - o *fórum* no qual as *Instituições Representativas* pudessem exercer, por meio de seus delegados ou mensageiros, o *direito de iniciativa das leis*.

Atenção! Acaba de ser criada, na Câmara dos Deputados, por obra de seu presidente, deputado Aécio Neves, a Comissão de Legislação Participativa.

Alvissareira novidade! Tal Comissão, talvez, possa constituir-se naquele *Plenário*, naquele fórum ideal, para o desempenho da missão atribuída aos mencionados delegados ou mensageiros, e para a apresentação dos Projetos de Lei das *Instituições Representativas*.

O nome dado a essa Comissão a define. Denota o sentido da *Reforma Política* que ela preconiza. Revela a intenção de conferir autenticidade e realismo à *representação política*. Prenuncia o propósito de substituir as ficções de uma Democracia do “faz-de-conta” pela *Democracia Participativa*

Justificando a criação da sua Comissão, disse o deputado Aécio Neves: “Entendemos que a reaproximação com a sociedade requer, sobretudo, participação direta do povo no processo legislativo. Criamos para esse fim, a Comissão de Legislação Participativa. Não é apenas mais uma comissão permanente, mas uma comissão singular e única, que permitirá a projetos oriundos de entidades da sociedade –

*sindicatos, ONGs, associações de bairro, etc. – se aprovados na comissão, virar lei. A comissão encontra-se em franco funcionamento” (Folha de S. Paulo, de 1º de janeiro de 2002)*

Sinal dos tempos! Manifestação auspiciosa!

Numa crônica na *Folha de S. Paulo*, publicada em 28 de outubro de 1996, o jornalista Josias de Souza escreveu: “*O Brasil é um país por fazer. Para fazê-lo, exige-se alguém capaz de sonhar com o impossível*”

Ao delinear uma Democracia *autêntica* para o Brasil, estar-se-á sonhando, acaso, *com o impossível*? Quem sabe? Mas o certo é que esse é o sonho que mostra o caminho.

“*Ao Editor;  
com o abraço e a saudação  
do velho estudante.*”

São Paulo, junho de 2002.





# O HABEAS DATA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO\*

*Dalmo de Abreu Dallari*

Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O habeas data é garantia constitucional destinada a assegurar ao cidadão o acesso a dados que sobre ele constem dos registros públicos ou de órgãos de mesma natureza. Preliminares dos habeas data, sua presença na Constituição brasileira, o paradoxo da habeas data, além da especial apresentação do instituto na doutrina e Jurisprudência brasileira, é o que propõe o artigo.

## Abstract:

The habeas data is a constitutional guarantee destined to assure the citizen the access to basis referred to them that presents in public registers or organs of the same nature. Preliminaries of the habeas data, its presence in Brazilian Constitution, the paradox of habeas data, in addition to the special presentation of this institute in Brazilian's doctrine and jurisprudence, this is what the article purposes.

**Unitermos:** habeas data; histórico; finalidade específica; eficácia futura.

## 1. Preliminares do habeas data.

O habeas data é um tema novo no Direito brasileiro. Sua origem está ligada às circunstâncias políticas estabelecidas em consequência de um golpe militar, em 1964, e alteradas com a busca de restauração democrática através de uma nova Constituição, nos anos de 1987 e 1988. Na realidade, o habeas data não tem tradição no sistema jurídico brasileiro, tendo aparecido pela primeira vez na Constituição de 1988, o que, de certo modo, facilita o trabalho dos pesquisadores, pois não existem trabalhos teóricos nem legislação ou jurisprudências anteriores a essa data.

Por outro lado, entretanto, como toda inovação, depende ainda do amadurecimento que só será obtido mediante a aplicação a casos concretos. No caso

---

\* Trabalho apresentado no *Seminário sobre Acción de Amparo y Habeas data*, realizado no Chile, na Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales da Universidad de Talca, em abril de 1997; atualizado em julho de 2002.

do habeas data brasileiro, é importante acrescentar que há, também, a necessidade de que sejam superados os fatores políticos que põem obstáculos à sua utilização. A partir daí deverá ocorrer a construção de uma doutrina, o que só será possível quando, através da Jurisprudência, forem revelados os pontos duvidosos e se fizer a construção do conceito, considerando os princípios e as normas fundamentais do sistema jurídico.

É importante registrar que antes da assembléia constituinte que elaborou a Constituição de 1988 nunca houve referência ao tema em obras doutrinárias brasileiras, não se conhecendo, também, qualquer proposta no sentido da criação de uma garantia constitucional dessa espécie antes de instalada a constituinte. Por esse motivo, na bibliografia jurídica brasileira não existem trabalhos de natureza teórica, prévios à Constituição, dedicados ao tema do habeas data ou dizendo algo a respeito de sua natureza, seu alcance e suas peculiaridades. E mesmo depois da vigência da Constituição, que foi promulgada em 5 de outubro de 1988, muito pouco foi escrito sobre o assunto. Em parte porque decorreu muito pouco tempo desde 1988 e, dentro desse período, outros temas ganharam maior relevância prática e por isso mereceram mais atenção dos constitucionalistas.

Mas, provavelmente, o motivo principal para a inexistência de uma contribuição teórica relevante seja, precisamente, a reduzida importância prática que se tem dado ao habeas data, o que pode parecer surpreendente ao estudioso que não conheça a História recente do Brasil e as características do ambiente político posterior a 1988. Para compreensão das peculiaridades do habeas data brasileiro e das circunstâncias que o tornaram menos importante do que se poderia supor, é necessário ter em conta alguns fatos e algumas particularidades do sistema jurídico e da realidade política brasileira. Será necessário ter em conta, também, a situação paradoxal do País nesse período, quanto ao sistema legal e à garantia dos direitos.

O Brasil sofreu um golpe militar, em 1964, e a partir desse ano teve vários governos militares, estabelecidos à margem da ordem constitucional. Nesse período houve quatro presidentes da República, todos generais do Exército e designados para a Presidência pelas Forças Armadas, tendo havido um breve período, entre o segundo e o terceiro desses presidentes, em que o governo foi exercido por uma junta militar. Dado o golpe de Estado e instalado um Governo militar em 1º de abril de 1964, foi publicado um Ato Institucional nome dado a uma proclamação militar arbitrária -, segundo o qual continuaria em vigor a Constituição de 1946, mas com as limitações e restrições constantes do Ato Institucional, além de outras que fossem impostas pelo governo militar.

No ano de 1967 foi publicada nova Constituição, revogando-se formalmente a de 1946, mas os Atos Institucionais, complementados por outros atos normativos de origem militar chamados Atos Complementares, continuaram a ter precedência sobre a Constituição. Dois anos depois, em 1969, por motivo de uma dissidência entre os militares assumiu o Governo uma Junta Militar, que teve curta duração mas que durante seu Governo decretou uma nova Constituição, à qual foi dado, oficialmente, o nome de “*Emenda Constitucional número 1*” para criar a

impressão de continuidade do sistema militar. Evidentemente, nem o texto de 1967 nem o de 1969 tinham qualquer autenticidade como Constituições ou como emendas constitucionais, pois ambos foram feitos arbitrariamente, sem a mínima participação do povo.

Durante o período dos governos militares foi estabelecido e amplamente utilizado um sistema de informações sigilosas, tendo na cúpula o Serviço Nacional de Informações - SNI. Utilizou-se a tortura, a escuta telefônica, a corrupção, a falsificação de dados e de documentos e outros meios imorais e ilegais, para criar uma imagem negativa dos adversários do regime e para tentar justificar os assassinatos, as punições arbitrárias, as cassações e restrições de direitos, bem como a prática de violências e de corrupção pelos governantes e por seus aliados. Desse modo, foi construído um amplo registro de dados, quase todos falsos ou mentirosos.

Esses dados, sem nenhuma confiabilidade, foram muitas vezes utilizados para divulgações pela Imprensa ou mesmo para servir de base a processos administrativos ou judiciais. E nem as pessoas que figuravam nesses registros nem seus defensores legais, como também nem os juízes e tribunais, tinham acesso ao banco de dados, que era considerado sigiloso *“por motivo de segurança nacional”*

## 2. O habeas data na Constituição brasileira.

É bem fácil imaginar quanta infâmia, quantas injustiças, quantos atos de vingança pessoal, quanta busca de satisfação de interesses pessoais, quantos pretextos para a prática de violências e de resistência reacionária, quanta imoralidade e ilegalidade teve por único fundamento aquele banco de dados. É perfeitamente compreensível, portanto, que, no momento em que surgiu a possibilidade de restauração da proteção judicial dos direitos, tenha sido imaginada a criação de um instrumento especial para a quebra do sigilo dos dados existentes em mãos das autoridades de “segurança” e para a correção dos erros e das falsidades constantes de qualquer registro público ou em banco de dados passível de utilização para restringir, alterar ou eliminar direitos.

É importante assinalar que o direito à informação, em sentido amplo, já era reconhecido no Direito brasileiro. O que se tinha assegurado era o direito de obter informações que tivessem alguma relação com os direitos de uma pessoa, podendo esta solicitar tais informações para a finalidade genérica de *“defesa de direitos”*. Em caso de negativa, o interessado poderia recorrer às vias judiciais, através do mandado de segurança, garantia constitucional de direitos existente no Sistema Jurídico brasileiro desde a Constituição de 1934.

Ressalve-se, porém, que o juiz poderia - e continua podendo, pela Constituição de 1988 - conceder mandado de segurança contra *“ato ilegal de autoridade”* que ofenda *“direito líquido e certo”* do interessado. Como não se tinha vivido, ainda, uma situação em que a utilização maliciosa de dados contra os direitos dos cidadãos tivesse assumido as proporções trágicas verificadas depois de 1964, o problema, anteriormente, se limitava a casos particularizados de ofensa a direitos em

decorrência de atos ilegais praticados por autoridades públicas. A par disso, como os registros policiais atingiam, quase sem exceção, a população pobre, incapaz de mobilizar a opinião pública, tinha-se como pacífico que tais registros deveriam ser sigilosos e, por esse motivo, não seria ilegal o ato de autoridade sonegando uma informação. E jamais se considerou grave, do ponto de vista político ou social, que tais registros contivessem informações falsas ou imprecisas.

Assim, pois, os antecedentes relativos ao direito à informação não haviam suscitado a necessidade de criação de um instrumento especial de proteção. E outros aspectos, novíssimos, relacionados com a informática e a mais moderna tecnologia de informações, passaram a ser considerados sob um ângulo próprio. Embora também possam afetar direitos da cidadania, são direitos reconhecidos e protegidos num ambiente de normalidade institucional e estão longe de assumir as dimensões dramáticas da utilização de dados para objetivos políticos num sistema ditatorial.

Considerando esses aspectos, a Constituição brasileira de 1988 incluiu entre os direitos e as garantias fundamentais, previstos no art. 5º, o direito à informação, mas é muito significativo que tenha dado a ele um tratamento diferente daquele que foi reservado especificamente aos dados que inspiraram a criação do habeas data. Com efeito, este foi objeto de um inciso próprio, o de número LXXII, de que se tratará mais adiante. O direito genérico à informação está previsto no inciso XXXIII, do art. 5º, que tem a seguinte redação:

*“Todos têm direito de receber de órgãos públicos, informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, as quais serão fornecidas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado”*

Pode-se dizer que, embora se inclua também entre os direitos individuais, o direito à informação assumiu, no Brasil, muito mais as características de direito da coletividade, tendo, por tal motivo, meios próprios de proteção relacionados com essa concepção. Um ponto expressivo é que, quanto a esse direito à informação, a Constituição ressalvou expressamente a hipótese de sigilo por motivo de segurança, o que não ocorreu quanto às informações que podem ser objeto do habeas data. Ao lado de tudo isso, fica bem evidente que o legislador constituinte quis dar tratamento diferenciado às informações, de modo geral, as quais podem ser de interesse individual ou coletivo sem se referirem a dados pessoais, e àquelas outras relativas a determinadas pessoas.

Tendo em conta todos os elementos já mencionados, sobre sua origem e suas peculiaridades, pode-se afirmar que o habeas data foi criado no Brasil durante a elaboração da Constituição de 1988, tendo sido inspirado na recente utilização, por autoridades públicas, de dados inteiramente falsos ou contendo erros, visando a fins políticos e com grave prejuízo de direitos individuais.

Quanto à finalidade do habeas data, de acordo com o que ficou expressamente estabelecido, pode-se concluir que, em síntese, ele foi criado com dois objetivos, que constam do enunciado do art. 5º, inciso LXXII, da Constituição:

*“a. assegurar o conhecimento das informações relativas à pessoa do solicitante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;*

*“b. para a retificação de dados, quando o interessado não prefira fazê-lo por meio de processo sigiloso, judicial ou administrativo”*

São essas as normas constitucionais que interessam para o exame do habeas data na concepção brasileira. Através delas pode-se ver com clareza que o habeas data foi criado com objetivos próprios, diferentes daqueles que inspiraram os meios de garantia do direito à informação, genericamente considerado. As particularidades da redação do inciso constitucional referente ao habeas data estão ligadas à sua origem, o que é fundamental que se tenha em conta na interpretação e aplicação desse dispositivo. Será oportuno, agora, verificar o que dizem os doutrinadores e qual a orientação da Jurisprudência, para mais completo conhecimento do assunto.

### 3. O paradoxo do habeas data: garantia para o passado.

Como já foi assinalado, o habeas data é novo no Brasil, em todos os sentidos. Por esse motivo é pequena a produção doutrinária sobre ele, não tendo sido publicada, até agora, uma obra dedicada exclusivamente a esse tema. O que se encontra são informações e breves comentários sobre o habeas data em trabalhos que se referem às garantias constitucionais de modo geral.

Pode-se dizer, sem temor de erro, que isso se deve ao fato de que não é grande o interesse dos juristas brasileiros pelo habeas data. Os autores que escrevem sobre garantias constitucionais não deixam de mencioná-lo, porque ele está expressamente previsto na Constituição, mas ninguém o considera da mesma importância prática do *habeas corpus* ou do mandado de segurança. Na realidade, a utilização do habeas data tem sido muito menor do que a esperada por seus criadores e pelos que trabalharam em defesa dos perseguidos políticos, o que demonstra que também por parte do povo, de modo geral, o interesse por essa garantia não é grande. Sobre isso é oportuno tecer algumas considerações.

A primeira razão do pequeno interesse pelo habeas data é o fato de ter sido superada a situação política que inspirou sua criação. Com efeito, numa circunstância em que as informações sigilosas eram intensamente utilizadas para negar direitos e justificar arbitrariedades havia enorme interesse na possibilidade de quebra do sigilo e na obtenção de informações sobre os dados registrados. Não existindo mais a situação em que as autoridades usavam dados falsos ou incorretos sem que houvesse a mínima possibilidade de que isso pudesse acarretar sua punição, aquelas mesmas pessoas que praticavam as violências e arbitrariedades passaram a agir com mais cautela, reduzindo-se substancialmente o uso de dados mentirosos.

A par disso, os que poderiam ser vítimas de novas falsidades sabem que agora contam com a proteção da lei e do Poder Judiciário, além disso, muitos dos que ontem foram vítimas hoje estão no Governo. Assim, não havendo a perspectiva de

serem novamente prejudicados pela utilização de dados falsos, não há interesse em saber o que consta dos registros. Acrescente-se, ainda, o fato de que muitos dos antigos registros foram destruídos pelos que os utilizavam, justamente para não serem responsabilizados, após a restauração da normalidade jurídica.

Tudo isso torna de pouco interesse o acesso aos bancos de dados pessoais que foram utilizados para simulação de provas e para acobertar ilegalidades e que, teoricamente, alguém poderia tentar utilizar outra vez. Acrescente-se, afinal, que uma lei de anistia aprovada no final dos governos militares deixou livres de punição os que praticaram essas e outras arbitrariedades. E as vítimas, que sabem da impossibilidade de punir por via legal esses delinquentes militares e civis, não querem viver em função de circunstâncias passadas e por isso a maioria nem procurou saber o que constava a seu respeito nos organismos que, ironicamente, eram identificados como “*de segurança*”

Quanto às razões prováveis para a pequena utilização do habeas data, uma palavra deve ser dita a respeito da timidez, ou coisa bem pior do que isso, dos tribunais superiores. Como se verá mais adiante, quando se cuidar da Jurisprudência, a orientação dos tribunais contribuiu muito para o esvaziamento do habeas data, assim como foi feito com o mandado de injunção, outra garantia constitucional criada em 1988 e praticamente anulada pelos órgãos superiores do Poder Judiciário. Os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, têm-se mostrado muito resistentes à ampliação da proteção dos direitos fundamentais, em grande parte pelo excessivo conservadorismo de muitos de seus membros, mas também pela circunstância de que muitos deles foram levados aos tribunais pelos governos militares, exatamente porque aceitavam com docilidade, ou mesmo com entusiasmo, as ações arbitrárias.

Aí está, afinal, o grande paradoxo do habeas data. Ele teria sido de excepcional utilidade naqueles anos em que a violência e a corrupção se valiam amplamente de dados falsos para anular ou restringir direitos e para demolir reputações. Mas, certamente, se já existisse anteriormente o habeas data, ele teria sido suspenso pelos militares, que haviam usurpado o Governo e agiam arbitrariamente segundo suas próprias regras, não admitindo que suas “verdades” fossem contestadas. Foi precisamente isso que fizeram com o habeas-corpus, para impedir a soltura ou até a simples defesa de presos políticos vítimas de violência arbitrária.

Isso justifica o temor, quase a certeza, de que, se ocorrer um novo golpe de Estado, o habeas data não poderá ser utilizado, o que o torna inútil nos momentos em que prevalece a arbitrariedade e a utilização de dados falsos se torna prática rotineira.

#### 4. O habeas data na doutrina e na Jurisprudência brasileiras.

Os doutrinadores brasileiros são unânimes em aceitar que não havia necessidade de uma lei complementar ou ordinária, nem de normas regulamentares, para aplicação dos dispositivos constitucionais relativos ao habeas data. Isso porque a Constituição estabelece, no parágrafo 1º do art. 5º, que “*as normas definidoras dos*

*direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*” Entretanto, embora exista unanimidade relativamente a esse ponto, não se verifica a mesma unanimidade quanto a alguns aspectos particulares de grande importância prática.

O ideal seria que no futuro, quando houvesse mais experiência no uso do instituto e quando a Jurisprudência tivesse avançado, fosse feita uma lei eliminando as dúvidas sobre os pontos que poderiam suscitar controvérsias. Isso foi feito, há meio século, com relação ao mandado de segurança e, em princípio, não trouxe prejuízos e foi benéfico para a utilização mais uniforme da garantia constitucional. Entretanto, algumas alterações na lei relativa ao mandado de segurança restringiram seu alcance, em situações de interesse do Governo, o que deveria servir de alerta para que não se fizesse o mesmo com o habeas data, sob pretexto de facilitar sua aplicação.

Desinteresse generalizado pelo habeas data facilitou o assalto dos que se valeram das informações sigilosas como arma política, no último período ditatorial, e que, certamente, esperam fazer ainda tal utilização no futuro. Assim, no final de 1997, sem um alerta dos políticos ou da Imprensa, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República uma lei regulamentando o uso do habeas data. Essa lei, de número 9507, datada de 12 de novembro de 1997, contém redação maliciosa, que poderá ser usada para restringir o alcance do habeas data, além de não ter esclarecido as principais dúvidas já suscitadas.

O ponto claramente malicioso está no art. 1º da lei, que do projeto constava como parágrafo único deste artigo, o qual estabeleceu que se consideram de caráter público, e portanto sujeitas ao habeas data, as informações “*que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações*”. Pode-se considerar hipócrita ou cínica essa ressalva, pois os órgãos “*de segurança*” ou policiais sempre dirão que as informações constantes de seus registros são para seu “*uso privativo*”, pois além de se ter aí uma expressão muito vaga e ambígua, foram esses órgãos que praticaram muitas violências escudados em informações falsas. Desse modo, a lei regulamentadora restringiu o alcance do habeas data e não deu qualquer contribuição para o esclarecimento das dúvidas mais relevantes manifestadas por doutrinadores e juízes.

As principais dúvidas e controvérsias relativamente à interpretação e aplicação do inciso LXXII, do art. 5º da Constituição, que trata do habeas data, podem ser assim resumidas:

*a. Quem pode utilizar o habeas data? O direito de ação cabe exclusivamente à pessoa a quem se referem os dados ou pode ser exercido por alguém que a represente?*

Nos termos da Constituição, será concedido o habeas data para assegurar o conhecimento de informações “*relativas à pessoa do impetrante*” Não existe, propriamente, uma discussão a respeito desse ponto, mas a controvérsia surgiu a partir da afirmação textual de José Afonso da Silva de que o habeas data é um direito

personalíssimo, que “*morre com o titular*” (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, pp. 391/2).

Hoje se tem conhecimento seguro de que muitos presos políticos foram assassinados nas prisões, por torturadores militares e civis. Na época em que foram mortos as autoridades distribuíram notas à Imprensa, informando que se tratava de suicídio ou de morte num confronto armado entre grupos subversivos e agentes da segurança ou mesmo num confronto entre grupos subversivos rivais. Em quase todos os casos as vítimas da repressão eram apresentadas como terroristas e assassinos impiedosos, afirmando-se que nos arquivos dos organismos de segurança havia provas das circunstâncias da morte e de que o morto era, realmente, um criminoso feroz.

Houve casos em que familiares dos presos assassinados inclusive a mãe de um deles - impetraram o habeas data, invocando sua condição legal de sucessores e de guardiães legítimos da memória do falecido. Pretendiam ter acesso aos dados relativos à data, ao local e às demais particularidades da morte, bem como aos dados relativos às atividades do morto, que as autoridades afirmaram ser comprovadamente um criminoso. Nesses casos não chegou a haver julgamento, porque o tribunal se recusou a considerar o pedido e o rejeitou liminarmente, por entender que o habeas data é direito personalíssimo, que, como escreveu José Afonso da Silva, morreu com o titular

Em face dessa orientação dos tribunais, reiterada em vários casos, os familiares das vítimas assassinadas deixaram de ingressar em juízo com pedido de habeas data. Esse é um dos exemplos de esvaziamento do instituto pelos tribunais. É possível que uma discussão doutrinária acabe influenciando para mudar a orientação do Judiciário, mas a falta de interesse pelo habeas data, anteriormente referida, vem adiando essa discussão.

*b. Existe necessidade de um pedido prévio de acesso aos dados pelas vias administrativas ou o interessado pode ir diretamente ao Judiciário, por meio do habeas data?*

A respeito da necessidade de tentar, previamente, obter os dados pela via administrativa e só em caso de resistência impetrar o habeas data, a opinião praticamente unânime dos doutrinadores é no sentido de que não existe essa necessidade, podendo o interessado ingressar diretamente no Judiciário. Entretanto, a Jurisprudência firmou-se em sentido contrário, como se verá em seguida, e a recente lei regulamentadora do habeas data praticamente encampou a orientação jurisprudencial predominante. Entretanto, pela relevância desse ponto e para mais completo conhecimento do assunto, será interessante reproduzir a polêmica.

Entre os trabalhos doutrinários que fazem referência ao habeas data merece especial atenção o livro *Tutela Constitucional das Liberdades*, de Vicente Grecco Filho (São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989). Embora não tenha feito um estudo aprofundado e exaustivo do habeas data, o autor, que é especialista em Direito Processual Civil, enfocou objetivamente os pontos principais. Quanto à questão ora em exame,



afirma Grecco que *“a impetração (do habeas data) não depende de prévio pedido administrativo”* E acrescenta que *“mesmo no caso de retificação de dados prevista na alínea “b” do dispositivo constitucional, a providência prévia administrativa é facultativa”*, ou seja, o interessado poderá, se quiser, pedir previamente à Administração Pública a retificação de dados, se já tiver conhecimento da existência de erros. Mas mesmo nesse caso poderá ir diretamente ao Judiciário, se preferir esta via.

A necessidade ou não de prévia utilização da via administrativa foi amplamente discutida no habeas data impetrado em 1989 perante o Superior Tribunal de Justiça pelo ex-deputado Airton Esteves Soares, que na condição de advogado tinha sido um dos mais ativos defensores de presos políticos e queria saber o que constava, a seu respeito, dos registros do Serviço Nacional de Informações (SNI). A resistência da Administração Pública em prestar as informações ficou bem evidenciada, nesse caso, no parecer do consultor geral da República, que se manifestando no processo do habeas data a respeito do pedido do interessado, disse, entre outras coisas, o seguinte: *“A revelação (disclosure) dos dados pessoais existentes nos registros desse órgão será possível, a juízo do Ministro-Chefe do Serviço Nacional de Informações, se o ato não se revestir de potencialidade danosa de valor político-jurídico posto sob cláusula constitucional de reserva: a segurança da sociedade e do Estado”*

Com base nesse parecer, o ministro Ilmar Galvão, que participou do julgamento e foi voto vencido, considerou *“fora de dúvida, não apenas que a autoridade impetrada só irá fornecer ao requerente os dados que entender conveniente fazê-lo, mas também que não se sentirá obrigada a declarar se outros existem, sejam sigilosos, sejam não sigilosos. Desenganadamente, como indica o bom-senso, silenciará a respeito, deixando o interessado na ignorância dos ditos fatos e, mais ainda, impossibilitado de demonstrar o seu interesse de agir, e, conseqüentemente, de propor qualquer ação”*

Essa foi uma excelente oportunidade, para o Poder Judiciário mostrar sua independência e deixar afirmado para as autoridades do setor de segurança que a situação do País havia mudado e que as garantias constitucionais eram efetivas. Bem ao contrário disso, nesse e em outros casos os tribunais superiores mostraram grande timidez e deram seu aval para que autoridades policiais continuassem a decidir arbitrariamente, acobertando as falsificações e os erros propositais ou involuntários contidos nos registros de dados. Com efeito, apesar da clara advertência do Ministro Ilmar Galvão quanto à má-fé da autoridade administrativa, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a seguinte orientação jurisprudencial:

*“Habeas data. Conhecimento. O habeas data é ação constitucional. Submete-se, por isso, às respectivas condições, entre as quais o interesse de agir. Processualmente, significa necessidade de ingresso em juízo, dada a resistência da contraparte. Faltarà, entretanto, essa condição, se quem deveria prestar as informações ou promover a retificação de dados não as negou, porque nada lhe fora requerido. Inexiste, pois, lesão ao direito do impetrante”* (Decisão por maioria de votos, de 13 de junho de 1989, no Processo de habeas data número 4-DF - Revista Sup. Trib. Just., Brasília, 2(16):25-56, dez.1990).

Para os advogados brasileiros, de modo geral, não foi supresa essa atitude da maioria dos membros do Superior Tribunal de Justiça, pois esse e outros tribunais superiores, inclusive o Supremo Tribunal Federal, têm tradição de se apegarem a formalidades processuais, decidindo questões preliminares de tal modo que não seja necessária uma decisão sobre o mérito, sempre que o caso contenha graves implicações políticas. No caso do habeas data essa é a Jurisprudência predominante: os tribunais exigem que o interessado, previamente, solicite os dados à autoridade administrativa, embora se saiba que esta irá alegar necessidade de sigilo, ou então fornecerá informações incompletas ou, simplesmente, dirá que o pedido não é claro quanto aos dados desejados. E qualquer dessas alegações tem sido aceita pelos tribunais como razão suficiente para que os dados não sejam fornecidos, o que permite afirmar, sem exagero, que o Poder Judiciário é fortemente responsável pelo esvaziamento do habeas data.

A Lei n. 9507, de 12 de novembro de 1997, regulamentadora do habeas data, tomou posição sobre esse aspecto, estabelecendo que a petição inicial do habeas data deverá ser instruída com a prova da recusa de fornecimento da informação, ou, se for o caso, da recusa de fazer a retificação ou anotação. Assim dispondo, a lei consagrou a via mais difícil para os interessados, pois a prova da recusa só poderá ser feita se for tentada previamente a via administrativa, o que poderá significar embaraços e retardamento, além de ser de duvidosa constitucionalidade essa exigência posta por lei ordinária.

*c. A alegação de necessidade ou conveniência de manter em sigilo os dados solicitados, feita pela autoridade administrativa, é justificativa suficiente para que seja negado o habeas data?*

Como já foi anteriormente assinalado, o que inspirou a criação do habeas data foi o forte desejo de ter acesso aos registros de dados dos organismos ditos “de segurança” para desmascarar a fabricação e utilização de dados falsos, utilizados de muitas formas contra os opositores do regime antidemocrático. Por motivos óbvios, aqueles registros eram classificados como sigilosos, para que as falsidades não fossem denunciadas e para que se mantivesse a imagem de registros muito completos, rigorosos e honestos.

Com a restauração da normalidade constitucional e a criação do habeas data, as vítimas, concretas ou potenciais, da utilização de dados falsos pensaram que já não coubesse a alegação de sigilo. Entretanto, através de várias manifestações de autoridades administrativas ligadas aos organismos de segurança, sobretudo militares, ficou evidente que o problema não estava superado, pois a alegação de sigilo, que antes era feita sob pretexto de “segurança nacional”, continuou a ser usada, agora sob pretexto de segurança da sociedade e do Estado, para casos em que não cabe essa ressalva.

Por esse motivo vários doutrinadores que escreveram sobre o habeas data dedicaram atenção ao problema. Um ponto importante, na consideração do

problema do sigilo, é a distinção, que tem base no texto constitucional, entre o direito à informação, de interesse individual ou coletivo, previsto no inciso XXXIII, do art. 5º da Constituição, e o direito a informações pessoais, protegido pelos habeas data, estabelecido no inciso LXXII, do mesmo artigo.

Quanto ao primeiro desses direitos, o de caráter geral, diz a Constituição que ficam “*ressalvadas aquelas (informações) cujo sigilo possa ser imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*” Embora nem toda informação de interesse individual ou coletivo seja de caráter sigiloso, as autoridades policiais e militares têm o vício do sigilo, provavelmente por julgarem que isso dá maior prestígio às suas atribuições, mas também porque isso ajuda a esconder suas arbitrariedades e sua corrupção. Assim, consideram que tudo o que fazem é sigiloso, o que muitas vezes poderá levar à negativa da informação sem justificativa. Nesse caso o meio judicial para solução do problema será o mandado de segurança, cabendo ao Judiciário avaliar o pedido e a razão invocada pela autoridade para a ocultação do dado solicitado.

Quando se tratar do direito a informações pessoais, previsto no inciso LXXII, *não cabe a invocação do sigilo* e o interessado pode usar o habeas data para que a autoridade administrativa seja obrigada a fornecer os dados. A distinção entre as duas hipóteses constitucionais de direito à informação é feita com muita clareza por Vicente Grecco Filho, com estas palavras: “*O direito às informações sobre a própria pessoa é incondicionado, não se aplicando, portanto, a ressalva do sigilo prevista no inciso XXXIII. O sigilo a que se refere este último dispositivo é cabível em se tratando de informações objetivas, cuja divulgação possa comprometer a segurança da sociedade ou do Estado, mas em nenhuma hipótese pode ser negada informação pessoal para o próprio requerente*” (ob. cit., p.175).

No mesmo sentido é o ensinamento de Michel Temer, que afirma incisivamente: “*Todos os dados referentes ao impetrante (do habeas data) devem ser fornecidos. Não valerá, na hipótese de habeas data, a alegação do sigilo em nome da segurança do Estado. No preceito referente ao habeas data não se verifica essa restrição (do inciso XXXIII). Não há como, em matéria de direito individual, utilizar-se de interpretação restritiva*” (*Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 212).

Opinião semelhante é manifestada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que, embora aceite sem ressalvas o sigilo de dados de caráter geral, também distingue claramente as duas hipóteses: “*As informações que se podem obter do Poder Público aqui tratadas (inciso XXXIII, do art. 5º) são de caráter geral, concernentes às atividades múltiplas dos órgãos governamentais e, portanto, justificam a ressalva imposta. Trata-se do direito à informação tão-somente. Aquelas que se pretendem obter mediante a impetração do habeas data (inciso LXXII) dizem respeito a dados relativos à pessoa do requerente que, obviamente, não admitem segredo em relação a ele*” (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1989).

Na realidade, a Constituição tratou de modo diferente as duas hipóteses de direito à informação, o que se pode verificar claramente pela simples leitura dos

incisos XXXIII e LXXII, do art. 5º. No primeiro caso, relativo a informações de caráter geral, está expressamente prevista a hipótese de sigilo, mas apenas quando este for indispensável para a segurança da sociedade ou do Estado. No segundo caso, referente a dados pessoais, não existe a ressalva do sigilo para o fornecimento de dados ao interessado. A única menção a sigilo feita nesse inciso é encontrada na letra “b”, apenas para estabelecer que *o interessado pode preferir que a retificação de dados seja feita por processo sigiloso*, quando quiser evitar a publicidade. Mas a autoridade não pode negar as informações ao interessado nem pode determinar o sigilo no processo de retificação.

Apesar dessa clareza, a Jurisprudência vai em sentido contrário e não é firme, deixando dúvidas quanto às hipóteses em que a informação poderá ser negada com base no sigilo. Decidindo um pedido de habeas data, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, não tomou conhecimento do pedido porque a interessada não tinha tentado obter os dados previamente, por via administrativa, o que prejudicava o pedido por *“ausência do interesse de agir”*, segundo a conclusão do Tribunal.

Além desse erro evidente - porque o interesse de agir não depende de pedido prévio à autoridade administrativa, sendo suficiente o desejo de obter os dados - um dos argumentos do relator do processo, para fundamentar seu voto, apoiado pela maioria, foi o seguinte: *“Frente à cláusula do “sigilo” (art. 5º, XXXIII, C.F.), por indeclinável submissão ao interesse público (segurança da sociedade e do Estado), não é absoluto o direito de acesso às informações. Compete ao Judiciário examinar a alegação do “sigilo” avaliando de sua procedência ou não, compatibilizando a segurança do Estado com o direito à revelação das informações pretendidas”* (decisão de 2 de fevereiro de 1989, no processo de habeas data número 001-DF; Rev. do Sup. Trib. Just., Brasília, 2(16):25-56,dez.1990). Como é óbvio, não tinha qualquer cabimento a referência ao inciso XXXIII, pois o habeas data é previsto no inciso LXXII, o que deixa patente que a referência ao sigilo foi mero pretexto para desencorajar o uso do habeas data.

Outra decisão contendo a mesma impropriedade foi tomada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em 23 de junho de 1993. Os dados dessa decisão foram assim resumidos pelo próprio Tribunal: *“Habeas data - Informações sigilosas - Interesse Público - Candidato a magistrado - Investigação sobre aspecto da vida moral e social - Inviolabilidade - Inteligência do art. 5º XXXIII, da Constituição Federal Denegação - Denega-se a ordem de habeas data, quando for impetrado por candidato a concurso de Magistrado, objetivando o acesso deste às informações colhidas sobre sua pessoa, em processo de investigação acerca dos aspectos da vida social e moral do mesmo, uma vez que tais informações são requisitadas por força de lei, com garantia de inviolabilidade, cuidando-se, portanto, de situação excepcional, que autoriza o sigilo da administração, para atender ao interesse público, consoante ressalva contida no art. 5º XXXIII, da Constituição Federal.”* (Minas Gerais II 14.06.94, pp. 01 - ementa oficial).

Como é evidente, não cabia, também nesse caso, a invocação do inciso XXXIII, pois ele não se aplica ao habeas data. Além disso, a informação obtida pelo Tribunal e que impedia o interessado de candidatar-se ao ingresso na Magistratura podia ser errada ou falsa. Por esse motivo, o Tribunal poderia manter sigilo sobre a

fonte de informações, mas deveria ter dado a informação ao interessado, para que este pudesse defender-se, se fosse o caso. A alegação imprópria do sigilo ofendeu o direito à informação sobre dados do próprio interessado, assegurada pelo inciso LXXII do art. 5º, referente ao habeas data. A par disso, impediu o exercício do direito de defesa, não dando ao interessado a possibilidade de esclarecer os dados e, eventualmente, de se defender de acusações injustas. E assim o interessado ficou impedido de ingressar na Magistratura por motivo que não se ficou sabendo se era verdadeiro. Também nesse caso o Tribunal mostrou despreparo ou pouca disposição para dar efetividade à garantia do constitucional do habeas data.

Como ficou demonstrado, os doutrinadores brasileiros receberam bem o habeas data e compreenderam seu alcance, como instrumento para garantir a obtenção de dados de caráter pessoal. Mas os Tribunais parece que não conseguiram perceber a distinção feita pela Constituição entre os dados de caráter geral, que, eventualmente, podem ficar sujeitos ao sigilo, e os dados de caráter pessoal, que jamais poderão ser negados ao próprio interessado, não admitindo a alegação da necessidade de sigilo. Por essa incompreensão, ou, talvez, pela intenção de dar apoio aos organismos de segurança, a Jurisprudência não tem sido favorável ao habeas data.

Para que fique clara a inconsistência da orientação ainda predominante na Jurisprudência, relativamente ao sigilo como fundamento para negar o habeas data, basta lembrar que se trata da garantia de obtenção de dados sobre a própria pessoa e considerar duas hipóteses. Se os dados que constam dos registros forem verdadeiros, o interessado já terá conhecimento deles e, portanto, em relação ao interessado, não há sigilo que possa ser guardado ou quebrado. Se os dados forem falsos ou contiverem erros, não interessa ao Estado ou à sociedade manter a falsidade ou o erro, interessando mais, em sentido contrário, a correção dos dados.

Com o passar do tempo e a atenuação dos fatores políticos, bem como o esclarecimento a respeito do verdadeiro sentido do habeas data, é provável que a alegação de sigilo perca a influência que tem agora e o habeas data possa ter eficácia como garantia constitucional.

A respeito desse ponto, pode-se dizer que a Lei n. 9507, de 12 de novembro de 1997, em nada contribuiu para esclarecimento do assunto. Mais grave do que isso, essa lei criou uma nova possibilidade de dúvida e controvérsia, pois não acolheu nem rejeitou a hipótese de alegação de sigilo necessário ou conveniente, silenciando quanto ao sigilo. E criou a possibilidade de negativa da informação sob pretexto de se tratar de registro de dados para uso privativo do órgão que o mantém.

## 5. O habeas data brasileiro: finalidade específica e eficácia futura.

O habeas data, na concepção brasileira, é garantia constitucional destinada a assegurar a uma pessoa o acesso aos dados que sobre ela constem nos registros públicos ou de natureza pública. Em decorrência das circunstâncias políticas que levaram à criação do habeas data como garantia constitucional, sua utilização ainda é restrita,

em grande parte porque os tribunais superiores não asseguram sua eficácia e, pelo contrário, contribuem para desencorajar o seu uso.

Embora a doutrina seja escassa e a Jurisprudência não contribua para qualquer esclarecimento ou avanço, alguns pontos já podem ser considerados pacíficos, relativamente ao habeas data. Em primeiro lugar, ele não se destina a assegurar, genericamente, o direito à informação ou o direito à intimidade, como ocorre em vários países da América Latina que também introduziram, recentemente, o habeas data em seus respectivos sistemas jurídicos. No caso do Brasil, a finalidade específica do habeas data é garantir que uma pessoa tenha acesso aos dados que, a seu respeito, constem de bancos de dados que sejam públicos ou de natureza pública.

Esses dados não podem ser negados ao interessado, sob alegação da conveniência de manter sigilo, mas a Jurisprudência é vacilante, ou mesmo resistente, a esse respeito, fazendo confusão entre os dados de caráter geral, eventualmente sujeitos ao sigilo, e os dados de natureza pessoal, que para a própria pessoa nunca poderão ser considerados sigilosos.

A eficácia plena da garantia do habeas data ainda não foi atingida no Brasil, em parte por influência das circunstâncias políticas que inspiraram a criação dessa garantia constitucional, sobretudo porque sua utilização suscita a idéia de confronto com os organismos militares e civis de segurança. Entretanto, apesar da pobreza doutrinária e do esvaziamento jurisprudencial, o habeas data tem um potencial ainda não-explorado, no sentido da proteção das pessoas quanto à utilização de informações existentes em bancos de dados e não relacionadas com atividades políticas.

Assim, por exemplo, existe no Brasil um Serviço de Proteção ao Crédito, que embora não seja público pode ser considerado de natureza pública, pela abrangência dos dados e por sua influência sobre toda a população. É provável que dentro de pouco tempo se comece a utilizar o habeas data para saber que dados constam desse registro e para eventuais correções. Em casos como esse o habeas data terá pleno cabimento e será, efetivamente, uma garantia para direitos individuais.

Como conclusão final, pode-se dizer que o habeas data brasileiro não obteve ainda a plenitude da eficácia que devem ter as garantias constitucionais. Mas, assim como aconteceu antes no Brasil com o *habeas corpus* e o mandado de segurança, a experiência, o desenvolvimento doutrinário e a melhor Jurisprudência deverão proporcionar o amadurecimento do instituto, com a eliminação das dúvidas e o conhecimento seguro de suas peculiaridades. E daí decorrerá sua consolidação como garantia constitucional dotada de plena eficácia.

São Paulo, julho de 2002.

#### Referência Bibliográfica.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Os direitos fundamentais na Constituição brasileira*, In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1995, p.421-437.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1990.

GRECCO FILHO, Vicente, *Tutela Constitucional das Liberdades*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

Periódicos:

Repertório IOB de Jurisprudência - Tributário, Constitucional e Administrativo, São Paulo, publicação quinzenal.

Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, publicação mensal.





# O ESTADO, A LIBERDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO

*Eros Roberto Grau*

Professor Titular do Departamento de Direito  
Econômico-Financeiro da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

“Cum ignem accenderet, domum suam  
fumo implebat, non luce illustrabat”  
*ABELARDO<sup>1</sup>*

## Resumo:

O individual sempre esteve entre nós inserido no Estado, de modo a conformar e a determinar o interesse público mesmo e especialmente o chamado interesse público primário. A noção que temos da coisa pública relaciona-a não ao povo, porém ao Estado. O público é o estatal, não o comum a todos. É o enfoque apontado pelo eminente professor.

## Abstract:

The individual has always been inserted in the State, in such a way to form and determine even the public interest and specially the called primary public interest. Our notion of the public thing relates her not to the people, but to the State. The public isn't the public corporation, not the common for all. It's the focus pointed by the prominent professor.

**Unitermos:** Estado; liberdade; Direito Administrativo.

01. A análise do tema enunciado *o Estado, a liberdade e o Direito Administrativo* - exige a introdução de duas premissas, a primeira das quais repousa na impossibilidade de pensarmos o Direito “fechado” às demais ciências humanas ou culturais.

Lembrando a frase de Terêncio, recuperada pelo jovem Marx - “*Sou homem: nada do que é humano me é estranho*” nada do que é humano é estranho a quem se embrenhe no pensamento sobre o Direito, esse plano, essa instância, essa linguagem do social.<sup>2</sup>

---

1. Apud Pc. Orlando Vilela, *O drama Heloisa-Abelardo*, segunda edição, Editora Itatiaia, Belo Horizonte, 1986, p. 27. Para os que não sabem latim ou o esqueceram: “*Se acendia o fogo, enchia a casa de fumaça, mas não a iluminava*”

2. Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, 4a edição, Malheiros Editores, São Paulo, p. 56.

A visão do Direito como ciência “fechada” transforma o dogmático em um pobre tecnólogo ou tecnocrata, nada mais do que um mero leguleio.<sup>3</sup>

Torna-se vítima de uma doença incurável quem não se dá conta de que - como ensina Enrique Marí<sup>4</sup> - o discurso da ordem abrange o lugar da racionalidade [a lei] e o lugar do imaginário social como controle da disciplina das condutas humanas e da sua sujeição ao poder. Essa doença crônica que envelhece o jurista que pretende fazer ciência à custa do isolamento do direito, perdido em análises de conceitos, critérios descritivos e classificatórios das condutas que as normas proíbem ou autorizam, sacerdote de uma religião tão absurda como o mundo de Franz Kafka,<sup>5</sup> isolado, ele próprio, da realidade, para, ingenuamente, “fazer o jogo” do poder.

02. Em segundo lugar, é necessário tomarmos consciência de que o individual sempre esteve, entre nós, inserido no Estado, de modo a conformar e a determinar o interesse público, mesmo e especialmente o chamado *interesse público primário*.

E assim é porque as *virtudes republicanas* são imanentes à ordem *social*, mas não podem realizar-se entre nós, porque essa ordem, aqui, é *privatista*.<sup>6</sup>

A noção que temos da *coisa pública* relaciona-a não ao povo, porém ao Estado. O *público* é o *estatal*, não o *comum a todos*. Desconhecemos a sentença de Ulpiano<sup>7</sup> demarcando a distinção entre ambos: os bens pertencentes ao Estado são abusivamente chamados de “públicos”. pois assim devem ser considerados unicamente os bens que pertencem ao povo romano. E desconhecemos também, inteiramente, a síntese de Cícero<sup>8</sup>: *res publica, res populi*.

O *individualismo possessivo* que toma conta de nós permite visualizarmos exclusivamente o que pertence a cada um e os bens que são ditos *públicos* assim são chamados porque *arrebataados pelo Estado, este inimigo de cada um*, concebido como instituição rigorosamente separada da sociedade.

Esse, o defeito essencial que vicia o pensamento de nossos juristas, carentes de vocação para a crítica da realidade social, dedicados exclusivamente à oposição ou ao apoio sem limites aos governantes, desde a perspectiva estreita do individual.

03. Parecem ou são efetivamente incapazes de compreender que Estado e Governo não se confundem.

3. Os rábulas eram [ou são] mais humanos...

4. *Papeles de filosofia*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 1993, pp. 219 e ss.

5. A expressão é de Fábio Konder Comparato, *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio, 1978, p. 472.

6. Vide Eros Roberto Grau e Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo, *A corrupção no Brasil*, in Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 80, 1995, p. 20 e meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 157.

7. Digesto, 50,16,15.

8. *De Re Publica*, I - 25, 39.

O Estado é uma instituição abstrata. Embora atue como um ator no embate das forças políticas, no exercício do *poder estatal*, o Estado é, concomitantemente, o troféu da política,<sup>9</sup> disputado por essas forças, interessadas na conquista desse mesmo poder, o *poder estatal*.

Mas isso não são capazes de perceber. Ou, antes, sabem disso mas raciocinam, porque vítimas da doença crônica que os envelhece, como se não o soubessem. Uns combatem o “estatismo” porque estão a serviço, mesmo sem o saber, do *poder empresarial*; outros, simplesmente porque dirigem seus petardos contra o inimigo errado, não contra a *tyrannia absque titulo* ou a *tyrannia quoad exercitium*; não contra quem detém ou exerce o poder estatal de modo ilegítimo, mas contra a própria instituição estatal.

04. Falta aos nossos juristas o discernimento de que Estado e sociedade constituem dois momentos de uma só unidade e de que, como ensina Hegel,<sup>10</sup> o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade.

Por isso - e a este ponto adiante retornarei - não há espaço para a liberdade individual senão no seio do Estado, senão enquanto os indivíduos permaneçam ligados ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade individual.

05. Essa incompreensão ou ignorância deixa marcas profundas na doutrina, e de modo tal que, ainda que aqui se afirme a distinção entre *interesse público primário* e *interesse público secundário*, a *coisa pública*, aqui, é a *coisa do Estado*, não a *coisa do povo*.

Assim, porque ingênua<sup>11</sup> ou maliciosamente atuam como autêntica “linha auxiliar” dos que detém os poderes de fato hegemônicos, juristas que se recusam a praticar o pensamento crítico nutrem uma concepção do princípio da *supremacia do interesse público* que resulta por privilegiar não o que se poderia supor ser o *interesse do Estado* [= da sociedade], mas os *interesses, privados, daqueles que detém o controle do Estado*, usado o vocábulo “controle” aqui, sob o sentido de *dominação*.

Em seus tratados e cursos, bem assim em ensaios sibilinos, o Estado é descrito como *deve ser*, jamais como *é*.

06. A culpa porém não é exatamente deles, “*sino de otros más duros y siniestros*”<sup>12</sup> que desde a Colônia inseriram o individual em nosso Estado, de modo a

9. Vide Georges Burdeau, *O Estado*, trad. de Cascais Franco, Publicações Europa-América, Póvoa do Varzim, s/data, pp. 90 c ss.

10. *Principes de la philosophie du droit*, trad. par Robert Derathé, J. Vrin, Paris, 1993.

11. Vide Luciano de Oliveira e Afonso Cezar Pereira, *Conflitos coletivos e acesso à Justiça*, Fundação Joaquim Nabuco - Editora Massangana, Recife, 1988, pp. 143 e 146-7.

12. Cf. o poema de Mario Benedetti, *Hombre preso que mira su hijo*, in *Poemas de otros*, cuarta edición, Editorial Nueva Imagen, Buenos Aires, 1989, p. 34.

conformar e a determinar o interesse público, permitindo que relações promíscuas entre o público e o privado caracterizem os comportamentos de nossas elites<sup>13</sup> de onde um modo de ser marcadamente cultural, enrustido tanto na classe média como nas de renda mais elevada.

Afinal de contas, é explicável que, por sermos assim, viceje, entre nós, e mesmo na doutrina produzida pelos juristas - porque o Direito, repita-se, é uma linguagem do social - confusão entre Estado e Governo e a equivocada concepção de que seria ele, o Estado, o grande vilão, o inimigo mais temível da sociedade.

E isso de tal sorte se passa que chega mesmo a lembrar o *Arrêt burlesque*, composto por Boileau,<sup>14</sup> que decreta o banimento da Razão da Universidade de Estagirita, além de proibir a um tal de Aristóteles de, na posse e no gozo da Razão, nela entrar, incomodá-la ou inquietá-la, sob pena de ser declarado jansenista e amigo de novidades...

07. Mas, além disso, especialmente no que tange ao Direito Administrativo, seus fundamentos estão ancorados, ainda, no pensamento liberal.

É bastante expressiva a transcrição de um trecho da exposição de John Gilissen (*Introdução histórica ao direito*, trad. de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, pp. 738-739): “*Estas ideias tornar-se-ão, no século XVIII, num sistema geral de filosofia política e social, sobretudo nos fisiocratas. A sociedade é considerada como um conjunto de homens livres e autônomos, não se ligam entre eles senão pela vontade. O ‘contrato social’ de J. J. Rousseau repousa sobre autonomia absoluta da vontade dos indivíduos: ‘Cada indivíduo obriga-se como quer, quando quer, mas apenas enquanto quer’ Está aqui toda autonomia individual originária que a Revolução Francesa retomará e consagrará nas leis do seu período intermédio. Os juristas franceses do séc. XVIII, pela sua parte, estão atrasados em relação aos filósofos. Muitos práticos e comentadores, sobretudo do sul da França, continuam desesperadamente agarrados ao direito romano. No entanto, constata-se que são feitas tentativas que visam conciliar o formalismo romano da stipulatio e a autonomia da vontade. Domat escreve nas suas loix civiles dans leur ordre naturelle (1689); ‘qualquer convenção, tendo ou não nome, tem sempre seus efeitos e obriga ao que foi estipulado’ O code civil de 1804 consagrará a autonomia da vontade sem desenvolver a sua teoria, e isto, nomeadamente, no art. 1134.º: As convenções legalmente formadas impõe-se como lei àqueles que as celebraram’ Esta frase, mal redigida, pois nunca uma convenção pode ser assimilada a uma lei, vem do segundo projecto de Cambacères (dito o ‘pequeno projecto’). No tribunado, Favard*

---

13. Para uma visão de como, durante a Monarquia, a máquina pública era manipulada pelos donos do poder como se fossem instalações do seu quintal privado, vide Antonio Cândido, *Um funcionário da Monarquia*, Editora Ouro Sobre Azul, Rio de Janeiro, 2002.

14. *Oeuvres complètes de Boileau-Despréaux*, nouvelle édition, Garnier Frères, Paris, 1861, pp. 191-193.

*dirá : 'O contrato legalmente formado é uma emanção da lei e não menos sagrada do que ela'. Esta teoria será plenamente desenvolvida no sec. XIX pelos grandes juristas da Escola exegetica, respondendo, de resto, perfeitamente às concepções políticas e económicas de então: o individualismo e o liberalismo. As fórmulas 'laissez faire, laissez passer' e a lei da oferta e da procura repousam essencialmente sobre a liberdade contratual. É a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos, etc. com a consequência da obrigação de as executar, mesmo se elas se revelassem injustas ou socialmente graves ou perigosas. Pois, então, estava-se convencido de que todo o compromisso livremente querido era justo"*

Isso pode ser bem visualizado a partir da definição do objeto do Direito Administrativo, segundo um autor do Século XIX, Cabantous<sup>15</sup> : *"Le droit administrative est l'ensemble de règles qui fixent les rapports des particuliers avec l'autorité administrative"*

Essa visão do Direito Administrativo o concebe como um conjunto de disposições que tratam da ação da autoridade administrativa em relação aos particulares e *"ne se propose que d'éclairer les particuliers sur leurs droits et leurs obligations envers l'autorité"*<sup>16</sup>

A razão de ser do Direito Administrativo encontra-se, nessa sua primeira versão, que inspira nossa doutrina até os dias que correm, unicamente na defesa do indivíduo em face do Estado. Em sua raiz, a fundamentar essa versão que é sem qualquer discussão assumida pela nossa doutrina, instala-se, como pressuposto dela, a crença em uma cisão entre Estado e sociedade.

08. Eis aí uma "verdade" dogmaticamente divulgada: Estado e sociedade estão situados em pólos opostos. E aqueles que essa "verdade" assumem nem ao menos se dão conta de que estão a conferir substância à receita segundo a qual o Estado deve manter-se *a latere* do mercado.<sup>17</sup> De um lado o Estado; d'outro, o mercado, isto é, a sociedade. Tudo para deixar bem livre o poder empresarial, nadando de braçadas nos mercados.

Mal sabem, os que nisso acreditam, que o mercado é, no modo de produção capitalista, uma instituição jurídica, isto é, posta pelo Estado. E todos, todos eles, se encantam com a constituição de novos direitos como, por exemplo, os atribuídos aos consumidores e os relativos à proteção do meio-ambiente - sem se darem conta de que, embora isso efetivamente importe uma ampliação da esfera de direitos do homem, a sua conquista é admitida apenas na medida em que eles instrumentalizam a modernização e a legitimação capitalista.

---

15. *Répétitions écrites sur le Droit administratif*, cinquième édition, Mareseq Aincé, Paris, 1873, p. 2.

16. Cf. Cabantous, ob. cit., p. 3.

17. Note-se que, em última instância, mercado e sociedade se confundem.

09. Não é isto, contudo, o que ora desejo assinalar, senão que o Direito Administrativo constituído pela nossa doutrina, embalada pelo individualismo que, com marcas tão profundas, a caracteriza, é produto do liberalismo econômico gestado no século XIX, ainda que sob a máscara do liberalismo político.

Por isso mesmo essa doutrina, incapaz de compreender que a realidade não para quieta, planta suas bases sobre uma noção de legalidade<sup>18</sup> estruturada sobre o dogma de uma “separação” dos poderes incompatível com a realidade, que execra a experiência de harmonia entre eles e a distribuição racional das funções normativa, administrativa e jurisdicional entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.<sup>19</sup> Nada mais conveniente, para que a função normativa regulamentar possa ser manipulada a serviço de determinados interesses e bem sabemos quais - do que ignorar os regulamentos erroneamente chamados de “delegados”, sob o pretexto de que seriam, todos eles, inconstitucionais. O que se ignora não pode ser objeto de controle...

O serviço público é por ela concebido não como uma instituição cuja manutenção, pelo Estado, é indispensável à permanência da coesão social<sup>20</sup>, mas como um “regime jurídico” em estado puro, simetricamente bem proporcionado, fascinante assim como os jogos de vidrilhos que se olha contra o sol. Tudo pelas formas e em função das formas, sem que a essência do jurídico como elemento fundamental desse processo de adaptação social que o Direito é seja adequadamente considerado e ponderado.

Caminha devagar a nossa doutrina. Tome-se como exemplo a óbvia distinção entre os dois tipos ideais de empresas estatais, as prestadoras de serviço público, de uma banda; as que exploram atividade econômica, de outra. Apenas em 1973 alguém cogitou da distinção entre ambas, já na vigência do § 2º do art. 170 da EC 1/69, quando Celso Antônio Bandeira de Mello (*Prestação de serviços públicos e Administração Indireta*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973, p. 101) observou que as segundas “*configuram* intervenções do Estado no domínio econômico” do que se extraiu a conclusão de que - como equivocadamente se admitiu que somente a União poderia intervir no domínio econômico - empresas estatais exploradoras de atividade econômica apenas poderiam existir no plano federal (conclusão da qual decorreria, v.g., no Estado de São Paulo, a inconstitucionalidade institucional do Banespa, da Vasp Aerofogrametria, da Cosp, da Frutesp etc.). A distinção foi logo acompanhada por Hely Lopes Meirelles, em 1977, como anota Celso Antônio Bandeira de Mello (in RTDP 31/19). Cabe a Hely (*Estudos e pareceres de Direito Público*, v. II, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, p. 152), contudo, a virtude de ter, então, pela primeira vez mencionado que o § 2º do art. 170 da EC 1/69 diria respeito apenas às empresas estatais que explorassem atividade econômica; vale dizer,

---

18. Sobre a legalidade, vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 168-190.

19. Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 225 e ss.

20. Vide meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, pp. 158 e ss.

unicamente elas, não as prestadoras de serviços públicos, seriam regidas “*pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações*” Posteriormente, em 1.981, em meu *Elementos de Direito Econômico* (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pp. 101 e ss., especialmente 105-6) detive-me sobre a questão, tormentosa porque mencionamos *empresas estatais que exploram atividade econômica e empresas estatais que prestam serviço público* e, não obstante, *serviço público é atividade econômica!* (vide, a esse respeito, meu *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., pp. 138 e ss.). Pois bem: embora tenha sido disseminado o entendimento de que o preceito veiculado pelo § 2º do art. 170 da EC 1/69 - ao qual corresponde o § 1º do art. 173 da Constituição de 1988 - aplica-se exclusivamente às empresas estatais que exploram *atividade econômica em sentido estrito*, ainda há quem hoje não o compreenda e, mais grave, sustente que a norma involucrada no art. 170, *caput* da Constituição vigente, limita o exercício, pelo Estado, da função de prestar serviços públicos...

A distinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade, ainda que por ela reconhecida, enreda-a em descaminhos turbulentos, sempre por conta dos chamados “conceitos indeterminados”<sup>21</sup> cuja determinação envolveria um juízo de oportunidade, não um juízo de legalidade. Daí a injustificável superposição entre discricionariedade e interpretação/aplicação do Direito.<sup>22</sup>

10. Assim se perde, essa doutrina, em um paradoxo insuperável, sem se dar conta de que, quando o Terceiro Estado percebeu que a legalidade dificultava a colocação da Administração a seu serviço, insitucionalizou duas válvulas de escape visando superar essa dificuldade, os regulamentos e discricionariedade.<sup>23</sup>

Combate os regulamentos,<sup>24</sup> é verdade, mas ignorando-os e assim negando a necessidade, agora outra, de serem eles produzidos na esfera da capacidade normativa de conjuntura,<sup>25</sup> âmbito da função normativa própria do Executivo.<sup>26</sup> Contraditoriamente, contudo, acoca a teoria dos “conceitos indeterminados” dando franca liberdade ao exercício, pelo Executivo, da discricionariedade, que concebe como um poder da Administração, não como faculdade de formular juízos de oportunidade,

---

21. Sobre os conceitos jurídicos e o conceito de noção, vide meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, Malheiros Editores, São Paulo, 2002, pp. 206 e ss., especialmente 211-215.

22. Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 210-214.

23. Idem, p. 181.

24. O fundamento da produção de regulamentos de execução encontrar-se-ia na teoria dos “conceitos indeterminados”, visto que prestar-se-iam eles a regular situações em que cabe *discricionariedade administrativa* no cumprimento da lei; vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 245-246.

25. Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 242.

26. O *script* é porém seguido à risca: como cscs regulamentos são tidos como inconstitucionais, não se os discute, ficando elas por elas...

exercitável exclusivamente nos estritos termos de lei, tal como por ela, lei, atribuída à autoridade administrativa.<sup>27</sup>

Daí porque se impõe a crítica e a defesa da legalidade, o que supõe, como premissa, o conhecimento da realidade, tal como ela é - e não tal como seria bom que ela fosse, segundo as crenças ideológicas de cada um e, nela, da necessária existência de regulamentos autorizados, que essa mesma doutrina chama de regulamentos “delegados”; regulamentos que são editados pelo Executivo em decorrência de atribuição explícita a ele, definida em lei, do exercício da sua função normativa regulamentar<sup>28</sup> o que permite o controle da legalidade de todos eles.

Diante de argumentos irrefutáveis, os arautos da doutrina a eles escapam fazendo uso do velho método descrito por Galbraith (*A economia e a arte da controvérsia*, trad. de Gilberto Paim, Eidtora Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1959, pp. 70-71): “É muitas vezes mais eficiente e invariavelmente poupa mais tempo e energia o ataque a uma posição como antiamericana, alienígena, extravagante, cheia de subterfúgios, inexecutível ou pró-comunista do que se se adotasse a técnica algo antiquada de examinar a questão em seus méritos” Limitam-se a afirmar que “todo marxista é autoritário e defende o Executivo forte” sem se dar conta de que é exatamente a tese dos “regulamentos delegados” que conduz ao descontrole da ação do Poder Executivo.

11. O fato é que essa doutrina se perde dentro de si própria porque construída desde a visão do individual, incapaz de perceber que urge reconstruirmos o Direito Administrativo como regulação da ação do Estado, voltada à satisfação do social e não apenas como conjunto de regras que regula as relações dos particulares com a autoridade administrativa.

Impõe-se substituírmos o *Direito Administrativo/defesa do indivíduo* por um outro, um *Direito Administrativo/organização do Estado*, que não apenas proteja o indivíduo, mas, ademais, esteja a serviço da satisfação do social. Um Direito Administrativo erguido sobre uma distinta noção de legalidade, que respeite aos procedimentos administrativos *em si*, e não atue exclusivamente na medida em que a eles seja correlata uma situação subjetiva do particular, sobre a qual tenha incidência um efeito de extinção ou limitação. Uma legalidade que não se manifeste exclusivamente no quadro da dialética da autoridade e da liberdade - uma necessariamente adversa da outra - mas que se imponha como regra de conteúdo [não apenas de limite] da atividade administrativa; legalidade que consubstancie a garantia de fins públicos, na implementação de políticas públicas, e não somente, e de modo exclusivo, a proteção do interesse privado<sup>29</sup>

A contribuição da literatura jurídica para uma noção de *política pública*

27. Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., pp. 222-223.

28. Idem, pp. 249-254.

29. Vide meu *O direito posto e o direito pressuposto*, cit. p. 174, c, mais amplamente, Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, volume primo, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 3-88.



é bastante pequena. Um dos poucos juristas que escreveu sobre o tema, Fábio Comparato (*Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, in “Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2 - Direito Administrativo e Direito Constitucional” Celso Antônio Bandeira de Mello (organizador), Malheiros Editores, São Paulo, 1997, pp. 343-359) salienta a novidade da política pública em relação às normas e aos atos, pois uma política pública não é uma coisa nem outra, ainda que as englobe como seus componentes. A política pública é uma *atividade*, vale dizer, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Esse conjunto — a política — é unificado pela sua finalidade (veja-se, sobre elas, Maria Paula Dallari Bucci. *Direito Administrativo e políticas públicas*, tese, São Paulo, 2001). A verdade é que inúmeras vezes mencionamos a circunstância de o Direito deixar de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar também como instrumento de implementação de políticas públicas, sem prestar a devida atenção às consequências disso. Em monografia sobre o tema, Charles-Albert Morand (*Le droit néo-moderne des politiques publiques*, L.G.D.J., Paris, 1999) analisa a profunda influência das práticas das políticas públicas sobre as formas jurídicas, afirmando mesmo a existência de um *direito das políticas públicas*, cujas características são a flexibilidade, o “*flow*” e a complexidade; por fim o autor indaga, para negá-lo, se esse *direito das políticas públicas* não estaria a dar lugar ao advento de um “direito pós-moderno” (ob. cit., pp. 194-211). O fato é que as reestruturações da “ordem capitalista” que assistimos durante a última década do século que passou não se limitam a encaminhar transformações isoladas na ordem jurídica, identificadas na criação de um novo ramo ou mesmo de um novo instituto jurídico, mas apanham e afetam o Direito no seu todo. Em breve síntese podemos dizer que desde a sua segunda metade alterou-se, e de modo extremamente sensível, o processo de juridificação do econômico e do social. E essa juridificação, que importou em uma cada vez mais apurada e refinada regulação de ambos, o econômico e o social - é verdade que negada nos últimos anos, os anos do neoliberalismo - essa juridificação, dizia, conduziu a enorme complexidade. Quem percorrer os índices das revistas jurídicas estrangeiras da década dos setenta, por exemplo, verificará que o fenômeno da “inflação normativa” desde então atormentava os estudiosos do Direito. Em 1970, André Hauriou mencionava o *direito administrativo do aleatório*; em 1983, Carbonier explorava a idéia de *flexibilidade do direito*. A todas essas transformações permaneceu como que imunizada nossa doutrina.

Um Direito Administrativo voltado à análise da funcionalidade da Administração, capaz de discernir, na complexidade da organização estatal, os inúmeros pontos a harmonizar na atuação das suas entidades não uma fotografia exatamente estática, mas o movimento de sua ação.

A múltipla e vária, quase verborrágica, produção de ensaios e teses sobre as “agências” (vide meu *As agências, essas repartições públicas*, in *Regulação e Desenvolvimento*, Calixto Salomão Filho [organizador], Malheiros Editores, São Paulo, 2002, pp. 25-28) é feita para e pelo lado de fora, sem que se detenham, os que escrevem sobre elas, no exame dos efeitos internos, no quadro da Administração ela própria, que

decorrem da sua criação. Resultado é que mais não se faz, aqui, do que macaquear a doutrina norte-americana e da Comunidade Européia, sem nenhuma construção doutrinária atinente ao direito brasileiro (por exceção, entre uns poucos outros, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*, in Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 35, pp. 143 e ss., e Floriano Peixoto de Azevedo Marques, *Regulação estatal e interesses públicos*, Malheiros Editores, São Paulo, 2002).

12. A reconstrução do Direito Administrativo demanda muita leitura interdisciplinar e reflexão.<sup>30</sup>

Seria conveniente, preliminarmente, tomassem conhecimento, os que aderirem a essa empreitada, de que o Estado é o espaço de socialização da liberdade.

Discorrendo sobre a relação entre Estado e sociedade, Hegel os toma como duas etapas de uma mesma ordem, a ordem política. A sociedade civil é um momento anterior ao Estado, uma etapa da ordem política; é um momento abstrato da pura e simples realidade da idéia moral objetiva; não é ainda a vontade substancial revelada “*clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe*”; ela apenas se realiza como totalidade concreta no plano do Estado.

Leia-se, do *Princípios da filosofia do direito*, os §§ 182 e 183.<sup>31</sup>

Após, o § 157, b),<sup>32</sup> de onde se extrai:

*“A sociedade civil é associação cujos membros são indivíduos independentes, reunidos em uma universalidade formal em função das suas carências e pela constituição jurídica (Rechtsverfassung) como instrumento de segurança da pessoa e da propriedade dos bens e por meio de uma regulamentação exterior destinada a satisfazer os interesses particulares e coletivos. Este Estado exterior<sup>33</sup> encontra sua unidade e sua coesão no fim e na realidade dessa universalidade substancial e da vida pública consagrada a essa universalidade, isto é, na constituição do Estado (Staatverfassung).”*

E do § 257<sup>34</sup> :

*“O Estado é a realidade em ato da Idéia ética — o Espírito ético enquanto vontade substancial revelada, clara para si mesma, que se conhece e se pensa, e realiza o que sabe e porque sabe.*

30. Cabe como u’a luva, aqui, a observação de Luciano de Oliveira e Affonso Cezar Pereira [ob. cit., p. 148]: “*não é possível ao Direito Administrativo se pôr à margem de discussões que, na área das ciências sociais, enfocam a questão do Estado a partir dos dados da realidade atual e concreta*”

31. Ob. cit., pp. 215-216.

32. Idem, p. 198.

33. = regulamentação exterior.

34. Ob. cit., p. 258.

*O Estado tem a sua existência imediata no costume e a sua existência mediata na consciência de si, no saber e na atividade do indivíduo, que obtém a sua liberdade substancial nele [o Estado], que é sua essência, o fim e o produto da sua atividade.*”

Em seguida, do § 258<sup>35</sup> se extrai:

*“O Estado, enquanto realidade em ato de vontade substancial, realidade que ele, o Estado, adquire na consciência particular de si universalizada, ele [o Estado] é o racional em si e para si. Essa unidade substancial é fim em si, absoluto e imóvel, no qual a liberdade obtém o seu valor supremo, da mesma forma que este último fim possui um direito soberano perante os indivíduos cujo dever supremo está em serem membros do Estado.*

*(...)*

*Sendo, o Estado, Espírito objetivo, apenas como seu membro é que o indivíduo adquire verdade, uma existência objetiva e uma vida ética [= moralidade]. A associação como tal — associação dos indivíduos no Estado — é o verdadeiro conteúdo e o verdadeiro fim<sup>36</sup>. porque o destino dos indivíduos está em participarem de uma vida coletiva; quaisquer outras satisfações, atividades e modalidades de comportamento encontram seu ponto de partida e seu resultado neste ato substancial e universal. Considerada abstratamente, a racionalidade consiste essencialmente na união íntima do universal e do particular. Considerada concretamente, como no caso se dá, ela consiste, quanto ao seu conteúdo, na unidade da liberdade objetiva [a vontade geral substancial] e da liberdade subjetiva como consciência individual e vontade que busca a realização de seus fins particulares.”*

Convém, por fim, a releitura de trecho do § 260<sup>37</sup> :

*“Daí provem que o universal não tem valor e não pode ser realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares e que, paralelamente, os indivíduos não vivem unicamente orientados pelo seu interesse, como simples pessoas privadas, sem relação com o universal [= com a vontade universal], sem exercer uma atividade consciente deste fim. O princípio dos Estados modernos possui esta imensa força e profundidade: permitem que o espírito da subjetividade alcance a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo em que*

---

35. Ob. cit., pp. 258-9.

36. Dos indivíduos.

37. Ob. cit, pág. 264.

*o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio”*

O Estado é a realidade em ato da liberdade concreta.

Ora, a liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus interesses particulares, possuir de tal modo o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento de seus direitos para si (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, i. em parte, eles se integram por si mesmos no interesse universal e ii. em parte, consciente e voluntariamente o reconhecem<sup>38</sup> como seu particular espírito substancial e para ele agem como seu último fim.

A leitura de Hegel mostra bem que não há espaço para a liberdade individual senão no seio do Estado, senão enquanto os indivíduos permaneçam ligados ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade individual. Ao compreendê-lo, extraímos todas as conseqüências da afirmação aristotélica de que o homem é, essencialmente, um animal político. *“Evidentemente não sou parvo. Conheço bem quem arrebatou esse troféu, o Estado, e sei que o sistema capitalista da produção elege como ratio fundamentalis do ordenamento político o lucro e, no delírio neo-liberal, substitui a Happiness fundada na ética pela Happiness entendida como valor hedonístico”* (cf. Alberto Donati, *Giusnaturalismo e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 336 e 342).

13. Carecem de muita leitura e reflexão interdisciplinares os nossos dogmáticos, até para que fiquem cientes de que há sempre um grego ou um romano que já disse antes o que pensam ser uma criação intelectual sua. Lembro que mesmo Hegel bebeu nas fontes de Platão e de Aristóteles...

Isso, contudo, ainda é pouco, dado que, para que não lhes seja amoldável a última frase do antepenúltimo parágrafo do prefácio que von Ihering escreveu para a décima quarta edição do *Der Kampf um's Recht*<sup>39</sup> [*“wunderliche Scherze, an denen man jenseits des Oceans sein Vergnügen findet”*], é preciso também que se libertem da ilusão da certeza. O Direito, seguramente, não é um jogo de vidrilhos que se olha contra o sol...

Desafiá-los, isso me rejuvenesce, pois repito o que disse há alguns anos - não merece o privilégio de viver o seu tempo quem não é capaz de ousar... Ousar pelo social, jamais pelo individual de e em si mesmo.

São Paulo, novembro de 2002.

---

38. O interesse universal.

39. Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1900.

## SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E SUA TUTELA

*Alysson Leandro Mascaro*

Doutorando em Filosofia do Direito na Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo

### Resumo:

Os direitos humanos, a mais importante das etapas de sua construção jurídica, a popularização da questão dos direitos humanos, a vulgarização deste tema que representa uma vitória e ao mesmo tempo um grande problema. Uma releitura dos direitos humanos mesclada com os caminhos da Filosofia são os propósitos minuciosos do autor.

### Abstract:

The human rights, the most important stage of their juridical construction, the popularization of human rights' question, the vulgarization of this theme that represents a victory and in the same time a big problem. A human rights' rereading mixed with the Philosophy's ways are the minutes purposes of the author.

**Unitermos:** crítica aos direitos humanos; tutela jurídica efetiva; transformação social.

Que o capítulo dos direitos humanos represente uma das mais importantes etapas de nossa construção jurídica, está a abundante literatura, muito dela bastante abalizada, a nos demonstrar. Parece vencido, ao menos academicamente, o preconceito dos juristas contra o tema dos direitos humanos. O que não quer dizer, muito pelo contrário, que sejam os direitos humanos, em sua vivência, uma realidade já concretizada e plenificada.

Da mesma forma que nas últimas décadas aumenta a popularização da questão dos direitos humanos, aumenta também uma certa incompreensão a respeito do tema que só é cada vez mais reforçada quanto mais vulgarmente banalizada é a idéia. Corre com os direitos humanos o mesmo que um dia aconteceu com temas como democracia ou ideologia. Todos “sabemos” intuitivamente o que sejam, até mesmo sabemos tomar posições e decisões a respeito destas questões, mas destes temas não conseguimos esboçar conceitos nem definições melhores quando chamados a dá-los; mantemos ainda pés de barro enquanto as mãos já estão operando e as cabeças sentenciando contra e a favor. O que é democracia, o que é ideologia, o que são direitos humanos, todas estas parecem perguntas sem muita necessidade na nossa realidade contemporânea porque todos parecem que saber a resposta. Mas justamente quando o conceito é utilizado por todos – e já não se sabe mais para que fim nem tampouco para que o interesse na recorrência ao tema – é que é preciso saber distinguir joios e trigos, voltando-se à base mesma de compreensão do conceito.

Não escapam os direitos humanos desta vulgarização que os põem na boca de todos e, ao mesmo tempo, para dizer nas conhecidas palavras de Heidegger, de ninguém. *Todo mundo e ninguém* parecem ser muito próximos. Não é outra a razão de logo vermos, pela boca comum, infelizes expressões como “direitos humanos de bandidos” “direitos humanos da vítima” ou, então, concepções aparentemente definitivas, como direitos humanos como sinônimos de direitos naturais, ou direitos humanos constitucionais etc. A vulgarização do tema dos direitos humanos, ao mesmo tempo que representa uma vitória, representa um grave problema. Por detrás dos usos do conceito podem estar posições as mais avessas e contrárias aos direitos humanos, bem como por democratas se declarou, consciente ou inconscientemente, boa parte dos ditadores do século XX. Da mesma forma que foi preciso perguntar a estes ditadores o que entendiam por democracia, para salvar a própria, é preciso também nos dias atuais perguntarmo-nos a respeito dos direitos humanos, querendo salvá-los.

Esta é uma necessidade imperiosa a favor dos direitos humanos, necessidade que é no fundo tão velha quanto a busca da verdade, tão velha quanto o patrono da Filosofia, Sócrates, querendo iluminar os conceitos na velha Atenas, que tanto se reputava democrática, mas que era uma polis escravista e sectária também. Esta imperiosidade da destruição de nossas verdades aparentemente óbvias e das quais nunca nos indagamos é o primeiro passo para uma verdadeira aproximação da questão dos direitos humanos. Quando antigos áulicos de ditaduras, impiedosos e frios tecnocratas, banqueiros internacionais e organismos financeiros exploratórios parecem todos estar de acordo “a favor” dos direitos humanos, perguntemo-nos sobre o que se entende por isso.

Num rico prefácio da obra *Fenomenologia Existencial do Direito*, de Jeannette Antonios Maman, Aloysio Ferraz Pereira encaminha algumas possíveis correntes contemporâneas de compreensão do Direito, que compreendem também, por seu turno, certas concepções sobre os direitos humanos. As decorrências destas visões são as várias abordagens e os vários conceitos e utilizações do termo direitos humanos na atualidade jurídica e jusfilosófica. Diz o antigo professor da Universidade de São Paulo:

*“(...) Pois, com efeito, esses lugares comuns, de origem político-jurídica, não filosófica, embora confluentes no final, parecem-me redutíveis a três. Resumindo:*

- 1. o do individualismo voluntarista, que hoje alimenta a ideologia internacionalista e os negócios da globalização;*
- 2. o da retórica linguístico-sofística, a serviço também do capital mundializado e do correspondente consumismo periférico; e*
- 3. o do tecnocientificismo conceitual, alheio a toda filosofia, mas temente a Deus, com laivos involuntários de jusnaturalismo (leia-se jus-racionalismo de tipo utilitário).”<sup>1</sup>*

---

1. PEREIRA, Aloysio Ferraz, *Prefácio* à obra de MAMAN, Jeannette Antonios, *Fenomenologia Existencial do Direito*, São Paulo, Edipro, 2000, p. 14.

Os caminhos da Filosofia do Direito, no sentido de desvendar as questões atinentes à questão dos direitos humanos, devem desde logo se emancipar das infelizes tradições que ainda confinam o Direito ora ao tecnicismo, ora a um racionalismo capitalista, ora à manutenção da “ordem” como se fosse isto algo inexorável e amplamente conhecido, e também deve a Filosofia do Direito, buscando construir mais altos conceitos de direitos humanos, escapar do sociologismo da rama que com alguns bordões sobre globalização faz silogismos fáceis sobre as derivações e as possibilidades dos direitos humanos na realidade, utilizando como conceito de direitos humanos este mesmo mal-esclarecido pelo conservador arremedo da filosofia jurídica tradicional.

As vogas dos direitos humanos.

Na perspectiva do professor Aloysio Ferraz Pereira, um primeiro caminho das trilhas dos direitos humanos na atualidade é a do individualismo voluntarista. Este individualismo voluntarista é a típica construção *moderna* dos direitos humanos. É, talvez, a mais insistente concepção que brota nos juristas da atualidade, com uma proposta muito clara: a alimentação de uma lógica econômica globalizada.

Esta concepção moderna, liberal, alimentou grande parte da formulação jurídica dos séculos XVIII e XIX, esteve bastante desprestigiada na maior parte do século XX, mas parece ter voltado à tona nos últimos tempos como teoria válida e útil num mundo internacionalizado e globalizado, neoliberal na expressão que quer encerrar esta definição.

Estes direitos humanos voluntaristas podem ser medidos pelas ações internacionais visando à defesa de minorias, ao combate à violência ou à defesa da democracia, tudo isto por meio de países como os EUA, cujo impulso para ditar os direitos humanos aos países periféricos é a máscara que esconde seus objetivos mais canhestros, negociais e exploratórios no plano mundial. É de se perceber, aliás, que boa parte das guerras financiadas e mantidas pelos EUA e outros países dominantes tem discurso motivador na violação de direitos humanos. A lógica destas ações, no entanto, passam longe do problema.

A segunda via da construção destes direitos humanos são a sua utilização retórica, sofisticada, que faz com que direitos humanos sejam, na atualidade, objeto de adorno de teses acadêmicas, cereja de bolo de eventos jurídicos e de cidadania, insuflando inclusive abertura de cátedras em universidades para o tema. É arroz de festa, da mesma forma que os jantares das grandes damas da sociedade a favor dos pobres. A vertente mais sofisticada e filosófica desta via é a sua formulação pela filosofia da linguagem, que a torna um problema hermenêutico esvaziado de sociabilidade, historicidade e senso crítico, portanto apto a não produzir efeitos radicais na prática, mantendo então a ordem no modo pelo qual ela já está efetivada.

A terceira via apontada por Ferraz Pereira, esta sim é muito mais próxima da realidade jurídica atual, a do techno-cientificismo conceitual misturado com pretensões a direito natural. Os direitos humanos passam a ser, nesta perspectiva, conceito,

ferramental, instrumento, cuja validade está na sua própria concepção formal, valem *porque estão expressos* no Direito, e portanto ao jurista cabe apenas aplicá-los como se aplicam quaisquer outros instrumentais legais.

Se não são utilizados tecnicamente, tendo por base o próprio dogmatismo, são utilizados então tendo por base laivos jusnaturais. O perigo aqui aumenta ainda mais. O jurista que se utiliza dos direitos humanos porque são lei não faz mais nada, a não ser respaldar a legitimação do sistema que confina o Direito às leis inefetivas. O jurista que se utiliza dos direitos humanos porque pensa que estes são lei natural – e jusnaturalismo aqui tomado não na sua acepção grega, mas na medieval ou moderna, ou seja, como lei, vinda de Deus ou da razão individual – escapa do tecnicismo, mas cai na metafísica. Vale dizer, em todos estes casos, a crítica verdadeira ao desrespeito aos direitos humanos não é feita. No primeiro caso porque estes atos individuais multinacionais são paliativos a bem dos negócios da globalização. No segundo caso porque são falsos e acríticos. No terceiro caso porque são ou dogmáticos – e o dogmatismo pode ser tanto hoje a favor dos direitos humanos quanto pode ser contra amanhã – ou então são metafísicos e não enxergam um palmo do problema social da questão.

Trazer a compreensão dos direitos humanos para a História Social do homem, para as estruturas sociais de exploração e os conflitos de classe, trazer a crítica para um patamar suficiente que a faça ser compreendida a partir de suas causas mais profundas, tratando da questão *radicalmente* e não com paliativos, isto em geral não vem sendo feito pelas teorias jurídicas a respeito dos direitos humanos.

O pensar crítico sobre os direitos humanos.

Marx, na *Questão Judaica*, pela primeira vez expôs uma crítica filosófica profunda aos direitos humanos tomados na lógica legalista liberal. A contundência marxista se faz pela via da exposição da limitação e da parcialidade dos direitos humanos, tomados pela ótica formal, individual e liberal. Diz Marx:

*“Os droïts de l’homme, os direitos humanos, distinguem-se, como tais, dos droïts du citoyen, dos direitos civis. Qual o homme que aqui se distingue do citoyen? Simplesmente, o membro da sociedade burguesa. Por que se chama membro da sociedade burguesa de “homem” homem por antonomásia, e dá-se a seus direitos o nome de direitos humanos? Como explicar o fato? Pelas relações entre o Estado político e a sociedade burguesa, pela essência da emancipação política. Registremos, antes de mais nada, o fato de que os chamados direitos humanos, os droïts de l’homme, ao contrário dos droïts du citoyen, nada mais são do que direitos do membro da sociedade burguesa, isto é, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade.”<sup>2</sup>*

---

2. MARX, Karl. *A Questão Judaica*. São Paulo, Centauro, 2000, p. 34.



Na *Sagrada Família*, continua Marx num balanço dos direitos humanos:

*“Já se demonstrou como o reconhecimento dos direitos humanos pelo Estado moderno tem o mesmo sentido que o reconhecimento da escravidão pelo Estado antigo. Com efeito, assim como o Estado antigo tinha por fundamento natural a escravidão, o Estado moderno tem como base natural a sociedade burguesa e o homem da sociedade burguesa, isto é, o homem independente, ligado ao homem somente pelo vínculo do interesse particular e da necessidade natural inconsciente, tanto a própria como a alheia. O Estado moderno reconhece esta sua base natural, enquanto tal, nos direitos gerais do homem. Todavia, ele não é seu criador. Sendo como é, produto da sociedade burguesa, impelida por seu próprio desenvolvimento além dos velhos vínculos políticos, ele mesmo reconhece, por sua vez, seu lugar de nascimento e sua própria base mediante a proclamação dos direitos humanos.”*<sup>3</sup>

A crítica marxista aos direitos humanos, tomados nesta sua acepção liberal, não é oposição ou negação dos direitos humanos. Pelo contrário, é a afirmação da parcialidade de sua feição liberal, vale dizer, é a afirmação da impossibilidade concreta de direitos humanos, tomados numa feição plena, substancial, se fíncada numa perspectiva liberal. Esta perspectiva só faz por afirmar a *proclamação* dos direitos humanos.<sup>4</sup> Não se confunde, pois, esta postura, de dialética de classes dos direitos humanos, com uma eventual crítica do passadismo, dos movimentos absolutistas ou pré-liberais, que construíram uma crítica aos direitos burgueses por razão da manutenção de seus privilégios. A crítica marxista é a crítica do avanço para dentro do problema, e não para fora, de retorno ou conservação dos privilégios.<sup>5</sup>

---

3. *Op. Cit.*, p. 75.

4. O filósofo do Direito Villey trata da questão numa de suas últimas obras: *“J’estime donc fondée la critique de Marx; elle portait, dans La question juive, contre les formules de la Déclaration de 1789, qui sont un écho de la doctrine de Locke. Ces droits de l’homme “formles” (libertés) ne sont pas pour tous, mais pour quelques-uns. Ils servirent à la destruction de la monarchie, mais lui substituèrent une oligarchie. Ils ont signifié la domination politique de la classe bourgeoise; dans l’économie, du capitalisme”* VILLEY, Michel. *Le Droit et les Droits de L’Homme*. Paris, PUF, 1998, p. 152.

5. Diferente, pois, de críticas que seguem pelo caminho do conservadorismo ou do reacionarismo, como parece ser o caso exemplar de Edmund Burke. Suas posições, no que dizem respeito aos direitos humanos, são muito nítidas, numa crítica que em nada lembrará a posterior crítica marxista: *“(O homem) abdica de todo direito de ser seu próprio governante. Inclusive, numa grande medida, ele abandona o direito de autodefesa, a primeira lei da natureza. Os homens não podem desfrutar dos direitos de um Estado civil e incivil ao mesmo tempo. (...) A fim de que possa garantir uma parte da liberdade, ele faz uma concessão como caução à sua totalidade. (...) De que vale discutir um direito humano abstrato à comida e ao medicamento? A questão está no método de produzi-los e administrá-los. Nesta deliberação, sempre aconselho a buscar a ajuda do agricultor e do médico, em lugar da do professor ou da metafísica”*. In *Os Clássicos da Política*, Vol. 2, São Paulo, Ática, 1995, p. 38.

A insistência da crítica marxista é a de demonstração da parcialidade do sentido formal dos direitos humanos. Na verdade, a tomada de posição a favor dos direitos humanos, na perspectiva marxista, é uma ação que chega ao cerne do problema da exploração, do domínio dos meios de produção, e, pois, envolve muito mais que a mera declaração de direitos. Envolve, sim, o que não faz dos direitos humanos sinônimo de direitos do homem burguês: a transformação das relações sociais, portanto muito mais um problema da práxis do que propriamente da teoria.

O problema da liberdade real e não da formal, da igualdade real e não da isonomia, do exercício pleno dos direitos humanos, só tem resolução, na perspectiva marxista, pela práxis e não pela declaração de direitos. Aliás, pode-se mesmo apontar que os direitos sociais, que são os que vêm em geração seguinte aos direitos humanos formais (de primeira geração), são sempre direitos de concretude relacional, de práxis muito mais do que de forma. Por isso são tão mais próprios do campo da atividade política do que os direitos burgueses, mais próprios do campo da atividade judiciária.

Qual o sentido deste avanço crítico de Marx no tratamento da questão dos direitos humanos? Talvez seja o de inscrever os direitos humanos não numa essência genérica humana, tampouco numa espécie de dignidade indevassável da individualidade. A grande contribuição marxista à questão dos direitos humanos talvez seja a inserção definitiva do problema no aspecto social do homem, na sua relação social e produtiva, na sua práxis enfim. Tomados na acepção liberal, os direitos humanos são problema de simples afirmação *jurídica*. No mundo do Direito e da tutela jurídica esgotam-se suas possibilidades e sua efetividade. Tomados num sentido crítico profundo, os direitos humanos demonstrar-se-ão os direitos da *práxis* humana, uma construção relacional, social, cuja efetividade não se perfaz *apenas* pelo campo do Direito, mas, muito mais, está ligado ao problema da efetivação dos excluídos e da transformação das relações de exploração social. Este prisma talvez tenha inspirado muito das lutas que, a partir do século XIX, insurgem-se contra o Direito dado pela apenas pela forma para a busca de consecução do Direito afirmado pela História Social do homem. Aliás, todas as gerações posteriores de direitos humanos que vão se sucedendo aos primeiros, individuais e formais, não são mais gerações de direitos meramente declarados, mas direitos que demandam relações sociais, políticas e econômicas de efetivação.

A crítica social na inefetividade formal.

A crítica que aprofunde o problema dos direitos humanos de maneira dialética não quer jamais dizer respeito a um certo abandono de ganhos históricos liberais. A dialética marxista sempre pressupõe, na verdade, a tensão entre pólos cuja afirmação é concreta, e não puramente teórica. Vale dizer, é impossível uma dialética de superação do legalismo liberal dos direitos humanos sem que já se tenha por dado esta instância dialética. Da mesma forma como a dialética marxista esteve despreparada para pensar o problema da passagem direta do feudalismo ao socialismo – posto que a perspectiva da transformação dialética socialista tem por base a tese capitalista –,

também é muito difícil pensarmos um aprofundamento crítico da questão dos direitos humanos sem ter por base o seu dado liberal formal. O caso brasileiro, no entanto, é uma fuga do modelo clássico de direitos humanos liberais. A crítica marxista ao direito liberal talvez não encontre um modelo liberal típico no exemplo brasileiro. Na verdade, ainda persiste, até a atualidade, uma relação da sociedade brasileira para com os direitos humanos, cujo esteio talvez seja pré-liberal, ou paroliberal pelo menos.

Marilena Chauí aponta este dilema do caso brasileiro, que não chegou aos direitos humanos liberais e portanto deverá ter uma crítica muito peculiar ao modelo liberal:

*“O Brasil é uma sociedade autoritária, na medida em que não consegue, até o limiar do século XXI, concretizar sequer os princípios (velhos de três séculos) do liberalismo e do republicanismo. Indistinação entre o público e o privado, incapacidade para tolerar o princípio formal e abstrato da igualdade perante a lei, combate da classe dominante às idéias gerais contidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, repressão às formas de luta e de organização sociais e populares, discriminação racial, sexual e de classe, a sociedade brasileira, sob a aparência de fluidez (pois as categorias sociológicas, válidas para a descrição das sociedades européias e norte-americanas, não parecem alcançar a realidade brasileira), estrutura-se de modo fortemente hierárquico, e, nela, não só o Estado aparece como fundador do próprio social, mas as relações sociais se efetuam sob a forma da tutela e do favor (jamais do direito) e a legalidade se constitui como círculo fatal do arbítrio (dos dominantes) à transgressão (dos dominados) e, desta, ao arbítrio (dos dominantes).”<sup>6</sup>*

A dificuldade de uma crítica socialista ao modelo liberal dos direitos humanos é que, numa realidade como a brasileira, sequer contamos com estes. A história de nossas ditaduras (a última acabada há menos de vinte anos), uma história de formação social que se forjou na escravidão e na exploração mais vil possível, a mentalidade autoritária em cadeia, do primeiro ao último numa perversa relação de domínio sem respeito, tudo isso faz com que os direitos humanos, tomados na sua lógica liberal, já sejam considerável avanço perante a sua negação sistemática que impera até a atualidade. No entanto, é preciso ainda afirmar a crítica mais profunda, que na verdade é a crítica ao próprio sistema social de estruturação da opressão, de tal modo que os direitos humanos, no caso brasileiro, não venham a ser reparo dos desrespeitos, mas a própria estrutura social de dignidade e respeito. Ainda hoje, no Brasil e nos países explorados, já se tem que vencer a fronteira do caráter social dos direitos humanos sem mesmo ter chegado à fronteira dos direitos humanos liberais individuais. A batalha pelos direitos humanos em nossa realidade brasileira, pois, é sempre dupla.

---

6. CHAUI, Marilena. *Conformismo e Resistência*. São Paulo, Brasiliense, 1993, p. 47.

## A crítica vencida e as garantias das possibilidades neoliberais.

A postura de afirmação crítica dos direitos humanos vem sucumbindo, nos últimos tempos, a uma lógica devastadora, que de direitos humanos só tem uma pálida máscara, mas cujo conteúdo é seu exato contrário, na medida em que esfacela as conquistas sociais. Se desde o século XIX a luta pelos direitos humanos aprofundou-se pelo ângulo da sua afirmação plena, histórica, social, a partir das classes exploradas e oprimidas, o que se vê na realidade atual, no entanto, são os direitos humanos não como luta, não como afirmação da dignidade dos explorados, mas sim como garantias genéricas dos exploradores. A luta social e as tensões que fizeram dos direitos humanos objeto de concreção social foram abandonadas para a afirmação de uma espécie de direitos humanos meramente formalista, aos moldes do típico liberalismo jurídico de antanho. O desmonte da preocupação social e das lutas de classe fizeram com que o problema dos direitos humanos seja, mais uma vez, um mero problema de forma.

O claro resultado de um mundo que vai entrando numa organização capitalista neoliberal é a expansão das garantias capitalistas formais para dentro de todas as nações, esfacelando as lutas sociais locais e homogeneizando os mínimos direitos formais que interessam ao capitalismo. Se lembrarmos que o projeto liberal, iluminista e burguês do século XVIII era a lei universal, pode-se perceber que este projeto venceu, mais de dois séculos depois.

Kant, na *Paz Perpétua*, pontificava a respeito de uma legislação cosmopolita, cujas estipulações fossem universais. Baseava-se nos imperativos categóricos e num pano de fundo ainda mais amplo que era o da pressuposição de interesses e necessidades iguais para todos os seres humanos. Ora, os únicos interesses universalizáveis são os da classe burguesa, a única que se afirma como classe universal. O antigo regime, ao qual se opõe a burguesia, é regime de *status*, de privilégio; portanto, não é universal. A crítica contemporânea, por seu turno, insiste no conflito social, no conflito de classes, portanto não em um direito para todos, mas um direito de classes. Somente o típico pensamento burguês moderno contenta-se com os remédios jurídicos genéricos, posto que é exatamente na forma universal que se afirmam os interesses burgueses. Liberdade, sendo liberdade formal e negocial, universal portanto, é a liberdade burguesa. Igualdade, sendo a igualdade formal e não a concreta, a de possibilidades, é a liberdade burguesa, que não a diferencia da nobreza e portanto não lhe aferroa com privilégios alheios, e nem tampouco diferencia os excluídos do poder econômico da classe burguesa. Os direitos humanos, esvaziados da sua perspectiva concreta, social, de classe, esvaziados dos interesses sociais que estão em conflito estrutural na sociedade capitalista, não são nada mais que os direitos burgueses.

Os tempos atuais, tempos neoliberais e de exacerbação da exploração capitalista em nível mundial, são tempos que insistem novamente no discurso dos direitos humanos, no discurso universalista destes direitos. Esvaziam-se os direitos humanos sociais, toleram-se os direitos de terceira ou quarta geração até o ponto em que estes não afetem o capitalismo mundial (os EUA, arautos dos direitos humanos,

não aceitam as restrições ambientais em seu próprio território, só no dos outros). No entanto, a afirmação maior da atualidade é a dos direitos individuais, dos direitos que são mínimos fundamentais à classe burguesa, agora sim definitivamente uma classe universal, posto que o capitalismo está vivo em todas as partes do mundo. Esta é a vitória dos direitos humanos: a vitória do capitalismo, da lógica burguesa, da impossibilidade de afirmação dos direitos sociais e da luta social do homem. São os direitos possíveis e necessários ao sistema capitalista. Se eles se consideram o supra-sumo das preocupações mais altas do homem, todo o resto só haverá por muito generoso acréscimo, e generosidade não está mais na conta de preocupação dos que tratam do tema.

Esta vitória dos direitos humanos liberais, burgueses em essência, é a vitória do capitalismo. Como este vence em plano mundial, vencem também em plano mundial estes direitos humanos. Daí entender-se que a única superpotência mundial mede seus interesses comerciais pela tábua dos direitos humanos. A tábua e a medida confluem.

Estes direitos humanos hoje em voga são o mínimo necessário para o exercício capitalista universal. Respeito universal à propriedade e ao contrato, respeito à liberdade formal e a igualdade formal, democracia formal que afaste rupturas, são as essências que se difundem como faróis desta nova era. As garantias mínimas das possibilidades burguesas parecem ser nada diferente do que um velho clássico do pensamento burguês liberal, Jhering, já asseverava nos idos do século XIX. *A Luta Pelo Direito* é a lógica de que o único direito universal é o mínimo burguês para a “luta” e o demais – dentro dele os direitos sociais e as conquistas sociais – não deve ser objeto do Estado, da Política e do Direito, mas objeto de luta individual<sup>7</sup>. As críticas atrozes a esta impiedosa luta de burgueses e proletários, entre classes sociais com poderes tão distintos jogadas todas à mesma arena, parecem não ter bastado. O mundo retorna à prática e ao pensamento liberal, e o direito como mínimo de garantia das possibilidades burguesas, que era o direito de Jhering e dos burgueses do passado, é novamente reabilitado, agora com um rótulo repintado – com néons e cartazes atraentes de coca-colas e mcdonalds –, ao qual se deu o nome de direitos humanos.

A crítica parece definitivamente vencida. A afirmação de uma luta de classes, de uma luta dos oprimidos, dos sem-terra, sem-teto, sem-possibilidades, já não vai mais comovendo os corações e os intelectos que só se sensibilizam pelas promoções das grandes cadeias de lojas que destinam uma certa porcentagem dos lucros de um dia do ano para causas beneméritas de caridade. Voltam a ser os direitos humanos direitos formais, universais e burgueses, volta o problema social a ser problema de segurança pública e de polícia, e volta a ser a resolução do problema social problema de benemerência de damas da sociedade ou de empresas preocupadas com o futuro das

---

7. “O direito privado, e não o direito público, é a verdadeira escola de educação política dos povos; se alguém quiser saber como um povo defenderá, se for preciso, os seus direitos políticos e sua política internacional, bastará examinar a forma por que o simples particular defende os direitos próprios da vida privada”. JHERING, Rudolf von. *A Luta Pelo Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 63.

criancinhas do mundo. Neste mundo só há espaço para quem seja amigo dos direitos humanos, mas não há espaço para os verdadeiros direitos humanos.

Sobre a tutela dos direitos humanos.

No entanto, é preciso que se reponha e que se compreenda a dialética do problema dos direitos humanos. Principalmente se tivermos em vista o ângulo dos povos explorados, como é o caso do povo brasileiro. Os direitos humanos vistos pela ótica dos interessados maiores na globalização, na liberalização de mercados, levam a esta concepção burguesa, formal, insuficiente. É preciso analisar a questão pelo lado dos explorados, dos excluídos. Da perspectiva destes, o problema é outro, e sabor da vitória tem muitas vezes paladar de derrota.

Ainda na atualidade a luta pelos direitos humanos talvez seja das mais dignas aos povos, às nações e aos indivíduos. No Brasil, ainda hoje não vencemos o patamar da afirmação liberal dos direitos humanos. Não chegamos ao ponto de poder dizer consolidado o mundo formal que tanto interessaria à burguesia, na qual todo indivíduo é respeitado em seus direitos fundamentais. Não chegamos ao mínimo.

No caso brasileiro, vê-se muito nitidamente o quanto falta para que se consolide uma experiência histórica de respeito aos direitos humanos. A estrutura social, os aparatos de repressão, os detentores dos meios de comunicação, são todos violadores contumazes dos direitos humanos mínimos liberais. Na verdade, são violadores de todos os direitos humanos, individuais, liberais, políticos, de cidadania formal, e também dos sociais, de classe, de conscientização e de participação social ativa, de cidadania ativa. Não temos nada a comemorar neste sentido. Aliás, as atuações do Governo federal atual nem chegam ao ponto de defender direitos humanos liberais, mas simplesmente de fazer proselitismo e falsidades hipócritas a respeito do tema.

A dialética dos direitos humanos, que supera os direitos formais para uma definitiva libertação do homem pela práxis, pela sua emancipação social e econômica, na qual não haja o direito do homem burguês, mas a satisfação do homem pleno, esta dialética talvez seja o imperativo fundamental ao qual se impõe que nos atentemos e lutemos, mas, no entanto, a realidade brasileira, em muitos aspectos, sequer chegou à instância dos direitos humanos formais. Por isso se têm, aí, duas lutas fundamentais.

A primeira, a luta incessante para que não haja, no povo brasileiro, o estado de desrespeito (que hoje é atroz) dos direitos humanos, estado este que é típico de um povo cuja lei é comprada e usada a gosto pelas elites, que não são sequer elites liberais burguesas, porque estão acima da lei. O Brasil não tem direitos humanos liberais, porque seus donos estão acima da lei. Sejam os coronéis de ontem e hoje ou os empresários corruptores, não há qualquer subordinação razoavelmente efetiva do poder econômico ao poder político.

A segunda luta é a luta para que os direitos humanos não sejam os direitos de uma burguesia domesticada, liberal, normatizada, cuja legião de excluídos só têm direito de voto. Esta luta pela transformação dos direitos humanos em direitos humanos

plenos e não burgueses, é, no fundo, a luta pela transformação de nossas estruturas sociais, econômicas, produtivas, políticas. Esta luta, difícil por força dos interesses econômicos que aqui falam alto, é, no entanto, a barreira maior a ser vencida.

Um povo criado no eito, na escravidão, como é o caso do povo brasileiro, não chegou a ver no Estado o seu defensor, não chegou a ver na lei sua proteção, tampouco no Direito seu cajado. Eles são inimigos do povo, porque são simplesmente armas dos exploradores nacionais contra o povo. Por isso a luta pelos direitos humanos formais é também uma luta por trazer nossa gente à civilidade, retirando-a do confinamento a este capitalismo exploratório de requintes de crueldade típicos dos senhores de escravo. Estamos ainda num capitalismo escravagista melhorado; os direitos humanos liberais nos farão adentrar no capitalismo assalariado, da exploração do proletário. Mesmo assim não há que se negar a luta pela emancipação de nosso povo desta escravidão que é a falta de lei e de direitos.

Mas tampouco esta é a luta definitiva. A aposta do atual governo do Brasil é a de que é bem possível que empresas multinacionais e organismos financeiros exploratórios venham a dar a lei que nos falta, o que é grande erro de cálculo histórico, mas que bem demonstra que entrar para a civilização capitalista não exige o esforço maior do que o esforço de um mercado econômico liberal e de direito.

Por isso a luta pelos direitos humanos é sempre uma luta maior. Quando se nega a suficiência dos direitos humanos liberais, não se o faz para voltar ao passado. Cada época da dialética histórica fecha as comportas do passado. A crítica aos direitos humanos liberais não é a volta à servidão ou à escravidão, é a crítica prospectiva, é a crítica de aprofundamento, de superação, e não de retorno. Assim sendo, qualquer negação dos direitos humanos, qualquer violação, qualquer ditadura, devem ser rechaçados veementemente por conta de sua atrocidade. A crítica à insuficiência desta voga dos direitos humanos é a crítica à sua compreensão meramente formalista, individualista, à serviço dos grandes grupos multinacionais. Não representa a crítica feita a favor da truculência, é antes de tudo a crítica contra a truculência da tortura física e contra a truculência da miséria legalizada.

É por essa razão que, no mundo atual, no qual se desmobilizam os mínimos padrões de regulação social estatal, no qual volta a lei do mercado em nível mundializado, é preciso insistir nos direitos humanos, mas numa perspectiva maior. A tutela dos direitos humanos, individuais, sociais e de classe, é elemento de tensão e de permanência na batalha pela superação das explorações sociais. O Estado, que no século XX foi grandemente inimigo das transformações sociais, nesta entrada de século XXI, na qual o mercado mundializado desmantela o Direito e a Política em troca dos lucros fáceis, é ainda um bastião para que a luta pela transformação social seja uma luta plena, para o futuro melhor, e não apenas para estancar o retrocesso. Os direitos humanos formais, sociais principalmente, hoje estão sendo desmantelados em todo o mundo em troca dos interesses de mercado. A luta pelos direitos humanos, pela sua tutela jurídica, é a luta por estancar a barbárie mais crescente ainda. Nunca a tutela dos direitos humanos, vale dizer, nunca o Direito teve papel tão relevante no sentido de estancar a barbárie

capitalista quanto nos últimos anos. Nisto concorda até o insuspeito Habermas, que funda no direito a possibilidade de sociabilidade ainda restante no capitalismo.<sup>8</sup> Por isso a luta pelos direitos humanos e a tutela assegurada destes direitos dentro do Estado e do Direito é fundamental nos dias de hoje. A barbárie do capitalismo, na atualidade, é antiestatal, não é por dentro do Estado, mas é contra ele. Por isso ainda a instância estatal é a possibilidade de manter a luta pela plenificação da Justiça, dos direitos humanos e da transformação no patamar do capitalismo regulado para além dele, não deixando resvalar o problema para a luta contra a barbárie dos senhores feudais sem lei cujos feudos são hoje as empresas transnacionais e o narcotráfico que corrompe as estruturas legais.

O ilustre professor Dalmo de Abreu Dallari expressa com muita clareza esta luta ainda hoje presente na realidade jurídica brasileira:

*“Em conclusão, pode-se dizer que a entrada do século XXI assiste no Brasil ao confronto de duas concepções de sociedade. Uma delas é a tradicional, que se apóia numa interpretação distorcida do liberalismo rotulada de neoliberalismo, apregoando o respeito à liberdade, como direito formal, mas atenta apenas ao mundo dos negócios, ao mercado, sem qualquer preocupação com a justiça social. (...)*

*Outra concepção, que vai ganhando novos adeptos e já se faz ouvida hoje, começando a pesar nas decisões políticas, é de caráter humanista. Para os adeptos dessa concepção de sociedade, a primeira prioridade é a pessoa humana, com sua dignidade e seus direitos fundamentais. O que permitiu o surgimento dessa concepção foi o aparecimento do povo como protagonista da história, como bem assinalou Florestan Fernandes.”<sup>9</sup>*

A luta pelos direitos humanos é a luta pelo estancar da barbárie, pelo estancar do retrocesso, mas não deve ser só esta luta negativa, que se limita ao formalismo que também é capitalista e que também não revoluciona, no máximo é reformista. É preciso a luta positiva, pela afirmação não apenas formal, mas concreta, plena, social, do homem. Por isso, a luta pelos direitos humanos sempre foi a luta pela sociedade justa. Sua tutela formal é imprescindível aos nossos dias neoliberais, pois sedimenta o chão da batalha. A consciência da transformação social, no entanto, é a parede que se levanta deste chão forte, é o abrigo da sociedade plena e da Humanidade justa.

São Paulo, agosto de 2002.

---

8. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. 2ª v. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997. Nesta obra, Habermas inscreverá seu agir comunicativo, que garante a possibilidade de entendimento e de Justiça, portanto, em procedimentos e garantias jurídicas.

9. DALLARI, Dalmo de Abreu. “Sociedade, Estado e direito: caminhada brasileira rumo ao século XXI” In Carlos Guilherme MOTA (org.), *Viagem Incompleta. A Experiência Brasileira. A Grande Transação*. São Paulo, Ed. Senac, 2000, pp. 486 e 487.



# **DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO**



# A ECONOMIA E O DIREITO DE PROPRIEDADE: DIÁLOGOS FEA & LARGO SÃO FRANCISCO

*Decio Zylbersztajn*

Professor de Economia da Faculdade de Economia e  
Administração da Universidade de São Paulo

*Rachel Sztajn*

Professora Associada do Departamento de Direito  
Comercial da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente texto foi concebido no segundo encontro do Centro de Estudos de Organizações e Instituições da Universidade de São Paulo, cujo objetivo é pautar as discussões entre o Direito e Economia, com vistas ao avanço institucional no Brasil.

## Abstract:

The present text was conceived in the second meeting of the Organizations and Institutes of São Paulo's University Study's Center, which aim is methodize the discussions between Law and Economy, in order to the institutional advance in Brazil.

**Unitermos:** Economia; direito de propriedade.

## 1. A Economia e o Direito de Propriedade.

A análise econômica do direito de propriedade representa a linha de sustentação fundamental dos estudos das diferentes vertentes que estudam a Economia do Direito, entre as quais Mercurio e Medema (1997) citam a Escola de Chicago, a Teoria da Escolha Pública, a Escola Institucionalista e a Nova Economia Institucional, esta última sendo uma área do conhecimento que releva a importância das instituições como promotoras do desenvolvimento econômico e as considera passíveis de análise.

No Direito se diz que o direito de propriedade é tido como um feixe que engloba os direitos de uso, usufruto e abuso, e que confere o exercício da exclusão sobre a coisa, que permite afastar terceiros que dela pretendam se apropriar, usar ou gozar. Em Economia, os trabalhos seminais de Ronald Coase, de modo especial *The Nature of the Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1954), abordaram de forma inovadora o tema da propriedade, levando o que Stigler posteriormente denominou como “*Teorema de Coase*”

Partindo do conceito de que o que se negocia não são os bens objeto de direito, mas sim direitos de propriedade sobre dimensões de bens, Coase propõe que, na ausência de “custos de transação” a alocação ou distribuição inicial dos direitos de propriedade sobre as dimensões dos bens não terá importância, pois os agentes negociarão a transferência dos bens a custo zero, podendo realocar de modo eficiente tais direitos. Assim construiu-se boa parte da Economia do Direito e da Nova Economia Institucional, que está voltada primordialmente para a lógica econômica dos arranjos contratuais relacionados à criação dos direitos.

A proposta de Coase, talvez melhor explicitada no seu discurso ao receber o Prêmio Nobel em 1972, pode ser desdobrada da seguinte forma:

*“O mundo real apresenta fricções que denominamos “custos de transação”, fricções estas causadas por assimetrias de informação que dificultam ou impedem que os direitos de propriedade sejam negociados a custo zero.”*

Os “custos de transação” são afetados pelo sistema legal e por normas não-positivadas, que recaem sobre a alocação dos direitos de propriedade.

Outros autores, partindo dos estudos de Coase ampliaram o trabalho, tendo como foco a importância das instituições para o desenvolvimento sócio-econômico do impacto no controle dos “custos de transação” e, portanto, na alocação do direito de propriedade. Esta foi a dimensão explorada por Douglas North (1990) na área macroinstitucional.

Outra vertente importante é a que considera os impactos da alocação do direito de propriedade sobre a eficiência e desempenho das organizações. Esta vertente, que podemos chamar de microinstitucional, parte da importância do direito de propriedade para o estudo das organizações e vem sendo desenvolvida por Oliver Williamson (1985).

Este texto considera apenas algumas dimensões introdutórias do estudo da economia do direito de propriedade, limitando-se a levantar conceitos básicos mais do que a aprofundá-los. Assim, trata do conceito de *direito de propriedade*, a economia dos direitos exclusivos, o efeito das formas de propriedade sobre os resultados econômicos e o surgimento e importância do direito de propriedade. O texto baseia-se, fortemente, no trabalho de T. Eggertsson (1990) e de Yoram Barzel (1997).

### Conceito de Direito de Propriedade em Economia.

Há na literatura econômica várias categorias de direitos de propriedade. Ricketts (1987) define as categorias de direitos privados, direitos comunais e direitos coletivos e Eggertsson (1990) inclui o Direito do Estado.

Para o Direito os bens se classificam em:

Bens móveis ou imóveis, divisíveis ou indivisíveis, singulares ou coletivos, públicos e particulares, corpóreos e incorpóreos, fungíveis ou infungíveis,

disponíveis e indisponíveis e coisas fora do comércio (art. 43 e ss do Código Civil). Demais disso, bens podem ser consumíveis ou-não.

Considere-se os direitos de uso e de transferência dos recursos, sendo que o primeiro pode ou-não abranger o direito à destruição do recurso. A possibilidade de transferir os direitos de propriedade afeta, diretamente, seu valor econômico. Entretanto tal valor será afetado também pela existência de sistemas de garantia (coerção - *enforcement*) quanto ao exercício dos direitos.

A garantia de exercício dos direitos pode ser oferecida pelo Estado ou, em certos casos, de forma privada, quando normas sociais não-positivadas atuam muitas vezes como mecanismo redutor de “custos de transação”, advindo daí a lógica da sua emergência. Quando a coerção privada, que decorre das normas informais, coincide com os incentivos providos pelo sistema legal, o custo de coerção é baixo; quando não, elevados custos de coerção podem emergir na sociedade. Inexistindo essa definição dos direitos, seja por normas sociais seja pelo Estado, as pessoas tenderão a defini-los em benefício próprio ou de seu grupo.

Dado que os direitos de propriedade são muitas vezes compartilhados, a possibilidade da sua realocação e transferência dependerá da existência de “custos de transação”. O já citado paradigma básico de Coase é o pressuposto da irrelevância da alocação inicial dos direitos de propriedade na ausência de “custos transacionais”. A dificuldade real é que eles existem.

A realocação dos direitos de propriedade é regulada por contratos que definem os termos da troca tanto nas condições do uso do recurso como na divisão dos resultados. Sua eficiência depende da existência de mecanismos institucionais legais, que garantam o cumprimento das promessas sempre que a contratação e a execução da operação forem defasadas no tempo, como no caso dos contratos de execução diferida, por exemplo.

Tanto os contratos baseados em disciplina positiva, como os acordos informais, suportados em outros mecanismos, surgem a partir da necessidade de dar eficácia a uma relação de troca de direitos de propriedade em ambiente no qual os agentes podem tomar decisões oportunistas, em que as informações podem ser assimétricas e em que a racionalidade limitada impede a redação de contratos completos no sentido que à palavra cabe na literatura de Economia e Direito.

Para a nova economia das instituições as “firmas” (organizações) são consideradas como um “nexo” de contratos, sendo que na firma clássica de um empresário controlador ele representa o agente que estrutura o conjunto de contratos, bilaterais, entre indivíduos e entre “firmas”

### Surgimento dos Direitos de Propriedade.

O conceito básico de que as instituições emergem de modo a proteger direitos de propriedade, afetando os “custos de transação”, leva a indagar por que existem instituições não-ótimas. Segundo Eggertson (1990) ainda que a definição e garantias de direitos de propriedade estejam associadas ao desenvolvimento econômico,

em um mundo de “custos de transação” positivos, toda a sorte de interferências políticas na alocação dos direitos de propriedade acaba por afetar a sua definição.

Alguns modelos explicativos do surgimento dos direitos de propriedade coexistem na literatura. O primeiro é o modelo desenvolvido por Demsetz (1967), que se desenvolve a partir de bases quase antropológicas e se abstém de modelar as instituições políticas. No seu artigo seminal denominado “*Towards a Theory of Property Rights*”, Demsetz apresenta um modelo que analisa a ação dos índios em duas regiões no Canadá, apresentando um problema típico do que a literatura veio denominar como “tragédia dos comuns”. Em um caso a caça, o autor revela o problema da exaustão, com o desaparecimento das espécies na primeira região, enquanto que na segunda isto não ocorre. O autor relaciona os dois fatos com a natureza física das duas regiões, uma de floresta fechada e outra de planície. Emergem duas diferentes estruturas que disciplinam o direito de propriedade sobre a terra nas áreas. Onde, por razões naturais, não existe problema de desaparecimento das espécies (exaustão), predomina a propriedade comum e onde o problema ocorre, emerge o direito de propriedade privado como forma de controlar o uso dos recursos.

Ou seja, existe incentivo econômico para as diferentes sociedades investirem recursos para definir e preservar os direitos de propriedade. Eggertsson (1990) chama o modelo de “ingênuo” no sentido de que ignora o processo político, mas que tem utilidade para o estudo histórico do desenvolvimento das instituições.

Uma variante do modelo considera os custos de exclusão e os custos de governança interna do sistema de oferta de direitos de propriedade, tendo sido utilizado por Alston, Libecap e Mueller (1999) em estudo sobre a formação de direitos de propriedade da terra na região da Amazônia.

Modelos alternativos estudam situações nas quais os direitos de propriedade não emergem, seja devido aos custos políticos ou por razões de intervenção pública com base em critérios de equidade, ou ainda devido a custos de exclusão proibitivos. Aponta-se o caso do sistema comunista que não reconhece direito de propriedade que pertencem à coletividade (Estado) e são insuscetíveis de apropriação pelos particulares.

O terceiro modelo importante baseia-se na ação dos grupos de interesse da sociedade que procuram interferir no processo normativo. Variáveis importantes são os “custos de transação”, a possibilidade do efeito carona (*free-riding*) e a existência de informação assimétrica.

O modelo considera ser dada a estrutura institucional e que os agentes formarão grupos de interesse que otimizarão os seus interesses particulares e comuns. Este modelo se aproxima do modelo de *rent-seeking* apresentado por Krueger (1974) e Buchanan (1980).

Importante série de estudos com base no modelo de oferta e demanda de direitos de propriedade no Brasil foi desenvolvida por Bernardo Mueller, Gary Libecap e Lee Alston, podendo servir de exemplo para o enfoque que utiliza elementos quantitativos para testar o que utiliza o exemplo da titulação de terras no Norte do Brasil.

## Propriedade das “Firmas”.

Esta vertente estuda os efeitos das formas de propriedade das “firmas” sobre os resultados econômicos.

Importante na origem dos estudos de governança corporativa, os modelos partem do pressuposto de que os resultados das empresas dependerão tanto da estrutura externa de direitos de propriedade (empresas estatais, empresas cooperativas, empresas abertas, sociedades limitadas), quanto, também, da estrutura de direitos de propriedade interna à organização caracterizada pelas regras internas e pela estrutura organizacional.

Toda a literatura gerada a partir do estudo das relações contratuais de propriedade das “firmas” na forma de responsabilidade limitada, conflitos de agência, e regulação do mercado acionário cabem nesta vertente, que redundam na análise da governança corporativa.

Ampla literatura, derivada da tese de Berle e Means (1932), com base nos elevados custos de monitoramento dos agentes no caso de propriedade dispersa das ações, leva à formulação da hipótese do surgimento de mecanismos alternativos para o controle da agência; no caso o risco de *take over*; ou seja, a competição no mercado de capitais restringe o oportunismo dos agentes e controla problemas de agência, como preferem Jensen e Mekling (1976).

Os estudos das formas de propriedade como as corporações abertas, sociedades limitadas, fundos mútuos, cooperativas e organizações sem fins lucrativos consideram o papel dos incentivos associados aos direitos de propriedade sobre os resíduos e pela responsabilidade existente sobre as iniciativas estratégicas dos que tomam decisões. O problema aqui apresentado se refere ao fato de que, nem sempre, a totalidade dos efeitos das decisões é sentida pelos que decidem, gerando potencial distorção na alocação dos recursos. Fama e Jensen (1985) consideram que na ausência de mercados por direitos residuais existe uma tendência de subinvestimento.

Finalmente um conjunto de contribuições contrasta as empresas estatais em contraposição às de propriedade privada, em especial no recente período caracterizado pelo processo de retirada do Estado da produção, seja com a pura privatização, seja com a criação de mecanismos mistos de contratos de concessão de serviços públicos.

Esse o pano de fundo em que se pretende iniciar a discussão sobre as mudanças legais e institucionais relacionadas à propriedade dos bens de produção, à apropriação dos resultados e a projeção delas sobre o desenvolvimento econômico e reflexos no aperfeiçoamento do bem-estar geral, ou seja, de que forma é possível, partindo do Direito Positivo, melhorar a distribuição de renda e aumentar o grau de satisfação da sociedade.

São Paulo, junho de 2002.

## Bibliografia.

Berle, A and Means, G. *The Modern Corporation and Private Property*. New York, MacMillan, 1932.

Buchanan, J; Tollinson, R.; Tullok, G. *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*. College Station: Texas A&M University Press. 1980.

Coase, R. *The Nature of the Firm*. 1937. In *The Firm the Market and the Law*. (1988). The University of Chicago Press. Chicago. 217p.

Coase, R. *The Problem of Social Cost* (1954). In *The Firm the Market and the Law*. (1988). The University of Chicago Press. Chicago. 217p.

Fama, E. F., and Jensen, M. C. "Separation of Ownership and Control. *Journal of Law and Economics*. 26th June, 1983: 301-25.

Jensen, M. C., and Meckling, W. H. *Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*. *Journal of Financial Economics*. 3 – October 1976: 305-60.

Krueger, A. O. 1974. *The Political Economy of the Rent Seeking Society*. *American Economic Review* 64 (3rd June): 291-303. 1974.

North, D. C. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.

Williamson, O. E. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism*. The Free Press.

Eggertsson, T. 1990. *Economic behavior and institutions*. Cambridge surveys of economic literature.

Barzel, Y. 1997. *Economic Analysis of Property Rights*. Cambridge University Press.

Demsetz, H. 1967. *Towards a theory of property rights*. *American Economic Review* 57, n. 2: 347-359.

Ricketts, M. 1987. *The Economics of Business Enterprise: New Approaches to the Firm*. The Harvester Press.



# A REGULAÇÃO DOS TRANSPORTES COLETIVOS POR ÔNIBUS NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

*Eduardo Tomasevicius Filho*

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

## Resumo:

Esse artigo analisa os transportes coletivos por ônibus no município de São Paulo. A qualidade desses serviços sempre foi muito baixa e as críticas ao sistema são as mesmas ao longo dos anos. Fez-se uma análise histórica sobre os transportes coletivos em São Paulo, a fim de compreenderem-se as raízes desse problema. É feito um breve estudo sobre as características desse setor do ponto de vista do direito da concorrência. Ao final, são apresentadas algumas propostas para uma regulação estatal eficaz do setor, como forma de estímulo ao desenvolvimento social e econômico desse município.

## Abstract:

This paper analyses the public transport services by buses in the city of São Paulo. The quality of this utility has been always very poor and critics have been the same along the years. A historical analysis on the São Paulo public transport services by buses was made, in order to realize the sources of this problem, as well as an antitrust law brief study on the characteristics of this market. In the end, some suggestions for an efficient regulation of this utility are presented, as a way to improve the social and economic development of São Paulo.

**Unitermos:** regulação da atividade econômica; Direito Concorrencial; serviço público; transportes públicos; ônibus.

## I. Introdução.

Há mais de um século, os transportes coletivos por ônibus no município de São Paulo são de baixa qualidade. Esse serviço quase nunca foi prestado à população com a preocupação de atendimento ao interesse público. Itinerários longos e cheios de voltas, veículos velhos, barulhentos, lotados e que sacodem, bancos duros, sem estofamento, atrasos constantes, veículos inadequados para idosos e deficientes e tarifas elevadas sempre foram marcas desse serviço. Os governos municipais ou foram negligentes com essa questão ou, quando tentaram aprimorar esse sistema, enfrentaram

dificuldades. Várias tentativas de mudança não deram certo e todos esses problemas permanecem até hoje.

Essa situação é indesejável para São Paulo, porque um sistema de transporte coletivo deficiente produz grandes desperdícios de recursos, o que é prejudicial ao seu desenvolvimento econômico e social. Grandes congestionamentos provocam perdas imensuráveis de tempo e combustíveis. O número de acidentes aumenta e o ar que a população respira fica cada vez pior.

As camadas mais pobres da população são as que mais sofrem com a falta de qualidade desses serviços de transporte coletivo, porque são as que mais deles dependem para se transportarem. Em geral, moram afastadas da região central da cidade, nem sempre atendidas por outros meios de transporte coletivo.

O objetivo desse texto é realizar uma breve análise do sistema de transportes coletivos por ônibus no município de São Paulo. Serão discutidos alguns problemas para, ao final, verificar a possibilidade de uma regulação estatal eficaz desse setor. Espera-se contribuir com a cidade, sugerindo-se propostas para diminuir os impactos negativos que essa deficiência causa a toda a população, pois qualquer mudança positiva nesse setor certamente representará um aumento da qualidade de vida para todos.

## 2. História dos Transportes Coletivos no Município de São Paulo: fatos e marcos jurídicos.

Os transportes coletivos surgiram no município de São Paulo, em 1865, com a utilização de carros de bois. Esses veículos ligavam o centro da cidade às regiões do Brás, Luz, Consolação, Lavapés, Arouche, Móoca e Santo Amaro. Operavam regularmente entre 6h e 21h, bem como de madrugada ou em noites de espetáculos. O preço, por esses serviços, era fixado por tabelas de preços das corridas. Mas essa regularidade era aparente: os passageiros pagavam preços superiores aos estipulados pelas tabelas, as irregularidades não eram levadas adiante, porque os passageiros temiam represálias desses prestadores de serviço de transporte.<sup>1</sup>

O serviço de bondes iniciou suas operações em São Paulo em 1872, com a Cia. Carris de Ferro de São Paulo. No início enfrentou dificuldades para a implantação do serviço, por causa da precariedade das ruas naquele tempo.<sup>2</sup>

Em 1896, foi criada uma empresa destinada à operação de bondes elétricos, a qual obteve a concessão para a exploração desse serviço em 1897. Em 1899, a *The São Paulo Railway, Light and Power Company Ltd*, de capital canadense, passou a explorar essa concessão.<sup>3</sup>

---

1. CORRÊA STIEL, Waldemar. *História dos Transportes Coletivos em São Paulo*. São Paulo: Ed. MacGraw-Hill e Edusp, 1978, p. 2

2. CORRÊA STIEL, Waldemar. op.cit. pp. 46-7

3. Esses veículos chamavam-se bondes, porque a companhia concessionária lançou "bonds" no mercado para a captação de recursos para a implementação desse sistema de transporte.

Em 1900, foi criado o serviço de bondes de segunda classe, destinados aos operários, com passagens mais baixas. Esse serviço foi repudiado pela população, o que levou à sua extinção. A Cia. Light retomou esse serviço em 1909, cujos carros tinham a placa “Bonde para Operários”<sup>4</sup> Por causa do alto preço das passagens dos bondes “padrão”, houve aos poucos uma migração de passageiros para esses bondes mais simples, o que contribuiu desde aquela época para um nivelamento dos serviços por baixo.

O primeiro ônibus motorizado em São Paulo rodou em 1911, mas só em 1926 foram efetivamente utilizados no transporte coletivo. A Cia. Light também entrou nesse mercado de transporte coletivo por ônibus. Operou somente até 1932, por falta de gasolina.<sup>5</sup>

O Ato n. 643, de 5 de julho de 1934, organizou os serviços de ônibus em São Paulo. Determinou-se que só poderia operar quem tivesse pelo menos quatro ônibus em linhas de interesse geral, assim consideradas as que ligam bairros situados nas zonas urbanas e suburbanas e estas à área central e realizasse um capital no mínimo igual à metade do valor devidamente comprovado dos carros da linha licenciada. Essas exigências provocaram a ruína dos pequenos proprietários de ônibus, favorecendo a concentração no setor. Esse Ato também previu a existência de carros-reserva, a lotação máxima de 24 passageiros e quando houvesse necessidade de aumentar o número de ônibus de uma linha explorada por mais de um concessionário, teria preferência aquele que, a juízo da Prefeitura, tivesse sido mais zeloso no cumprimento das disposições dos regulamentos e das leis referentes ao assunto de que o mesmo cogitava.<sup>6</sup>

O grande impulso aos ônibus foi em 1937, quando os bondes foram retirados de circulação do centro da cidade. Mas esse impulso foi apenas em quantidade, não em qualidade, conforme relato publicado no jornal “*A Gazeta*”, de 8 de dezembro de 1937: “*A mudança de itinerário de algumas linhas de ônibus facilitou um pouco aos paulistanos transportar-se para a cidade ou desta para o lar. No entanto, ficou evidenciado, ainda uma vez, que os ônibus em circulação, alguns de horrível aspecto, anti-higiênicos, não bastam para dar vazão ao número crescente dos passageiros. Rodam lotados e fora da zona central, nos pontos onde o policiamento é inexistente, aceitam passageiros que se expremem (sic) no estreito corredor como sardinhas em lata*”<sup>7</sup>

Também em 1937, a Light comunicou à Prefeitura o seu desinteresse pela continuidade na prestação de serviços de transporte em São Paulo, que terminaria em 17 de julho de 1941. Por força do Decreto-Lei n. 3.366, de Getúlio Vargas, a Light ficou obrigada a continuar a operar até quando conviesse ao Poder Público.

---

4. CORRÊA STIEL, Waldemar. op.cit. pp. 137 c ss.

5. CORRÊA STIEL, Waldemar. op.cit. p. 26

6. CORRÊA STIEL, Waldemar. op.cit. p. 29

7. CORRÊA STIEL, Waldemar. op.cit. p. 30

A Prefeitura de São Paulo assumiu o serviço da Light em 1946, criando, para tanto, a Companhia Municipal de Transportes Coletivos – CMTC. Esse monopólio municipal perdurou até 1958, quando empresas particulares passaram a ser concessionárias de diversas linhas de ônibus.<sup>8</sup>

De acordo com a própria Prefeitura, “a participação das empresas particulares no sistema de transporte municipal se deu de forma rápida e desordenada, fazendo com que por ocasião da suspensão do sistema de bondes, em 1968, a Prefeitura tentasse recuperar o papel de poder concedente, sendo então criada a Secretaria Municipal de Transportes – SMT”<sup>9</sup>

Na década de 1960, o prefeito Prestes Maia e seu sucessor, Faria Lima, organizaram o Grupo Executivo do Metrô – GEM, o que resultou na Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ. O problema é que o projeto inicial não fazia do metrô o principal meio de transporte em São Paulo.<sup>10</sup>

Na década de 1970, a CMTC foi autorizada a contratar empresas particulares de ônibus para a operação de transporte coletivo de passageiros em 23 regiões do município, cabendo à Secretaria Municipal de Transportes – SMT - a criação, alteração e cancelamento de linhas. Em 1975, foi criado o Plano SISTRAN, que planejou a construção de 33 linhas de trólebus. Esse sistema nunca chegou a ser totalmente implantado. Das cinco etapas desse Plano, só foram implantadas a primeira e parte da segunda.

Na década de 1980, a CMTC elaborou o Plano de Ação Imediata da Rede Metropolitana de Trólebus – PAI, que previu a construção de corredores de ônibus. Também foi implantado o Plano Municipal de Transportes Coletivos – PMTC, que visava à implantação de 23 corredores de transporte, associados a 28 terminais de integração. Previa ainda um modelo de contratação das empresas operadoras por lotes de veículos e remuneração pelos serviços prestados.

Em 1989, foi elaborado o Plano Trienal de Transporte e Tráfego, que, entre outras coisas, previa a municipalização do serviço de ônibus, mediante a contratação de empresas de ônibus, o que ocorreu em 1991, por meio da Lei n. 11.037, de 25 de julho de 1991. A CMTC e as empresas particulares passaram a operar conforme Ordens de Serviço de Operação, sendo remuneradas mediante reembolso por quilômetro rodado, outras despesas operacionais e tributos incidentes sobre os serviços prestados. Não se previa a exclusividade da operação da uma determinada linha a uma única operadora, embora isso não tivesse acontecido na prática.

Essas mudanças levaram a CMTC a enfrentar dificuldades financeiras, o que resultou na sua privatização, ficando a cargo das empresas particulares a

---

8. CORRÊA STIEL, Waldemar. op.cit. p. 33

9. SP TRANSPORTE, “História do Transporte Coletivo em São Paulo”. Disponível em <http://sampa3.prod.am.sp.gov.br/smt/histramp.html>

10. Mesmo nos dias atuais, em que o Metrô é reconhecido como um meio de transporte fundamental para São Paulo, há apenas 46 Km de linhas, enquanto Nova York tem 200 Km e Tóquio, 400 Km.

exploração de suas linhas. Em seu lugar foi criada a SP Transporte S.A., que ficou responsável pelo planejamento do transporte coletivo em São Paulo.

Nessa mesma época, os primeiros ônibus avulsos, chamados de “clandestinos” passaram a atuar nas linhas das empresas concessionárias sem autorização. Este problema foi solucionado mediante a criação de novas linhas para que esses ônibus as explorassem. Logo após, surgiram os chamados “perueiros” que passaram de modo semelhante aos ônibus clandestinos, o que levou a quase uma guerra entre eles com as empresas de ônibus e com a Prefeitura.<sup>11</sup>

Esse transporte feito por “vans” e peruas colocam a população em risco. Os acidentes com esses veículos são constantes, por causa do despreparo dos motoristas e falta de manutenção dos veículos. Também trafegam lotados, tal como os ônibus. Houve várias mortes de passageiros provocadas por acidentes envolvendo esses veículos em fuga durante as fiscalizações da SP Transporte.<sup>12</sup>

### 3. Quadro Atual.

Em 12 de dezembro de 2001, foi promulgada a Lei n. 13.241, que reorganizou os serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo e autorizou o Poder Público a delegar a sua execução aos particulares.

O Poder Público novamente ficou responsável pelo planejamento dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros e assumiu as tarefas de autorização, regulação e fiscalização de todas as linhas de ônibus. Não se estabeleceu expressamente a vedação de concorrência entre os regimes de prestação do serviço.

Previu-se também a criação de um órgão regulador dos transportes, vinculado orçamentária e administrativamente à SMT e uma sociedade de economia mista, com a participação dos concessionários do serviço para gerirem as receitas e pagamentos comuns ao Sistema Integrado e aos Serviços Complementares, ao reinvestimento de eventuais saldos positivos na expansão e melhoria do Sistema e à captação de recursos junto ao sistema financeiro e agências de fomento. Não há um detalhamento sobre a competência desse órgão regulador. Também previu-se a criação de representações de usuários do serviço.

Ficou regulamentada a operação dos “perueiros”, que prestarão serviços na esfera do Subsistema Local. O número de delegações para a prestação desse serviço não poderá ser superior a seis mil autorizações.

Atualmente, São Paulo enfrenta enormes congestionamentos na parte da manhã e da noite, por causa da ida e volta do trabalho e o fluxo de estudantes para as escolas. Isso ocorre pela simples razão de que o número de automóveis é muito

---

11. “Peruciros. E um trânsito infernal”. *Jornal da Tarde*. Segunda, 1º de janeiro de 2001

12. “Pedras, pólvora, busca-pés... Os peruciros contra-atacam”. *Jornal da Tarde*. Sexta, 6 de julho de 2001

grande e proporcionalmente desbalanceado em relação ao transporte coletivo. Em São Paulo, segundo dados da Associação Nacional dos Transportes Públicos, as áreas destinadas ao transporte, tais como as ruas, avenidas, estacionamentos e garagens, ocupam cerca de 50% de todo o espaço urbano do município.<sup>13</sup>

No que concerne ao número de veículos, São Paulo possui aproximadamente quatro milhões de automóveis, 58,5 mil ônibus, 152 mil caminhões e 368 mil motocicletas. Entre os automóveis, 31 mil veículos são táxis. Entre os ônibus, apenas dez mil fazem parte do sistema de transporte coletivo.

#### 4. Características dos Transportes Coletivos por Ônibus.

Pode-se dizer que uma sociedade cujo sistema de transporte coletivo é bom, barato, eficiente, seguro e confortável possui um bom grau de desenvolvimento social. Isso porque o uso dos transportes coletivos, contrariamente ao do automóvel, proporciona várias vantagens em termos de economia de energia, proteção ao meio ambiente, perda de tempo em congestionamentos e em risco de acidentes, beneficiando-se a todos indistintamente.<sup>14</sup>

Os ônibus podem mais facilmente utilizar formas de energia limpas, reduzindo a emissão de gases tóxicos à atmosfera. Além disso, uma menor quantidade desses gases contribui para que os efeitos de deterioração das construções por causa da poluição atmosférica sejam bem menores, preservando-se o patrimônio histórico do município.

Um número menor de veículos em circulação contribui para a redução da poluição sonora da cidade. Permite um melhor uso do solo urbano, pois um ônibus pode substituir até trinta automóveis, o que contribui para que o trânsito flua melhor. Dispensa a construção de novas avenidas e o alargamento das existentes, economizando-se com a desnecessidade de realização dessas obras.<sup>15</sup> Além disso, diminui a necessidade de impermeabilização do solo do município.

Essa precária qualidade de transportes coletivos contribui para que se mantenha a exclusão social. O uso do automóvel permite que se more cada vez mais afastado do centro da cidade, ou em *edge cities*, contribuindo para a deterioração da região central.

Segundo dados da Organização das Nações Unidas, os transportes consomem cerca de 40% de toda a energia produzida nos países desenvolvidos e cerca

---

13. NOVAES, Washington. "Revoluções no Espaço Urbano". O Estado de S. Paulo. Sexta-feira, 29 de junho de 2002

14. Na opinião de Ailton Brasiliense, especialista em matéria de transportes, os congestionamentos causam um dano de R\$ 500 milhões por ano ao município. Cf. O Estado de S. Paulo. "Especialistas consideram planos superficiais", Domingo, 23 de julho de 2000

15. Investimentos em sistemas de gerenciamento de trânsito ou até mesmo a abertura de novas avenidas ou o alargamento das que já existem são medidas praticamente inúteis, pois o número de veículos sempre aumenta, exigindo-se mais investimentos.

de 80% a 90% da energia produzida nos países em desenvolvimento.<sup>16</sup> Um sistema de transportes coletivos eficaz reduz drasticamente as perdas sociais com combustíveis, porque menos carros estarão rodando no município.

Os transportes coletivos produzem externalidades, que consistem na interdependência direta entre membros de um sistema econômico que não ocorrem por meio de mecanismos de mercado ou que não são totalmente medidas pelo preço.<sup>17</sup> No caso dos transportes coletivos, dois tipos de externalidades são produzidas: as externalidades sociais e as externalidades de rede.

As externalidades sociais são aqueles benefícios ou malefícios produzidos por uma atividade econômica, distribuídos a toda uma coletividade. Em geral, possuem ou um grande valor ou um grande desvalor, podendo levar tanto a um desenvolvimento social, quanto a um prejuízo social. Pode ser apontada como externalidade social a educação, cujos benefícios decorrentes do aumento do nível de educação de um povo não têm como ser retribuídos pelos próprios beneficiados. Ou seja, quanto mais pessoas estudarem, maiores e melhores serão os resultados obtidos globalmente pela sociedade.<sup>18</sup> No caso dos transportes coletivos, quanto mais desenvolvido for este sistema, maiores serão as externalidades sociais positivas e, portanto, maiores os benefícios auferidos por todos.

Já as externalidades de rede consistem no aumento da utilidade ou do benefício de um bem em razão da grande quantidade de pessoas que usam o serviço. Um exemplo é a rede de telefonia: quanto mais pessoas tiverem acesso a uma linha telefônica, mais útil essa rede será e, por consequência, mais útil esse serviço será. Em matéria de transportes coletivos também há externalidades de rede. Quanto mais localidades forem beneficiadas pelo transporte coletivo, mais pessoas serão atendidas, o que implica um aumento da utilidade dos transportes coletivos num determinado município. Deve-se salientar que quanto maior a externalidade da rede, menores poderão ser as tarifas, pois os efeitos produzidos por essa externalidade certamente estimularão o aumento da demanda, aumentando, conseqüentemente, a renda obtida pela operação do sistema. De acordo com a logística, uma rede de transportes eficiente estimula um aumento de procura, pois as facilidades aumentarão.<sup>19</sup>

O transporte coletivo necessita ser prestado em regime de continuidade, regularidade e intervalos de tempo curtos, independentemente do número de passageiros que dele querem se servir. Para quem presta o serviço, o intervalo de tempo entre cada ônibus ou trem não é tão grande para quem fica nos pontos ou terminais esperando pelos mesmos, o que implica dizer que a prestação de serviços de transporte coletivo

---

16. UNCHS (HABITAT). "The Role of Urban Transport in Sustainable Human Settlements Development". Commission on Sustainable Development, Ninth Session, New York, 16-27, April 2001

17. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. 2<sup>nd</sup> edition. St. Paul: West Publishing Co, 1993, p. 63

18. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 28

19. KOTLER, Philip. *Administração de Marketing – Análise, Planejamento e Controle*. v. 03. São Paulo: Atlas, 1991, p. 783

não pode ser segundo a lei da oferta e da procura. Isso é importante para a própria manutenção do sistema de transportes. Quando o usuário sabe que pode contar com o serviço para ir e vir a qualquer hora e a qualquer lugar, a probabilidade de optar pelo transporte coletivo é maior. Do contrário, produz-se um círculo vicioso: quanto menos serviço disponível, menos passageiros o procurarão; quanto menos passageiros, reduz-se ainda mais os serviços prestados, até o momento em que os usuários desistem de utilizar o serviço e a empresa encerra as suas atividades por falta de passageiros.

A curva de procura pelo serviço de ônibus corresponde à curva da procura para a empresa concessionária, pelo fato de ser monopólio. A concessionária enfrenta uma variação muito grande de passageiros ao longo de um dia. Há uma grande procura nas primeiras horas da manhã (05h00 às 08h00) e no fim da tarde (17h00 às 20h00), por causa da ida e volta do trabalho; uma queda da procura ao longo do dia (08h00 às 17h00) e um novo aumento da procura no fim da noite (22h00 às 23h30), em razão da saída de estudantes das escolas e faculdades. Devido a essa irregularidade da demanda, a empresa concessionária da linha de ônibus reduz o número de veículos na linha ao longo do dia. Porém, nas horas de maior procura, a empresa concessionária não aumenta o número de veículos proporcionalmente à procura, buscando a obtenção de lucros máximos nessas horas. Isso provoca a superlotação dos ônibus e revela-se um desestímulo para que novos usuários utilizem esse serviço, levando-os, na medida do possível, a adquirirem automóveis, ampliando, conseqüentemente, o trânsito. E quanto pior o trânsito, maior o intervalo entre os ônibus, o que piora ainda mais a qualidade dos serviços prestados.

A prestação de serviços de transporte coletivo tem sido classificada como um caso de monopólio natural, por exigir grandes investimentos em capital, com muitas especialidades e particularidades, necessitando que o prestador possa explorar essa atividade durante um longo prazo, para que possa recuperar os investimentos que fez. Teria também significativos custos irrecuperáveis (*sunk costs*) e enormes barreiras à entrada.<sup>20</sup>

Para a doutrina antitruste, os monopólios são ineficientes por três razões. A primeira é que se consome boa parte dos lucros do monopolista para a própria manutenção de sua posição. A segunda é que a tendência é de existir uma acomodação quanto ao aprimoramento do serviço, provocando-se uma estagnação da eficiência e inovação. E a terceira é que a posição monopolista obriga ao agente elevar os preços, o que leva a uma parte dos consumidores deixarem de consumir por causa do valor elevado cobrado.<sup>21</sup>

Contudo, tem-se contestado a idéia de que o transporte coletivo por ônibus seria um monopólio natural. Isso porque uma frota de ônibus tem baixos custos irrecuperáveis e pode ser vendida a outras pessoas ou utilizada em outros lugares. O

---

20. LINHARES PIRES, José Cláudio; SERRÃO PICCININI, Maurício. "A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil". BNDES.

Disponível em [http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/cco90\\_07.pdf](http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/cco90_07.pdf)

21. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 124-6



custo unitário de cada veículo é baixo, em se comparando com outros meios de transporte. Não existem economias de escala nesse setor, porque a infra-estrutura viária e de terminais é financiada pelo Poder Público. Também não seria possível falar em monopólio tecnológico nesse serviço, porque os ônibus apresentam características semelhantes. E por não serem extremamente altos os custos de constituição de novas empresas ou da ampliação das existentes, é possível a entrada de novos agentes, proporcionando uma concorrência em potencial.<sup>22</sup>

No caso dos ônibus em São Paulo, esse monopólio de exploração dos serviços é concedido para cada linha operada. No entanto, as empresas operam várias linhas de uma mesma região, de modo a obter ganhos de escala na operação do sistema. No entanto, o fato de cada linha de ônibus ser explorada com exclusividade pelo concessionário acarreta a prestação do serviço de maneira não ideal para o interesse público.

Quanto ao abuso de preços praticados pelo monopolista, isso também ocorre, embora de forma diferente da idéia tradicional. A empresa concessionária não tem como variar o preço da tarifa cobrada de acordo com a demanda. Assim, a empresa concessionária tentará maximizar os seus lucros mediante uma maior ou menor oferta de ônibus ao longo do dia, o que dá no mesmo, pois muitas pessoas deixam de usar o serviço pelo fato de que não há uma continuidade da prestação. É exatamente isso o que se observa no município de São Paulo.

## 5. Regime de Prestação de Serviço de Transporte Coletivo no Brasil.

O art. 30, V, da Constituição Federal conferiu competência aos municípios para organizarem e prestarem, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que têm caráter essencial.

Por essa razão, a prestação dos serviços públicos deve atender aos seguintes princípios de Direito Público: a. o inescusável dever do Estado de prestar o serviço ou promover sua prestação; b. a constante atualização e modernização dos serviços prestados; c. a universalização dos serviços; d. a impessoalidade na prestação, de modo a coibir quaisquer discriminações entre os usuários do mesmo serviço; e. a continuidade dos serviços, impossibilitando a sua interrupção e f. a modicidade de tarifas.<sup>23</sup>

Quando o Estado decide pela promoção da prestação do serviço público mediante concessão aos particulares, fica obrigado a promover licitação, por força do art. 175 da Constituição Federal. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, "*a licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre os ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados*

---

22. ORRICO FILHO, Rômulo Dante; MEDEIROS DOS SANTOS, Enilson. "Regulamentação do Transporte Urbano por Ônibus: Elementos do Debate Teórico". In ORRICO FILHO, Rômulo Dante et al. *Ônibus Urbano – Regulamentação e Mercados*. Brasília: L.G.E., 1996, p. 39

23. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 601

*ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares”*<sup>24</sup>

Rômulo Dante Orrico Filho, Anísio Brasileiro e José Augusto Abreu Sá Fortes realizaram um estudo sobre a produtividade e a competitividade na regulamentação do transporte coletivo em várias cidades brasileiras. Apontaram que as licitações para a seleção das empresas operadoras têm sido precárias, ou, em algumas cidades, sequer ocorrem. E que as restrições à participação da licitação visam aos novos operadores. Outro aspecto levantado pelos autores foi que os processos de tomada de decisão das licitações são de dois tipos básicos: a licitação por índices técnicos, sem a introdução de critérios pecuniários, o que dificulta a escolha da empresa mediante critérios de menores custos pela prestação do serviço. E nenhuma empresa havia perdido a concessão em virtude da péssima prestação do serviço.<sup>25</sup>

Apesar dos eventuais problemas existentes nos processos licitatórios, os serviços de transporte coletivo só atendem ao interesse público, quando prestados sob o regime de Direito Público. A explicação para isso é que o mercado de transporte coletivo possui enormes imperfeições para que a regulação de seu funcionamento ocorra através da “mão invisível” smithiana. O problema é que nem sempre é possível ao Estado fazer com que os particulares assumam uma lógica de produção publicista, sobretudo quando esse serviço produz externalidades sociais e externalidades de rede. Essa constatação levou Calixto Salomão Filho a afirmar que *“toda vez que estiverem presentes estas externalidades sociais não há possibilidade de participação do particular. É inútil tentar mudar sua natureza através de regimes jurídicos específicos. Não há regime de direito público que consiga mudar, ao menos no que tange às decisões econômicas, a mentalidade individualista dos particulares. (...) O setor é, portanto, não-regulamentável. O Estado deve prestar diretamente o serviço”*<sup>26</sup>

Nos setores de transportes coletivos, como é o caso do sistema de ônibus, há um conflito entre a eficiência alocativa e produtiva do sistema. Isso porque o ponto ótimo da prestação do serviço traz prejuízos a quem presta o serviço, por razões de eficiência alocativa. No mundo inteiro as receitas obtidas com a operação dos serviços de transporte coletivo não têm coberto os custos do sistema, o que aumenta ainda mais a dificuldade de deixar esse serviço exclusivamente sob responsabilidade da iniciativa privada.<sup>27</sup>

A regulação do mercado de transportes coletivos abrangeria duas espécies de regulação: a regulação econômica e regulação social. A regulação econômica visa à regulação dessa atividade em si e por si (entrada na atividade, mercados e preços,

---

24. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. op.cit. p. 471

25. ORRICO FILHO, Rômulo Dante; BRASILEIRO, Anísio; SÁ FORTES, José Augusto Abreu. “Produtividade e Competitividade na Regulação do Transporte Urbano: Nove Casos Brasileiros” In: *Ônibus Urbano*, op.cit. pp. 161-4

26. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação...* op. cit, p. 28

27. BNDES, Área de Projetos de Infra-Estrutura. “Transporte Urbano”. In: Informe Infra-Estrutura, n. 07, fevereiro de 1997

quantidade e natureza dos produtos), enquanto a regulação social teria finalidades exteriores à atividade econômica, como a proteção ambiental, a segurança e outros interesses dos consumidores.<sup>28</sup>

No entanto, a regulação possui um custo de implementação, não-somente decorrente da criação e manutenção do ambiente institucional para a sua promoção, mas também a própria resistência dos regulados. Assim, não se pode apenas imaginar que a criação desses órgãos reguladora seria a solução. É necessário também fazer uma análise empírica, a fim de perquirir se a regulação teria um mínimo de eficácia para a solução desses problemas.

## 6. A via da dependência em São Paulo.

Conhecer em breves linhas a história dos transportes coletivos no município de São Paulo permite compreender melhor os problemas por que passa, ajudando também a encontrar formas de reverter essa situação através da regulação.

Desde o início dos serviços de transporte coletivo em São Paulo, os problemas são os mesmos: veículos antigos,<sup>29</sup> lotados, tarifas elevadas e reclamações dos passageiros pela falta de qualidade dos operadores, que argumentam não auferirem receitas suficientes para oferecimento de melhores serviços.

Os vários planejamentos de transportes do município eram contraditórios entre si, o que dificultou o planejamento do sistema a longo prazo. Além disso, sempre se privilegiou como política principal de transportes a abertura de avenidas, induzindo-se o uso do automóvel, em vez de estimular o uso dos transportes coletivos. E a péssima qualidade dos serviços prestados pelas empresas de ônibus foi um incentivo para que isso ocorresse, mesmo por pessoas residentes em bairros atendidos por várias linhas de ônibus.

Um ponto a ser destacado foi a importância dada aos transportes coletivos por ônibus em detrimento dos transportes coletivos por trilhos. Em São Paulo, os trens foram os principais meios de transporte das pessoas que moravam nos bairros mais afastados do centro e nunca foram feitos investimentos em qualidade e ampliação dessa malha ferroviária.<sup>30</sup> Não-só isso, tem-se assistido a um retrocesso: a cada dia cresce o número de “vans” e peruas que realizam lotações. Estima-se que 40% do transporte coletivo é feito por meio desses veículos. Caso não seja interrompido essa “bola de

---

28. MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997

29. Quanto aos ônibus, além de velhos, boa parte dos veículos foi construída sobre carrocerias de caminhão. Isso se justificava pelo estado das vias, porque essas carrocerias eram mais resistentes. Ocorre que esse sistema foi abandonado no mundo inteiro. Além disso, os motores dianteiros, além de ensurdecerem os motoristas, irritam os passageiros por causa do imenso barulho que produzem.

30. “*Quem anda de carro e reclama do trânsito da cidade não imagina o sufoco que moradores da região metropolitana passam para chegar ao trabalho. (...) A vida sofrida dos moradores vai além de ter de madrugar para pegar o trem. Dentro da composição, viajam apertados, irritam-se com as constantes interrupções e já se preparam para ouvir broncas do chefe por chegarem atrasados ao serviço. As mulheres têm ainda de se preocupar com o assédio nos vagões*”. BUOSI, Milena. “A vida sofrida de quem depende de trem”. *Jornal da Tarde*, 6 de agosto de 2000.

neve”, que se tornou a degradação do transporte coletivo, a tendência é que o transporte coletivo por ônibus, que não é o ideal, ceda lugar para esses veículos.<sup>31</sup>

Por ter-se privilegiado essa política de transporte individual, certamente houve ao longo do tempo um desestímulo ao aprimoramento do serviço de transportes coletivos. Tanto a antiga CMTC quanto as empresas concessionárias do serviço público acabaram se condicionando a prestarem um serviço de baixa qualidade. O agravante foi ter-se permitido o surgimento da cultura de que os transportes coletivos devem ser ruins. Exemplo interessante é a comparação do metrô e o trem de subúrbio. Enquanto o primeiro é extremamente bem cuidado e conservado pelos próprios usuários, o segundo é destruído pelo mesmo usuário.

A privatização do setor nos últimos anos fortaleceu demasiadamente o poder econômico das empresas de ônibus, que dele podem abusar quando necessário para a manutenção do *status quo*.

O que se pode concluir é que, ao longo dos anos, criou-se o que se chamou de via da dependência,<sup>32</sup> isto é, as decisões tomadas no passado influenciam a realidade atual. Houve uma retroalimentação para que se criasse toda essa situação de exclusão social, em que pessoas com maior poder aquisitivo se transportassem por automóveis, enquanto às pessoas de baixo poder aquisitivo só restaria o transporte coletivo.

Pode-se dizer que o modelo de transportes coletivos no município de São Paulo, caracterizado pelo grande número de automóveis nas avenidas, os grandes congestionamentos e a precariedade dos transportes coletivos tornou-se institucionalizado, porque a população já se acostumou com essa realidade construída pela via da dependência ao longo dos anos. A partir do momento em que as pessoas sabem que não podem contar com os transportes coletivos para se locomoverem, ou que só obterão conforto, somente se adquirirem um automóvel, são sinais de que essa precariedade se institucionalizou.<sup>33</sup>

---

31. “A expansão do transporte alternativo é resultado, obviamente, das deficiências do serviço prestado pelos ônibus. Para os empresários do transporte urbano, a solução para a concorrência das peruas e vans é a repressão policial, pura e simples, porque esse transporte é clandestino. A migração de passageiros dos ônibus para essas peruas ocorreu exatamente pela adaptação desse tipo de transporte às necessidades do mercado. O envelhecimento das frotas, a falta de conforto nas viagens por causa das péssimas condições dos veículos e a superlotação e a ausência de flexibilidade para atender a demanda do horário de pico provocam a saída óbvia: os passageiros passaram a usar as peruas. Enquanto isso, as empresas de ônibus continuaram com suas velhas políticas, a mais velha sendo a de que manter seus lobbies na Câmara de Vereadores. O problema é que não há lobby que convença a população a optar pelo pior meio de transporte disponível”. “Prepotência Absurda” O Estado de S. Paulo, Segunda, 6 de agosto de 2001

32. Cf. NORTH, Douglass C. *Instituciones, Cambio Institucional e Desarrollo Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994

33. Para Douglas C. North, a função principal das instituições na sociedade é a redução da incerteza, ao estabelecer uma estrutura estável (não necessariamente eficiente) da interação humana. Mas essa estabilidade das instituições de nenhum modo contradiz o fato de que estão em mudança permanente. Partindo de acordos, códigos de conduta e normas de comportamento, passando por leis e contratos, as instituições se encontram em evolução e, por conseguinte, estão alterando as escolhas ao alcance das pessoas.

Foi um erro histórico a não-ampliação da malha do metrô, o incentivo ao uso do automóvel como meio de transporte e a privatização total do sistema de transporte coletivo às empresas privadas. O trânsito na cidade está à beira de um colapso e não há mais recursos em quantidade suficiente para que se ampliem substancialmente as linhas do metrô.

O desafio da regulação dos transportes coletivos por ônibus em São Paulo está não só na imposição de condutas e padrões de serviços, mas sobretudo na busca de uma mudança cultural dessas instituições, promovendo-se um círculo virtuoso para que, com o passar do tempo, o município de São Paulo possa ter um sistema de transportes coletivos que proporcione um mínimo de dignidade à população.

## 7. Propostas e Conclusão.

Nessa parte final, em que são feitas as conclusões sobre o quadro dos transportes coletivos e o funcionamento desse mercado, serão também feitas algumas propostas para a solução do transporte coletivo no município de São Paulo.

A solução ideal seria que o principal meio de transporte do município de São Paulo fosse o trem, seja o metrô, seja o trem de subúrbio. Porém, os investimentos em transporte ferroviário só trazem benefícios a médio ou longo prazo, por causa do tempo de execução das obras. Além disso, exigem altos investimentos iniciais e o Estado de São Paulo, controlador do metrô, não possui recursos suficientes para essa expansão.

Se não é possível consertar em poucos anos os erros do passado, é, no entanto, possível atenuá-los, através da elevação da qualidade dos transportes por ônibus.

Dois princípios a serem adotados numa regulação desses serviços no município são o aumento da oferta desses serviços e da qualidade dos mesmos. Pois o desafio é duplo: a melhoria das condições para as pessoas que já usam esses serviços e a atração de novos usuários.

A primeira medida a ser tomada pelo município deve ser a introdução de concorrência no transporte coletivo por ônibus, num primeiro momento, mediante a quebra de monopólio das linhas mal-exploradas segundo critérios de qualidade de serviço. Os principais critérios devem ser o número de pessoas dentro de um único ônibus e o tempo de espera, independentemente do número de passageiros. Essa medida é um instrumento eficaz de aumento da eficiência do serviço, pois a potencialidade da entrada de novas empresas faz com que se procure melhores formas de prestação do serviço.<sup>34</sup>

Além disso, os serviços de transporte coletivo prestados por “vans” e peruas devem ser planejados pela Prefeitura e integrados ao sistema. Deve-se exigir

---

34. UNITED NATIONS – ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND PACIFIC. “Sustainable Transport Pricing and Charges – Principles and Issues”. s.d. p. 116

desses profissionais a prestação de serviços como se fossem funcionários públicos. Não se pode permitir que qualquer pessoa possa ser motorista. Os veículos devem oferecer segurança aos passageiros, respeitando-se, inclusive, a lotação máxima de cada um deles. Esse serviço deve ser um somatório ao sistema e, por essa razão, a Prefeitura não deve permitir que esses veículos disputem com os ônibus os passageiros nos pontos de parada.

A segunda medida a ser tomada nesse mercado é a criação de novas linhas, ampliando-se a capilaridade do sistema. Desse modo, espera-se despertar na população a segurança de que há sempre uma linha de ônibus perto de casa e que é possível ir a mais lugares sem o automóvel. Essa medida tem por objetivo aumentar as externalidades do sistema.<sup>35</sup> Porém, ao contrário do que sempre houve em São Paulo, a preferência para a exploração das novas linhas deve ser feita por novas empresas, a fim de se diminuir o poder econômico dos agentes, através do aumento do número de empresas prestadoras de serviço num mesmo mercado geográfico. Mais linhas significam maiores possibilidades de escolha entre uma ou outra empresa de ônibus.

O grande problema é que a Prefeitura poderá encontrar dificuldades para aumentar a oferta do serviço, porque a falta de perspectiva de aumento de demanda será interpretada como perda de receita por parte de algumas empresas concessionárias do serviço<sup>36</sup> e as conseqüências poderiam ser semelhantes ao que aconteceu com o setor elétrico, em que a falta de perspectiva do aumento do consumo levou a se investir muito pouco no aumento da capacidade de produção de energia.

Uma saída racional para forçar o aumento da procura pelo transporte coletivo consiste na retirada de automóveis das ruas. Trata-se de uma medida impopular, mas que, cedo ou tarde, necessariamente deverá ser tomada. A Prefeitura já vem estabelecendo o mecanismo de rodízio de veículos nos horários de pico de tráfego. Essa medida acabou se tornando ineficaz, em razão da frota de automóveis ter aumentado nos últimos anos. Mas o que poderia ser feito é uma restrição muito severa à circulação de automóveis durante o dia inteiro, ou mediante a proibição da circulação em mais de um dia da semana ou mediante a cobrança pelo uso da infra-estrutura viária.<sup>37</sup> Esta

---

35. Isso vem sendo colocado em prática pela Prefeitura, apesar da enorme resistência dos empresários do setor

36. *“Seria um grave erro, porém, supor que as empresas daqui para a frente aceitarão sem resistência nenhuma as novas regras. O histórico do problema recomenda à Prefeitura estar atenta a manobras destinadas a torpedear o acordo que acaba de ser conseguido a duras penas. Temos assistido nos últimos anos a uma aliança de fato entre o sindicato das empresas, o Transurb – que sempre quis sustentar sua ineficiência à custa dos cofres públicos, por meio de subsídios disfarçados ou não – e os motoristas e cobradores, que fazem de tudo para manter seus empregos ainda que o preço seja a deterioração do transporte coletivo. Essa aliança vem produzindo freqüentes locautes disfarçados de greves e bloqueios de corredores de trânsito com ônibus, com enormes prejuízos para a população, especialmente os trabalhadores. (...) Não será de estranhar, por exemplo, que as viagens – para burlar o novo sistema pelo qual ganharão principalmente por passageiros transportados – decidam diminuir o número de ônibus, que circularão superlotados. A prefeitura deve, por isso, se preparar para impor, com o máximo de firmeza, a observância das novas regras. Disso depende o êxito da reforma do sistema”* “Só o primeiro round foi ganho”. *Jornal da Tarde*. Sexta, 2 de agosto de 2002

37. A cobrança poderia ser feita do mesmo modo que se faz com a cobrança de multa eletrônica.

última solução pode ser muito útil para que se promova uma maior universalização do sistema, pois essa receita obtida com o uso da infra-estrutura viária poderia financiar a melhoria dos transportes coletivos, consistindo num mecanismo de subsídios cruzados. Em síntese, a idéia é reeducar a população para o uso de transporte coletivo em vez do automóvel. Algumas cidades estabeleceram restrições severas à circulação de veículos.<sup>38</sup> Isso também foi recomendado pela Organização das Nações Unidas, para que o proprietário do automóvel possa ficar ciente dos custos negativos de seu uso, que é externalizado à sociedade.

Em outras palavras, o usuário do automóvel deve sofrer uma restrição quanto ao seu uso e ver nos transportes coletivos uma boa alternativa, uma vez que a solução individual – o uso do automóvel – não é a melhor solução global, pois toda a população perde com os grandes congestionamentos. E se proporciona de antemão o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos das concessionárias através desse aumento da procura pelos serviços de transporte coletivo.

Esta medida também contribuirá para o melhor tráfego nos horários de pico, pois uma boa parte da frota não estará circulando, o que poderá aumentar a velocidade média dos ônibus, reduzindo-se, assim, o tempo de espera nos pontos. Isso é salutar para as pessoas de menor renda, porque gastarão menos tempo para ir e voltar do trabalho, o que representará um aumento sensível na qualidade de vida dessas pessoas.

Não haveria uma afronta ao princípio da igualdade se fosse ampliada a diferenciação dos serviços, podendo-se cobrar até mesmo tarifas mais altas por serviços diferenciados de transporte. É verdade que isso já existe em São Paulo de forma limitada a algumas linhas especiais. O ideal seria que mais linhas tivessem esses serviços diferenciados, para que se estimulasse o uso do transporte coletivo por pessoas de maior renda.

O papel da Prefeitura é duplo: ao mesmo tempo em que exigirá mais qualidade e quantidade de serviço de transporte coletivo na cidade, deverá ser a primeira a colaborar,<sup>39</sup> fomentando um aumento da procura pelos serviços das empresas. Isso deve ser feito à sociedade mediante a divulgação do planejamento a ser adotado, de mudar a filosofia de transportes da cidade de transporte individual para o transporte coletivo.

Além disso, ela deve estimular de forma concreta a participação da população na gestão do transporte coletivo, tanto na definição das linhas de ônibus, como na fiscalização do serviço. A Lei n. 13.241 estabeleceu esse sistema, mas não é algo facilitado para a população, tornando-se mais formal do que substantivo. Não se deve esperar que a população o procure para participar da gestão do sistema. Uma

---

38. Em Cingapura, automóveis só podem rodar com licença especial e só se emitem poucas dessas por ano, como forma de conter o crescimento desse número.

39. Cf. AXELROD, Robert. *La Evolución de la Cooperación*. Trad. de Luis Bou. Madrid: Alianza Universidad, 1996

solução seria ficar em contato com a população em pontos de grande movimento, como nos terminais de ônibus.

Em suma, a regulação dos transportes coletivos no município de São Paulo deve visar não apenas às instituições já existentes, procurando adaptá-las a um determinado modelo, mas também deve ser um meio capaz de reeducar a população sobre as vantagens do uso dos transportes coletivos, em vez do transporte individual, como forma de alteração do comportamento institucional sobre os transportes coletivos, através da introdução de uma concorrência efetiva nesse setor.

São Paulo, setembro de 2002.

### Bibliografia

AXELROD, Robert. *La Evolución de la Cooperación*, Trad. de Luis Bou, Madrid: Alianza Universidad, 1996

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001

BNDES. Área de Projetos de Infra-Estrutura. “Transporte Urbano”, In: Informe Infra-Estrutura, n. 07, fevereiro de 1997

BUOSI, Milena. “A vida sofrida de quem depende de trem”. *Jornal da Tarde*, 6 de agosto de 2000.

CORRÊA STIEL, Waldemar. *História dos Transportes Coletivos em São Paulo*. São Paulo: Ed. McGraw-Hill e Edusp, 1978

“Especialistas consideram planos superficiais”. *O Estado de S. Paulo*. Domingo, 23 de julho de 2000

HOVENKAMP, Herber. *Antitrust*. 2nd edition. St. Paul: West Publishing Co, 1993

KOTLER, Philip. *Administração de Marketing – Análise, Planejamento e Controle*, v. 03, São Paulo: Atlas 1991

LINHARES PIRES, José Cláudio. SERRÃO PICCININI, Maurício. “A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil”, BNDES. Disponível em [http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90\\_07.pdf](http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco90_07.pdf)

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997

NORTH, Douglass C. *Instituciones, Cambio Institucional e Desarrollo Económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994

NOVAES, Washington. “Revoluções no Espaço Urbano” *O Estado de S. Paulo*. Sexta, 29 de junho de 2002

ORRICO FILHO, Rômulo Dante. BRASILEIRO, Anísio. SÁ FORTES, José Augusto Abreu. “Produtividade e Competitividade na Regulação do Transporte Urbano:



Nove Casos Brasileiros” In: ORRICO FILHO, Rômulo Dante et altri. *Ônibus Urbano – Regulamentação e Mercados*. Brasília: L.G.E, 1996

ORRICO FILHO, Rômulo Dante. MEDEIROS DOS SANTOS, Enilson. “Regulamentação do Transporte Urbano por Ônibus: Elementos do Debate Teórico” In: ORRICO FILHO, Rômulo Dante et altri. *Ônibus Urbano – Regulamentação e Mercados*. Brasília: L.G.E, 1996

“Pedras, pólvora, busca-pés... Os perueiros contra-atacam” *Jornal da Tarde* Sexta, 6 de julho de 2001

“Perueiros. E um trânsito infernal” *Jornal da Tarde* Segunda, 1º de janeiro de 2001

“Prepotência Absurda” *O Estado de S. Paulo*. Segunda, 6 de agosto de 2001

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998

---

*Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001

SECRETARIA MUNICIPAL DOS TRANSPORTES, “História do Transporte Coletivo em São Paulo” Disponível em <http://sampa3.prodiam.sp.gov.br/smt/histramp.html>

“Só o primeiro round foi ganho” *Jornal da Tarde*. Sexta, 2 de agosto de 2002

UNIÃO EUROPÉIA, Parecer do Conselho Econômico e Social sobre a Utilização dos Transportes Coletivos e Privados no Ambiente Urbano e Periurbano. Bruxelas, 27 de abril de 2000

UNITED NATIONS – ECONOMIC AND SOCIAL COMMISSION FOR ASIA AND PACIFIC, “Sustainable Transport Pricing and Charges – Principles and Issues” s.d.

UNITED NATIONS COMMISSION ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT (HABITAT). “The Role of Urban Transport in Sustainable Human Settlements Development” Ninth Session, New York, 16-27 April 2001

VIEGAS, José M. “Public Transport in the Sustainable Urban Transport Policy Package: Taking an Integral Policy Approach” prepared for the EMCT/OECD Workshop on Implementing Strategies to Improve Public Transport for Sustainable Urban Travel, Athens, Greece, 3-4 June 1999

WORLD BANK, “Cities on the Move: A Worldbank Urban Transport Strategy Review”. Draft Document, 17 October 2001



# A LEI SARBANES-OXLEY E AS INOVAÇÕES PARA A PROTEÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS

*Carlos Eduardo Vergueiro*  
Graduando pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O autor analisa a Lei Sarbanes-Oxley, promulgada no 1º semestre de 2002, retratando as inovações surgidas para fomentar e assegurar transparência e confiança na divulgação de informações contábeis por parte de empresas emissoras de valores mobiliários no mercado de capitais dos EUA.

## Abstract:

The author makes the analysis of the Sarbanes-Oxley Law, which was enacted on the 1<sup>st</sup> semester of 2002, clarifying the innovations that were introduced with a view of increasing transparency and reliability on the disclosure of accountability information by the issuers of securities in the USA.

**Unitermos:** Sarbanes-Oxley; mercado de capitais; proteção ao investidor; divulgação de informações contábeis.

## A. Fatos, Valores e a Promulgação da Lei Sarbanes-Oxley.

Ao encarar o Direito em seu aspecto tridimensional, Miguel Reale nos ensina que fato, valor e norma *“são três aspectos básicos na experiência jurídica que, ao se exigirem reciprocamente e interagirem dinâmica e dialeticamente, resultam na própria vida do Direito. Por “fato” devem ser entendidos os fatos (geográficos, econômicos, de ordem técnica, etc) que sempre estão subjacentes a um fenômeno jurídico; por “valor” devem ser consideradas as opções axiológicas feitas pelo legislador para inclinar ou determinar a ação dos homens para que se atinja determinada finalidade ou objetivo. A palavra “norma”, por fim, representa a relação que integra o fato ao valor, representando o Direito como o ordenamento e sua respectiva ciência.”*<sup>1</sup>

Os escândalos financeiros ocorridos durante o primeiro semestre de 2002 no mercado de capitais dos EUA, a necessidade de se assegurar mecanismos que levassem

---

1. Cf. *Lições Preliminares de Direito*, 24ª edição, São Paulo, Saraiva, 1998, pp. 64-68. A respeito do assunto, vale também conferir *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 1994 e *Filosofia do Direito*, 19ª edição, São Paulo, Saraiva, 1999.

à confiança dos investidores nesse mercado e a promulgação da Lei Sarbanes-Oxley talvez componham um dos casos que melhor ilustram a idéia de uma Teoria Tridimensional do Direito, ou seja, a conjugação da relação tripartite ente fato, valor e norma.

O mercado de capitais dos EUA foi marcado, durante o 1º semestre do ano 2002, pela sucessão de escândalos financeiros praticados por empresas até então consideradas como sendo sérias e transparentes na divulgação de suas informações contábeis. Esses escândalos estiveram calcados na divulgação dolosa de balanços e demonstrações contábeis que continham dados incorretos sobre a situação patrimonial das empresas; aos olhos dos investidores, empresas não lucrativas surgiram como se fossem empreendimentos altamente promissores, nos quais investimentos certamente trariam bons dividendos.

A alteração de Balanços e Demonstrações de Resultado foi a ferramenta utilizada para encobrir erros dos administradores e também dos auditores, fazendo com que, ao menos do ponto de vista contábil, o resultado social apresentasse valores diferentes do que a correta aplicação da contabilidade poderia indicar. Desde o *crash* da Bolsa de Nova York (a *NYSE – New York Stock Exchange*), não houve outro momento que evidenciasse pontos tão frágeis do mercado de capitais norte-americano.

Nesse contexto, foi promulgada a *Public Law n. 107-204* (a *Lei Sarbanes-Oxley*)<sup>2</sup> com a intenção de aumentar a precisão das informações contábeis divulgadas pelas empresas e da confiança no próprio mercado de capitais.

## B. As Inovações da Lei Sarbanes-Oxley.

A Lei Sarbanes-Oxley foi promulgada com o objetivo de aumentar a confiança nas informações contábeis que as empresas são obrigadas a divulgar (por exemplo: balanço, demonstrações de resultado etc). Essa meta deve ser atingida com os mecanismos criados para se assegurar precisão das informações. A Lei Sarbanes-Oxley procurou: estabelecer critérios de idoneidade aos responsáveis pela elaboração das informações, evitar conflitos de interesse e criar órgãos para cuidar da divulgação. Os pontos de maior relevo para que os fins mencionados sejam atingidos estão descritos abaixo.

*Empréstimos a Executivos:* as empresas têm efetivado uma prática que é, ao mesmo tempo, ruínosa para as finanças corporativas e para os investidores e extremamente benéfica para os seus executivos: a concessão de empréstimos aos executivos com juros subsidiados. Os contratos de mútuo são realizados dessa forma para figurarem como mecanismo adicional de remuneração dos executivos. A prática de concessão desses empréstimos não tem sido benéfica para as empresas. Além disso,

---

2. É interessante notar que a própria Lei, em sua *Section 1, "a"*, determina que referências a ela sejam feitas como sendo a "*Lei Sarbanes-Oxley*". Essa prática da própria lei estabelecer a forma pela qual deverá ser referida pela comunidade não é adotada no Brasil, onde leis que são popularmente conhecidas por algum nome (como a *Lei Rouanet* – Lei n. 8.313/91, que estabelece mecanismos de incentivos fiscais às atividades culturais) acabam sendo denominadas por outros fatores que não disposição própria (como, por exemplo, o nome do autor).

os investidores (acionistas minoritários), em regra, não dispõem de mecanismos para controlar a concessão dos empréstimos e acompanhar o adimplemento dos pagamentos.

Nesse contexto, a Lei Sarbanes-Oxley inovou ao estabelecer a proibição de que as empresas,<sup>3</sup> direta ou indiretamente, concedam crédito, na forma de empréstimos pessoais, para quaisquer de seus administradores (diretores ou membros do Conselho de Administração, ou ainda quem quer que exerça as suas funções). A lei não atacou os contratos de empréstimo celebrados anteriormente à sua promulgação, apenas proibiu que houvesse a sua respectiva renovação ou alteração de suas cláusulas.

*Divulgação Eletrônica de Informações:* para facilitar o acesso às informações contábeis por parte do público investidor, a Lei Sarbanes-Oxley preocupou-se em determinar que a SEC<sup>4</sup> proceda à disponibilização eletrônica das informações contábeis de uma empresa na Internet, até o dia útil seguinte ao recebimento, pela SEC, dessas informações. A empresa também estará obrigada a promover a divulgação das informações contábeis pela Internet, no mesmo espaço de tempo, caso seja titular de algum *site* na Internet relacionado às suas atividades.

*Código de Ética para os Responsáveis pela Área Financeira:* a elaboração de um Código de Ética, pelas empresas, aplicável aos responsáveis pela Área Financeira, é determinada pela Lei Sarbanes-Oxley. Essa determinação não é obrigatória, pois a empresa terá a opção de não confeccionar o código em questão, desde que divulgue as razões pelas quais não o faz. São elementos essenciais do Código de Ética todas as condutas necessárias para a promoção de: i. comportamentos éticos e honestos, especialmente relacionados com conflitos de interesse dos executivos envolvidos na área financeira da empresa; ii. divulgação de informações contábeis com precisão total e não intempestiva; e iii. adimplemento com as determinações legais sobre a divulgação de informações contábeis por parte das empresas.

*Criação de um Comitê de Auditoria:* um novo órgão é criado nas empresas: os Comitês de Auditoria, formado com o propósito de supervisionar a contabilidade e os procedimentos internos de confecção dos relatórios contábeis. Na hipótese em que a empresa decida não adotar um Comitê de Auditoria, o Conselho de Administração deverá assumir as suas funções. Os Comitês de Auditoria estão obrigados a estabelecer procedimentos para: i. o recebimento e tratamento de reclamações relativas à auditoria da empresa; ii. garantia de confidencialidade de denúncias sobre irregularidades na auditoria da empresa; e iii. resguardo aos empregados da empresa que venham a denunciar irregularidades nos procedimentos contábeis por ela adotados. As empresas estão obrigadas a destinar recursos financeiros necessários para a manutenção do Comitê de Auditoria.

---

3. A palavra "empresa" é utilizada pela Lei Sarbanes-Oxley para denominar as empresas emissoras de valores mobiliários. Esse é o foco de aplicação das disposições da lei. A palavra "empresa", neste artigo, deve ser interpretada com o mesmo significado utilizado pela lei.

4. SEC é a sigla que representa a *Securities and Exchange Commission* dos Estados Unidos da América, órgão no qual a estrutura da Comissão de Valores Mobiliários brasileira foi inspirada.

*Divulgação das Penalidades:* a publicidade das penalidades aplicadas pelo *Board*<sup>5</sup> é determinada pela Lei Sarbanes-Oxley. Nas hipóteses em que houver a imposição de uma sanção disciplinar, o que pode incluir a inabilitação do profissional, o Board deverá comunicá-la à SEC, entidades regulatórias estaduais e internacionais nas quais a pessoa que recebeu a pena possa estar registrada, além do público.

*Aplicação às Empresas de Auditoria Estrangeiras:* o fato de a Lei Sarbanes-Oxley ter equiparado empresas de auditoria estrangeiras às empresas constituídas nos EUA demonstra preocupação de assegurar um ambiente no qual informações contábeis fossem divulgadas e conhecidas pelo público com base em critérios de confiança. Dessa forma, qualquer empresa de auditoria (mesmo estrangeira) que elabore ou forneça informações contábeis sobre uma determinada empresa será considerada como sujeita à aplicação da Lei Sarbanes-Oxley. O *Board* possui competência para estender a aplicação da Lei Sarbanes-Oxley a qualquer outra empresa de auditoria estrangeira que, embora não tenha elaborado informações contábeis sobre uma determinada empresa, tenha trabalhado na auditoria ou tido um papel relevante no auxílio à preparação da divulgação de informações contábeis.

*Fomento ao Desenvolvimento de Novos Mecanismos de Proteção ao Mercado de Capitais:* a Lei Sarbanes-Oxley também se preocupou em fomentar o estudo de novas formas de proteção ao mercado de capitais. Com base nessa idéia, atribuiu-se uma finalidade estratégica aos recursos obtidos pelo *Board* com a aplicação de multas monetárias: esses recursos deverão ser destinados a programas que, com base no mérito dos trabalhos apresentados, concedam prêmio a estudantes de Graduação e Pós-Graduação em cursos de Contabilidade. Na medida em que esses cursos serão ministrados pelo *Board* ou por entidades por ele creditadas, espera-se desenvolver estudos que possam auxiliar a divulgação de informações contábeis pelas empresas e a proteção do mercado de capitais norte-americano.

*Prestação de serviços não relacionados por auditores:* ao proibir que os auditores venham a prestar serviços não relacionados a atividades de auditoria, a Lei Sarbanes-Oxley procurou evitar que os auditores ficassem presos aos seus próprios erros, decorrentes da realização dessas atividades (que não se encontram no escopo das empresas de auditoria).

Agora, torna-se proibido que uma empresa de auditoria, ou qualquer pessoa associada a esta empresa, preste a alguma empresa, ao mesmo tempo em que realize serviços de auditoria, quaisquer outros tipos de serviços, incluindo: serviços de contabilidade, implementação e desenvolvimento de sistemas de informação financeira, elaboração de pareceres, cálculos de risco para fins de cobertura em contratos de seguro, serviços de auditoria interna, administração de pessoal, corretagem, consultoria

---

5. A Lei Sarbanes-Oxley criou uma entidade responsável pela fiscalização das atividades das empresas de auditoria denominada *Public Company Accounting Oversight Board*. A missão do *Board* é supervisionar os procedimentos de auditoria adotados nas empresas emissoras de valores mobiliários. A Lei Sarbanes-Oxley repete que o fundamento do *Board* é proteger o interesse dos investidores e, assim, fomentar o mercado de capitais.

financeira e serviços jurídicos. Em muitos casos, erros praticados por empresas de auditoria na prestação desses serviços não relacionados eram encobertos pelas próprias empresas de auditoria, quando da elaboração das informações contábeis. Quem deveria atestar a regularidade de uma empresa acabava tendo a oportunidade de esconder o seu próprio erro.

*Conflitos de Interesse:* a Lei Sarbanes-Oxley preocupou-se, na *Section 206*, em evitar que pessoas anteriormente dedicadas à auditoria de uma empresa passassem a exercer cargos de direção nas empresas auditadas. A tese se aproxima muito da idéia de quarentena. Isso poderia ocorrer, por exemplo, com empregado de uma empresa de auditoria que fosse convidado a exercer cargo de direção na empresa auditada. Esse avanço é importante, porque a confusão de funções poderia permitir que erros cometidos pela auditoria fossem escondidos pelo (futuro) administrador. Agora, torna-se ilegal a prestação de serviços de auditoria por uma determinada empresa, na hipótese em que o presidente, diretor financeiro, diretor contábil ou qualquer pessoa servindo em posição semelhante em uma empresa tenha sido empregado por aquela empresa de auditoria.

*Responsabilidade da Empresa pelas Informações Contábeis:* a Lei Sarbanes-Oxley conferiu competência à SEC para exigir que os administradores da empresa atestem, por escrito, que revisaram e examinaram cada balanço ou demonstração contábil divulgada. A idéia é a de criação de um juramento sobre as informações da empresa. O conteúdo dessa declaração deverá atestar que os administradores conhecem a informação divulgada, podendo atestar a sua completa exatidão e ausência de omissões. Esse dispositivo da Lei Sarbanes-Oxley foi muito criticado pela comunidade acadêmica e financeira nos EUA porque, na visão dessas pessoas, tal dispositivo seria ineficaz para impedir a fraude na divulgação de informações contábeis.

*Influência imprópria nos trabalhos dos Auditores:* um outro ponto bastante interessante da Lei Sarbanes-Oxley é a declaração de ilicitude de condutas realizadas pelos administradores das empresas auditadas e que venham, com intenção de praticar fraude, a influenciar, exercer coerção, manipular qualquer empresa de auditoria envolvida no exame das informações contábeis de uma empresa.

*Reembolso de Bônus e Vantagens recebidas por Diretores:* a Lei Sarbanes-Oxley introduziu um mecanismo bastante interessante para desestimular a prática de divulgação de informações não corretas. Nos termos da *Section 304*, CEOs<sup>6</sup> e CFOs<sup>7</sup> deverão reembolsar a empresa na hipótese de necessidade de refazimento de informações contábeis devido à constatação de erros. O reembolso compreenderá: i. quaisquer bônus ou pagamentos de incentivo recebidos durante o período de doze

---

6. CEO é a sigla que designa *Chief Executive Officer*, ou seja, o administrador com maiores poderes dentro da empresa. É o equivalente à figura do diretor presidente de uma sociedade anônima brasileira.

7. CFO, por sua vez, significa *Chief Financial Officer*, que é o cargo da pessoa responsável pela área financeira de uma empresa.

meses anteriores e ii. quaisquer lucros obtidos com a venda de valores mobiliários (de propriedade do diretor em questão) da empresa durante o mesmo período de doze meses. O ponto que chama a atenção é que a mesma *Section 306* confere poder discricionário à *SEC* para excluir a aplicação da regra de reembolso acima comentada. De fato, os únicos critérios que deverão ser observados pela *SEC* são a “*adequação e necessidade de se realizar a exclusão*”, nas palavras da própria lei. A falta de critérios mais objetivos pode levar ao uso arbitrário da presente exclusão, acabando com uma idéia que se mostra oportuna.

*Responsabilidade Profissional de Procuradores:* a Lei Sarbanes-Oxley outorgou competência à *SEC* para disciplinar padrões mínimos de conduta, aplicáveis a pessoas que, no exercício de mandato das empresas, compareçam perante a comissão para, em nome de empresas, realizar atos ou prestar informações. Agora, a *SEC* possui competência para exigir que um procurador seja chamado para prestar esclarecimentos sobre qualquer violação à legislação do mercado de capitais norte-americano.

*Contratação de Pessoas Experientes em Finanças para os Comitês de Auditoria:* um profissional será considerado pela *SEC* como sendo “*Pessoa Experiente em Finanças*”, através do acúmulo de conhecimentos técnicos ou exercício de cargos na área de finanças que envolvam i. conhecimento suficiente sobre os princípios contábeis norte-americanos, ii. experiência na elaboração de informações contábeis, especialmente quando se tratar de comparar informações contábeis entre várias empresas, estimativas, definição de montantes para reservas, controles contábeis internos, entendimento sobre as funções de um Comitê de Auditoria. As empresas que não contratarem pessoas experientes em finanças para comporem seus Comitês de Auditoria deverão informar ao público as razões pelas quais não fizeram essa contratação.

### *C. O Mercado de Capitais Norte-Americano e Brasileiro após a Promulgação da Lei Sarbanes-Oxley.*

A promulgação da Lei Sarbanes-Oxley insere-se na atual tendência de proteção às minorias societárias e ao público investidor do mercado de capitais. A Lei Sarbanes-Oxley, para os americanos, deve ser entendida como um dos primeiros passos que foram adotados para conferir segurança aos investimentos realizados no mercado e capitais. Para os brasileiros, a Lei Sarbanes-Oxley deve ser considerada como um modelo de proteção ao mercado de capitais, cujas disposições, em muito, podem vir a ser introduzidas na Legislação brasileira.

São Paulo, setembro de 2002.



# **DIREITO PROCESSUAL**



# AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA AMBIENTAL E DENUNCIÇÃO DA LIDE

*Ada Pellegrini Grinover*

Professora Titular do Departamento de Direito Processual  
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

## Resumo:

O estudo analisa a responsabilidade objetiva por dano ambiental, cujo reconhecimento depende da comprovação do dano e do nexos causal. A seguir, detém-se sobre a denúncia da lide, espécie de intervenção de terceiros concebida como instituto apto a chamar em juízo um terceiro, com o qual a parte tenha uma relação de regresso na eventualidade de perder a demanda. E, finalmente, sustenta o cabimento da denúncia da lide na Ação Civil Pública por dano ambiental.

## Abstract:

This article studies the objective liability due to environmental damages, that depends on the evidence of the damage and the causal relationship. After that, it observes the procedural institute of the third intervention conceived in order to call to the action a third whom the parties may have with a right of regression if they would lost the judgement. And, finally, it defends the possibility of this kind of intervention in Brazilian class actions for environmental damage.

**Unitermos:** ação civil pública; dano ambiental; dano e nexos causal; denúncia da lide; cabimento.

O presente estudo objetiva examinar a possibilidade de denúncia da lide no âmbito da ação civil pública em matéria ambiental, sem embargo da responsabilidade objetiva que vigora nessa matéria.

1. Responsabilidade objetiva: existência do dano e nexos causal.

Como sabido, a Lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, deu tratamento à matéria de responsabilidade ambiental e, em seu art. 14, parágrafo 1º consagrou o regime da *responsabilidade objetiva*, obrigando todo e qualquer poluidor, agente causador da degradação ambiental, independentemente da

existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade<sup>1</sup>

Portanto, a configuração dessa forma de responsabilidade civil depende, no Direito Positivo brasileiro, da existência de um *dano* ao meio ambiente e do *nexo causal* com a atividade do agente<sup>2</sup> Nesse sentido, José Afonso da Silva observou que o “*direito brasileiro assume o princípio da responsabilidade objetiva pelo dano ecológico, o que é uma tendência do direito estrangeiro como mostra Paulo Affonso Leme Machado. Segundo Despax é muito nítida no direito francês a evolução para uma responsabilidade objetiva, acompanhada de uma diminuição do ônus da prova da exigência do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a atividade danosa ao meio ambiente. (...) Na responsabilidade objetiva por dano ambiental, basta a existência do dano e nexo com a fonte poluidora ou degradadora*”<sup>3</sup> (grifei).

Também a propósito do tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lembram que a lei brasileira adotou “*a teoria do risco da atividade para estipular a responsabilidade objetiva para a reparação do dano causado ao meio ambiente (L 6.938/91 14 § 1º), de sorte que basta a existência do dano e do nexo causal para que haja o dever de indenizar (...)*”<sup>4</sup> (grifei). E anotam:

*“Dano Ambiental. Prova. O dever de indenizar o dano ambiental é caracterizado pelo nexo causal estabelecido entre a autoria e a causa, não abrangendo o liame entre a causa e o efeito danoso. O autor da ação de indenização tem o ônus de provar que o poluidor praticou o ato do qual se originou o evento danoso. O dano, na verdade, se presume, porque virtual. Cabe ao réu elidir a presunção. Em sentido mais ou menos conforme, CSMP-SP 18: ‘Em matéria de dano ambiental, a Lei n. 6.938/*

1. A responsabilização por danos ambientais foi posteriormente tratada também pelo art. 225, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988, ao determinar que “*as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos*” A norma legal citada acima no texto, não há dúvida, foi recepcionada pela nova ordem constitucional e está em pleno vigor (cf., nesse sentido, Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*, São Paulo, 1999, Max Limonad, p. 125).

2. O dano ambiental é do dano ao meio ambiente. Este, nas palavras de Paulo de Bessa Antunes, pode ser entendido como “*um bem jurídico autônomo e unitário, que não se confunde com os diversos bens jurídicos que o integram. O bem jurídico meio ambiente não é simples somatório de flora e fauna, de recursos hídricos e recursos minerais. O bem jurídico ambiente resulta da supressão de todos os componentes que, isoladamente, podem ser identificados, tais como florestas, animais, ar etc. Este conjunto de bens adquire uma particularidade jurídica que é derivada da própria integração ecológica de seus elementos componentes*” (cf. *Direito ambiental*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 5ª edição, 2001, p. 168).

3. Cf. *Direito ambiental constitucional*, São Paulo, Malheiros Editores, 2ª edição, 2001, p. 215.

4. Cf. *Código de processo civil comentado e legislação processual extravagante em vigor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2001, p. 1.520.

81 estabeleceu a responsabilidade objetiva, o que afasta a investigação e a discussão da culpa, mas não se prescinde de nexos causal entre o dano havido e a ação ou omissão de quem cause o dano. Se o nexo não é estabelecido, é caso de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação”<sup>5</sup> (grifei)

Ainda Nelson Nery Júnior, em outra obra, enfatizou que, nessa seara, para se caracterizar a responsabilidade objetiva é necessária a presença da conexão causal, ao asseverar que a “*responsabilidade objetiva faz com que os pressupostos do dever de indenizar sejam apenas o evento danoso e o nexo de causalidade. A eventual aplicação de sanção administrativa prevista nos ns. II, III, IV do art. 14 da Lei 6.938/81 não elide o dever de indenizar o dano causado ao meio ambiente. A defesa do poluidor é limitada à negação da atividade e à inexistência do dano. (...) O nexo de causalidade é exigido como requisito para que se reconheça o dever de indenizar, quer se trate de responsabilidade objetiva, quer da subjetiva*” E mais:

“*O que é necessário, isto sim, é a presença da conexão causal, vale dizer, relação de causa e efeito entre a atividade do agente e o dano dela advindo.*”<sup>6</sup> (grifei)

Assim também consignou Adalberto Pasqualotto, ao observar que “*dois são os requisitos geralmente mencionados como suficientes à configuração da responsabilidade por prejuízos causados ao meio-ambiente: apenas o dano e o nexo de causalidade*”<sup>7</sup> Daí porque Hely Lopes Meirelles ensinou que a “*responsabilidade do réu na ação civil pública é objetiva, pois independe de culpa no fato que a enseja (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81), bastando que o autor demonstre o nexo causal entre a conduta do réu e a lesão ao meio ambiente a ser protegido e indique o dispositivo legal infringido*”<sup>8</sup> (grifei).

Nesse mesmo diapasão, Heraldo Garcia Vitta observou que “*em face das regras do ordenamento, temos de admitir haver diferenças profundas entre a responsabilização por dano civil do direito privado e a responsabilização por dano ambiental. Nesta última, não há necessidade de o ato ser ilícito e não se perquire a culpa do autor do dano. Basta a demonstração do: a) causador da conduta ou atividade (ou da omissão); b) dano ambiental; c) nexo causal entre a ação ou omissão.*”<sup>9</sup> E Rui

---

5. Cf. op. cit., p. 1523. A sigla usada na citação se refere a enunciado ou súmula do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo.

6. “Responsabilidade civil, meio-ambiente e ação coletiva ambiental”, in *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, Coordenador Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo, Editora RT, 1993, pp. 280/281.

7. “Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual”, in *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, Coordenador Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo, Editora RT, 1993, p. 453.

8. “Proteção ambiental e ação civil pública”, RT 611/7, p. 11.

9. *O meio ambiente e a ação popular*, São Paulo, Editora Saraiva, 2000, pp. 25/26.

Carvalho Piva completou, afirmando que *“a justificativa teórica para a elaboração legislativa nos moldes acima mencionados é a teoria do risco integral, para a qual a responsabilidade advém de uma simples verificação de saber se deste evento emanou o dano”*<sup>10</sup>. (grifei)

Calcada nessas premissas, a jurisprudência pátria orienta-se na direção de que não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental a particular que adquiriu o imóvel já com o mencionado dano, precisamente em razão de ausência denexo causal, o que isenta a responsabilidade, ainda que objetiva, do adquirente. Confirma-se:

*“Dano ao meio ambiente – aquisição de terra desmatada – reflorestamento – responsabilidade – ausência –nexo causal – demonstração.*

*Não se pode impor a obrigação de reparar dano ambiental, através de restauração de cobertura arbórea, a particular que adquiriu a terra já desmatada. (...) Embora independa de culpa, a responsabilidade do poluidor por danos ambientais necessita de demonstração donexo causal entre a conduta e o dano.*

*Recurso improvido.*

*(...)*

*Ora, o recorrente não derrubou nenhuma floresta nativa, primitiva ou regenerada e quando adquiriu a sua propriedade já não havia a reserva legal. Constitui fato incontroverso, nestes autos, a assertiva do recorrente de que adquiriu o imóvel, objeto desta ação, sem qualquer reserva de cobertura florestal, tendo o desmatamento sido feito em épocas anteriores à sua aquisição, pelos antigos proprietários. O réu não desmatou nenhuma parte de sua fazenda.*

*(...)*

*O art. 14, § 1º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, determina que o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, mas exige nexocausal entre a conduta do recorrente e o dano, e isso não restou demonstrado e comprovado nestes autos.”*<sup>11</sup> (grifei)

E mais:

*“O art. 14, § 1º da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, determina que o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. No caso, não restou comprovado o nexocausal entre a conduta da recorrida e o dano ao meio ambiental.*

10. *Bem ambiental*, São Paulo, Max Limonad, 2000, pp. 133/134

11. Recurso Especial nº 218.120, Paraná (99/0049331-1), Relator Ministro Garcia Viera, DJU 11 de outubro de 1999.

(...)

Assim, não se pode qualificar como degradador do meio ambiente o proprietário do imóvel que o utiliza com sua atividade econômica em toda ou quase toda sua extensão, porque já o adquiriu com esta destinação, sendo incogitável impor-lhe a obrigação de reparar o dano através da restauração da cobertura arbórea que não destruiu.”<sup>12</sup> (grifei)

Sendo, como visto à saciedade, imprescindível, para a configuração da responsabilidade civil pelo dano ambiental, a existência do *nexo causal*, é a partir desse que se pode e deve determinar *quem* responde. Sobre isso, o art. 3º, inciso IV, considera poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade de degradação ambiental”. Assim também o parágrafo único do art. 18 da lei dispõe que as pessoas físicas ou jurídicas “que, de qualquer modo, degradarem reservas ou estações ecológicas, bem como outras áreas declaradas como de relevante interesse ecológico, estão sujeitas às penalidades previstas no art. 14 desta lei” Vale dizer: responsável é aquele cuja atividade (ação ou omissão) guarda algum tipo de nexo de causalidade (ainda que indiretamente) com o evento danoso. A senso contrário: não pode ser responsabilizado aquele que, por sua conduta não contribuiu, de qualquer forma, para o evento danoso.

Conforme observou Adalberto Pasqualotto, “três diferentes esferas de responsabilidade podem ser distinguidas no dano ecológico. A primeira, e mais abrangente, é a que tem como figura central o responsável pela atividade ocasionadora do dano. (...) As segunda e terceira esferas dizem respeito à administração pública e aos profissionais encarregados da elaboração dos estudos de impacto ambiental”<sup>13</sup> (grifei). A obrigação de reparar o dano ecológico, disse o aludido autor, “*competem ao responsável pela atividade poluidora, tornando-se co-responsáveis todos os que contribuem, direta e indiretamente, para a produção do dano*”<sup>14</sup> (grifei).

É que, conforme indica a doutrina, todo o Direito Ambiental gira em torno do denominado *princípio do poluidor-pagador*, conceituado por Antonio Herman V. Benjamin como “aquele que impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas conseqüências de sua ação (ou omissão)”<sup>15</sup> (grifei)

---

12. Recurso Especial nº 156.899, Paraná (97/0086051-5), Relator Ministro Garcia Viera.

13. “Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual”, in *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, Coordenador Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo, Editora RT, 1993, p. 451.

14. “Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual”, in *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, Coordenador Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo, Editora RT, 1993, p. 451.

15. “O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental”, in *Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão*, Coordenador Antonio Herman V. Benjamin, São Paulo, Editora RT, 1993, p. 228.

Dessa forma, o responsável pela reparação do dano ambiental, segundo observação de Rui Carvalho Piva, será qualquer pessoa abrangendo as “*individualmente consideradas, as organizadas em grupo e até os entes despersonalizados. É contra estas entidades que o autor de uma ação ambiental, por exemplo, endereçará o pedido de prestação jurisdicional*”<sup>16</sup>

## 2. Ação Civil Pública e denunciação da lide.

De início, convém destacar que, no sistema processual civil brasileiro, há mecanismos de ampliação subjetiva do processo especificados como formas de intervenção de terceiros. Por meio de tais institutos, o *terceiro* (aquele que não é parte, nem coadjuvante de parte, no processo pendente<sup>17</sup>), torna-se parte no feito.

Dentre as diversas formas de intervenção de terceiros no processo, a figura da *denunciação da lide*, conforme Milton Flaks, corresponde ao “*instrumento concedido a qualquer das partes do litígio para chamar a juízo um terceiro, com o qual tenha uma relação de regresso na eventualidade de perder a demanda*”<sup>18</sup>

Tem-se, então, que, para que se afigure pertinente a utilização do instrumento referido, é necessário que se apresentem seus pressupostos autorizadores: um processo pendente, uma relação de regresso entre denunciante e denunciado e dedução do requerimento no tempo e forma previstos<sup>19</sup>

Com efeito, as hipóteses específicas em que a Lei processual prevê o cabimento da denunciação da lide (art. 70, incisos I e II) acabam sintetizadas na fórmula genérica constante do inciso III do art. 70 do CPC, que faz menção expressa à possibilidade de ressarcimento do prejuízo que vier a ser imposto à parte via ação regressiva deduzida nos próprios autos da ação originária.

Nesse sentido, anota Milton Flaks que “*cabe a denúncia da lide, portanto, sempre que, em face das relações de direito material entre as partes envolvidas, ocorrer a possibilidade de decisões contraditórias, na demanda principal e na demanda regressiva, se o terceiro não ficar vinculado à primeira sentença*”<sup>20</sup> O instituto, então, atende a dois princípios fundamentais: a *economia processual* e a *harmonização dos julgados*.

16. *Bem ambiental*, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 119.

17. Cf. Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, 3ª edição, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 45 e seguintes.

18. Cf. Milton Flaks, *Denunciação da lide*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 3, no qual o autor se refere, também, a Moacyr Amaral Santos.

19. Milton Flaks, obra citada, p. 162.

20. Obra citada, p. 171. Reforçando seu entendimento, Milton Flaks traz à colação importante aresto do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que assim interpretou o instituto: “*Em suma, os pressupostos objetivos da litis denuntiatio indicada no art. 70, III, do CPC, são, de um lado, a possibilidade de dano para aquele que perder a demanda, autor ou réu; e, de outro lado, uma relação jurídica entre denunciante e denunciado, por força da qual este último possa vir a ser responsabilizado pelo ressarcimento, em via de regresso (Ag. I. 273.537, rel. Tito de Oliveira Heskhet)*”.



A economia processual é assegurada na medida em que a inclusão de uma segunda demanda (do denunciante em face do denunciado) implica o conhecimento e instrução conjunta no processo pendente, evitando-se a instauração de novo processo.

Já a harmonização dos julgados, por meio da denúnciação da lide, é assegurada porque evita julgamentos conflitantes. Sim, pois eventual processamento autônomo de cada uma das demandas poderia levar ao absurdo de, na demanda indenizatória, condenar-se o réu ao ressarcimento e, na demanda regressiva, decretar-se sua improcedência com fundamento na ausência de responsabilidade do agora autor. E isso porque os efeitos da coisa julgada não se estendem aos motivos da sentença<sup>21</sup>

Impõe-se analisar, agora, a forma por meio do qual a denúnciação é requerida, abordando-se, inclusive, seu cabimento no procedimento previsto pela Lei n. 7.347/85.

A denúnciação da lide, como cediço, há que ser requerida, pelo que se depreende do art. 71 do CPC, na petição inicial, se o autor é quem promove a intervenção, ou na contestação, se o réu é quem pretende integrar o terceiro à lide.

Além da verificação do momento oportuno para o requerimento da intervenção, cabe, ainda, aferir a viabilidade procedimental da utilização do instituto. Com efeito, há certas restrições legais ao uso da denúnciação da lide, como ocorre no procedimento sumário e nas demandas que versam sobre responsabilidade civil do comerciante (arts. 13 e 88 do Código de Defesa do Consumidor). Estas restrições justificam-se pela concentração de atos e celeridade que informam tais procedimentos, sendo bastante conhecida a tese, esposada por Vicente Greco Filho<sup>22</sup> e seguida por grande parte da doutrina e da jurisprudência, segundo a qual a “*introdução de fundamento novo na lide*”, contrariaria as características desses procedimentos.

Este entendimento, é de se frisar, leva em consideração a distinção entre *garantias próprias* e *garantias impróprias*, distinção esta que advém do direito italiano, o qual dispõe de institutos diversos para a intervenção do terceiro conforme a garantia seja de uma espécie ou de outra. Como ensinou Calamandrei, o instituto da *chiamata in garanzia* reporta-se à garantia própria, decorrente da transferência de determinado bem (garantia formal ou real) ou de obrigação a pagar débito alheio (garantia pessoal ou simples). Já a garantia imprópria, entendida como mera ação regressiva, ensejaria o chamado *intervento coatto*<sup>23</sup>

Tem-se, então, que a tese restritiva da admissibilidade da denúnciação da lide supõe a existência de distinção entre diferentes formas de garantia, sendo que

---

21. Acerca da “dupla utilidade da denúnciação da lide”, veja-se Cândido Dinamarco, “Admissibilidade da denúnciação da lide”, in *Revista de processo*, ano 22, nº 85, jan.-mar./97, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 72.

22. Cf. Vicente Greco Filho, “A denúnciação da lide, sua obrigatoriedade e extensão”, in *Justitia*, vol. 94 c, do mesmo autor, *Direito processual civil brasileiro*, 10ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995.

23. Cf. Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Pádua, Cedam, 1943, esp. p. 137.

uma autorizaria a admissibilidade da denúncia da lide (em caso de garantia própria) e outra não.

Contudo, argumento insuperável para a admissibilidade da denúncia da lide sem a restrição acima mencionada foi trazido por Cândido Dinamarco: “o Código Buzaid, no inc. III de seu art. 70, na linha de evolução dos ordenamentos jurídicos mais avançados, passou a destinar o instituto da denúncia da lide à conservação de qualquer direito de garantia – e não mais só da garantia por evicção. Agora, então qualquer que seja a natureza da garantia e, qualquer que seja a natureza da obrigação sobre que ela incide, poderá a parte denunciar a lide ao garante”<sup>24</sup> (grifei). Com efeito, a dicção legal (art. 70, III, do CPC) permite interpretação abrangente do instituto, vez que sua aplicação se estende àquele que estiver obrigado a indenizar em ação de regresso, qualquer que seja a espécie de garantia.

Diante desse quadro, é necessário que não se percam de vista aqueles princípios orientadores do instituto que, em vez de contrários às peculiaridades dos procedimentos que restringem a intervenção de terceiros, são compatíveis com estes. A esse propósito, o mesmo Cândido Dinamarco externou sua simpatia “pela denúncia da lide em sua configuração agora vigente no direito brasileiro, como instituto apto a otimizar a potencialidade pacificadora do processo (um processo só, só uma sentença, para a eliminação de dois conflitos)”<sup>25</sup>

Nesse ponto, chega-se à questão do cabimento da denúncia da lide no procedimento previsto pela Lei 7.347/85, integrado que foi pelas disposições do Título III do Código de Defesa do Consumidor. Aqui, segundo parte da doutrina, a proteção dos interesses metaindividuais não autorizaria a intervenção de terceiros, seja porque haveria a introdução de fundamento novo no processo (discussão da relação entre o denunciante e o denunciado), seja porque, nesses casos, trata-se de responsabilidade objetiva e, via de regra, a intervenção do terceiro importaria em discussão da culpa pelo evento danoso.

Diante das observações acima, pode-se refutá-las, mais uma vez, com o entendimento de Cândido Dinamarco, no sentido de que a introdução de elemento novo no processo, com eventual ampliação de seu objeto, deve ser admitida vez que, além da celeridade, também é objetivo do sistema processual obter “o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício individual da liberdade”<sup>26</sup>. Demais disso, é de se reconhecer que “todo o possível deve ser feito para extrair do processo o máximo proveito útil”<sup>27</sup>. É de se dizer, ainda, que “ao Estado, que exerce a jurisdição com vista à pacificação social (e não com o objetivo institucionalizado de dar satisfação

---

24. Cf. Cândido Rangel, *Do chamamento à autoria à denúncia da lide*, Dircito Processual Civil, cap. VIII, p. 153 s., *apud* Cândido Dinamarco, “A admissibilidade da denúncia da lide”, p. 69, destacou-se.

25 Cf. Cândido Rangel Dinamarco. “Admissibilidade da denúncia da lide”, in *Revista de processo*, ano 22, n° 85, jan.-mar./97, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 69.

26. Dinamarco, “Admissibilidade...”, p. 74.

27. Dinamarco, “Admissibilidade...”, p. 74.

ao eventual direito do autor), interessa muito mais realizar um só processo redobradamente proveitoso, com essa reconvenção litisconsorcial que talvez, às vezes, lhe acrescentará alguns atos e lhe dilatará um tanto a duração, do que dois processos, duas instruções sobre o mesmo contexto de fatos, dois julgamentos que poderão conflitar entre si, em desabono da própria Justiça. Talvez o processo único custe um pouco mais de trabalho e dedicação dos juízes, mas seria de um comodismo intolerável evitá-lo só por essa razão que nada tem a ver com o interesse público”<sup>28</sup> (grifei).

Quanto à vedação da denúnciação da lide nos casos fundados em responsabilidade objetiva, é de se ter em mente que a discussão sobre o real e direto causador do dano vem a romper o nexo de causalidade, elemento sem o qual não se pode impor qualquer responsabilidade. A quebra do nexo causal exclui a responsabilidade do indigitado causador, mesmo que, para sua aferição, seja dispensado o elemento subjetivo (caracterização de dolo ou culpa do agente).

No tocante ao sistema específico da ação civil pública, integrado que é pelo Código de Defesa do Consumidor, é de se ter em mente que a disposição do art. 88 deste diploma legal, dado seu caráter limitador, há que ser interpretado restritivamente. A propósito, Cândido Dinamarco:

*“O Código de Defesa do Consumidor (art. 88) veda a litisdenuciação pelo comerciante-réu a quem lhe forneceu a mercadoria, em casos de especial dificuldade para a identificação dessa pessoa. Isso não significa necessariamente que, fora das hipóteses ali indicadas, fique excluída tal modalidade de intervenção em relação às ações coletivas em geral”*<sup>29</sup> (grifei).

Segundo observou Kazuo Watanabe, “A denúnciação da lide, todavia, foi vedada para o direito de regresso de que trata o art. 13, parágrafo único, do Código, para evitar que a tutela jurídica processual dos consumidores pudesse ser retardada e também porque, via de regra, a dedução dessa lide incidental será feita com a invocação de uma causa de pedir distinta”<sup>30</sup>. Conclui-se, portanto, que a vedação imposta pelo art. 88 do CDC limita-se às hipóteses do art. 13 da mesma lei, não se estendendo aos demais casos de ação regressiva existentes no ordenamento.

Também Rodolfo de Camargo Mancuso, tratando da intervenção do cidadão na ação civil pública, refere-se à denúnciação da lide e afirma:

*“Podendo, pois, ser réu, cremos não haver impedimento lógico ou legal para se admitir que ele possa ser co-réu, litisconsorte ou assistente do*

---

28. Cândido Rangel Dinamarco. *Litisconsórcio*, 4ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996, n. 81.1, esp. p. 385.

29. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 139.

30. Cf. Watanabe, Kazuo et al., *Código brasileiro de defesa do consumidor*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 534.

*réu originário e, bem assim, nomeado à autoria, chamado ao processo, denunciado à lide, conforme a natureza de sua posição jurídica em face de outras partes*<sup>31</sup> (grifei).

Mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a denunciação da lide, como no caso da denunciação da lide pela Fazenda Pública ao funcionário: “*Cabe denunciação da lide: (...) ao servidor, pela Fazenda Pública, demandada por ato daquele (RSTJ 40/285, 58/260, maioria, 66/216; STJ-RT 667/172; TFR-RDA 147/203, RT 611/128, JTA 104/30, Bol. AASP 1.022/130, RP 21/310, RBDP 43/118)*”<sup>32</sup>

### 3 - Conclusão.

Assim sendo, conclui-se pela admissibilidade da intervenção de terceiros mediante a denunciação da lide no procedimento definido pela Lei 7.347/85, mesmo que a demanda tenha sido proposta com fundamento em responsabilidade objetiva, como ocorre em matéria ambiental.

São Paulo, março de 2002.

---

31. Cf. Rodolfo de Camargo Mancuso, *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, 7ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 216/217.

32. Cf. Theotonio Negrão, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 32ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, p. 172.

# GARANTIA DO PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS: RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA INTEMPESTIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

*José Rogério Cruz e Tucci*

*Professor Associado do Departamento de Direito Processual da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Presidente  
da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da  
USP. Assessor ad hoc da FAPESP. Ex-Presidente da AASP.  
Advogado em São Paulo.*

## Resumo:

A tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, seguida da determinação dogmática da dicção *prazo razoável* e do critério de razoabilidade dela, além do tempo da investigação criminal e da prisão provisória, a recepção da garantia pelo Direito brasileiro, o devido processo legal e seus corolários (*o tempo justo*) são os temas abordados pelo autor neste artigo.

## Abstract:

The effective and in time jurisdictional tutelage, added to the dogmatic determination of the *reasonable time's* diction and its reasonability criterious, in addition to the time of criminal investigation and the provisory prison, the guarantee's reception in Brazilian Law, the due process of law and its corollaries (*the just time*) are the themes approached by the author on this article.

**Unitermos:** tutela jurisdicional; dicção prazo razoável; devido processo legal; tempo justo.

## 1. Efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional

Relegando a um plano secundário as construções de cunho teórico, que tanta relevância ostentaram até há bem pouco tempo, os processualistas passaram a preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja a imprescindibilidade da *efetividade* do processo, enquanto instrumento de realização da Justiça.

Como adverte, a propósito, Barbosa Moreira, "*toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca*"<sup>1</sup>

---

1. Tendências contemporâneas do direito processual civil, in *Temas de direito processual*, 3ª s., São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 3. V., ainda, Barbosa Moreira, Notas sobre o problema da "efetividade" do processo, in *Ajuris*, 29(1983):77 ss.; e o volume *L'effectivité des décisions de justice (Journées françaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 36, Paris, Economica, 1987.

É, pois, preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de toda a sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado “*fonte perene de decepções*”<sup>2</sup>

Assim, incumbe ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa.

É que, no âmbito do processo civil de conhecimento, a tutela jurisdicional, representada pela sentença de mérito, pode ou não acolher a pretensão deduzida, beneficiando, por via de consequência, tanto o autor quanto o réu. Tudo fica na dependência de quem obtenha êxito, amparado que esteja pelo direito material.<sup>3</sup>

Para isso, é de suma relevância que o processo civil disponha de mecanismos aptos a realizar a função institucional que lhe toca, qual seja a de assegurar ao jurisdicionado que tenha razão praticamente tudo aquilo e exatamente aquilo que, porventura, tenha direito de receber.<sup>4</sup>

Na verdade, as legislações processuais modernas “*devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo*”<sup>5</sup>

Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve contá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva.

O pronunciamento judicial que cumpre com sua nobre missão de compor uma controvérsia intersubjetiva ou um conflito de alta relevância social (na esfera penal), no momento oportuno, proporciona às partes, aos interessados e aos operadores do direito grande satisfação. Mesmo aquele que sai derrotado não deve lamentar-se da pronta resposta do Judiciário, uma vez que, sob o prisma psicológico, o possível e natural inconformismo é, sem dúvida, mais tênue quando a luta processual não se prolonga durante muito tempo.

É inegável, por outro lado, que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, a respectiva eficácia será proporcionalmente mais fraca e ilusória. De tal sorte, “*um julgamento tardio irá perdendo progressivamente seu sentido reparador, na medida em que se postergue o*

2. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pp. 271.

3. V., nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell, *Tutela jurisdicional e tipicidade*, tese de doutoramento (USP), São Paulo, 1997, pp. 12.

4. Andrea Proto Pisani, *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, v. 3, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 1.738-9, valendo-se, como é notório, de clássica doutrinação de Chiovenda quanto ao escopo do processo.

5. Cf. Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Ed. RT, 1997, pp. 20. A efetividade das decisões judiciais, conforme lição de Carnelutti, poderá ser assegurada pelas medidas cautelares, que constituem antídoto contra a demora do processo (*Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, pp. 355-6). V., nesse sentido, Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, cit., pp. 302.

*momento do reconhecimento judicial dos direitos; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão*"<sup>6</sup>

Parece mesmo fora de questão que a oportunidade do provimento "a tempestività a que se referem os italianos, como resultado do equilíbrio entre os tempos de progresso e tempos de espera (tempi di sviluppo e tempi di attesa) - constitui um dos primordiais elementos para determinar o grau de eficiência dos tribunais"<sup>7</sup>

Em suma, o resultado de um processo "não apenas deve outorgar uma satisfação jurídica às partes, como também, para que essa resposta seja a mais plena possível, a decisão final deve ser pronunciada em um lapso de tempo compatível com a natureza do objeto litigioso, visto que - caso contrário - se tornaria utópica a tutela jurisdicional de qualquer direito. Como já se afirmou, com muita razão, para que a Justiça seja injusta não faz falta que contenha equívoco, basta que não julgue quando deve julgar"<sup>8</sup>!

E isso, por certo, tanto quanto no trato dos direitos de natureza indisponível em sede extrapenal, na esfera criminal a idéia de tempestividade da decisão engloba outros valores e outras exigências, "de sorte a tornar-se inafastável a inclusão, na concepção do devido processo penal, do direito do indiciado ou acusado de obter pronunciamento judicial que 'ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de inegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal'"<sup>9</sup>

Não se pode olvidar, nesse particular, a existência de dois postulados que, em princípio, são opostos: o da segurança jurídica, exigindo, como já salientado, um lapso temporal razoável para a tramitação do processo ("tempo fisiológico"), e o da efetividade deste, reclamando que o momento da decisão final não se procrastine mais do que o necessário ("tempo patológico"). Obtendo-se um equilíbrio destes dois regramentos - segurança/celeridade - emergirão as melhores condições para garantir a Justiça no caso concreto, sem que, assim, haja diminuição no grau de efetividade da tutela jurisdicional.<sup>10</sup>

## 2. Determinação dogmática da dicção *prazo razoável*.

Impende reconhecer que a garantia da ampla defesa e o correspectivo

6. Cf. Rafael Bielsa e Eduardo Graña, *El tiempo y el proceso*, in *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 55(1994):189.

7. Cf. Bielsa e Graña, *El tiempo y el proceso*, cit., pp. 189, com lastro em doutrinação de Giuseppe Tarzia, que se referiu a tal dicotomia no artigo intitulado "Quali riforme pela la giustizia civile?", in *Giurisprudenza italiana*, 1987, pt. IV.

8. Cf., ainda, Bielsa e Graña, *El tiempo y el proceso*, cit., pp. 190.

9. Lauria Tucci, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993, pp. 290, com arrimo em Alejandro D. Carrió, *Garantias constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, pp. 132.

10. V., a respeito, José Luis Albacar Lopez, *La durata e il costo del processo nell'ordinamento spagnolo*,

direito à tempestividade da tutela jurisdicional são valores constitucionalmente assegurados. É até curial que o direito de acesso à ordem jurídica justa, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não exprima apenas que todos podem ir a juízo, mas, também, que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional, ou melhor, “à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”<sup>11</sup>

Destaca, nesse sentido, Teresa Sapiro Anselmo Vaz<sup>12</sup> que o direito à jurisdição “é indissociável do direito a uma tutela judicial efetiva que, por sua vez, pressupõe o direito a obter uma decisão em prazos razoáveis, sem dilações indevidas. Ou seja, a tutela judicial efetiva implica uma decisão num lapso de tempo razoável, o qual há-de ser proporcional e adequado à complexidade do processo”

Na Europa Ocidental e na América do Norte, a despeito da alarmante lentidão verificada na Justiça de vários países, o direito a um processo sem dilações indevidas vem consagrado em inúmeros textos legislativos, dos quais derivou fecunda elaboração doutrinária e jurisprudencial.

O art. 6º 1, da *Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, subscrita em Roma no dia 4 de novembro de 1950, prescreve que: “Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”<sup>13</sup>

Foi, sem dúvida, a partir da edição desse diploma legal supranacional, que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo constitucional, de caráter autônomo, de todos os membros da coletividade (incluídas as pessoas jurídicas) à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas com estrita observância das normas de Direito Positivo.

Efetivou-se, outrossim, ao longo do tempo, a necessária exegese da abrangência do dispositivo em apreço, tendo-se, unanimemente, como dilações indevidas, “os atrasos ou delongas que se produzem no processo por inobservância dos prazos estabelecidos, por injustificados prolongamentos das etapas mortas que separam a realização de um ato processual de outro, sem subordinação a um lapso

in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, tr. it. Gigliola Funaro, 1983, pp. 1.102; *Les temps dans la procédure*, obra coletiva dirigida por Jean-Marie Coulon e Marie-Anne Frison-Roche, Paris, Dalloz, 1996; Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de processo civil*, v. 1, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1987, pp. 158.

11. Cf., nesse sentido, Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, cit., pp. 20.

12. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos), in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 55(1995): 851.

13. V., especificamente, Patrick Grzybek, *Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 75-6.



*temporal previamente fixado, e, sempre, sem que aludidas dilações dependam da vontade das partes ou de seus mandatários”*<sup>14</sup>

Todavia, torna-se impossível fixar *a priori* uma regra específica, determinante das violações à *garantia da tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*.

E, por isso, consoante posicionamento jurisprudencial da Corte Europeia dos Direitos do Homem, três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser levados em consideração para ser apreciado o tempo razoável de duração de um determinado processo. Por via de consequência, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise: *a)* da complexidade do assunto; *b)* do comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e *c)* da atuação do órgão jurisdicional.<sup>15</sup>

Como observa, a esse respeito, Jean-Pierre Marguénaud, “*l’appréciation du caractère raisonnable de la durée de la procédure, elle se réalise au cas par cas eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, notamment la complexité de l’affaire, le comportement des requérants et celui des autorités compétentes*”<sup>16</sup>

O reconhecimento desses critérios traz como imediata consequência a visualização das *dilações indevidas* como um conceito indeterminado e aberto, que impede de considerá-las como o simples desprezo aos prazos processuais pré-fixados.<sup>17</sup>

Assim, é evidente que se uma determinada questão envolve, por exemplo, a apuração de crimes de natureza fiscal ou econômica, a prova pericial a ser produzida poderá demandar muitas diligências que justificarão duração bem mais prolongada da fase instrutória.

O Tribunal Europeu exige da parte queixosa “*diligência normal*” no desenrolar do processo, “*não lhe sendo imputável a demora decorrente do exercício de direitos ou poderes processuais, como o de recorrer ou de suscitar incidentes...*”<sup>18</sup>

14. Cf. José Antonio Tomé García, *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, Montecorvo, 1987, pp. 119; com lastro em José Almagro Nosete. V., ainda, Vicente Gimeno Sendra, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 144 ss.; Cruz e Tucci, *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*, in *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo, Ed. RT, 1993, pp. 104.

15. V., a propósito, Gimeno Sendra, *Constitución y proceso*, cit., pp. 144 s.; José M. Bandres Sanchez-Cruzat, *El tribunal europeo de los derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 1983, pp. 91. Consulte-se, ainda, a pesquisa intitulada “Justice for all - reducing costs and delay in civil litigation”, in *Report of a task force*, Washington-DC, The Brookings Institution, 1989, pp. 11 s..

16. *La Cour européenne des droits de l’homme*, Paris, Dalloz, 1997, pp. 94.

17. Cf. Mercedes García Arán, *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 156. V., ainda, Héctor Faúndez Ledesma, *El derecho a un juicio justo*, in *Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 80(1991):158.

18. Cf. José Lebre de Freitas, *Introdução ao processo civil - conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*, Coimbra, Coimbra Ed., 1996, pp. 112, nt. 8.

Por outro lado, não poderão ser taxadas de “indevidas” as dilações proporcionadas pela atuação dolosa da defesa, que, em algumas ocasiões, dá azo a incidentes processuais totalmente impertinentes e irrelevantes.<sup>19</sup>

E, ademais, é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo. É claro que a pleora de causas, o excesso de trabalho, não pode ser considerado, neste particular, justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional.

Na aferição que é realizada pelo Tribunal de Estrasburgo têm também muito peso a natureza e algumas características do processo em que teria ocorrido indevida demora, como, por exemplo, as causas penais (sobretudo quando detido o réu), ou, ainda, a qualidade do demandante nas questões cíveis de cunho indenizatório, e. g., se deficiente físico, se portador de aids...<sup>20</sup>

Constituindo sério precedente, a Corte Européia dos Direitos do Homem, no julgamento ocorrido em 25 de junho de 1987, condenou o Estado italiano a indenizar uma litigante nos tribunais daquele país pelo dano moral “*derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda*”

Eis a íntegra do acórdão:<sup>21</sup>

“*Direitos políticos e civis - Itália - Duração dos procedimentos judiciais - Limites razoáveis - Caso concreto - Violação da Convenção - Ressarcimento do dano - Critérios de determinação (Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: arts. 6º e 50)*

- Excede os termos razoáveis de duração, prescritos pelo art. 6º 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o processo não particularmente complexo, tanto em matéria de fato, quanto em matéria de direito, e que ainda não foi concluído depois de dez anos e quatro meses de seu início.

- O motivo no sentido de que o processo italiano é inspirado pelo princípio dispositivo não se põe em contraste com a Convenção, e também não dispensa o juiz do dever de atender aos limites de duração prescritos no art. 6º 1, da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

- Com a finalidade de valorar a contribuição da parte à causa dos atrasos que determinaram a excessiva duração do processo, nem todos aqueles devidos a atos do defensor são imputados à parte.

19. Cf. Gimeno Sendra, Moreno Catena e Cortés Domínguez, *Derecho procesal proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993, pp. 94-5. O art. 424, par. ún., de nosso CPP, prevê a possibilidade de desaforamento do julgamento pelo júri quando ainda não realizado “no período de 1 (um) ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa”

20. Cf.. Jean-Pierre Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l’homme*, cit., pp. 95.

21. Publicado no periódico *Il foro italiano*, parte IV-28, 1987, pp. 385-90; e traduzido em nosso artigo Dano moral decorrente da excessiva duração do processo, in *Temas polêmicos de processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 96-103.

- O Estado italiano é responsável pelas delongas dos trabalhos periciais, como consequência da falta de exercício dos poderes de que o juiz dispõe, inclusive no tocante à inobservância dos prazos por ele deferidos.

- O Estado italiano é obrigado a pagar à requerente, em face da excessiva duração do processo no qual é ela autora, a soma de oito milhões de liras, determinada equitativamente ao ressarcimento, seja do dano material advindo das despesas efetuadas e das perdas sofridas, seja do dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda.

.....  
*De direito* · 'Sobre a alegada violação ao art. 6º, 1:

21. De acordo com a requerente, o exame de sua demanda durou muito mais do que um *tempo razoável*, previsto no art. 6º, 1, da Convenção, que dispõe o seguinte: '*Toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida*'

O Estado demandado combate essa tese, que foi acatada pela Comissão de instrução.

#### A. Período a considerar

22. O período a considerar é incontroverso. Ele teve seu início em 10 de janeiro, data na qual os réus deveriam ter comparecido, uma vez que a legislação italiana permite ao autor indicar a data da audiência prévia. Por outro lado, ainda não se findou, porquanto o processo continua pendente.

Trata-se então de um lapso de tempo que já ultrapassa dez anos e quatro meses (10-1-77 a 19-5-87).

#### B. Razoabilidade de duração de um processo

23. O tempo razoável de duração de um processo deve ser apreciado em consonância com as circunstâncias da causa e com o auxílio de critérios consagrados pela jurisprudência da Corte (v., especialmente, o aresto *Zimmermann* e *Steiner*, de 13 de julho de 1983, série A, n. 66, pp. 11, § 24; *Foro it.*, Repp. 1985, verbete *Diritti politici e civili*, n. 25).

24. O Estado demandado ressalta que na Itália o processo civil se encontra regido pelo 'princípio dispositivo', que consiste em conferir às partes poderes de iniciativa e de impulso. Cita, a título de exemplo, os arts. 99, 115 e 306 do CPC.

O advogado da requerente contesta essa argumentação. Segundo ele, somente incumbe à parte dar início à ação civil, não a condução de todo o processo, como prevêm os arts. 175 do CPC e 81 das disposições de aplicação do mesmo.

25. A Convenção, por certo, não impede os Estados signatários de fundar o processo civil no aludido princípio, todavia, não se dispensa ao juiz assegurar o respeito às exigências do art. 6º no que se refere a tempo razoável (v., *mutatis mutandis*, o aresto *Guincho*, de 10 de julho de 1984, série A, n. 81, pp. 14, § 32; *Foro it.*, 1986, IV, 60).

De resto, nos termos do art. 175 do CPC, o juiz instrutor 'exerce todos os poderes destinados ao mais rápido e leal desenvolvimento do procedimento'

#### *Complexidade do caso*

26. A Corte entende, em consonância com as razões da requerente e com a conclusão da Comissão de instrução, que o caso não era complexo nem de fato nem de direito.

#### *Comportamento da requerente*

27. A Comissão de instrução atribui à requerente, Sra. capuano, um atraso de aproximadamente 1 ano; mostrando, de resto, uma 'diligência normal'

A requerente considera que não lhe poderia imputar nem o atraso decorrente da destituição de seu procurador; nem aquele, de aproximadamente quatro meses (1º-6 a 20-9-77), que foi necessário para retomar o processo; e tampouco o período de 20-09 a 29-11-77.

Para o Estado demandado, ao contrário, o comportamento da requerente constitui a causa, não apenas de mencionados atrasos, como também de muitos outros: especialmente dos adiamentos requeridos por seu procurador para produção de provas, e memoriais, cuja apresentação foi requerida por ambas as partes, ou somente pelos réus, sem que a requerente se opusesse.

28. A Corte adota em larga medida a tese da Comissão de instrução. Se não se afigura possível considerar a requerente como responsável pela delonga devida à destituição de seu advogado, outros atrasos do procedimento podem ser a ela atribuídos.

Seu novo advogado, por exemplo, tendo sido constituído em 13-4-77, aguardou mais dois meses para requerer o prosseguimento do feito. Ele requereu, em seguida, em 20-09, a suspensão do processo para produzir prova; ao depois, em 29-11, uma perícia, não formulando, contudo, os respectivos quesitos. Resultou daí uma demora aproximada de 4 meses.

No entanto, diferentemente da Comissão, a Corte não pode atribuir à requerente os adiamentos de 9-10-79 e 19-05-81: o primeiro foi requerido pelo procurador de um dos réus, e a audiência não pode ser realizada pelas razões acima apontadas.

As críticas dirigidas pelo demandado à requerente, no tocante a diversos outros atrasos, não se delinham pertinentes, em decorrência dos adiamentos pleiteados pelos réus.

Em suma, a requerente concorreu até um certo momento para a delonga do processo (v. aresto *Preto e outros*, de 8-12-83, série A, n. 71, pp. 15, § 34; *Foro it.*, 1984, IV, 265).

#### *Comportamento das autoridades judiciárias*

29. Segundo a Comissão, o comportamento das autoridades judiciárias determinou várias procrastinações.

Ao ver da Corte, afigura-se necessário estabelecer a distinção entre o procedimento de primeiro grau (10-12-77 a 20-7-83) e o procedimento recursal (21-7-83 a 19-05-87).

#### *Procedimento de primeiro grau*

30. Perante o tribunal de Lagonegro o processo durou seis anos, oito meses e dez dias.

Tendo-se em vista a ausência de complexidade do caso, tal lapso temporal apresenta-se, de logo, contrário à observância da razoabilidade de tempo. Tal fato, portanto, merece detalhado exame.

A Corte verifica que ele se deveu em boa parte dois anos, onze meses e três dias - à espera dos dois laudos periciais.

De acordo com o Estado demandado, a responsabilidade não é do órgão jurisdicional: sem dúvida, cada um dos laudos foi apresentado a destempo, mas os poderes do juiz, contra a atividade de um perito que não atua com a diligência reclamada, limitam-se a uma singela multa.

A Corte roborava tal conclusão. Na espécie, o perito atuava no âmbito de um procedimento judiciário subordinado ao controle do magistrado, a quem incumbe a instrução e rápida condução do processo.

Quanto à sanção que ele podia impor ao perito, deve ser lembrado que, ao ratificar a Convenção, a Itália assumiu a obrigação de aparelhar a sua organização judiciária de modo a permitir o cumprimento das condições do art. 6º I, especialmente no que se refere a *tempo razoável* (aresto *Guincho*, cit., série A, n. 81, pp. 16, § 38).

31. Consoante, ainda, o Estado demandado, a requerente deveria exigir a substituição do perito.

Sobre esse ponto, a Corte se prende à conclusão da Comissão de instrução: nada autoriza a presumir que aquela substituição teria evitado a demora das perícias.

De outra parte, a requerente não estava obrigada a requerer ao juiz (v., *mutatis mutandis*, o aresto *Guincho*, cit., série A, n. 81, pp. 15, § 34), e a decisão, ademais, independia de requerimento, podendo ser determinada de ofício (art. 196 do CPC).

O demandado também acusa a requerente pelo fato de não ter comunicado, ao Ministério Público, a atitude do perito, por força do disposto no art. 328 do CPP.

Apesar de tudo, longe de abreviar o procedimento, tal iniciativa te-lo-ia, provavelmente, prolongado.

32. Considerando os limites dos poderes das partes, a responsabilidade pelo atraso decorrente das perícias deve, à evidência, ser imputada ao Estado.

É certo que o juiz fixou um prazo de 60 dias para a realização de cada uma das perícias; além disso, determinou por três vezes a apresentação da segunda delas. Todavia, somente foi oferecida após aquele interregno.

Ora, teria sido possível substituir o perito no lapso de 9 meses, nos quais

o processo restou paralisado. De sorte que nenhum controle foi exercido acerca do desenvolvimento do trabalho pericial.

33. A propósito dos períodos que vão da apresentação da primeira perícia até a decisão de fazer-se outra (5-1-79 a 1º-4-80) e da apresentação da segunda até o julgamento (25-3-82 a 20-7-83), a Corte constata que os adiamentos foram requeridos pelos réus ou ordenados de ofício pelo juiz, à exceção de dois, ensejados pela requerente.

A Corte observa, por outro lado, que, por duas vezes, o procurador da Autora requereu ao tribunal que proferisse decisão (4-5 e 29-6-82).

#### *Procedimento recursal*

34. Quanto ao procedimento em grau de recurso, iniciou-se ele há quase quatro anos e, ainda, não obteve decisão alguma sobre o mérito.

Este lapso de tempo que se afigura *de per se* excessivo acresce a uma fase anterior que já havia durado em demasia.

Portanto, a Corte não entende necessário analisar as diversas vicissitudes e notadamente pronunciar-se sobre a conversão do julgamento em diligência determinada pelo Tribunal de Potenza.

#### *Conclusão*

35. Em resumo, a requerente, não obteve o exame de sua demanda em um tempo razoável, mesmo se possível lhe imputar a responsabilidade por qualquer dos atrasos verificados.

Houve, destarte, violação à regra do art. 6º, I.

#### *Sobre a aplicação do art. 50*

36. Dispõe o art. 50 da Convenção: '*Se a decisão da Corte declara que um julgamento proferido ou uma medida ordenada por uma autoridade judiciária, ou qualquer outra autoridade de uma das partes contratantes, encontra-se inteira ou parcialmente em oposição às obrigações estatuídas pela Convenção, e se o direito interno de tal parte não permite reparação integral dos danos oriundos do julgamento ou da medida, a Corte concede, se caso, ao demandante lesado, uma satisfação equânime*'.

Em suas razões, de 28-5-86, a requerente reclamou uma indenização equivalente a cem milhões de liras, sob vários títulos, entre os quais não se incluíam as despesas efetuadas neste processo.

A partir das audiências, seu procurador também deduziu, perante a Corte, a pretensão da sua constituinte de ser reembolsada, não-somente das custas despendidas nos tribunais italianos, mas, ainda, dos prejuízos decorrentes da deterioração do imóvel litigioso e da *tensão física e psicológica em virtude da demora quase onze anos - do processo*.

O requerido insiste na desproporção existente entre a quantia aqui demandada e o valor do bem objeto do litígio.

Aduz, outrossim, que, alguns dos danos alegados, não estão compreendidos pela regra do art. 50, e que outros, não especificados, não resultam das falhas denunciadas.

A Comissão entende que a requerente tem direito a uma indenização por dano moral. No que concerne ao prejuízo material, ela deixa à Corte a incumbência de fixar o montante.

37. No entender da Corte, o único parâmetro para a concessão de uma satisfação equânime pelo dano material consiste na superação do *tempo razoável*, previsto no art. 6º, 1 (v., especialmente, o aresto *Lechner e Hess*, de 23-4-87, série A, n. 118, pp. 22, § 64).

A delonga do procedimento incrementou as despesas da requerente nos tribunais italianos, e pode ter contribuído para outros danos. É preciso, pois, levá-lo em consideração.

A requerente provou, por outro lado, *um prejuízo moral indenizável: ela viveu num incerteza e numa ansiedade prolongadas quanto ao resultado e às repercussões do processo.*

Estes diversos aspectos não se prestam, *in casu*, a um cálculo preciso.

Apreciando-os em conjunto e, como determina o art. 50, por equidade, a Corte concede à requerente uma indenização no valor de oito milhões de liras.

Por tal motivo, a Corte, à unanimidade,

1. *Declara* que houve violação ao art. 6º, 1;

2. *Declara* que o Estado demandado deve pagar à requerente oito milhões de liras a título de satisfação equânime;

3. *Rejeita* o pedido de indenização acima da condenação ora fixada”

Note-se que, mais recentemente, vários ordenamentos jurídicos salvaguardam nos respectivos textos constitucionais o *direito ao processo sem dilações indevidas*.

A Constituição espanhola, de 29 de dezembro de 1978, dispõe, no art. 24.2, que: *“Todos têm direito ao juiz ordinário previamente determinado por lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informado da acusação contra si deduzida, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias...”*

Como adverte Gimeno Sendra, o termo *processo*, desse dispositivo constitucional, deve ser entendido como sinônimo de *procedimento judicial*, e, portanto, as *dilações indevidas* devem ser afastadas de qualquer gênero de procedimento de natureza penal ou civil, incluídos aqueles de jurisdição voluntária.<sup>22</sup>

É certo também que a “razoabilidade” em tela carece de limites precisos. Trata-se - como entende Placido Fernandez-Viagas Bartolome - de uma noção “*de*

22. *Constitución y proceso*, cit., pp. 139. Nicolò Trocker (*Processo civile e costituzione - problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 257-8) destaca a importância da celeridade também nos procedimentos de cunho administrativo. V., sobre a incidência do *due process of law* no procedimento administrativo brasileiro, Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1993, pp. 79 ss., não aludindo, contudo, à garantia de julgamento sem atrasos indevidos.

*índole valorativa, portanto, notoriamente imprecisa, que depende das circunstâncias do caso. Ese es precisamente su sentido, desde luego, pero para su adecuada utilización sería necesario el establecimiento previo de un marco o contexto que impida la total discrecionalidad en la materia y, en consecuencia, la inseguridad...*"<sup>23</sup>

O Tribunal Constitucional da Espanha, em famoso julgamento de janeiro de 1985, deixou assentado que: "*O art. 24.2 não constitucionalizou o direito aos prazos, na verdade, constitucionalizou, configurado como um direito fundamental, o direito de toda pessoa a que sua causa seja resolvida dentro de um tempo razoável... Este conceito (o do processo sem dilações indevidas, ou em um tempo razoável) é indeterminado ou aberto, que deve ser dotado de um conteúdo concreto em cada caso, atendendo a critérios objetivos congruentes com seu enunciado genérico, como já ficou deliberado na precedente sentença de 14 de março de 1984*"<sup>24</sup>

Nessa mesma trilha, a novel revisão do Código de Processo Civil português prevê expressamente, no art. 2-1, o direito a um processo despido de inoportunas procrastinações: "*A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar*"

Anota, a esse respeito, José Lebre de Freitas que a legislação processual de Portugal assinala um importante passo ao consagrar o direito "*a obter, em prazo razoável, uma decisão de mérito e a respectiva execução*"<sup>25</sup> Esse postulado fundamental, na verdade, consubstancia-se em uma "*derivação do direito de acesso aos tribunais, que a demora desrazoável dos processos judiciais viola, constituindo uma actuação inconstitucional. A nova lei de processo civil pode (e deve) contribuir para que esta violação, hoje contínua, deixe de se verificar*"<sup>26</sup>

Ainda é deste processualista lusitano a informação de que "*a duração dos processos judiciais nos tribunais portugueses ultrapassa frequentemente o prazo razoável. Está, porém, hoje geralmente espalhada a compreensão da necessidade de o respeitar*"<sup>27</sup>

No sistema da *common law*, de modo assemelhado, a doutrina e a jurisprudência se esforçam para traçar os pressupostos de um processo sem dilações injustificadas.

23. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, Madrid, Civitas, 1994, pp. 46.

24. Cf., ainda, Fernandez-Viagas Bartolome, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, cit., pp. 43-4.

25. Revisão do processo civil, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 55(1995): 427.

26. Cf., também, José Lebre de Freitas, *Em torno da revisão do direito processual civil*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 55(1995):15.

27. *Introdução ao processo civil*, cit., pp. 113; com a advertência de que: "*A progressiva valorização da celeridade processual não deve, porém, levar a subalternizar, como por vezes entre nós se verifica, a necessária maturação e a qualidade da decisão de mérito, com o inerente desvio da função jurisdicional*"



Sem embargo dos litígios conhecerem, em princípio, uma solução mais expedita no âmbito do Direito Americano, é constante a preocupação dos juristas com o problema da intempestividade da tutela jurisdicional.<sup>28</sup>

Fruto de minudente pesquisa, a *American Bar Association* publicou, em época relativamente recente, o tempo tolerável de duração dos processos nos tribunais ordinários da Justiça norte-americana, a saber:

a) *causas cíveis*:

a.1) *casos cíveis em geral*: 90% destes devem ser iniciados, processados e concluídos dentro de doze meses; sendo que os 10% restantes, em decorrência de circunstâncias excepcionais, dentro de 24 meses;

a.2) *casos cíveis sumários*: processados perante juizados de pequenas causas (“*small claims*”), devendo ser finalizados em trinta dias;

a.3) “*relações domésticas*”: 90% destas pendências devem ser iniciadas e julgadas ou encerradas de outro modo no prazo de trinta dias; 98% dentro de seis meses e 100% em um ano.

b) *causas criminais*:

b.1) *crimes graves* (“*felony*”): 90% dos respectivos processos devem ser extintos no prazo de 120 dias, a contar da data do fato; 98% em 180 dias e 100%, no máximo, em um ano;

b.2) *crimes menos graves e contravenções* (“*misdemeanor*”): 90% dos processos devem ser concluídos em trinta dias e 100% no prazo máximo de noventa dias;

b.3) *delitos praticados por menores* (“*juvenile*”): em caso de prisão do acusado, a solução da questão não pode ultrapassar 24 horas; caso contrário, o julgamento deve ocorrer dentro de trinta dias<sup>29</sup>

É evidente que tais parâmetros variam de modo considerável entre as diversas e complexas espécies de jurisdição do ordenamento norte-americano. Todavia, seja qual for a natureza da causa, é certo que o tribunal competente sempre se norteia pelo postulado da celeridade processual<sup>30</sup>

Na verdade, a denominada “*speedy trial clause*” (*cláusula do julgamento rápido*) é expressamente contemplada pela 6ª *Emenda* da Constituição dos EUA.

E, diante desse relevante aspecto, a Suprema Corte americana considera, por exemplo, tempo injustificado aquele decorrente da pendência prolongada de acusação contra um indivíduo sem que se denote qualquer esforço para a conclusão do

---

28. V., a propósito, A. Clark e J. Mcerryman, *Measuring the duration of judicial and administrative proceedings*, in *Michigan law review*, 75(1976):89 ss..

29. Cf. *ABA Standards Relating to Court Delay Reduction*, referido por Bryant G. Garth, *Delay and settlement in civil litigation: notes toward a comparative and sociological perspective*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, v. 2, Padova, Cedam, 1994, pp. 163-5.

30. V. Oscar G. Chase, *Civil litigation in Italy and the United States*, in *The american journal of comparative law*, 36(1988): 51 ss..

caso: “*When the Government’s negligence thus causes delay six times as long as that generally sufficient to trigger judicial review...*”<sup>31</sup>

É bem verdade que a própria Suprema Corte, ao examinar o caso *Barker v. Wingo*, reconheceu que “*o direito a um julgamento rápido (“right to speedy trial”) tem um conceito muito vago quando confrontado com outras garantias processuais. É, por exemplo, impossível determinar com precisão em quais ocasiões tal direito vem vulnerado...*”<sup>32</sup>

O ordenamento legal do Canadá também centra essa questão dentre aquelas que merecem particular atenção.

O art. 11, *b*, da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades, de 1982, reza que: “*Toda pessoa demandada tem o direito de ser julgada dentro de um prazo razoável*”

Para a doutrina daquela nação, o direito à rápida prestação jurisdicional deve ser aferido a partir do exame: *a*) da identificação do interesse que esse direito visa proteger; *b*) da determinação dos beneficiários do direito e da relevância da demora; *c*) dos vários fatores que devem ser considerados para se verificar se a demora é injustificada; e *d*) dos remédios apropriados para combater a violação a tal direito.<sup>33</sup>

Importante precedente da Suprema Corte do Canadá, no julgamento do caso *CIP Inc.*, estabeleceu expressamente que os fatores que devem ser considerados “*aux fins de déterminer s’il s’agit d’un délai raisonnable sont: (i) la longueur du délai, (ii) la renonciation au délai, (iii) l’explication du délai, et (iv) le préjudice subi par l’accusé*”

Atente-se que nesse mesmo acórdão foi debatida interessante questão sobre a abrangência subjetiva da garantia em tela. Discutiu-se então se a regra do citado art. 11, *b*, da Carta Canadense, também se estenderia às pessoas jurídicas.

Respondendo afirmativamente, ficou asseverado que: “*a expressão tout inculpé - (toda pessoa demandada) - compreende as pessoas morais, de sorte que estas podem se prevalecer da proteção do art. 11, b, da Carta. A recorrente tem legítimo interesse em que sua pretensão seja julgada dentro de um prazo razoável. O direito a um processo equânime é fundamental em nosso sistema de contraditório e inclusive consagrado na Constituição. Esta proteção deve incluir todos os litigantes. O interesse social que também fica protegido pelo art. 11, b, estende-se às pessoas morais quando estiverem demandando. Qualquer outra conclusão significa que o sistema apresentaria menor preocupação quando a pessoa jurídica fosse parte em um processo judicial, e*

31. Cf. *Marc Gilbert Doggett v. United States*, relatado, em 24-06-92, pelo Juiz Souter, cf. tradução livre: “*Quando a negligência da autoridade causa demora seis vezes maior do que o normal, já é suficiente para admitir o recurso extraordinário...*”

32. In *Fernandez-Viagas Bartolome, El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, cit., pp. 49.

33. Cf. André Morel, Certain guarantees of criminal procedure, in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2<sup>o</sup> ed., Toronto, Carswell, 1989, pp. 499. V., ainda, Michael Allan Code, *Trial within a reasonable time*, Toronto, Carswell, 1992, pp. 15 ss..

que, ainda, a qualidade de um litigante seria determinante para ter ou não um tratamento ‘equânime’ e ‘justo’”<sup>34</sup>

E, em âmbito supranacional, o art. 8º, 1, da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, assinada em San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, preceitua, *verbis*: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...”

Constitui, pois, tarefa dos juristas dos países que aderiram a esse tratado a interpretação da garantia que assegura a todo cidadão o direito de ser julgado dentro de um prazo razoável.<sup>35</sup>

### 3. Critério da razoabilidade.

#### 3.1. Tempo da investigação criminal

Aduza-se que o denominado *Pacto de San José* dispôs ainda, no art. 8º 2, a regra de que a investigação preparatória do processo penal deve ser ultimada num prazo razoável.

Enquanto alguns sistemas processuais estabelecem um lapso fixo para o desenvolvimento da fase investigatória da *persecutio criminis*<sup>36</sup>, muitos outros, como, pp. ex., o da Alemanha, França e Espanha, não se preocupam em limitar o tempo da atividade pré-processual (“prazos abertos”).

Seja como for, a urgência da conclusão da investigação criminal justifica-se na necessidade inafastável de preservação da prova. Aliás, essa circunstância é, no mínimo, muito curiosa, visto que, após o recebimento da denúncia, a “pressa” que norteia o inquérito diminui de intensidade durante as sucessivas fases da ação penal.<sup>37</sup>

Como se colhe de acórdão proferido pela Suprema Corte do Canadá e no qual ficou reconhecido o direito do acusado a produzir prova sem delongas:

34. Acórdão de 27-6-92, assim ementado: “*Droit constitutionnel - Charte des droits - Procès dans un délai raisonnable - En raison du manque d’installations nécessaires, 19 mois se sont écoulés avant que l’accusé ne subisse son procès - Une personne morale peut-elle invoquer le droit d’être jugé dans un délai raisonnable? Dans l’affirmative, le délai en l’espèce est-il déraisonnable? Charte canadienne des droits et libertés, art. 11, b*”

35. V., de modo genérico, acerca das garantias processuais na América Latina, Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM-IIIJ, 1974, pp. 14 ss..

36. Cf., v. g., Dec.-lei 78, de 17-02-87, de Portugal, que delimita em 6 meses o tempo máximo da investigação criminal; arts. 553 c/c. 405 e 407 do *CPP* italiano, que fixam em 4 meses este prazo. Tais ordenamentos, no entanto, ressalvam a possibilidade de dilatação do tempo previsto em situações excepcionais: cf. Fauzi Hassan Chouke, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 132-3.

37. V., ainda que sobre diferente situação, o enunciado da *Súmula 21* do STJ: “*Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução*”

*“Independentemente da natureza da infração, subsiste o interesse para o acusado em obter uma prova disponível e confiável. O presente litígio não é complicado e alguns dos adiamentos não foram causados pela defesa. A explicação da demora em tela indica o ministério público como responsável...”*<sup>38</sup>

O direito brasileiro também não conhece um obstáculo temporal para a investigação criminal. *“Há, por certo, a previsão do art. 10 do CPP, onde se determina que o inquérito será ‘concluído’ em dez dias caso o indiciado estiver preso, ou trinta, se solto, mas não é disto que se trata. Muito embora tenha o legislador procurado delimitar temporalmente o trâmite da investigação, não soube fazê-lo, criando um artigo superficialmente rigoroso, mas praticamente inoperante, além de tecnicamente imperfeito. Imperfeito enquanto técnica (e sistema) porque despreza a atividade valorativa do titular da ação penal, que dará a última palavra sobre quando o feito está verdadeiramente concluído e apto para ensejar a propositura da ação penal ou o arquivamento da investigação. Assim é que, mesmo na hipótese mais drástica (indiciado preso), onde o prazo é menor, nem por isto necessariamente dá-se por concluída a investigação no decêndio. Certo é que, nesses casos, não pode o indiciado continuar sofrendo uma constrição à liberdade e, se não oferecida a inicial acusatória dentro do prazo aludido, deverá ser posto solto. Mas isto em hipótese alguma significa que a investigação será encerrada ao final do termo mencionado, ao contrário, ela se estenderá para que o legitimado ativo possa formar sua convicção”*<sup>39</sup>

Criticando a “frouxidão” do modelo brasileiro, entende Fauzi Chouke que a ausência de barreira cronológica para o encerramento da investigação criminal fomenta a dilação temporal do processo penal.

Daí, porque, à luz da determinação supra aludida da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, pode-se sugerir que o Brasil *“filia-se à idéia da razoabilidade para a conclusão da investigação, muito embora seja prematuro o amparo jurisprudencial e doutrinário, tendo em vista a recém entrada em vigor daquele diploma”*<sup>40</sup>

### 3.2. Tempo da prisão provisória

É bem de ver, por outro lado, que o art. 7º 5, do *Pacto de San José*, reproduzindo o enunciado do 5º, 3, da *Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*, também contempla, sob a ótica do processo penal, o direito de qualquer cidadão *“ser julgado dentro de um prazo razoável ou ser colocado em liberdade, sem prejuízo da continuação do processo”* aduzindo que *“sua liberdade poderá estar condicionada a garantias que assegurem seu comparecimento em juízo”*

Discorrendo sobre o tempo máximo da prisão provisória, preconiza Daniel Domínguez Henaín que o limite do *“plazo razonable para ser juzgado del que*

38. No julgamento, já referido, de *CIP Inc.*, em 27-6-92.

39. Cf. Fauzi Hassan Chouke, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, cit., pp. 137-8.

40. Cf., ainda, Chouke, *Garantias constitucionais na investigação criminal*, cit., pp. 137, nt. 236.

*habla el Pacto de San José, superado el cual se debe liberar el detenido, es un tema que ha quedado a la determinación discrecional de los países signatarios, quienes se comprometieron a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención (art. 1º), y a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (art. 2º)”*

Esclarece, outrossim, o processualista argentino que, em seu país, a Lei 24.390, de 22 de novembro de 1994, regulamentou a regra do art. 7º 5, da *Convención Americana*, estabelecendo três critérios que permitem a dilação do prazo reputado *razoável* para que o acusado seja julgado ou colocado em liberdade. A prisão preventiva, consoante o art. 1º da citada lei, não deverá ser superior a 2 anos. Todavia, esse prazo *razoável* poderá ser prorrogado nas seguintes hipóteses: a) defesa manifestamente dilatória; b) evidente complexidade da causa; e c) condenação ainda sujeita a recurso.<sup>41</sup>

Saliente-se que, na órbita dos países membros da Comunidade Comum, à luz do supra citado art. 5º, 3, da *Convención Européia*, a questão do tempo de duração da prisão recebeu especial atenção da Corte de Estrasburgo. Em dois importantes julgamentos praticamente idênticos, proferidos nos casos *Neumeister* e *Wemhoff*, o critério da *razoabilidade* foi detidamente examinado.

No primeiro deles, contra o Estado austríaco, ficou assinalado que: “A Corte, para facilitar o exame, entende que o caso deve ser examinado seguindo sete ‘critérios’ ‘fatores’ ou ‘elementos’ a saber: I - A efetiva duração da detenção. A Corte não deseja dizer que tenha de fixar um ‘limite temporal absoluto’ de duração da prisão. Tampouco se trata de mensurar esta duração em si mesma, mas, sim, de utilizá-la como um dos critérios que permitam determinar o seu caráter razoável. II - A duração da prisão preventiva em relação à natureza da infração, extensão da pena prevista e que deve ser aplicada em caso de condenação e, ainda, sistema legal de cumprimento da pena no caso concreto. A esse respeito, a Corte adverte que a duração da prisão preventiva pode variar consoante a natureza da infração, a extensão da pena prevista e da pena que seria aplicada ao caso. Não-obstante, para apreciar a relação entre a pena e a duração da prisão preventiva, segundo a Corte, deve ter-se em conta a presunção de inocência estabelecida no art. 6.2 da *Convención*. Se a duração da detenção se aproxima excessivamente à da pena aplicável, não estaria sendo integralmente respeitado o princípio da presunção de inocência. III - Os efeitos materiais, morais e de outra natureza que a detenção produz sobre o detido. IV - A conduta do acusado: a) Contribuiu ele para atrasar ou acelerar a instrução e os debates? b) Se atrasou o procedimento como resultante da apresentação de requerimentos de liberdade provisória, de apelações e de outros recursos? c) Pediu a liberdade mediante fiança ou ofereceu outras garantias para assegurar seu comparecimento em juízo? V - As dificuldades da instrução do caso (a complexidade

---

41. V., a propósito, Daniel Domínguez Henáin, *Ley 24.390 - prisión preventiva - plazo máximo - cómputo del encarcelamiento cautelar*, Rosario, Juris, 1996, pp. 7 ss..

dos fatos ou do número de testemunhas e acusados, necessidade de colher provas no estrangeiro, etc.). VI O modo pelo qual se realizou a instrução: a) o sistema que rege a instrução; b) a direção da instrução pelas autoridades (o cuidado e a maneira de condução da instrução). VII A atuação das autoridades judiciais: a) o exame dos pleitos de liberdade durante a instrução; b) a sentença do caso”.<sup>42</sup>

Malgrado esse elogiável esforço, esclarece Fernandez-Viagas Bartolome que o juiz Terje Wold, na declaração de voto que proferiu no julgamento do caso *Wemhoff*, não deixou de advertir que: “*Es ciertamente útil que la Comisión haya tratado de establecer una lista de siete criterios que pueden ser tomados en consideración... Yo estoy, sin embargo, de acuerdo con la mayoría en estimar que el Tribunal no puede recomendar esta manera de proceder. Por una parte, la lista nunca podrá ser completa...*”<sup>43</sup>

Recorrendo aos aludidos critérios, mais recentemente a Corte Européia, diante da complexidade do processo, não reconheceu desarrazoado o lapso de quatro anos de prisão provisória do acusado, e, portanto, julgou improcedente o pedido formulado no caso *W. v. Suisse* (26-1-93).<sup>44</sup>

Entre nós, cuidando das modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração<sup>45</sup> Roberto Delmanto Júnior explica que “há países que não se contentaram com o preceito da Convenção Americana, dado a sua elasticidade e subjetivismo, preferindo ir além, prescrevendo em suas constituições que a lei ordinária necessariamente estipulará o prazo para a prisão provisória, como se verifica em Portugal, na Itália e na Espanha... Sem dúvida, o fato de existirem instrumentos internacionais que venham a prever esse direito não impede que os Estados subscritores legislem de maneira mais específica, prescrevendo prazos em montante proporcional e razoável (para não se ferir o analisado conceito de “due process of law”), não deixando ao critério exclusivo dos tribunais a verificação se os órgãos da persecução penal estão agindo de forma diligente ou não, utilizando-se de uma série de critérios subjetivos, como fazem, por exemplo, o Canadá e os EUA”

Trata-se, como se observa, de opção de política legislativa, sendo, todavia, aconselhável que, à luz da razoabilidade ditada pela *Convenção Americana*, o legislador pátrio discipline, de forma objetiva e norteado pela excepcionalidade da prisão cautelar, o respectivo prazo de duração.<sup>46</sup>

42. In Fernandez-Viagas Bartolome, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, cit., pp. 79-80.

43. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, cit., pp. 80.

44. Cf. Jean-Pierre Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, cit., pp. 104. V., também, Faúndez Ledesma, *El derecho a un juicio justo*, cit., pp. 158, informando que, excepcionalmente, a Corte Européia estimou razoável, dadas as circunstâncias do caso, um período de 8 anos (*Haase v. Alemanha* - 12-7-77); e também aceitou como razoável um lapso de aproximadamente 5 anos (*Buchholz v. Alemanha* - 6-5-81).

45. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pp. 271 e ss.

46. Cf. Delmanto, *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, cit., pp. 274.

Daí porque, com razão, Lauria Tucci apontou a *irrazoabilidade* “(e conseqüentemente, a inconstitucionalidade, por afronta ao devido processo penal), do disposto no § 3º do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990” (*Lei dos crimes hediondos*), que ampliou o prazo da prisão temporária para trinta dias, prorrogável por mais 30.<sup>47</sup>

Note-se, por fim, que, diferentemente, a prisão civil, no ordenamento brasileiro, tem tempo máximo pré-fixado (trinta a noventa dias: dívida alimentar; ou 1 ano: depositário infiel), a teor do disposto nos arts. 5º, LXVII, da Constituição Federal, 733, § 1º, e 902, § 1º, do Código de Processo Civil.

### 3. Recepção da garantia pelo Direito brasileiro.

A nossa atual Constituição da República inseriu, no inc. LIV do art. 5º uma cláusula geral, assegurando, explicitamente, a garantia do *due process of law*: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

E, ainda, para que ficasse estreme de dúvidas, além dessa preceituação genérica, já suficiente para alcançar o fim por ela colimado, previu, em vários incisos do citado art. 5º, incorrendo em manifesta redundância (porém louvável...), inúmeros corolários da garantia constitucional do devido processo legal.

Nada dispôs, contudo, acerca do *direito à tutela jurisdicional dentro de um prazo razoável*...

A teor do § 2º do mesmo art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

Assim, diferentemente, por exemplo, da orientação perfilhada pelo direito alemão, no sentido de que “fora da Constituição não existe norma fundamental alguma” (“*Aus der Grundgesetz keine Grundnorm ist*”)<sup>48</sup> o Brasil admite expressamente a vigência de texto legal supranacional, desde que tenha aderido ao mesmo e que não apresente antinomia com o Direito interno.

Oportuno, nesse passo, lembrar que o nosso País é signatário do já mencionado *Pacto de San José de Costa Rica*, que adquiriu eficácia internacional, em 18 de julho de 1978. O Congresso Nacional, posteriormente, mediante o Decreto 27, de 26 de maio de 1992, aprovou o seu texto, sendo que o nosso Governo, em 25 de setembro do mesmo ano, depositou a respectiva Carta de Adesão à apontada Convenção.

Com a ulterior publicação do Decreto 678 (9-11-92), o *Pacto de San José* foi promulgado e, finalmente, incorporado ao Ordenamento Jurídico brasileiro.

Como o rol das formalidades legais foi rigorosamente cumprido, deduz

47. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., pp. 290, nt. 10.

48. V., a respeito, F. Stern, *Kommentar zur Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1982, pp. 241.

Luiz Flávio Gomes ser evidente que, no Brasil, todos devem obediência aos ditames da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.<sup>49</sup>

Ficou, outrossim, assentado, no importante voto proferido pelo juiz Antonio Carlos Malheiros, no julgamento do *habeas corpus* 637.569-3, da 8ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que se pode concluir, “com razoável tranqüilidade, que os princípios emanados nos tratados internacionais, a que o Brasil tenha ratificado, equivalem-se às próprias normas constitucionais”.<sup>50</sup>

Desse modo, a despeito da garantia do devido processo legal pressupor, como já ressaltado, o rápido desfecho do litígio ou da *persecutio criminis*, encontra aplicação, em nosso sistema jurídico, dada a evidente compatibilidade de regramentos, o disposto no art. 8º, 1, do referido *Pacto*: “*Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável...*”

#### 4. Devido processo legal e seus corolários (o *tempo justo*).

A partir da concepção formulada por Häberle, de um *status activus processualis*, passou-se a reconhecer nos direitos fundamentais um “prisma processual”, cuja realização prática é condição de efetividade da respectiva proteção constitucional à tutela jurisdicional.<sup>51</sup>

O processo, como é notório, presta-se como instrumento de exercício do *direito à jurisdição*, sendo que seu desenrolar, com estrita observância dos regramentos ínsitos ao denominado *due process of law*, importa na possibilidade de inarredável tutela de direito subjetivo material objeto de reconhecimento, satisfação ou assecuração em juízo. Assim também, sob a perspectiva da posição do réu, o mesmo ocorre com a tutela jurisdicional de seu respectivo direito, caso tenha ele razão.

Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o *direito ao processo*. Delineia-se inafastável, também, a absoluta *regularidade* deste (*direito no processo*), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da Justiça, *em um breve prazo de tempo*, isto é, dentro de um *tempo justo*, para a consecução do escopo que lhe é reservado.

Em síntese, a garantia constitucional do *devido processo legal* deve ser uma realidade durante as múltiplas etapas do processo judicial, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa sejam constatadas todas as formalidades e exigências em lei previstas.<sup>52</sup>

49. *Direito de apelar em liberdade*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1996, pp. 83-4. Ressalvam-se, contudo, aquelas disposições que eventualmente conflitem com preceitos de nossa Constituição Federal.

50. V., acerca da hierarquia legal dos pactos internacionais, o profundo estudo de Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

51. *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pp. 59 e ss. V., a respeito, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, tr. cast. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1997, pp. 463 e ss.

52. Cf. Tucci e Tucci, *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 17, com referência, é claro, ao *due process of law* em senso processual. V., ainda, o original posicionamento de Horácio D. Rosatti, *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 31 e ss.



Desdobram-se estas nas garantias: a) de acesso à Justiça; b) do juiz natural ou preconstituído; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões jurisdicionais; e f) da tutela jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável.

Conclui-se, portanto, que, também em nosso País, o direito ao processo sem dilações indevidas, como corolário do devido processo legal, vem expressamente assegurado ao membro da comunhão social por norma de aplicação imediata (art. 5º, § 1º CF).

São Paulo, novembro de 2001.

### Bibliografia.

Albacar Lopez, José Luis. La durata e il costo del processo nell'ordinamento spagnolo, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, tr. it. Gigliola Funaro, 1983.

Alexy, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, tr. cast. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, CEC, 1997.

Anselmo Vaz, Teresa Sapiro. Novas tendências do processo civil no âmbito do processo declarativo comum (alguns aspectos), in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 55, 1995.

Barbosa Moreira, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, in *Ajuris*, 29, 1983.

———. Tendências contemporâneas do direito processual civil, in *Temas de direito processual*, 3ª s., São Paulo, Saraiva, 1984.

Bielsa, Rafael e Graña, Eduardo. El tiempo y el proceso, in *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 55, 1994.

Carnelutti, Francesco. *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958.

Carrió, Alejandro D.. *Garantias constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984.

Chase, Oscar G.. Civil litigation in Italy and the United States, in *The american journal of comparative law*, 36, 1988.

Chouke, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, São Paulo, Ed. RT, 1995.

Clark, A. e Merryman, J.. Measuring the duration of judicial and administrative proceedings, in *Michigan law review*, 75, 1976.

Code, Michael Allan. *Trial within a reasonable time*, Toronto, Carswell, 1992.

Cruz e Tucci, José Rogério. Dano moral decorrente da excessiva duração do processo, in *Temas polêmicos de processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1990.

———. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal, in *Devido processo legal e tutela jurisdicional*, São Paulo, Ed. RT, 1993.

Delmanto Júnior, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.

Domínguez Henaín, Daniel. *Ley 24.390 - prisión preventiva plazo máximo cómputo del encarcelamiento cautelar*, Rosario, Juris, 1996.

Faúndez Ledesma, Héctor. El derecho a un juicio justo, in *Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 80, 1991.

Fernandez-Viagas Bartolome, Placido. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Madrid, Civitas, 1994.

Fix-Zamudio, Héctor. *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM-III, 1974.

Freitas, José Lebre de. Em torno da revisão do direito processual civil e Revisão do processo civil, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 55, 1995.

———. *Introdução ao processo civil conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*, Coimbra, Coimbra Ed., 1996.

García Arán, Mercedes. *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990.

Garth, Bryant G. Delay and settlement in civil litigation: notes toward a comparative and sociological perspective, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, v. 2, Padova, Cedam, 1994.

Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor e Cortés Domínguez, Valentín. *Derecho procesal proceso penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1993.

Gimeno Sendra, Vicente. *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988.

Gomes, Luiz Flávio. *Direito de apelar em liberdade*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1996.

Grzybek, Patrick. *Prozessuale Grundrechte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

Häberle, PP.. *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlim, 1978.

Marguénaud, Jean-Pierre. *La Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 1997.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, São Paulo, Ed. RT, 1997.

Medauar, Odette. *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1993.

Morel, André. Certain guarantees of criminal procedure, in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2ª ed., Toronto, Carswell, 1989.

Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Max Limonad, 1996.

Proto Pisani, Andrea. Appunti sulla tutela di condanna, in *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, v. 3, Milano, Giuffrè, 1979.

Rosatti, Horácio D.. *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

Sanchez-Cruzat, José M. Bandres. *El tribunal europeo de los derechos del hombre*, Barcelona, Bosch, 1983.

Silva, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 1, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1987.

Stern, F. *Kommentar zur Bonner Grundgesetz*, Hamburg, 1982.

Tarzia, Giuseppe. Quali riforme pela la giustizia civile?, in *Giurisprudenza italiana*, 1987, pt. IV.

Tomé Garcia, José Antonio. *Protección procesal de los derechos humanos ante los tribunales ordinarios*, Madrid, Montecorvo, 1987.

Trocker, Nicolò. *Processo civile e costituzione problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè, 1974.

Tucci, Rogério Lauria e Cruz e Tucci, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*, São Paulo, Saraiva, 1989.

Tucci, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1993.

Yarshell, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional e tipicidade*, tese de doutoramento (USP), São Paulo, 1997.



# A DEFESA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE O CASO DA EXECUÇÃO JUDICIAL HIPOTECÁRIA – LEI N. 5.741/71

*Vladimir Garcia Magalhães*  
Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

*Leandro Knorre*  
Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo

## Resumo:

A doutrina vem lapidando a exceção de pré-executividade nas últimas décadas, para que, com base no princípio processual da liberalidade das formas, seja instrumento adequado à defesa do suposto devedor quando o exequente não possuir os requisitos necessários ao ajuizamento da execução, sem a necessidade de realização de penhora. A exceção de pré-executividade poderá tanto suscitar a nulidade da execução quanto possibilitar sua suspensão, respaldado no poder geral de cautela do juiz, perigo de dano irreparável a uma das partes.

## Abstract:

The doctrine has been lapidating the pre-executivity exception in the last decades, in order to be, based in the procedural principle of formal liberality, a suitable instrument to the defense of the supposed debtor when the execution creditor doesn't have the necessary requirements to the execution's judgement, without the necessity of the attachment's realization. The pre-executivity exception could suscite the nullity of the execution and make possible its suspension, smoothed down in the general power of the judge's caution, in danger of irreparable damage to one of the parts.

**Unitermos:** exceção de pré-executividade; ajuizamento da execução; nulidade da execução; exceção judicial hipotecária; Lei n. 5.741/71

## I. Introdução.

### I.1. A exceção de pré-executividade.

A previsão legal para a chamada “exceção de pré-executividade” não pode ser encontrada expressamente no Código de Processo Civil, tampouco na legislação extravagante. Trata-se de criação doutrinária, aceita pacificamente pela Jurisprudência nacional, utilizada para, sem a necessidade de garantir o Juízo (usualmente seguro pela penhora de bens de valor equivalente ao do crédito ou pelo depósito desse montante), impedir o andamento de execução em determinadas situações, como, por exemplo, a

nulidade do título executivo e, de maneira geral, falta de condições para a execução, se perceptível de plano.

Sua origem, da maneira que a conhecemos, é atribuída a Pontes de Miranda,<sup>1</sup> em parecer emitido para a Cia. Siderúrgica Manesmann, que, em 1966, foi vítima de uma série de execuções fundadas em títulos com assinaturas falsificadas. Registramos também outros três precedentes: o Decreto Imperial n. 9.885/1888<sup>2</sup> e o Decreto n. 848/1890,<sup>3</sup> que regulavam a execução fiscal e permitiam a defesa do réu antes da penhora, apenas nos casos de quitação do débito ou anulação da dívida; e o Decreto do Estado do Rio Grande do Sul, de n. 5.225/32,<sup>4</sup> que inseriu no Código de Processo Civil e Comercial do Estado a “*exceção de impropriedade do meio executivo*” meio hábil também para suscitar suspeição e incompetência do Juízo.

Não são de se estranhar os registros de institutos similares à exceção de pré-executividade em momentos tão díspares. Explicamo-nos: o processo de execução, como o previsto pelo Código de Processo Civil de 1973, comporta uma notória (e antiga) lacuna em nosso ordenamento jurídico, frente aos princípios do contraditório e da ampla defesa atualmente insculpidos pela Carta Magna de 1988. *A própria lógica jurídica, atemporal, conduz ao entendimento de que mesmo o processo de execução – com sua peculiar característica de servir à rápida satisfação do crédito exigido pelo portador de título dotado de força executiva por sua liquidez, certeza e exigibilidade – deva prever a imediata extinção do feito que não cumpra seus requisitos essenciais e seus pressupostos processuais*, submetendo-o ao reexame do julgador quando este não o perceber por si só.

## 1.2. O poder cautelar geral do juiz.

O livro III do CPC trata do processo cautelar, estando inserido nele o art. 798 do CPC, que analisaremos adiante como uma das fontes geradoras do poder cautelar geral do juiz. Ocorre que, para se discutir este poder acautelatório do magistrado no exercício da sua função administrativa no processo e jurisdicional, surge uma primeira e fundamental pergunta: o poder cautelar geral do juiz se limita a ser exercido, exclusivamente, no âmbito do processo cautelar, ou pode ser também exercido em

---

1. MIRANDA, Pontes de. “Parecer n. 95”. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, pp. 127-135, *apud* MOREIRA, Lenice Silveira. “A exceção de pré-executividade e o juízo de admissibilidade na ação executiva”, *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, 1999, 2ª quinzena de fevereiro, n. 4, caderno 3, pp. 102-89.

2. BANDEIRA, Souza. *Novo manual dos feitos da Fazenda*. Rio de Janeiro, ago/1888, nota 114, *apud* SILVA, José Vilaço da. “Exceção de pré-executividade e a execução fiscal” *Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre: Síntese, 2000, Ano II, n. 11, jan./fev., p. 15.

3. NETTO, Nelson Rodrigues, “Exceção de pré-executividade”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, ano 24, n. 95, jul./set., p. 33.

4. BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. “A exceção de pré-executividade”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, ano 14, n. 55, jul./set., p. 67.

decisão interlocutória, em qualquer dos outros gêneros de processo, quando surge a ameaça ao direito tutelado ou a ser tutelado naquela ação? Além disso, em caso afirmativo, impõe-se indagar: esta ameaça e um eventual provimento cautelar podem ser tratados como uma questão incidental?

Esta é exatamente a questão primordial na análise crítica do poder cautelar geral do juiz. Infelizmente, este aspecto não foi suficientemente discutido e analisado pela doutrina, o que enfatiza a necessidade de que isto seja feito neste trabalho. Demonstraremos, no decorrer dele, que o poder cautelar geral do juiz pode ser exercido no âmbito de qualquer tipo de processo e não-só no âmbito do processo cautelar.

### 1.3. Objetivos.

O presente artigo visa, mediante o exame da doutrina, da Jurisprudência e da legislação aplicável, delimitar o âmbito da defesa do devedor via exceção de pré-executividade, inclusive com base no exercício do poder geral de cautela do juiz, conceituá-lo, fundamentando-o legal, doutrinária e logicamente.

Visa também estudar sua aplicação, em específico, à execução hipotecária prevista pela Lei n. 5.741/71, pelo fato de esta, na prática, ter-se apresentado como meio de execução *excessivamente gravoso para o devedor*, por prever a rápida imissão na posse, pelo credor, do imóvel hipotecado.

Procuraremos demonstrar, também, que havendo *justa controversia* quanto ao título que fundamenta a execução, ceifando-lhe a liquidez, certeza ou exigibilidade, o suposto devedor poderá, para resguardar-se do dano irreparável que o ameaça, opor a exceção de pré-executividade, trancando de pronto o processo de execução viciado, em defesa dos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º LV, da CF) – e do direito à moradia (art. 6º *caput*, da CF), no caso da execução hipotecária.

## 2. O Processo de Execução.

Princípios do processo executivo – requisitos para a execução – o caso específico da execução hipotecária prevista pela Lei n. 5.741/71.

Para melhor analisar a exceção de pré-executividade e sua aplicação, faz-se necessária uma revisão do processo de execução, seu conceito, princípios e requisitos. Finalmente, faremos breve análise da controvertida execução hipotecária prevista para os financiamentos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, por ser o caso mais extremo de execução *excessivamente gravosa* para o devedor de que temos notícia.

### 2.1. Princípios.

Os princípios, apesar de sua natural abstração, são de grande valia no trabalho responsável de interpretação de normas jurídicas. Francisco Amaral Neto

esclarece que os princípios têm a função *de fundamentar ou completar o sistema, constituindo a base do direito positivo ou orientando o intérprete no caso de insuficiência da lei ou do costume*<sup>5</sup>. Assim, para ter uma visão sistêmica e não incorrer em interpretações míopes, deve-se procurar estudar os princípios que orientam nosso ordenamento jurídico, independentemente da nomenclatura e classificação que cada autor adota por razões didáticas.

a. *Autonomia*: o processo de execução não se confunde com o de conhecimento<sup>6</sup>. *A atividade cognitiva no processo de execução é extremamente restrita, sendo permitida de maneira ampla nos embargos de devedor, ação de conhecimento incidental ao processo de execução, apenas quando tiver fundamento em título extrajudicial, conforme o art. 745 do CPC. Quando se tratar de execução fundada em título judicial, o rol de matérias argüíveis nos embargos é muito menor (art. 741 do CPC). Essa restrição ao direito do contraditório se justifica apenas pela existência do princípio da titularidade.*

b. *Titularidade*: a execução, para ser válida, deverá ser fundada em título executivo líquido, certo, e exigível. Originalmente, toda a atividade executória era fundada no efeito executivo da condenação, realizada pelo juiz no âmbito de sua atividade jurisdicional<sup>7</sup>. É comum haver necessidade de liquidação de sentença, que deve ser realizada antes de ajuizada a execução. *Ao título extrajudicial somente será atribuída a mesma força executória por determinação legal, quando atender aos seus rigorosos requisitos.* O exame de tais requisitos deverá ocorrer previamente à penhora (se visualizada sua inexecutibilidade de plano), ou em sede de embargos de devedor (se necessária dilação probatória que não seja por prova pré-constituída), para que sejam obedecidos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

c. *Patrimonialidade*: *“o devedor responde [...] com todos os seus bens presentes e futuros”* (art. 591 do CPC – grifamos), dado o caráter real da execução. Com a edição da *Lex Poetelia Papiria*, em 326 a.C., afastou-se do Direito Romano a responsabilidade pessoal do devedor, que deixou de responder pela dívida até com seu corpo, se fosse necessário.<sup>8</sup> Essa lei demonstra o avanço da civilização, mantido em todos os sistemas jurídicos derivados do Direito Romano. A exceção, em nosso ordenamento, é a prisão por dívida do responsável pela obrigação alimentícia e do depositário infiel, quando inadimplentes (art. 5º. LXVII, CF, e art. 733, § 1º e 904, § único, do CPC).

5. AMARAL NETO, Francisco. “Direito Constitucional: A eficácia do Código Civil Brasileiro após a Constituição”, in *Repensando o Direito*, p. 321, apud VIANA, Rui Geraldo Camargo, “O direito à moradia”, *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, v. 95, jan./dez., pp. 546-547.

6. ASSIS, Araken de, *Manual do processo de execução*, São Paulo: RT, 2000, 6ª ed., pp. 99-100.

7. *Ibidem*.

8. DAL COL, Helder Martinez. “A objeção de não-executividade”, *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, 2000, 1ª quizenza de maio, n. 9, caderno 3, p. 201.



d. *Finalidade de satisfação do credor*: “a norma pouco disfarça a ideologia do sistema executivo. O conjunto dos meios executivos [...] tem o único objetivo de satisfazer o credor”<sup>9</sup> (grifamos). Portanto, a execução alcança o patrimônio do devedor até o valor do crédito exigido. Limitado pelos princípios da patrimonialidade e da dignidade humana, é da satisfação do credor que se origina o princípio da especificidade e suas exceções (artigos 627, 633 e 643 do CPC, nos casos de obrigação de entrega de coisa certa, de fazer, e de não fazer, respectivamente), e também os princípios da menor onerosidade, da utilidade e da disponibilidade.

e. *Dignidade humana*: “embora o processo de execução se apresente, aqui e ali, marcado de certo rigor para com o executado, a execução não pode ser catastrófica, utilizada como meio de levar o devedor à desgraça”<sup>10</sup> (grifamos). O art. 649, que relaciona os bens absolutamente impenhoráveis, obedece a esse princípio. A esse respeito destacamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 10/12/48, da qual destacamos o trecho a seguir: (Art. 25, I) “*Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis...*”

f. *Especificidade*: sempre que possível, o credor receberá, pela via da execução, precisamente aquilo que obteria se a obrigação houvesse sido cumprida pontualmente<sup>11</sup>

g. *Menor onerosidade*: a temperança deve orientar o processo executivo, conforme o caput do art. 620 do CPC: “*Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.*”

h. *Utilidade*: a execução inútil ao credor não deve prosseguir (art. 659, § 2º, do CPC). “*Execução que apenas cause prejuízo ao executado atenta contra a dignidade da Justiça*”<sup>12</sup>

i. *Disponibilidade*: o credor pode desistir da execução, total ou parcialmente, quando bem entender. Entretanto, reforçando a autonomia do processo executivo em relação ao processo de conhecimento, o suposto devedor poderá, inclusive para evitar a futura execução do título, persistir nos embargos de devedor que versarem sobre questão de mérito.

## 2.2. Requisitos para a execução.

Genericamente, os requisitos para a validade de qualquer relação jurídica processual podem ser classificados em: condições da ação (art. 267, VI, do CPC: possibilidade jurídica, interesse de agir e legitimidade *ad causam*) e pressupostos

9. ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p.102.

10. MILHOMENS, Jônatas. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 83.

11. Conforme THEODORO JR., Humberto. *Comentário*. N. 17, p. 31, *apud* MILHOMENS, *op. cit.*, p. 82.

12. MILHOMENS, Jônatas, *ibidem*.

processuais (citação válida; representação adequada; inexistência de preempção, litispendência ou coisa julgada; petição inicial que não seja inepta; juízo competente etc; o art. 301 do CPC enumera hipóteses de inobservância dos pressupostos processuais).

Especificamente, a ação de execução requer a existência de título executivo, seja judicial (oriundo de atividade jurisdicional) ou extrajudicial (previsto em lei, usualmente decorrente de contratos ou títulos de crédito em geral). Para que o título seja verdadeiramente executivo deverá apresentar-se na forma escrita<sup>13</sup> e representar obrigação certa, líquida e exigível (art. 586 do CPC). Em caso contrário, a execução será nula (art. 618, I, do CPC).

Conceito clássico nos ensina Calamandrei, de que há certeza do crédito quando não existe controvérsia sobre sua existência (*an debeatur*); liquidez, quando é determinada a importância exata da prestação (*quantum debeatur*); e exigibilidade, quando o seu pagamento não depende de termo ou condição, nem está sujeito a outras limitações.<sup>14</sup>

### 2.2.1. Certeza e liquidez.

Para admitir a execução, o juiz deverá, primeiramente, mediante exame sumário do título executivo, atestar a existência da obrigação. Para tanto, deverá verificá-lo do ponto de vista da forma do título e da substância da obrigação nele representada, quanto aos seus sujeitos ativo e passivo, e quanto à natureza da mesma. Nada impede, no entanto, que o devedor ulteriormente comprove a inexecutibilidade do título, devendo então ser extinta a execução, fulminada pela nulidade.

Por força do disposto no art. 1.533 do Código Civil, trazemos jungidos os conceitos de liquidez e certeza: “*Considera-se líquida a obrigação certa, quanto à sua existência, e determinada, quanto ao seu objeto.*”

Não se deve, contudo, realizar uma interpretação literal de tal dispositivo. A Doutrina e a Jurisprudência<sup>15</sup> nacionais, em aparente unanimidade, entendem líquida a obrigação determinável mediante simples cálculos aritméticos. Vejamos:

13. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, 7ª ed., pp. 483-485. No mesmo sentido: THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 26ª ed., v. II, p. 34.

14. CALAMANDREI, “*El Procedimiento Monitorio*”, p. 104, trad. Sentís Melendo, apud VILLAR, Willard de Castro, *Proceso de Execução*, São Paulo: RT, 1975, p. 175.

15. REsp. 4.486, 3ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Cláudio Santos, DJ de 22/10/90, p. 11.665; REsp. 32.176, 4ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 15/08/94, p. 20.337; REsp. 46.137, 3ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 14/10/96, p. 38.999; REsp. n. 11.373-MG, 4ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, publicado no DJU de 09/03/92, p. 2585; na JBCC, v. 166, p. 253; na LEXSTJ, v. 37, p. 156; na REVPRO, v. 66, p. 242; e na RSTJ, v. 34, p. 346; REsp. n. 29.661-MG, 4ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, publicado no DJU de 27/06/94, p. 16984; REsp. n. 61.776-RS, 3ª

“Constitui judicioso entendimento dominante o de que a liquidez do crédito se contenta com a determinabilidade do ‘quantum debeatur’ não sendo necessário que o título se refira, desde logo, a um montante determinado. O que importa é que o título executivo forneça todos os elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética e aplicação da lei, possa ser encontrado o número de unidades (na maior parte dos casos, unidades de moeda), pelo qual a execução se fará: sendo necessário buscar elementos ‘aliunde’<sup>16</sup>, faltará o requisito da liquidez”. (DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, pp. 494-495 – grifamos).<sup>17</sup>

Por isso é que determinados títulos, como é o caso, por exemplo, dos contratos de abertura de crédito, devem ser acompanhados do extrato demonstrativo do crédito efetivamente utilizado para demonstrar sua liquidez. No entanto, a aceitação de documento elaborado unilateralmente, como prova da liquidez de contrato de abertura de crédito, já foi objeto de divergência entre a 3ª e a 4ª Turma do STJ.<sup>18</sup> Atualmente, a Súmula 233 do STJ trata do assunto: “O contrato de abertura de crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo” ensejando, no entanto, o ajuizamento de ação monitória (conforme a Súmula 247 do STJ).

Situação peculiar é a da ação declaratória, proposta anteriormente à execução, na qual se discute a legalidade do débito representado no título, quanto à sua existência e ao seu montante. Alguns autores entendem que a execução deva prosseguir, pela incidência, na espécie, do art. 585, § 1º, do CPC: “A propositura de qualquer ação

Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, publicado no DJU de 14/04/97, p. 12736; REsp. n. 150.021- MG, 3ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Waldemar Zveiter, unânime, publicado no DJU de 19/04/99, p. 135 e na JSTJ, v. 6, p. 241; REsp. n. 152.426, 1ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Demócrito Reinaldo, unânime, publicado no DJU de 07/12/98, p. 42 e na RSTJ, v. 120, p. 90; REsp. n. 157.362-BA, 5ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Edson Vidigal, unânime, publicado no DJU de 29/03/99, p. 201; REsp. n. 195.248-SC, 3ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, publicado no DJU de 28/08/2000, p. 76; Agravo regimental no agravo de instrumento n. 313.532-PR, 3ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, publicado no DJU de 09/04/2001, p. 358; REsp. n. 270.674-RS, 3ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, unânime, publicado no DJU de 30/05/2001, p. 463; REsp. n. 308.753-SC, 3ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, unânime, publicado no DJU de 11/06/2001, p. 210.

16. Em outro lugar; de outra fonte.

17. Neste sentido: VILLAR, Willard de Castro, *op. cit.*, p. 176; ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp. 131-132; SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Da jurisdição executiva e dos pressupostos da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 154; THEODORO JR., Humberto. *Processo de Execução*. São Paulo: LEUD, 1975, p. 102; ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*. São Paulo: RT, 1999, p. 143. Com outras palavras: GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. II, p. 181.

18. Conforme THEODORO JR., Humberto. “Contrato de abertura de crédito como título executivo”, *Revista Forense*. Rio de Janeiro: 1996, ano 92, v. 334, abr./jun., p. 231. Conforme o mesmo autor, a 4ª Turma do STJ manifestou-se a favor nos seguintes casos: REsp. n. 36.803-0/SP, DJ de 11/10/93; REsp. n. 46.251-7/DF, DJ de 19/12/94; e REsp. n. 66.181-1/PR, DJ de 14/08/95. A 3ª Turma, contra, nos seguintes: REsp. n. 29.597-3/RS, DJ de 13/09/93; e REsp. n. 36.981-8/MG, de 23/05/94.

relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução” Tal posicionamento parece-nos desnecessariamente arriscado, por comportar a possibilidade de decisões contraditórias e de ser levada a termo execução nula.

Ademais, o referido dispositivo permite que o credor promova<sup>19</sup> a execução, *mas não impede que seja extinta, caso inobservados seus requisitos, ou suspensa, com base no poder geral de cautela* de que está investido o julgador no exercício de sua função jurisdicional.

Entendemos que a inclusão deste parágrafo no texto do CPC tem por objetivo inibir a propositura de ações sem que haja condições para tanto, visando apenas retardar o curso da execução, pois o juiz pode levar meses até manifestar-se pela extinção do processo.

### 2.2.2. Exigibilidade.

Rogério Lauria Tucci entende que o título ilíquido não é, por consequência, exigível: *‘Em suma, sempre que passível o título de crédito, ao qual a lei confere força executiva, de uma operação especificada à determinação de sua liquidez, sem que esta seja realizada ele não pode ser considerado líquido, e por via de consequência, resta, ‘si et in quantum’ ‘inexigível’*”<sup>20</sup>

*Data venia*, discordamos do nobre juriconsulto, por entender que exigibilidade não se confunde com exequibilidade, e que este conceito abrangia aquele.

A exigibilidade da obrigação se verifica pela implementação do termo ou condição inscritos no título. Se depender de condição, para que possa transcorrer a execução, esta dependerá de prova, por ser evento futuro e incerto (art. 572 do CPC, aplicável subsidiariamente aos títulos extrajudiciais). Nos contratos bilaterais a exigibilidade passa a existir quando uma das partes cumpre com sua prestação.

Possuindo título que represente obrigação líquida e certa, e presente a exigibilidade, o exequente adquire o interesse de agir por meio da execução, ou seja, o título passa a ser *exequível*.

### 2.3. O caso da execução hipotecária da Lei n. 5.741/71.

Com o advento do Sistema Financeiro da Habitação, instituído pela Lei n. 4.380/64, o Congresso Nacional houve por bem instituir um procedimento específico para a execução judicial de crédito hipotecário vinculado ao SFH. Assim fez, queremos crer, procurando assegurar a viabilidade do Sistema.

---

19. *promover* 1. [...] 1. *Dar impulso a; [...] fomentar [...]* 3. [...] *originar [...]* 4. *Requerer; solicitar; propoñdo: ‘O promotor promoveu (sic) a instauração de processos’.* 5. *Diligenciar para que se realize...* (HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, 2ª ed., p. 1401).

20. TUCCI, Rogério Lauria, “Execução – Cédula de Crédito Industrial”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, 1989, ano 78, v. 642, p. 31

Com o tempo, o Sistema Financeiro da Habitação foi mudando de feição. Principalmente, a criação da TR, a utilização de complexos sistemas de amortização e o reajuste das prestações segundo parâmetros diversos da variação salarial dos mutuários, somados a toda a transformação no contexto sócio-econômico que vivemos desde a criação do SFH, têm-se revelado fatores aparentes de desequilíbrio nos financiamentos imobiliários,<sup>21</sup> ocasionando um sem-número de inadimplentes e justificando a propositura de muitas ações visando à revisão dos contratos de mútuo próprios do SFH, e mesmo a execução forçada de tais contratos, conforme os critérios adotados pelos agentes financeiros.

O Sistema Financeiro da Habitação foi criado para ser o meio de efetivação do direito à moradia no Brasil, antes mesmo de erigido a princípio constitucional. *Sua função primordial é propiciar o direito à moradia ao povo brasileiro*, e não ser mais uma fonte de renda para as bilionárias instituições financeiras, podendo, entretanto, servir, subsidiariamente, de remuneração a tais agentes financeiros, que administram seus recursos, desde que não se comprometa, com isso, a viabilidade do sistema.

A execução judicial de crédito com garantia hipotecária é regida pela Lei n. 5.741/71. Se considerado inteiramente aplicável tal diploma legal, dada sua especialidade, trata-se do modo potencialmente mais gravoso ao devedor, por ser demasiado estreita a defesa prevista nesta lei, somente admitindo o efeito suspensivo dos embargos de devedor em caso de resgate da dívida ou depósito de seu valor integral, *não prevendo tal efeito nem mesmo diante da possibilidade de vício insanável do processo executivo* como, *por exemplo, sua fundamentação em título falso ou nulo por qualquer outra razão* (art. 5º da Lei n. 5.741/71, *caput*, incisos e § único, conforme a redação dada pela Lei n. 6.014/73).

Registramos uma ocasião em que tal dispositivo foi aplicado em sua inteireza em nossos tribunais, fazendo calar os art. 5º, LIV e LV (que asseguram o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa) e o art. 6º da Constituição Federal, consoante redação dada pela Emenda Constitucional n. 26, que preceitua a moradia como direito social:

**“PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA LEI N. 5.741/71  
EMBARGOS: EFEITO (ART. 739, § 1º DO CPC).**

*1. Na execução hipotecária, regida por lei especial (Lei n.5.741/71), os embargos do devedor não suspendem a execução, como regra, admitindo-se a suspensividade nas duas hipóteses que menciona (art. 5º da lei, com a redação dada pela Lei n. 6.014, de 27/12/73).*

---

21. Assim se manifestaram Walter Antonio Dias Duarte e Luis Soares de Mello Neto: “*Novos financiamentos tornam-se impraticáveis, em vista das prestações iniciais e seguintes serem sobremaneira elevadas, sem qualquer possibilidade de assunção. Reajustes insuportáveis, a níveis incontroláveis, já que o trabalhador, na sua grande maioria, não tem seus ganhos majorados na mesma proporção do aumento das prestações*”. (“Considerações sobre a execução hipotecária – Penhora de outros bens além do hipotecado – Impossibilidade”, *Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, 1990, ano 14, n. 53 – jul./set. 1990, p. 90).

2. O CPC, com a alteração do art. 739, § 1º pela Lei n. 8.953, de 13/12/94, deu efeito suspensivo a todos os embargos, mas não teve a alteração o alcance de também modificar a lei especial.
3. Regra da Lei de Introdução ao Código Civil preconiza a prevalência da lei especial sobre a geral, quando divergentes (LICC art. 2º, § 2º).
4. Recurso especial não conhecido.”<sup>22</sup>

Tal entendimento afigura-se-nos equivocado, pela manifesta incompatibilidade do art. 5º da Lei n. 5.741/71 em face do art. 739, § 1º, do CPC, que foi redigido posteriormente àquele dispositivo, e determina que “os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo (grifamos). Indubitavelmente deve ser aplicado o § 1º do art. 2º da LICC à espécie, segundo o qual a lei posterior derroga a anterior por determinação expressa, por incompatibilidade ou por regular inteiramente a matéria, reservando-se o § 2º apenas para as situações em que seja possível conciliar a lei anterior com a lei nova.

Assim mesmo, para justificar o enfoque do presente artigo, bastaria simples ensejo doutrinário, absolutamente teórico, de afronta ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo legal e ao direito à moradia. A existência de decisão, como a retrocitada, apenas reforça a necessidade de se harmonizar a Lei n. 5.741/71 à “Constituição Cidadã” e ao Código de Processo Civil.

É bastante comum, em nossos dias, a propositura de ações visando à revisão dos contratos de financiamento imobiliário, acusados de conter cláusulas em contrariedade a expressas determinações legais. Tomemos como exemplo o caso do REsp. n. 157.841/SP, (1ª Turma do STJ, Rel. o Exmo Sr. Min. José Delgado, unânime, DJU de 17/04/98, p.107):

“[...]”

3. Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos:

- a)- o da transparência, segundo o qual a informação clara e correta e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico;
- b)- o de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórias, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade;
- c)- o de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e

---

22. STJ, 2ª Turma, REsp. 196.297-SC, Rel. Eliana Calmon.

necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte;  
*d)- o de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato.*

*4. Há de ser considerada sem eficácia e efetividade cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, conseqüentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do Plano de Equivalência Salarial, vinculando-se aos vencimentos da categoria profissional do mutuário.*

*5. Recurso improvido.”*

Trata-se de decisão extremamente favorável aos mutuários, considerando-se que a maioria dos contratos tem adotado a Taxa Referencial (TR) para reajustar o saldo devedor e as prestações de tais financiamentos.

Ocorre que, por vezes, os credores hipotecários não observam a conexão entre a ação revisional e a execução, tampouco a prevenção do juízo da ação revisional, propondo a execução em outro Foro. Também a incerteza que havia quanto à competência para julgar tais causas deu azo a esse tipo de desencontro, por haver dúvida se a União Federal e a Caixa Econômica deveriam, na qualidade de sucessoras do BNH, integrar o pólo passivo de todas as lides, mesmo nos financiamentos realizados por outros agentes financeiros. Vejamos:

**“MANDADO DE SEGURANÇA. FINALIDADE CAUTELAR. ATO JUDICIAL TERATOLÓGICO.**

*O ato judicial que resulta de sentença que violou coisa julgada se sujeita, excepcionalmente, a controle cautelar na via do mandado de segurança, quando a ação rescisória a ser ulteriormente ajuizada é insuficiente à tutela jurisdicional efetiva. Hipótese em que, tendo obtido na Justiça Federal o reconhecimento de que o reajuste de prestações de mútuo hipotecário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação era abusivo, segue-se o aparelhamento de execução na Justiça Estadual à base dos valores pretendidos pelo Agente Financeiro, depois de mal sucedidos embargos do devedor relatando a existência da sentença proferida na outra jurisdição. Mandado de segurança concedido, em parte.”<sup>23</sup>*

Nesses casos, a interpretação literal do art. 585, §1º, do CPC, simultaneamente ao entendimento expresso pela 2ª Turma do STJ no REsp. 196.297-SC (v. *supra*, item 2) poderia afrontar princípios basilares do processo civil, ameaçando

---

23. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 6389, Processo n. 1995.00.59370-0/RJ, 2ª Turma do STJ, Rel. o Exmo. Sr. Min. Ari Pargendler, publicado no DJU de 22/04/1996, p. 12555 e na RSTJ, v. 83, p. 92.

mesmo a segurança jurídica, pela ocorrência de respostas dissonantes. Isso se antes não ocorresse a extinção da ação revisional, pela perda de seu objeto – o que atacaria os princípios constitucionais do acesso à Justiça, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal).

E se posteriormente viesse a ser declarado o direito dos mutuários, ter-se-ia configurada uma situação teratológica, por ter sido levada a termo execução nula com base em título representativo de obrigação ilícida – e, por vezes, até mesmo incerta<sup>24</sup> O próprio Alcides de Mendonça Lima, a única voz da doutrina nacional que se levantou absolutamente contra a defesa do devedor sem a segurança do juízo, em parecer solicitado pela COPERSUCAR (que então movia execução contra a Central Paulista de Açúcar e Álcool)<sup>25</sup> adverte:

“A execução nula é um mal para o devedor, porque o perturba inutilmente, embora sem vantagem final para o credor, *no momento em que a nulidade for declarada. Se viciadamente movida, pode prejudicar o devedor, moral e economicamente, em seus negócios, inclusive sujeitando-o ao ônus de ter de embargar, se o Juiz, ‘ex officio’ não houver trancado o processo, indeferindo o pedido.*”<sup>26</sup>

Imagine-se então o que diria o eminente juriconsulto sobre a execução nula levada às últimas conseqüências, em evidente ofensa ao princípio da titularidade.

Assim, enquanto não for líquida a dívida exigida pelo credor, restando ainda a cognição de elementos não constantes do título executivo, mesmo a exigência de penhora representaria injustificado óbice à defesa do devedor: “*Se o título não for exequível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico. [...] Seria iniquidade absurda, que o Direito e o bom senso não podem acolher, se, em tal hipótese, se impusesse à defesa o grave ônus da penhora*”<sup>27</sup>

24. “...quanto ao título extrajudicial, ele ou é líquido, e, portanto, título; ou não é líquido, e, por isso, refoge ao gabarito de título executivo.” (ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 131).

25. LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução* (nova série). Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 275-290.

26. LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, T. II, v. VI, p. 661, n. 1485, *apud* BOJUNGA, *op. cit.*, p. 69 – grifamos

27. LACERDA, Galeno, “Execução de título extrajudicial e segurança do juízo”, *Revista Ajuris*, n. 23, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1981, n. 23, p. 7. Neste mesmo sentido: NETTO, *op. cit.*, pp. 32-33; MOREIRA, Alberto Camiã. *Defesa sem embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 2000, *passim*. SILVA, José Vilaço da, *op. cit.*, p. 14; BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel, *op. cit.*, 67-70; MILHOMENS, Jônatas, *op. cit.*, p. 204; GRECO, Leonardo, *op. cit.*, 624-627; GONÇALVES NETO, Francisco. “Exceção ou objeção de pré-executividade” *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 2000, ano 64, n. 5, maio, p. 616; MOREIRA, Lenice Silveira, *op. cit.*, pp. 102-89, *passim*; PEREIRA, Tarlei Lemos. “Exceção de pré-executividade”. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1999, ano 88, v. 760, fevereiro, p. 773; MOLITOR, Deborah de Araújo. “Reflexões sobre a exceção de pré-executividade”, *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São



### 3. A Exceção de Pré-executividade.

Exceção de pré-executividade - exercício do poder geral de cautela em sede de exceção de pré-executividade - limites ao poder geral de cautela.

Vindo para banir definitivamente de nosso sistema jurídico formalismos supérfluos que ameaçam a efetividade da prestação jurisdicional, o art. 154 do Código de Processo Civil, genericamente, preceitua: “*Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial*”

À luz deste princípio do Direito Processual Civil, consideramos incontestável a validade da exceção de pré-executividade enquanto instrumento processual. Contudo, seu espectro de aplicação limita-se às matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo julgador, inclusive condições da ação e pressupostos processuais (tanto os genéricos, quanto os específicos do processo de execução, relativos à validade do título executivo), e também as matérias usualmente argüíveis por meio de exceção (como a incompetência relativa), além da decadência e da prescrição.<sup>28</sup> Também a Jurisprudência vem aceitando largamente o instituto, o que ilustramos com a seguinte decisão:

*“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSIBILIDADE. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA. ART. 585, II, CPC. I. É possível ao devedor acionado no processo de execução argüir a nulidade da execução, por meio de exceção de pré-executividade e não de embargos, desde que verse sobre matéria que possa ser conhecida de ofício pelo Juízo.*”

---

Bernardo do Campo, 2000, vol. 6, tomo I, p. 57; CAIS, Cleide Previtalli. “Exceção de pré-executividade em execução fundada em título executivo extrajudicial”, *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, 1999, n. 43, abril, pp. 26-29; MAGALHÃES, Jorge de Miranda. “A Execução e a exceção pré-processual”, *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: TJRJ, 1995, n. 25, out./dez., pp. 15-21 *passim*; DALCOL, Helder Martinez, *op. cit.*, pp. 198-197; ANDRADE, José Batista de. “Exceção de pré-executividade”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2001, ano II, n. 10, mar./abr., pp. 60-62; SÁ, Rodrigo Cesar Caldas de. “Exceção de pré-executividade e Fazenda Pública: pode alguém ser submetido a processo executivo sem pressupostos ou condições constituição ou desenvolvimento regular?”, *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, 2000, n. 53, fevereiro, pp. 95-104 *passim*; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. “Aspectos da exceção de pré-executividade no processo civil e sua admissibilidade no processo do trabalho”, *Revista de direito do trabalho*. São Paulo: RT, 2001, ano 27, n. 102, abr./jun., p. 83; FORNICIARI JR., Clito. “Exceção de pré-executividade”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2000, ano I, n. 4, mar./abr., p. 30; FANTONI JR., Neyton. “Exceção de pré-executividade: limites e possibilidades”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2000, ano II, n. 8, nov./dez., p. 18-19. Contra: LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução* (nova série). Rio de Janeiro: Forense, 1993, 279-290 *passim*.

28. V. nota 27, *supra*.

II. Precedentes da 4ª Turma.

III. O contrato de abertura de crédito em conta corrente, ainda que acompanhado de extratos de movimentação financeira, não constitui título hábil à promoção de ação executiva.

IV. Recurso conhecido e provido.<sup>29</sup>

### 3.1. O exercício do poder cautelar geral do juiz no âmbito da exceção de pré-executividade.

Greco Filho fundamenta o poder cautelar do juiz nos arts. 798 e 799 e justifica a sua existência “*porque não poderia prever o legislador todas as hipóteses em que bens jurídicos envolvidos no processo fiquem em perigo de dano e muito menos todas as medidas possíveis para evitar que esse dano ocorra*”<sup>30</sup>

O provimento cautelar surge no ordenamento jurídico brasileiro, como em diversos outros, da necessidade de se garantir a efetividade da prestação jurisdicional estatal, ameaçada pelo perigo de dano ao direito pleiteado na ação existente ou a ser ajuizada pelo titular deste direito.

Este provimento cautelar pode se dar em sede de ação cautelar, que instaura o *processo cautelar*, tratado no Livro III do CPC ou pode se dar em sede de *medida cautelar atípica*<sup>31</sup> (ou inominada) incidental no processo, seja de conhecimento ou seja no de execução<sup>32</sup>, fundamentado no *poder geral cautelar* do juiz, que se expressa principalmente no art. 798 do CPC. A medida cautelar concedida assim, *incidentalmente*, sem processo autônomo, o será, portanto, em sede de decisão interlocutória<sup>33</sup>

Neste mesmo diapasão, Greco Filho diz:

*“O poder cautelar geral do juiz atua sob duas formas: a) quando a parte, presentes ou pressupostos, requer a instauração, preventiva ou incidental de processo cautelar, pleiteando a medida não prevista no rol legal e, portanto, chamada inominada; b) nos próprios autos do processo de conhecimento ou de execução, quando uma situação de emergência exige a atuação imediata do juiz independentemente de processo cautelar e mesmo de iniciativa da parte”*<sup>34</sup>

29. RESP n. 224789/RS, 4ª Turma do STJ, Rel. o Exmo Sr. Min. Aldir Passarinho Jr., publicado no DJU de 04/02/2002, p. 370.

30. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1994, 8ª ed., v. 3, p. 154.

31. Cf. ALMEIDA, Jorge Luiz de. *Liminar Cautelar em Procedimento Comum*. 1992. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientador: Prof. Cândido Rangel Dinamarco, p. 63.

32. *Idem, ibidem*, p. 125-126.

33. *Idem, ibidem*, p. 49.

34. GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p.156.

Discutindo a possibilidade de serem concedidos provimentos cautelares em processo de conhecimento ou execução, Greco Filho entende que se a lei previr esta hipótese, as medidas serão deferidas, ou não, independentemente da *instauração de um processo cautelar*<sup>35</sup>

Entende este mestre que, se a lei não previr medida cautelar no próprio procedimento do processo de conhecimento ou execução, então, em princípio, o juiz não pode decidir sobre pedido dessa natureza, cabendo à parte pleitear este pedido em processo cautelar instaurado formalmente<sup>36</sup>

Porém, tratando-se de bem ou pessoa sob a responsabilidade do juiz, ou se:

*“...o estado da causa, sem necessidade de qualquer outro elemento de instrução, permite o exame e decisão sobre pedido de medida cautelar, não há óbice a que a proteção seja deferida, especialmente se a demora do próprio processo cautelar puder causar dano à parte e esta circunstância ficar demonstrada nos autos”*<sup>37</sup>.

A questão incidente no processo, como a que pode ensejar um provimento cautelar do juiz, é definida por Dinamarco como:

*“...aquela que aparece no processo pendente, ou seja, incide sobre ele (in-cidit = cai). O direito positivo determina que certas questões dessa ordem sejam discutidas e obtenham solução mediante instauração de incidentes de processo [...]. Não confundir incidente de processo com processo incidente. Aquele é um acontecimento do processo mesmo, um pequeno procedimento paralelo ao principal, determinando ou não a suspensão deste mas sempre se integrando no processo já antes pendente, sem dar origem a um outro; processo incidente é processo novo, outro processo que tem vida em função do primeiro, que produzirá sentença destinada a projetar efeitos sobre ele [...]. A mais relevante consequência desta distinção é que os incidentes de processo têm fim mediante decisão interlocutória, sujeita a agravo, enquanto que a sentença é ato que põe fim ao processo incidente”* (grifamos).<sup>38</sup>

Sanches define o poder cautelar do juiz, dizendo que ele *“consiste na jurisdição que exerce, acautelando provável direito da parte, com medidas não previstas*

---

35. *Idem, ibidem*, p. 166

36. *Idem, ibidem*.

37. *Idem, ibidem*.

38. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT, 1987, 2ª ed., pp. 172-173.

*especificamente pelo Código, acrescentando, a seguir, que ele tem fonte nos arts. 798 e 799 do CPC. Mas o exercício desse poder faz-se com obediência às normas gerais do processo e procedimento cautelar, que estão entre os arts. 796 e 812 do CPC”*<sup>39</sup> Acrescenta ainda: “*Quais são as hipóteses, então, em que o juiz exercita o seu poder cautelar geral? As hipóteses são infinitas. A vida prática pode oferecer situações tão variadas e variáveis, que na mesma medida, variarão as providências cautelares deferidas ao Juiz”*<sup>40</sup>

Em relação ao âmbito processual em que o juiz pode exercitar seu poder geral cautelar ele diz que o *poder cautelar geral do Juiz exercita-se através de provimentos em ações cautelares ou simples medidas cautelares.*<sup>41</sup>

Logo, depreende-se, em uma cognição preliminar, que para Sanches o poder cautelar geral do juiz pode ser exercido em sede de processo e procedimento cautelar, mas também, no que também ele denominou de “medidas cautelares” Ora, por decorrência lógica, estas medidas, deferidas fora do âmbito da ação cautelar, e portanto, do processo cautelar, só seriam possíveis em decisões interlocutórias prolatadas em processos de conhecimento e de execução.

Para melhor compreensão da matéria, é melhor diferenciar a *medida cautelar da ação cautelar*, pois toda ação cautelar é uma medida cautelar, mas nem toda medida cautelar é uma ação cautelar, já que a primeira pode ser concedida em decisão interlocutória em um outro gênero de processo. Para evitar a confusão entre estas medidas cautelares concedidas em decisões interlocutórias, e as medidas cautelares concedidas em sede de ações cautelares, passaremos a denominar as primeiras *provimentos cautelares*.

Acrescenta, ainda, Sanches, que “*o juiz não pode de ofício determinar medidas cautelares genéricas ou específicas, senão quando expressamente autorizado por lei. O próprio Código contém algumas normas permissivas de provimentos cautelares pelo juiz, de ofício*”. A seguir exemplifica com os art. 793 e 653, ambos do CPC<sup>42</sup>

Estes dispositivos estão no Livro II do CPC, sendo, portanto, medidas cautelares determinadas pelo juiz no exercício do seu poder geral de cautela *fora* do processo cautelar, como provimento cautelar incidental ao processo de execução, o que só reforça o entendimento exposto acima, da possibilidade do provimento cautelar amplo, nas infinitas hipóteses, em qualquer gênero de processo. Inclusive no de execução.

Devemos observar que os arts. 798 e 799 estão no Livro III do CPC, que trata do processo cautelar. Assim, estes dispositivos fundamentam o exercício do poder cautelar geral do juiz no processo e procedimento cautelar. O exercício deste poder no

39. SANCHES, Sydney. “Poder Cautelar Geral do Juiz”, *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1988, ano XV, n. 44, nov., p. 59.

40. *Idem, ibidem*, p.63.

41. *Idem, ibidem*, p. 65.

42. *Ibidem*, p. 60.

âmbito de decisões interlocutórias, em sede dos demais gêneros de processo, não se encontra explicitamente insculpido no CPC, mas depreende-se dos arts. 793, 653 e diversos outros, salientando-se que eles elencam exemplos deste exercício de poder cautelar geral, e que não esgotam as possibilidades onde poderá o juiz da causa exercê-lo.

Pelo contrário, uma interpretação sistêmica com o art. 798 só evidencia que este poder cautelar geral do juiz no âmbito de outros processos, que não o cautelar e, portanto, em sede de decisões interlocutórias, é extremamente amplo quando o perigo de dano ao direito da parte surge como questão incidental.

Galeno Lacerda aponta, inclusive, que a liminar nos procedimentos que a prevê *“nada mais é do que um ato que torna manifesta a função cautelar do magistrado, quando presentes o risco de lesão e a verossimilhança do direito ameaçado e que neste sentido, todas as liminares possuem, sem dúvida, natureza cautelar”*<sup>43</sup> (grifamos). No mesmo sentido Lima, Barbi e Sidou entendem tratar-se, a liminar, de *“providência cautelar”*<sup>44</sup>

Assim, pode-se por decorrência lógica, inferir que a concessão de liminares nos processos de conhecimento e de execução, é também uma expressão do poder cautelar geral do juiz *fora* do âmbito do *processo cautelar*.

Admitindo-se, assim, o exercício do poder geral de cautela do juiz, através de decisão interlocutória, resta saber se existe *forma legal* para ela. Ora, como estas medidas provisória cautelares são atípicas, não têm forma legal prevista, sendo limitadas pelos princípios emanados da ordem constitucional e do sistema processual<sup>45</sup>

Esta concepção se fundamenta também no princípio da liberdade da forma, do qual trata Portanova que sobre ele afirma:

*“...o processo civil libertou-se completamente do formalismo em relação aos atos processuais. 46 Adotando o princípio da liberdade das formas, o processo civil brasileiro afastou a incidência do princípio da legalidade da forma. Dessa maneira a exigência de determinada forma para determinados atos está restrita às hipóteses taxativa e expressamente previstas em lei”*<sup>47</sup>

43. LACERDA, Galeno. “Limites ao Poder Cautelar Geral e a Concessão de Liminares”. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1993, ano XX, n. 58, jul., 95-104, citei p. 101

44. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Questão dos limites no Poder Cautelar Geral”, *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*. São Paulo: 2000, ano II, n. 7, P1 a P96, set., p. 66.

45. Cf. ALMEIDA, Jorge Luiz de, *op. cit.*, p. 110.

46. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.186. Além disso, o art. 154 do CPC diz que: *“Os atos e termos não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente exigir; reputando-se válidos os que realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”* Ora, pela exegese deste dispositivo conclui-se que, se a lei não exige expressamente forma determinada para concessão de provimento cautelar fora do âmbito do processo cautelar, este provimento poderá ser solicitado *sem rigor formal*.

47. PORTANOVA, Rui, *op. cit.*, p.187.

Por decorrência lógica, se estas medidas provisórias cautelares, que chamaremos provimentos cautelares, não têm forma estabelecida em lei, como já vimos acima, e podem ser incidentalmente pronunciadas no âmbito de qualquer processo, e, portanto, também no processo de execução,<sup>48</sup> então elas *podem ser requeridas em sede de exceção de pré-executividade*, para *suspender a execução* quando desta decorre lesão a direito do executado.

Basta, para tanto, que estejam presentes os requisitos para sua concessão: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. O *fumus boni iuris* pode ser relativo ao direito de ação ou ao direito material invocado no processo que decorre deste direito ação.

Em posição contrária, entendendo que o poder cautelar geral do juiz só pode ser exercido no processo cautelar, outros doutrinadores, dos quais destacamos Humberto Theodoro Júnior:<sup>49</sup>

Flavio Cheim Jorge, sustenta a mesma posição, dizendo que *"a concessão da liminar com base no poder geral de cautela, somente pode ser concedida no bojo de um processo cautelar. Não é possível, assim, a utilização do Poder Geral de Cautela, em processo de conhecimento ou execução"*<sup>50</sup>

Ora, *data maxima venia*, podemos dizer, em concordância com Galeno Lacerda e Greco Filho, entre outros, conforme exposto acima, que todas as liminares têm caráter de provimento cautelar. Acontece que nem todo provimento cautelar se dá em sede de liminar. Assim, se considerarmos, como afirma Cheim, que o exercício do poder cautelar geral do juiz em sede de liminar só pode se dar no processo cautelar, então, por decorrência lógica, as demais liminares existentes no CPC, segundo o entendimento dele, não teriam natureza cautelar ou, então, que as outras liminares previstas expressamente no CPC não seriam expressões do poder cautelar geral do juiz.

Ora, se analisarmos as liminares previstas no CPC, observaremos que todas têm por escopo evitar lesão à parte, quando ameaçada a efetividade da prestação jurisdicional por ela pleiteada. Por exemplo, na ação de nunciação de obra nova, prevista no Livro IV do CPC, Dos Procedimentos Especiais, a qual não é um processo cautelar, pois estes estão previstos no Livro III deste diploma legal, a liminar prevista no art. 937 do CPC visa evitar o dano, se iminente, que a edificação de obra nova em imóvel vizinho possa acarretar ao prédio, servidões ou fins ao qual é destinado pelo seu proprietário (art. 934 do CPC).

A liminar é concedida caso exista a possibilidade deste dano ocorrer antes da decisão transitada em julgado na ação de nunciação de obra nova. Isto não é um provimento cautelar? Do mesmo modo, são provimentos cautelares a liminar que

---

48. ALMEIDA, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 125-126.

49. *Apud* PINTO, Nelson Luiz. "Medidas Cautelares – Poder Cautelar de Juiz", *Revista de Processo*. São Paulo: Ed. RT, 1990, ano 15, jul./set., n. 59, p. 185.

50. JORGE, Flávio Cheim. "O Processo Cautelar e o Poder Geral de Cautela do Juiz". *Revista de Processo*. Ed. RT, 1997, ano 22, jul./set., n. 87, p.194.

pode ser concedida no interdito possessório (arts. 932, 933, 928-931 do CPC), pois ela será concedida para garantir o direito do possuidor direto ou indireto de gozar a sua posse sem ser molestado por outrem diante da iminência de que este esbulho ocorra. A liminar concedida no âmbito desta ação está garantindo a efetividade da tutela jurisdicional a ser nela prestada, sendo, portanto, igualmente um provimento cautelar.

No sentido de que liminares são expressão do poder cautelar geral do juiz, conforme o nosso entendimento, colamos aqui decisão do STJ, a título ilustrativo, no mesmo sentido:

*“PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES. PODER CAUTELAR GERAL.*

*De conformidade com o poder cautelar genérico inerente à função jurisdicional, é lícito ao relator do conflito de atribuição ordenar as medidas urgentes que entender necessárias à proteção de qualquer direito suscetível de grave dano de incerta reparação ou ainda destinadas a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa. Inteligência dos arts. 124 do CPC; 24, parágrafo único do ato regimental n. 01/89, do STJ, 166 do RISTF; 33, ns. V e vi, do RITRF. Precedente do STF. Agravo regimental a que se nega provimento.”*

Destacamos desta decisão as palavras do Ministro Relator Barros Monteiro:

*“Como se sabe, o deferimento da medida liminar, que resulta do concreto exercício do poder cautelar geral outorgado aos juízes e Tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos pressupostos referidos no art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51: a existência de plausibilidade jurídica (fumus boni juris), de um lado, e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora), de outro” (grifamos).<sup>51</sup>*

Assim, se o CPC prevê provimentos cautelares, como acima provado, em sede de liminar ou não, em outros processos que não os cautelares, a fonte deste poder cautelar só pode ser o poder cautelar geral do juiz, o qual pode, portanto, ser exercido no âmbito de processos de conhecimento e de execução, ao contrário do sustentado por doutrinadores como Theodoro Junior e Cheim.

Isto posto, passaremos a examinar o provimento cautelar incidental ao processo em sede de decisão interlocutória e particularmente no processo de execução hipotecária previsto na Lei 5.741/71.

---

51. AGRCA – Agravo regimental no conflito de atribuição n. 3. Processo n. 1989.00.08773-8/DF. 2ª Seção do STJ, relator o Exmo. Sr. Ministro Barros Monteiro, por maioria. Publicado no DJU de 02/10/1989, p. 15344.

De fato, o art. 798 do CPC dispõe que: *Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula na cap. II deste Livro poderá o Juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave de difícil reparação* (grifamos).

A exegese deste dispositivo nos indica, inequivocamente, que o legislador pretendeu colocar nas mãos do juiz um quase infinito rol de medidas cautelares provisórias, além daquelas nomeadas no CPC, desde que presentes os requisitos para a sua concessão, sempre que seja necessário evitar lesão de difícil reparação a direito de uma das partes, não restringindo, contudo – como se conclui da simples leitura deste dispositivo – que esta medida seja *exclusivamente* em sede de processo cautelar autônomo, podendo, por decorrência lógica, ser em sede de decisão interlocutória nos demais gêneros de processo, inclusive nos processos de jurisdição voluntária<sup>52</sup>

Ainda que se argumentasse que este dispositivo legal está inserido no Livro III do CPC, que trata dos processos cautelares, e que, portanto, só se aplicaria aos processos cautelares, deve-se considerar que, como expomos anteriormente, o próprio CPC prevê expressamente medidas cautelares incidentais em outros gêneros de processos como, por exemplo, o art. 793 do CPC, que trata da suspensão da execução e faculta ao juiz *ordenar os provimentos cautelares urgentes* (grifamos) e o já citado aqui, art. 615 do CPC. Logo, em uma análise sistemática do CPC, observa-se que o legislador pátrio conferiu ao poder cautelar geral do juiz, transcendência ao processo cautelar em si, podendo ser exercido nos demais gêneros processuais, como o processo de conhecimento ou de execução.

Além disso, em nenhum momento os arts. 798 e 793 do CPC mencionam que este provimento cautelar tenha que ser, obrigatoriamente, provocado pelo parte, podendo, portanto, ser determinado *ex officio*, presentes seus requisitos concessivos, ou seja: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, no exercício da discricionariedade do juiz, expresso no art. 798 do CPC pela expressão *que julgar adequada*, já que discricionariedade é o julgamento de oportunidade e conveniência.

Esta expressão também indica que o juiz, ao dar o provimento cautelar, pode *escolher* o tipo de provimento, o que indica a ampla liberdade de hipóteses nas quais os juiz pode dar o provimento cautelar solicitado pela parte, ou mesmo *ex officio*.

Galeno Lacerda nos ensina:

*“...exatamente porque provém de norma amplíssima, que confia a consciência, a ponderação, a prudência do juízo, critério de, segundo seu justo arbítrio, motivado pela exigência e valoração dos fatos, determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, não há como*

---

52. Cf. SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*. São Paulo: RT, 1993, pp. 203 e 209-210.



*fugir a consideração de que estamos em presença, aqui, de um vastíssimo poder geral discricionário*".<sup>53</sup>

Acrescenta, ainda, este mestre: "*Nenhuma incompatibilidade também ocorre entra a cautela e a execução. [...] Nada impede, porém, conforme as circunstâncias, se empreguem ainda outras medidas, inclusive atípicas*"<sup>54</sup>

Assim, entendemos, no mesmo diapasão, que é *totalmente cabível* o provimento cautelar incidental em sede de processo de execução (inclusive a execução hipotecária prevista na Lei 5.741/71), no exercício do poder geral de cautela do juiz, sem que seja necessário o ajuizamento de uma ação cautelar incidental, atendendo-se assim ao *princípio da economia processual* e ao *princípio da necessidade*.

Greco Filho explica da seguinte forma o princípio da economia processual: "*Quando duas forem as soluções legais possíveis, deve ser adotada a que causar menos encargos às partes. Economia não quer dizer a supressão de atos previstos no modelo legal do procedimento, mas sim a escolha da alternativa menos onerosa, se mais de uma for legalmente admissível*"<sup>55</sup>

Moacyr dos Santos se refere a este princípio do seguinte modo: "*Recomenda o princípio que se obtenha o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividades processuais*"<sup>56</sup>

Sandin entende que:

*"...se o executado tiver ainda a possibilidade de opor embargos à execução, onde se ajuizados, suspenderão o curso procedimental deste processo, não haverá interesse processual cautelar para aforar medida de prevenção para obstaculização da marcha da execução. Todavia, esgotado o prazo para a oferta dos embargos, sem a sua propositura, se o devedor possuir elementos para intentar ação desconstitutiva do título exequendo e, além disso, puder vir a sofrer lesão grave e de difícil reparação, com a tramitação da ação executiva, entendemos praticável a cautelar inominada para obstar, temporariamente, o 'iter' do processo de execução. Esta cautela poderá ser antecedente ou incidente à ação de desfazimento do título executivo (demanda esta que poderá ser: rescisória-títulos executivos judiciais, ou anulatória – para os extrajudiciais"*<sup>57</sup>

53. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1980, v. VIII, Tomo 7, p. 138.

54. *Idem, ibidem*, pp. 57-58.

55. GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, v. 2, p. 82.

56. SANTOS, Moacyr dos. *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, 3ª ed., v. II, p. 55.

57. SANDIM, Emerson O. "Medida Cautelar para Suspender Processo de Execução", *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia, 1992, v. 21, n. 1/2, p.111. No mesmo sentido: SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, v.3, p.116.

Como a Lei n. 5.741/71, ao disciplinar a execução judicial da hipoteca, prevê, no seu art. 5º, que os embargos à execução não têm efeito suspensivo exceto nos dois casos que apresenta, se deduz, obviamente, que seria cabível a medida cautelar para sustar esta execução até julgamento da ação em que se discuta a existência ou não deste débito e seu *quantum*.

Ocorre que, como demonstramos anteriormente, este provimento cautelar pode ser requerido incidentalmente, neste e em qualquer outro processo de execução ou de conhecimento, em atendimento ao *princípio da economia processual* e ao *princípio da necessidade*, para ser decidido em interlocutoriamente. Como não há exigência legal de forma determinada para este ato, a *exceção de pré-executividade* pode e parece ser o veículo mais adequado para o requerimento deste provimento cautelar em decisão interlocutória.

Tudo com o fim de salvaguardar o direito tutelado naquela execução, ou o direito material discutido, ou a ser discutido em outra ação, cuja efetividade seja por esta execução prejudicada, atingindo assim o direito da parte à devida prestação jurisdicional estatal, a que todos têm direito, por força do princípio da efetividade jurisdicional.

É esse exatamente o caso da execução judicial de hipoteca pela Lei n. 5.741/71, na qual o suposto devedor tem direito à efetividade da ação revisional de prestações e saldo devedor por ele proposta, cuja sentença pode alterar o valor da dívida que ensejou a execução judicial, ou mesmo declarar a inexistência da dívida pela quitação do financiamento do imóvel.

Este provimento cautelar, em decisão interlocutória, como expressão do poder geral de cautela do juiz, atende ao princípio da economia processual, pois se este provimento cautelar não fosse concedido deste modo, a parte teria que ajuizar uma outra ação para obter a efetividade da prestação jurisdicional naquele processo, ou seja, uma ação cautelar incidental, ou preparatória, o que traria mais despesas para a parte e cumularia o Judiciário com o encargo de um novo processo, quando a questão poderia ser simplesmente resolvida com a concessão da cautela através de uma decisão interlocutória.

O juiz de uma determinada ação pode inclusive, em nosso entender, prover cautelarmente medida provisória incidental para garantir a efetividade de ação que esteja sendo julgada por outro juiz, pois, neste caso, sua atuação integra a administração do processo, e o direito a ser protegido é o direito público ao bom funcionamento do Estado em sua atividade jurisdicional. Havendo conexão de causas, estas deverão ser juntadas no juízo prevento, que manterá a cautela ou não.

Assim, o juiz de uma ação de execução judicial hipotecária, prevista na Lei n. 5.471/71, pode cautelarmente suspendê-la *ex officio* ou a requerimento da parte lesada, para evitar que uma ação de conhecimento revisional de prestações e saldo devedor do financiamento, existente, ainda que a ré não tenha sido citada, ou a ser ajuizada pelo devedor, perca sua efetividade, devendo, contudo, serem juntados, *ex officio* ou a pedido das partes, os processos conexos, caso estejam em juízos diferentes, considerando a prevenção como critério óbvio de escolha do juízo competente.

### 3.2. Os limites do poder cautelar geral do juiz.

Sanchez aponta como limites ao poder cautelar geral do juiz, que este não pode, “*no processo cautelar, em caráter provisório, conceder tutela mais ampla do que aquela que a parte poderia obter, em termos definitivos, no processo de conhecimento ou de execução. O mais há de ser sempre questão de prudência*”<sup>58</sup>

Acrescentamos a este limite, mas tangenciando o limite dos ditames da prudência, que se o provimento cautelar, seja ele concedido em sede de ação cautelar ou em outro gênero de ação, criar risco muito maior de causar dano irreparável à parte requerida que o risco de dano à parte requerente da cautela, o provimento cautelar requerido não pode ser concedido, por prudência.

Galeno Lacerda também chama a “*atenção para a prudência de que se deve revestir o magistrado no uso do poder cautelar geral*”.<sup>59</sup>

Por esta razão, é extremamente importante a aplicação do princípio do contraditório, para que todas as partes possam se manifestar, e o juiz proferir sua decisão, avaliando devida e profundamente as conseqüências concretas do deferimento, ou não, do provimento cautelar à parte – ou no caso dos provimentos cautelares emergenciais *inaudita altera pars*, para que o juiz mantenha, ou não, este provimento, posteriormente.

Assim, quando o requerimento de provimento cautelar se der no âmbito do processo de conhecimento ou de execução, a outra parte, havendo tempo hábil para isso antes que o dano se concretize, deve ser ouvida antes de sua concessão, e se o juiz conceder de ofício este provimento, a prudência aconselha que as partes sejam ouvidas com antecedência, exceto na hipótese de que o conhecimento da parte do provimento cautelar iminente possa torná-lo ineficaz.

O fundamento jurídico para esta hipótese se encontra no art. 804 do CPC,<sup>60</sup> que em uma interpretação sistemática e por analogia pode também ser aplicado nos provimentos cautelares em sede de processos de conhecimento ou execução

Mancuso, com receio de abuso de concessão de medidas cautelares, discrimina uma série de limitações, entre as quais destacamos “*que a cautela não tenha abrangência maior do que o provimento que poderia ser obtido ‘principaliter’; [...] c) que a liminar seja concedida quando se afigurar viável, ainda que a nível de plausibilidade, o provimento de fundo, cuja antecipação ela vem provocar...*”<sup>61</sup>

### 4. Conclusão.

A exceção de pré-executividade, muito embora não tenha sido

58. *Op. cit.*, p. 66.

59. LACERDA, Galeno, “Limites ao Poder Cautelar Geral e a Concessão de Liminares”, *op. cit.*, p. 98.

60. Diz o art. 804, que “*É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificação prévia a medida cautelar sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz [...]*”.

61. MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *op. cit.*, pp. 73-74.

especificamente nomeada pelo Código de Processo Civil, vem para suprir as deficiências do processo de execução no âmbito da ampla defesa e do contraditório, nos casos em que possa ser determinada de ofício a extinção, ou mesmo a suspensão da ação.

Concluimos que o poder cautelar geral do juiz se expressa, não-somente na concessão de medidas cautelares inominadas previstas no Livro III do CPC – arts. 798 e 799, (em sede, portanto, de ações cautelares) – mas também pelos provimentos cautelares, estes últimos fora do âmbito do processo cautelar. Estes provimentos cautelares serão típicos, quando expressos no CPC, como o caso do art. 793 do CPC e atípicos quando não estiverem previstos expressamente no CPC e, neste caso, sujeitos à discricionariedade do juiz. Além disso, serão emanados em decisões interlocutórias, à medida que surja, como questão incidental, nestes processos, o risco de lesão de difícil ou impossível reparação a direito da parte, sem que seja necessário esta ajuizar ação cautelar incidental, para proteger este direito, em conformidade com os princípios da economia processual e o da necessidade.

Como este provimento cautelar não possui forma determinada, como vimos anteriormente, pode a parte, por decorrência lógica, requerer em um processo de execução judicial de hipoteca, disciplinado pela Lei n. 5.741/71, provimento cautelar do juiz, em sede de exceção de pré-executividade, para que este suspenda a execução até trânsito julgado da ação de revisão contratual de prestações e saldo devedor a que o executado tem direito a ajuizar, inclusive com a efetividade da prestação jurisdicional nela pleiteada.

A necessidade da suspensão cautelar ser requerida por via da exceção de pré-executividade se dá, como vimos, quando os embargos de devedor não possuírem *efeito suspensivo* (que é o caso notório da execução hipotecária criada pela Lei n. 5.741/71), a menos que o executado deposite por inteiro o valor da dívida que ensejou esta execução.<sup>62</sup>

Para ilustrar, no sentido de que os embargos de devedor não possuem efeito suspensivo na execução de hipoteca prevista na Lei n. 5.741/71, citamos abaixo decisão do SFH (RESP 133100/PR ; 1ª Turma do STJ, Rel. Exmo Sr. Min. Demócrito Reinaldo, unânime, DJU de 10/05/1999, p.105):

*“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. EFEITO SUSPENSIVO (LEI 5.741/71).*

*No âmbito do processo de execução hipotecária vinculada ao Sistema Financeiro de Habitação, que tem disciplina em legislação específica*

62. Lei 5.741/71, art. 5º: *O executado poderá opor embargos no prazo de dez (10) dias contados da penhora e que serão recebidos com efeito suspensivo desde que alegue e prove:*

*I - que depositou por inteiro a importância reclamada na inicial;*

*II - que resgatou a dívida, oferecendo desde logo a prova da quitação.*

*Parágrafo único. Os demais fundamentos de embargos, previstos no art. 741 do Código de Processo Civil, não suspendem a execução.*

(Lei 5.741/71), os embargos só podem ser recebidos com suspensão da execução: desde que o executado prove que depositou, por inteiro, a importância reclamada na inicial em que pagou a dívida, oferecendo, de logo, a prova de quitação. Recurso desprovido. Decisão unânime.”

Em nosso entender, ainda, o juiz deve dar este provimento cautelar nos processos de conhecimento, ou de execução, sem constituição formal de processo cautelar incidental, por aplicação do princípio da economia processual e o da necessidade, toda a vez que houver os requisitos do *fumus boni iuri* e *periculum in mora*, se a matéria for de possível cognição por ele, bastando para tanto a manifestação das partes, atendendo-se assim ao princípio do contraditório.

Destaca-se, especialmente, o caso da ação de conhecimento, ajuizada anteriormente, em que haja justa controvérsia sobre a existência ou o montante do débito. Neste caso, e especialmente quando houver litigância de má-fé por parte do credor, ao ajuizar ação conexa em outro Foro, é cabível, além da suspensão da execução, a própria extinção do feito, por nulidade, carecedora dos requisitos de liquidez ou certeza.

São Paulo, maio de 2002.

## 5. Bibliografia.

ALMEIDA, Jorge Luiz de. *Liminar Cautelar em Procedimento Comum*. 1992. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Orientador: Prof. Cândido Rangel Dinamarco.

ANDRADE, José Batista de. “Exceção de pré-executividade”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2001, ano II, n. 10, mar./abr., pp. 60-62.

ASSIS, Araken de, *Manual do processo de execução*, São Paulo: RT, 2000, 6ª ed.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. “A exceção de pré-executividade”, *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1989, ano 14, n. 55, jul./set., pp.62-70.

CAIS, Cleide Previtalli. “Exceção de pré-executividade em execução fundada em título executivo extrajudicial”, *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, 1999, n. 43, abril, pp. 22-32.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves. “Aspectos da exceção de pré-executividade no processo civil e sua admissibilidade no processo do trabalho”, *Revista de direito do trabalho*. São Paulo: RT, 2001, ano 27, n. 102, abr./jun., pp. 78-85.

DAL COL, Helder Martinez. “A objeção de não-executividade” *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, 2000, 1ª quizenza de maio, nº 9, caderno 3, pp. 201-195.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Malheiros, 2000, 7ª ed.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. São Paulo: RT, 1987, 2ª ed., pp. 172-173.

DUARTE, Walter Antonio Dias, e MELLO NETO, Luis Soares de. “Considerações sobre a execução hipotecária – Penhora de outros bens além do hipotecado – Impossibilidade”, *Revista de Direito Civil – Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, 1990, ano 14, n. 53 – jul./set. 1990, pp. 90-99.

FANTONI JR., Neyton. “Exceção de pré-executividade: limites e possibilidades” *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2000, ano II, n.º 8, nov./dez., pp. 17-20.

FORNICIARI JR., Clito. “Exceção de pré-executividade”, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese, 2000, ano I, n. 4, mar./abr., pp. 30-31.

GONÇALVES NETO, Francisco. “Exceção ou objeção de pré-executividade”. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 2000, ano 64, n. 5, maio, pp. 614-617.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. II.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1994, 8ª ed., v. 3.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2ª ed, 1986.

JORGE, Flávio Cheim. “O Processo Cautelar e o Poder Geral de Cautela do Juiz”. *Revista de Processo*. Ed. RT, 1997, ano 22, jul./set., n. 87, pp. 186-198.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1980, v. VIII, Tomo 7.

\_\_\_\_\_. “Execução de título extrajudicial e segurança do juízo”, *Revista Ajuris*, n. 23, Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1981, n. 23.

\_\_\_\_\_. “Limites ao Poder Cautelar Geral e a Concessão de Liminares” *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1993, ano XX, n. 58, jul., 95-104.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Processo de conhecimento e processo de execução* (nova série). Rio de Janeiro: Forense.

MAGALHÃES, Jorge de Miranda. “A Execução e a exceção pré-processual” *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: TJRJ, 1995, n. 25, out./dez., pp. 15-21.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. “A Questão dos limites no Poder Cautelar Geral”, *Revista do Tribunal de Contas do Município de São Paulo*. São Paulo: 2000, ano II, n. 7, P1 a P96, set., pp. 58-75.

MILHOMENS, Jônatas. *Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MOLITOR, Deborah de Araújo. “Reflexões sobre a exceção de pré-executividade” *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2000, v. 6, tomo I, pp. 49-58.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, Lenice Silveira. “A exceção de pré-executividade e o juízo de admissibilidade na ação executiva” *Repertório IOB de Jurisprudência*. São Paulo: IOB, 1999, 2ª quizenza de fevereiro, n. 4, caderno 3, pp. 102-89.

NETTO, Nelson Rodrigues, “Exceção de pré-executividade” *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, ano 24, n. 95, jul./set., pp. 29-38.

PEREIRA, Tarlei Lemos. “Exceção de pré-executividade” *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, 1999, ano 88, v. 760, fevereiro, pp. 767-786.

PINTO, Nelson Luiz. “Medidas Cautelares – Poder Cautelar de Juiz” *Revista de Processo*. Ed. RT., 1990, ano 15, jul./set., n. 59, pp. 179-186.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SÁ, Rodrigo Cesar Caldas de. “Exceção de pré-executividade e Fazenda Pública: pode alguém ser submetido a processo executivo sem pressupostos ou condições constituição ou desenvolvimento regular?”, *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha, 2000, n. 53, fevereiro, pp. 95-104.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O Poder Geral de Cautela do Juiz*. São Paulo: RT, 1993.

SANCHES, Sydney. “Poder Cautelar Geral do Juiz” *Revista Ajuris*. Porto Alegre: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, 1988, ano XV, n. 44, nov., pp. 58-66.

SANDIM, Emerson. “Medida Cautelar para Suspende Processo de Execução” *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*. Uberlândia: 1992, v. 21, n. 1/2, pp. 99-119, dez.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, v.3.

SANTOS, Moacyr dos. *Primeiras linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. II, 3ª ed., p. 55.

SILVA, Antônio Carlos Costa e. *Da jurisdição executiva e dos pressupostos da execução civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SILVA, José Vilaço da. “Exceção de pré-executividade e a execução fiscal” *Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre: Síntese, 2000, Ano II, n. 11, jan./fev., pp. 11-16.

THEODORO JR., Humberto. "Contrato de abertura de crédito como título executivo", *Revista Forense*. Rio de Janeiro: 1996, ano 92, v. 334, abr./jun., pp. 231-246.

THEODORO JR.; Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 26ª ed., v. II.

THEODORO JR., Humberto. *Processo de Execução*. São Paulo: LEUD, 1975, p. 102.

TUCCI, Rogério Lauria, "Execução – Cédula de Crédito Industrial" *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, 1989, ano 78, v. 642, pp. 26-32.

VIANA, Rui Geraldo Camargo, "O direito à moradia", *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000, v. 95, jan./dez., pp. 453-552.

VILLAR, Willard de Castro, *Processo de Execução*, São Paulo: RT, 1975.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Título Executivo e Liquidação*. São Paulo: RT, 1999.



# A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES

*Cláudio Castello de Campos Pereira*  
Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

## Resumo:

A evolução da processualística e seu atual contexto; as razões de ser do Direito consumerista; a inclusão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, perfazem a abordagem do autor em torno da inversão do ônus da prova como instrumento de efetividade na prestação da tutela jurisdicional dos interesses dos consumidores.

## Abstract:

The processualistic evolution and its actual context; the reasons of the consumer's Law; the inclusion of the proof onus in the Consumer's Defense Code, accomplish the author's boarding around the proof onus inversion as an instrument of effectiveness in the given of jurisdictional tutelage of the consumers's interests.

**Unitermos:** evolução processualística; inversão do ônus da prova; Código de Defesa do Consumidor.

## 1. Evolução da Processualística e seu Contexto Atual.

O problema do ônus da prova é a regra segundo a qual ao queixoso incumbe o ônus da demonstração dos fatos que alegar para a persecução de seu direito em juízo. É, pois, princípio regido pelo adágio romano "*actori incumbit probatio*" Segundo Gilissen, é um princípio processual antigo,<sup>1</sup> contemporâneo da introdução e imposição, na evolução natural do direito romano, do sistema "racional" de produção das provas, o que se deu nos séculos XII e XIII.<sup>2</sup> Num

---

1. Cf. John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. por Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros, 1996, Lisboa, Fundação Calouste Gulbckian, item 2, pp. 713-714.

2. Vale a lembrança das considerações do ilustre professor de História Medieval e de História do Direito da Universidade de Ghent, R. C. van Caenegem, para quem a evolução do sistema racional do direito de prova foi também influenciado pelo processo romano-canônico, mas sua importância não há de ser exagerada, pois o renascimento do Direito Romano não foi uma causa próxima dessa transformação (*Uma introdução histórica ao Direito Privado*, trad. por Carlos Eduardo Machado, 1995, São Paulo, Martins Fontes, p. 107)

primeiro momento, diz, o ônus da prova era do Tribunal, posteriormente repassado ao autor da queixa. A partir do século XIII, impõe-se progressivamente, tornando-se, em época moderna, uma regra geral, tanto em matérias cíveis quanto criminais. O Direito Processual fará parte desse contexto desde o seu nascimento como ramo autônomo da Ciência do Direito. Nas palavras de Francesco Carnelutti, “*a produção de um fato torna-se um ônus para a parte que tem interesse na sua afirmação. Desse princípio, dá-nos uma formulação aproximada da fórmula animus probandi et incumbit qui dicit, non qui negat, mas, para ser exata, nela há que retificar o quit dicit por cui dicere prodest e reciprocamente o qui negat por cui dicere nocet ou cui negare prodest*”<sup>3</sup> Essa concepção trouxe seus reflexos para o ordenamento jurídico brasileiro, e a regra do ônus probatório está estampada no art. 333, incs. I e II, do Código de Processo Civil, que impõe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Entretanto, a expansão da economia mundial verificada na última metade do século XX provocou transformações significativas em diferentes aspectos da vida social, dentre as quais e de maneira destacada o crescimento do *mercado de consumo*, surgindo a necessidade da presença estatal para a regulação de atividades até então consideradas privadas. No Brasil, o reflexo direto de tal afirmação está na edição de uma lei específica para a disciplina do mercado de consumo, surgindo, neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). Em seu bojo há mudanças significativas no campo do Direito Processual: além da disciplina mais aprofundada das ações coletivas, trouxe-se a exceção à regra “*actori incumbit probatio*”, prescrevendo como direito básico do consumidor “*a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*” (art. 6º VIII grifamos).

O espírito dessa norma está diretamente relacionado com o acesso dos cidadãos (no caso, dos consumidores) à Justiça, ou, na expressão cunhada na doutrina brasileira, “*acesso à ordem jurídica justa*”. Aqui entramos, então, numa das candentes questões da processualística atual, que é a *efetividade do processo*<sup>4</sup>, significando enfrentar tema correspondente à mais moderna e premente das preocupações dos processualistas de nosso tempo.

Não é possível, pois, falar de efetividade do processo sem que possamos observá-la dentro do prisma da evolução da Ciência do Direito

---

3. Teoria Geral do Direito, 2000, São Paulo, Lejus, pp.541-542

4. Terminologia usada por José Carlos Barbosa Moreira para transmitir a noção de que o processo deve ser utilizado como instrumento efetivo e apto para resolução de litígios, em *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*, in *Temas de Direito Processual: Terceira Série*, 1984, São Paulo, Editora Saraiva, p. 27.

Processual (ramo “recente” do direito, tendo em vista que seu surgimento deu-se há cerca de menos de um século e meio).

A Ciência do Processo tem como nascedouro, segundo alguns autores, a obra de Oscar von Bülow, que escreveu, em 1868, um estudo sobre a teoria das exceções dilatórias e os pressupostos processuais, enfatizando a origem etimológica da palavra “processo” e mostrando, pela primeira vez, que o processo é um *fenômeno jurídico próprio*, que depende de requisitos próprios, regidos por regras e princípios que lhe são específicos, merecendo, com isso, um tratamento jurídico autônomo, dadas as peculiaridades do objeto observado. Este estudo diferenciava, com maior nitidez, a relação material litigiosa da relação jurídica processual, apresentando o processo mais como meio de pacificação social que via de composição de litígios, de modo a coroar a função pacificadora/jurisdicional do Estado, daí porque era ramo do Direito Público.<sup>5</sup>

A partir de então, a preocupação dos cientistas desse novo ramo do Direito - primeiramente na Alemanha e depois em outras escolas - tornou-se a investigação da chamada *autonomia* da ação, baseando-se na velha idéia romana de que a *actio* era um direito contra o pretor (uma idéia reducionista, é verdade, pois era muito mais que isso), e esforçando-se, por outro lado, em demonstrar que *a ação não se confundia com o direito material*, rompendo com a antiquíssima tradição romana de quase dois milênios, na qual a ação (*actio*) era o direito (*ius*), e vice-versa, uma vez que o sistema romano era um sistema de ações, e não de direitos.<sup>6</sup>

Os cientistas, a partir de Bülow, preocuparam-se primordialmente com construção das estruturas científicas do Direito Processual, daí porque formaram a chamada escola *autonomista*, ou *conceitual*, fase que durou, para essa ciência, cerca de um século. Já no final do século XIX, da escola dos autonomistas puros derivam as teorias *concretistas*, segundo as quais a ação era um direito como um direito concreto (direito a uma sentença favorável), uma vez que ação não se confunde com o Direito Processual, *embora dele dependa*<sup>7</sup>. No Brasil, Ada Pellegrini Grinover credits, nesse período, às figuras de Paulo Batista, no Processo Civil, e Pimenta Bueno, no Processo Penal, o surgimento das primeiras

---

5. Cf. Eduardo Arruda Alvim, *Curso de Direito Processual Civil*, 1999, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p.28.

6. Sobre essa concepção, vale transcrever excerto da importante lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: “*Até meados do século passado, o processo era considerado simples meio de exercício de direitos (...). A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida*”, *Teoria Geral do Processo*, 1998, São Paulo, Malheiros Editores, p.42.

7. Uma teoria importante, mas que não respondia a outras questões teóricas igualmente importantes, como as consequências da declaração de improcedência da ação, as quais ensejariam questionamento sobre a própria existência da ação em face da declaração de improcedência. Assim, pergunta-se, por exemplo, donde nasceria o processo, ou seja a provocação originária da tutela jurisdicional?

noções sobre Direito Processual, pelo esforço de descortinar “*horizontes desconhecidos pela própria processualística européia da Época*”<sup>8</sup>

A essas teorias sobrevieram outras, preocupadas com a questão da autonomia do Direito Processual, ainda no começo do século XX: teorias sobre a natureza *abstrata* da ação, segundo as quais a teoria da ação estava totalmente dissociada da relação material litigiosa, estando mais afeta ao direito de obtenção de uma sentença de mérito. Essa teoria teve grande importância, embora apresentasse suas deficiências.

Não poderíamos deixar de registrar a *teoria eclética* do Enrico Tullio Liebman, jurista italiano erradicado posteriormente no Brasil, na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, que veio a dominar a Doutrina mundial e especialmente a brasileira,<sup>9</sup> tendo suas concepções refletidas com profundidade no legislador brasileiro, uma vez que o Código Civil brasileiro adotou integralmente suas teorias, pelas quais a ação tem seus elementos primordialmente abstratos, indubitavelmente, embora dependa também de elementos concretos, como as condições da ação, que se vinculam a situações concretas afirmadas em juízo, a partir das quais o juiz poderá decidir se existe direito a uma sentença de mérito.

Essas foram as importantes etapas da Ciência Processual: a autonomia da ação, a ação como um direito abstrato e, em seguida, a ação como o direito a uma sentença de mérito. Mas essas teorias careciam, ainda, de algumas deficiências teóricas, muitas das quais deram-se pela visão puramente introspectiva da abordagem, extremamente tecnicista, vendo o processo como uma preocupação em si, despindo-lhe de seu aspecto crítico e deixando, conseqüentemente, de se observar o impacto real de seus resultados, distanciando-se de sua verdadeira função, que é, como vimos, *a via de Estado exercer, de forma efetiva, a sua função pacificadora/jurisdicional da litigiosidade social*.

Na segunda metade do século XX, então, o processo se desenvolve com uma outra necessidade: a de se colocar no centro da análise processualística a *jurisdição*, passando a Ciência Processual a desempenhar maior *consciência e crítica*. Pois analisar o processo a partir da ação é observá-lo numa perspectiva eminentemente individualista, ainda sob os refletores do liberalismo; analisar o processo sob a ótica do próprio processo é observá-lo numa perspectiva tecnicista; mas analisar o processo na perspectiva da prestação do serviço jurisdicional é coadunar-se com a sua função última e primordial, qual seja servir de instrumento do qual dispõe o poder estatal para exercer a verdadeira pacificação dos litígios comuns ao convívio social.

---

8. Cf. *O Processo em Evolução*, 1998, São Paulo, 2ª edição, Editora Forcnse Universitária, p. 2

9. Ada Pellegrini Grinover credita a Liebman o surgimento da *escola processual de São Paulo*, que de tamanho vulto tornou-se a *escola brasileira*, internacionalmente reconhecida. Liebman acabou por congrega em torno de si jovens estudiosos do processo civil, como José Frederico Marques e Alfredo Buzaid, este ativo militante quando da elaboração do atual Código de Processo Civil, em 1973, além da própria autora e de Cândido Rangel Dinamarco (*ob. cit.*, p. 5.)

Essa é a atual fase *instrumentalista* do processo, eminentemente crítica,<sup>10</sup> fase que sucede aquela primeira, a escola dos autonomistas.<sup>11</sup>

Essa atual fase do processo evolutivo da Ciência Processual surge como decorrência da reafirmação dos Estados Nacionais Soberanos após o período das Grandes Guerras que abalaram e alteraram profundamente o mundo, ao mesmo tempo em que se observava o crepúsculo do proselitismo cego das concepções liberais que tanto nortearam o ambientes político, econômico e jurídico dos séculos XIX e início do século XX, consolidando-se os princípios de intervenção estatal na vida privada.

Nesse contexto está a formulação das disciplinas constitucionais do processo (ou as concepções processuais na Constituição), relacionando o processo no rol das garantias do cidadão - como o devido processo legal e a ampla defesa tendo como expressão máxima as contribuições de José Frederico Marques e, posteriormente, Ada Pellegrini Grinover. A bem da verdade, o *Direito Processual Constitucional* já é esboçado no final do século XIX, aparecendo na Constituição Republicana de 1891 com institutos como o controle judicial dos atos administrativos e alguns instrumentos de garantia das garantias individuais,<sup>12</sup> como o *Habeas Corpus*, cuja Doutrina brasileira é uma das mais sofisticadas do mundo, até os dias de hoje.

Durante as décadas de 60 e principalmente de 70, os cientistas de todo o mundo procuraram enfocar tais questões no *acesso à Justiça*, gerando profícuas discussões sobre o acesso de *qualquer* cidadão ao serviço de prestação estatal do serviço judiciário. Este período, que teria se iniciado em 1965, marca o que Mauro Cappelletti e Bryant Garth chamaram de "*primeira onda*"<sup>13</sup> Este é um ponto fundamental na abordagem deste estudo.

Sobre esse atualíssimo tema, os juristas bem lá diziam, em 1978:

*“O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas*

---

10. Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *ob. cit.*, p.43.

11. Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *ob. cit.*, pp.42-45.

12. Cf. Ada Pellegrini Grinover, *ob. cit.*, pp. 6-7

13. *Acesso à Justiça*, trad. por Ellen Gracie Northfleet, 1988, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, pp. 31-49

*apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia, e da economia, e ademais, aprender através de outras culturas. O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”<sup>14</sup>*

Nesse espírito e com tal preocupação, Kazuo Watanabe cunhou a feliz expressão “*acesso à ordem jurídica justa*”<sup>15</sup> que foi vista com bons olhos pela doutrina

Este é, indubitavelmente, o princípio que motivou o legislador brasileiro à edição da Lei n. 9.099/95, que institui os tribunais especiais para o julgamento de pequenas causas, e, em âmbito administrativo, correlacionado à função estatal para a *prevenção e resolução* de conflitos em matéria consumerista, a criação de órgãos administrativos que compõe o Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor, como o caso do PROCON, no Estado de São Paulo.

Embora de maneira tímida, há a lenta e ainda precária implementação, nas agências reguladoras e fiscalizadoras dos serviços públicos delegados (como ANATEL, ANEEL etc.), também em esfera administrativa, de serviços de atendimento às queixas dos consumidores, embora esse mecanismo se preste a tratar dos interesses da coletividade de consumidores, e não dos interesses dos consumidores individualmente considerados.

Importante, também, registrar a experiência Argentina no tocante ao mecanismo de tribunais arbitrais, prevista no art. 59 da Lei n. 24.240, regulamentada a implementação desses dispositivos pelo Decreto n. 276/98 e a

---

14. *ob. cit.*, pp. 12-13.

15. *Acesso à justiça na Sociedade Moderna*, in *Participação e Processo*, 1988, São Paulo, Editora Revista do Tribunais, pp. 128-135.

Resolução n. 212/98, da Secretaría de Industria, Comercio y Minería. Tal mecanismo compõe o “*Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo- SNAC*” e tem-se mostrado, naquele país, um sofisticado meio de resolução rápida e eficiente de conflitos, estando esse sistema baseado nos princípios da *voluntariedade*, no *caráter vinculante e executável das decisões*, na *simplicidade* e na *rapidez*, na *neutralidade* e no *equilíbrio das partes*, na *competência dos tribunais arbitrais*, na *flexibilidade procedimental*, e na *promoção pública de adesão a esse sistema*<sup>16</sup>

Prosseguindo na apresentação da evolução da Processualística brasileira, teremos já nos anos 80 o surgimento de novas preocupações e percepções, focadas principalmente na representação e na tutela dos interesses e nos direitos metaindividuais (ou supraindividuais), nos interesses difusos, nos interesses coletivos ou grupais, bem como no reconhecimento legal da categoria dos interesses individuais homogêneos, gerando reflexos e impactos diretos no ordenamento brasileiro, como a Lei n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, ou ainda a Constituição de 1988, que de pioneiramente tratou em sede da Lei Maior a disciplina dos interesses difusos e coletivos, entre outras diversas medidas. É a introdução, no seio da processualística, dos sofisticados mecanismos das “*class actions*” e das ações de interesse público. A tal fase Cappelletti e Garth chamaram de “*segunda onda*”.<sup>17</sup> Segundo os autores, tais modificações teriam forçado profundas reflexões sobre “*noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais*”.<sup>18</sup>

Nesse processo pode ser constatada a crescente importância da figura do Ministério Público, no Brasil, para a tutela de tais interesses, o que a Constituição de 1988 bem refletiu essas tendências, disciplinando e ampliando os poderes dessa Instituição para a persecução de tais interesses.

A “*terceira onda*” a que já faziam apologia os autores, acabou por se concretizar nas questões afetas ao que se chama, hoje, de *efetividade do processo*. Em outras palavras, a preocupação se dá em torno dos resultados práticos do processo. Tal fase está “*longe de exaurir o seu potencial reformista. Durante ela já foi possível tomar consciência do relevantíssimo papel deontológico do sistema processual e de sua complexa missão perante a sociedade e o Estado, e não só em face da ordem jurídico material...*”<sup>19</sup>

Como dissemos, o tema “*efetividade do processo*” é ainda candente nas discussões atuais da processualística. Para Cândido Rangel Dinamarco,

---

16. Cf. Ricardo Leandro Nasio. *El Consumidor – Conflictos & Soluciones*, 1999, Buenos Aires, Ediciones del País, pp. 287-292.

17. *ob. cit.*, pp. 49-67

18. *ob. cit.*, p. 49.

19. Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *ob. cit.*, pp.43-44.

“significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito dos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”<sup>20</sup> Veja-se que, em síntese, o autor ressalta o escopo da função pacificadora do processo, que seria uma *via* para que essa função “socio-político-jurídica” seja alcançada. Tal objetivo é igualmente bem explicitado em outra monumental obra: “*Sentenças, decisões comandos e remédios ditos heróicos concedidos por juizes e tribunais não passariam de puras balelas, não fora pelo resultado prático que sejam capazes de produzir na vida das pessoas e nas efetivas relações com outras e com os bens da vida. O pensador moderno não encara mais o processo, como dantes, a partir do aspecto interno representado pelos atos e relações em que se envolvem seus protagonistas, senão pelo ângulo externo a partir do qual seja possível sentir a sua utilidade*”<sup>21</sup>

O espírito desse tema é expressado pelos dizeres de Chiovenda, citado, também, por Dinamarco, segundo o qual “*il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi há um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”<sup>22</sup> Esse foi o pensamento do jurista italiano que influenciou (e influencia) os processualistas que ora se debruçam sobre essa questão.

O nascedouro dessa problemática talvez possa ser creditado à lição de José Carlos Barbosa Moreira, em estudo que já citamos anteriormente, para quem esse conceito de efetividade do processo está amparado em cinco “escopos”: o processo deve i.) dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos do ordenamento; ii.) tais instrumentos devem ser praticamente realizáveis pelos supostos titulares de direitos, ainda que sejam de difícil identificação; iii.) é necessário que se assegurem condições propícias para a reconstituição dos fatos sob os quais estará norteada a decisão do magistrado, deste modo aproximando-o cada vez mais da verdade; iv.) o resultado deve assegurar à parte vitoriosa o pleno gozo de utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento jurídico; e v.) tais resultados devem ser obtidos com o mínimo dispêndio de tempo e energia.<sup>23</sup>

Tal tema foi aprofundado por Cândido Rangel Dinamarco em consagrado estudo posterior, que discorre de maneira lapidar sobre a efetividade das decisões e a verdadeira e última função do processo. Veja-se:

*“O coroamento de toda atividade desenvolvida com vista a certos objetivos bem definidos e até mesmo individualizada em função deles*

20. *Instrumentalidade do processo*, 1999, São Paulo, Malheiros Editores, p. 271.

21. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 2000, São Paulo, Malheiros Editores, v. 1, p. 592.

22. *Saggi di Diritto Processuali Civile*, 1930, Roma, v. 1, p. 110.

23. *ob. cit.*, pp. 27-42.



*há de ser representado, naturalmente, pela plena realização dos objetivos eleitos. Falar em efetividade do processo e ficar somente nas considerações sobre o acesso a ele, sobre o seu modo-de-ser e a justiça das decisões que produz significaria perder a dimensão teleológica e instrumental de todo o discurso. Propugna-se pela admissão do maior número possível de pessoas e conflitos ao processo (universalidade da jurisdição), indicam-se os caminhos para a melhor feitura do processo e advertem-se os riscos de injustiça, somente porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas. Não é demais realçar uma vez mais a célebre advertência de que o processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a que tem direito e precisamente aquilo a que tem direito”* <sup>24</sup>

A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, harmoniza-se com perfeição às essas novíssimas diretrizes da processualística, na medida em que contempla o acesso dos consumidores à Justiça e, por outro lado, traz um mecanismo prático e eficiente para que a reconstituição dos fatos aproxime o magistrado da verdade, requisito que, como vimos, constitui um dos objetivos do processo efetivo. Para que se possa alcançar o real sentido dessa norma, mister é entender os próprios fundamentos e sustentáculos do Direito do Consumidor, pois, como muito propriamente diz Luiz Antonio Rizzato Nunes, “*entender, então, a produção de provas em casos que envolvam as relações de consumo é compreender toda a princiologia da Lei n. 8.078...*” <sup>25</sup>

## 2. Razões de Ser do Direito Consumerista.

Importante capítulo do Direito Econômico<sup>26</sup> a proteção do consumidor é indubitavelmente um dos temas mais relevantes, controvertidos e atuais da ciência jurídica hodierna. Nasce como forma de o Estado intervir e regular as ditas relações de consumo, e esboça uma conseqüência da evolução do sistema capitalista e da atuação estatal como regulador da atividade econômica.

Como já tinha apontado o ilustre professor Fábio Konder Comparato, em 1975, “*a idéia de uma sistemática proteção do consumidor, nas relações de*

24. *A Instrumentalidade...*, pp. 270-303.

25. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – (arts. 1º ao 54)*, 2000, São Paulo, Editora Saraiva, p. 121.

26. Cf. Fábio Konder Comparato, *A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico*, Revista de Direito Mercantil Nos. 15/16, Editora Revista dos Tribunais, p. 89.

*mercado, é sem dúvida estranha à teoria econômica clássica*<sup>27</sup> Na verdade, era isso tema novo não só às ciências econômicas, mas também às jurídicas, uma vez que até os anos 60 do século XX o Direito preocupava-se com os atos de consumo individualmente considerados, estando à margem no fenômeno de consumo em massa.

Consumo é, na linguagem das ciências econômicas, o ato final do processo econômico. Ou, de outro modo, a satisfação de uma necessidade. A Economia lidar, precipuamente, com a administração do problema econômico da escassez, que é, na verdade, a administração dos recursos materiais finitos para o atendimento das necessidades infinitas da sociedade. Como processo econômico entende-se, genericamente, a forma pela qual as riquezas são produzidas e circulam no seio da sociedade até que sejam consumidas. O consumo, portanto, é elemento essencial para a atividade econômica. Daí a importância da regulação das relações de consumo: na verdade, é a proteção de toda a razão de ser do sistema capitalista, que está fundado no fenômeno da sociedade de massas e no consumo das riquezas produzidas (pois não há coerência, no sistema racional de produção capitalista, de produção e circulação de bens sem que haja no mínimo a potencialidade de serem consumidos).

Direito e Economia, na verdade, são fenômenos sociais imbricados um no outro, pois não há como regular as relações de produção, circulação e consumo de bens sem o Direito, assim como não há meio de entender o Direito a par de uma relação social tão visceral que é a administração da produção social do homem.

O jurista português Carlos Ferreira de Almeida bem assevera que *“as ordens jurídicas dispõem duma coerência interna que tende a conformar-se com os valores sociais dominantes, expressando portanto também o sistema econômico vigente”*<sup>28</sup> Sendo a Economia uma ciência social, temos como corolário que tal afirmação também lhe serve. Assim, não há como deixar de se entender a razão histórica do Direito do Consumidor, que está atrelado ao desenvolvimento do Direito Comercial e do Direito da Concorrência, sob as influências diretas do surgimento da *cultura de massas* (ou *sociedade de massas*), que advém do desenvolvimento do capitalismo após o período das Grandes Guerras Mundiais, fato que alterou profundamente os rumos da Humanidade, proporcionando o repensar de todas as concepções das relações sociais.

Esse fenômeno pôde ser claramente observado nas relações entre o Estado e a vida privada, com atuações aparentemente distintas até então. O sistema que vigorava era o sistema de autonomia de mercado tipicamente liberal, que tinha como separação total os planos decisórios político e econômico, ou seja, a vida pública e a privada. É, pois, o princípio da não-intervenção estatal na autonomia privada, esta baseada em princípios liberais básicos (a disposição da

---

27. *ob. cit.*, p. 89.

28. *Os Direitos dos Consumidores*, 1982, Coimbra, Livraria Almedina, p. 11.

propriedade privada e presunção de que os cidadãos eram livres e iguais, e, conseqüentemente, gozavam de autonomia e racionalidades para contratar).

Com o triunfo dos sistemas capitalista (no Ocidente) e socialista (no Oriente) após o término da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), e o surgimento da chamada Guerra-Fria (que, no fundo, significava a competição entre dois sistemas de produção material). Os dois sistemas reformulam suas concepções de atuação do Estado frente ao modo de organização social, política e econômica.

No sistema capitalista, que aqui nos interessa, temos a atuação do Estado como elemento de fomento e reconstrução das bases em que estava assentado seu modo de produção. Com a Europa arrasada após o longo período de guerras, os EUA, que surgem então como nova potência, utiliza o modelo keynesiano de reconstrução econômica<sup>29</sup> para financiar, através do Plano Marshall, a reconstrução da Europa. Desenvolve-se, então, o chamado Estado-Intervencionista, que preservava e almejava corrigir distorções do modo de produção capitalista ao mesmo tempo em que visava, fundamentalmente, propiciar o Bem-Estar Social, atuando diretamente nas relações privadas. Ao arripio dos liberais, trata-se da regulação da produção econômica que antes estava nas mãos dos agentes operadores do mercado, passando o processo decisório em âmbito econômico para as mãos do Poder Público<sup>30</sup>. O Direito Econômico surge, então, como a via pela qual o Estado intervém no sistema econômico, corrigindo as distorções peculiares do capitalismo.

Sobre isso, oportuno lembrar as palavras do ilustre professor José Afonso da Silva, para quem *"A atuação do Estado, assim, não é nada mais nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo. Isso tem efeitos especiais, porque importa em impor condicionamentos à atividade econômica, do que derivam os direitos econômicos que consubstanciam o conteúdo da constituição econômica..."* e, continuando, *"Esse embate entre o liberalismo (...) com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos."*<sup>31</sup>

---

29. Trata-se das lições de John M. Keynes que, inspirado nos modelos de planejamento da economia pelo Estado, praticado por Lênin na URSS, acabou por formar importante doutrina que serviu de base para a reconstrução econômica estado-unidense após a depressão de 1929, falidos os pressupostos liberais da inexistência da interferência econômica

30. Desde o século XIX, o sistema capitalista começava a dispor de instrumentos para a correção de suas falhas de mercado. Nesse contexto estão: a "Comissão de Comércio entre os Estados" (*Interstate Commerce Commission*), instituída pelo *Interstate Act* de 1887, que regulava, principalmente, o transporte ferroviário, e a "*Consumers League*", hoje "*Consumers Union*", instituída em 1891 para a regulação da qualidade produtos e elaboração de relatórios.

31. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1997, 13ª edição, São Paulo, Editora Malheiros, pp. 718-719

Paralelamente a isso deu-se um contínuo e sólido desenvolvimento do setor empresarial, formando-se os grandes conglomerados econômicos (tendo no Japão e nos Estados Unidos seus maiores exemplos), com uma opulenta estrutura de produção de bens e serviços para o mercado de consumo, figura que surge com a abrupta intensificação da produção em série de inúmeros bens para o consumo de uma *massa*, processo que se inicia na Revolução Industrial, mas que se radicaliza após a segunda metade do século XX, principalmente em decorrência da sofisticação do sistema de *crédito e financiamento* para o consumo, consolidando esse processo após 1989, com a derrocada do sistema socialista. A produção de bens e as inovações tecnológicas trouxeram, de fato, um inimaginável progresso material para a humanidade. Entretanto, outro reverso da medalha talvez seja a despersonalização (ou desumanização) dos cidadãos, passando a figurar como um número, tornando seus interesses parte de uma estatística que informa ao sistema a quantidade de bens produzidos e seus destinatários específicos, para que sejam, dessa forma, alocados os fatores de produção. O empresário, antes apenas um fabricante ou um comerciante, é tratado como um fornecedor de produtos e serviços ao *mercado de consumo*, para serem consumidos pelos integrantes dessa *massa*.

Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz com muita propriedade retratam esse fenômeno:

*“C’est à partir des années 1960 que les consommateurs posèrent, leur tour, un problème de société. Cette époque correspond pourtant à un développement économique sans précédent, qui multiplie les biens et les services proposés aux consommateurs. Mais elle correspond aussi à l’accroissement de la taille des entreprises, à la complexité plus grande des produits et des services, au développement du crédit, de la publicité et du marketing. Par là s’accroît le déséquilibre entre les partenaires économiques: les professionnels se trouvent de plus en plus en position de force vis-à-vis des consommateurs”*<sup>32</sup>

Para a manutenção desse sistema (dito *capitalismo de consumo*), é necessário que essa *massa* consuma, de fato, esses bens. Como consequência dessa “imposição”, surge, nesse século, a ciência do *Marketing*, desenvolvendo-se, juntamente com o aperfeiçoamento e popularização dos meios de comunicação, as sofisticadíssimas técnicas de propaganda, com seus recursos de indução ao consumo (como a propaganda subliminar e enganosa). O consumo dessa produção tirada dessa nova dinâmica de mercado é, portanto, condição essencial para o vigor desse sistema. A esse fenômeno, que aqui esboçamos sucintamente, dá-se o nome de *sociedade de consumo*, fenômeno desconhecido no século XIX e em boa

---

32. *Droit de la consommation*, 1996, 4ª ed., Paris, Éditions Dalloz, pp. 1-2.

parcela do século XX. Daí a importância, aliás, do ato de consumo, para que seja fechado o ciclo econômico. O consumidor é, portanto, a parte vital do sistema.

Tais fenômenos irão repercutir profundamente no âmbito das ciências jurídicas, consoante já foi sugerido pela lição de Carlos Ferreira de Almeida.

Podemos de plano destacar o surgimento de uma situação estrutural, dentro dos negócios jurídicos, de disparidade de forças entre o fornecedor de bens ao mercado de consumo e o consumidor. Isso pode se traduzir por diversas maneiras: condicionamento de fornecimento de um serviço à aquisição de outro, ausência ou insuficiência de informações fundamentais ao consumidor, inclusão de cláusulas abusivas, oferecimento de produtos eivados em vícios e potencialmente lesivos, e o abuso de poder econômico dos fornecedores frente aos consumidores, rompendo, desse modo, o princípio da igualdade e da liberdade contratual, e a relação horizontal que sempre norteou o princípio clássico da noção de contrato<sup>33</sup> que tanto regia os contratos do sistema liberal. A esse respeito, importante a lição de Ada Pellegrini Grinover e Antonio Herman de Vasconcellos Benjamin:

*“A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até porque se conheciam), agora é o fornecedor (...) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, ‘dita as regras’ E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno.*

*O Mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado (...) formulando as normas jurídicas de consumo...”<sup>34</sup>*

Na vulnerabilidade do consumidor está, portanto, fundada a necessidade da regulação (e intervenção) estatal nas relações de consumo. Da consulta do “verbete vulnerável” do dicionário Aurélio, veremos que este é definido pelo “lado fraco de um assunto ou de uma questão, ou do ponto pelo qual alguém pode ser atacado ou ferido”. Essa situação é decorrência, como vimos, da ruptura de equilíbrio entre as partes. Nas palavras de Fábio Konder Comparato,

---

33. O que podemos observar com a figura dos contratos-padrão ou contratos de adesão, cujas cláusulas, na verdade, são impostas pelo fornecedor.

34. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- comentado pelos autores do anteprojeto*, 1995, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 6.

“o consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”<sup>35</sup>

A correção de tais desequilíbrios é o escopo principal do Direito do Consumidor. Para Rodolfo Camargo Mancuso, Direito do Consumidor é “*um sistema efetivo de proteção e defesa do consumidor, tendente a resguardar seus interesses ou direitos através de instrumentos processuais adequados*”<sup>36</sup> Ou, para Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, “*o direito do consumidor, em um primeiro plano, engloba as normas (...) que, ao criarem direitos específicos protegem diretamente o consumidor. Abarca, ainda, normas que visam a assegurar a implementação eficiente desses mesmos direitos, bem como aqueles que asseguram*”<sup>37</sup>

Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz, a despeito dos fundamentos do Direito do Consumidor, asseveram que:

*“L’existence du droit de la consommation se fonde, à mon avis, sur une triple constatation: a) les consommateurs sont naturellement em position de faiblesse vis-à-vis des professionnels ; b) la loi a pour fonction de protéger le faible contre le fort ; c) le droit civil classique est impuissant à assurer la protection des consommateurs”*<sup>38</sup>

Nesse sentido, temos a idéia de vulnerabilidade como um dos pontos principais que permeia nosso Código de Defesa do Consumidor<sup>39</sup> Como dissemos, são muitas as formas de constatação dessa vulnerabilidade do consumidor. Newton de Lucca, por exemplo, analisando o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, que regula a Política Nacional das Relações de Consumo, elencou três principais formas de vulnerabilidade do Consumidor: i.) a publicidade enganosa ou abusiva, ii.) as cláusulas abusivas e iii.) os preços abusivos<sup>40</sup>

Entendemos, pois, que há outra forma de vulnerabilidade do consumidor, que é a vulnerabilidade em sua condição para ingresso em juízo para reclamar a lesão de seus direitos, de modo a ter acesso à prestação jurisdicional para a resolução de seus conflitos, para ser reparado de maneira justa, rápida e eficiente, e de maneira que o possibilite a gozar de seus direitos. Esse é,

35. *ob. cit.*, p. 90.

36. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, 1991, São Paulo, Editora Saraiva, pp. 272-273

37. *O Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais n.670, Agosto de 1991, p. 51

38. *ob. cit.*, p.16.

39. Antônio Herman Vasconcellos e Benjamin, *ob. cit.*, p. 50

40. *Direitos do Consumidor*, 2000, São Paulo, Edipro, p. 51

indubitavelmente, um dos pontos essenciais do Direito do Consumidor. Também é, pois, um ponto de entrelaçamento com as mais novas preocupações da processualística moderna: a prestação da tutela jurisdicional efetiva.

Sob esse prisma, então, da conjugação de preocupações da ciência processual moderna e do Direito do Consumidor, passemos a analisar aquilo que pretendemos demonstrar: *a função do instituto da inversão do ônus da prova como instrumento de efetividade na prestação da tutela jurisdicional dos interesses dos consumidores.*

### 3. A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor.

Até aqui, mostramos duas linhas distintas de evolução de dois importantes ramos do direito: o Direito Processual Civil e o Direito do Consumidor. Pretendemos, nessa parte, resgatar os dois itens anteriores para demonstrar que a figura da inversão do ônus da prova prevista no CDC é poderoso instrumento de efetivação da tutela dos interesses dos consumidores. Procuraremos demonstrar que *o feixe de preocupações dos processualistas mais modernos no tocante ao processo efetivo converge com as preocupações do Direito do Consumidor.*

Em primeiro lugar, podemos observar que o desenvolvimento da fase crítica do processo, período em que se desenvolvem as teorias sobre a *instrumentalidade* do processo - hoje refinada para o escopo de sua *efetividade*, coincide com o nascimento e desenvolvimento desse novíssimo ramo das ciências jurídicas: o Direito do Consumidor, que se dá, historicamente, a partir dos anos 60 do século passado. E, não é à-toa, pois podemos verificar que em ambos há a utilização do Poder Estatal como *instrumento* de promoção de acesso não só aos tribunais, mas, isso sim, à *“ordem jurídica justa”* Em ambos estão presentes os modos de atuação do Estado de Bem-Estar Social, eminentemente intervencionista na vida privada.

Como vimos, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor contemplou como direito básico do Consumidor, em seu art. 6º, inciso VIII, *“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”* Há, ainda, a mesma exceção à regra do *onus probandi* prevista no art. 38 do Código. Veja-se: *“O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”* E, finalmente, o CDC, em seu art. 51, inciso VI, *reputa nula a cláusula que estabeleça inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.* Analisemos os três casos, isoladamente.

Quanto ao art. 38, oportuno lembrarmos a lição de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, que, ao comentar o Código, vaticina que *“o dispositivo refere-se ao princípio da inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária. A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º*

*VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção. A veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária”*<sup>41</sup>

Nada a acrescentar, em nosso estudo, que versa sobre a inversão do ônus da prova como um instrumento a serviço da efetividade processual, dadas as especificidades desse caso. Aspecto importante que o excerto de Benjamin nos traz é, fundamentalmente, a *obrigatoriedade da inversão*, dadas as peculiaridades da regulação da mensagem publicitária.

O dispositivo do art. 51, VI, por sua vez, trata da nulidade da convenção de cláusula que prevê a inversão do ônus da prova em prejuízo ao consumidor. Tal dispositivo visa coibir a distribuição da carga probatória ao consumidor quando da celebração do contrato. Nelson Nery Júnior ainda complementa: “São igualmente proibidas as cláusulas de inversão de ônus da prova que projetem a certeza ou refutabilidade da existência ou inexistência de um fato, às custas de declaração de consumidor”<sup>42</sup>

Atemo-nos, pois, às discussões contidas no dispositivo do art. 6º, inciso VIII.

Um dos pontos centrais do processo efetivo é o acesso à Justiça, como já vimos anteriormente, e lei consumerista brasileira contemplou tal objetivo, quando prevê, expressamente, a *facilitação* da defesa dos direitos do consumidor. Entendemos, pois, que essa facilitação deva ser a mais ampla possível, posto que não se restringe apenas à inversão do *onus probandi*, podendo sempre ser aplicada, pelo magistrado, quando verificada a vulnerabilidade do consumidor a partir de situações concretas afirmadas em juízo. Isso porque, em se tratando de relações de consumo, a interpretação da norma deve ser, sempre, a favor do consumidor, pois o Direito do Consumidor é, por excelência, um direito ativista, tendo um de seus fundamentos escorado na proteção do consumidor, como vimos na lição de Calais-Auloy e Steinmetz.

Sobre esse requisito, importantes considerações são traçadas por Cecília Matos, nas conclusões de tese de dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Kazuo Watanabe:

*“A prova destina-se a formar a convicção do julgador, que pode estabelecer com o objeto do conhecimento uma relação de certeza ou de dúvida.*

---

41. *Comentários ao Código*, p. 235

42. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor- comentado pelos autores do anteprojeto*, 1995, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, p. 353.



*Diante das dificuldades próprias da reconstrução histórica, contenta-se o magistrado em alcançar não a verdade absoluta, mas a probabilidade máxima. A dúvida conduziria o julgador ao estado de "non liquet" caso não fosse elaborada uma teoria de distribuição do ônus da prova. (...)*

*Neste enfoque, a Lei n. 8.078/91 prevê a facilitação da defesa do consumidor através da inversão do ônus da prova, adequando-se o processo à universalidade de jurisdição, na medida em que o modelo tradicional mostrou-se inadequado às sociedades de massa, obstando o acesso à ordem jurídica efetiva e justa"<sup>43</sup>*

Atemo-nos, pois a três escopos do processo efetivo elencados por José Carlos Barbosa Moreira, que já elencamos na primeira parte desse opúsculo: o processo deve i.) dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos do ordenamento; ii.) é necessário que se assegurem condições propícias para a reconstituição dos fatos sob os quais estará norteada a decisão do magistrado, deste modo aproximando-o cada vez mais da verdade; iii.) o resultado deve assegurar à parte vitoriosa o pleno gozo de utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento jurídico.

A inversão do ônus da prova pode, então, ser vista como um desses *instrumentos eficientes para a tutela dos interesses dos consumidores* a que alude, na medida em que pode assegurar as tais *"condições propícias para a reconstituição dos fatos sob os quais estará norteada a decisão do magistrado, deste modo aproximando-o cada vez mais da verdade"*, assegurando-lhes que o resultado efetive seu *"pleno gozo de utilidade específica a que faz jus segundo o ordenamento jurídico"*

E porque podemos afirmar isso?

Em primeiro lugar, dois são os requisitos para que o juiz possa, *"de acordo com as regras ordinárias da experiência"*, determinar a inversão do *onus probandi*: a *verossimilhança das alegações* trazidas em juízo e a *hipossuficiência* do consumidor.

A verossimilhança da alegação é dirigida, precipuamente, ao discricionarismo do juiz para a determinação da distribuição do *onus probandi* a cargo do fornecedor. Importante ressaltar que, na hipótese dessa norma, a inversão não é automática, pois está, consoante o próprio texto legal diz, fundada nos critérios do juiz, que é, aliás o destinatário da prova.

O magistrado, ao tomar a decisão, deve estar restrito ao conjunto probatório, e em cima deste deve escorar seu convencimento. Daí que a prova é a ele destinada. Pois, como pondera Pontes de Miranda, *"a finalidade processual da prova é convencer o juiz. Além das qualidades humanas, que tem ele, ou de*

---

43. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, 1996, São Paulo, p. 236.

*inteligência, de reflexão de raciocínio, o Estado, que fez seu órgão, lhe impõe certas regras de convicção a que ele tem de obedecer, regras que vão de máximo (sistema da livre convicção do juiz) até mínimo de liberdade (sistema de taxação de prova)”* <sup>44</sup>

Relativamente ao conceito de hipossuficiência, defendemos a posição de que vulnerabilidade e hipossuficiência são conceitos que não se confundem, embora estejam aproximados pela constatação de desvantagem do consumidor em relação ao fornecedor. Podemos dizer, grosseiramente, que hipossuficiência é a *faceta processual* da vulnerabilidade do consumidor, assentada, principalmente, na dificuldade do ingresso do consumidor em juízo para a defesa de seus direitos. Vemos, aqui, que uma das preocupações do Código de Defesa do Consumidor é a de propiciar a efetividade processual na satisfação da tutela jurisdicional na facilitação dos cidadãos da provocação do Estado para a pacificação de litígios específicos.

José Rogério Cruz e Tucci, em parecer, traz importante contribuição para a conceituação da situação de hipossuficiência: *“Note-se que a clássica regra da distribuição do ônus da prova, no âmbito das relações de consumo, poderia tornar-se injusta pelas dificuldades da prova de culpa do fornecedor, em razão da disparidade de armas com que conta o consumidor para enfrentar a parte melhor informada. É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados. Ora, a informação, na conjuntura social, moderna, é sinônimo de poder. Daí que, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carreando-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio do monopólio dos dados atinentes ao processo de fabricação ”* <sup>45</sup>

Importante precedente nacional foi registrado no julgamento de um recurso especial no Superior Tribunal de Justiça do Brasil, com ampla repercussão em todo o mundo. Trata-se de ação civil coletiva por danos individuais homogêneos proposta pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante - ADESF em face de Philip Morris Marketing S/A. Versa sobre a inversão do ônus da prova, considerando a hipótese de que a indústria de cigarros está muito mais apta a comprovar que a nicotina não causa dependência que a associação autora provar que ela causa<sup>46</sup>

Cruz e Tucci defende que a hipossuficiência não diz respeito à natureza econômica, mas fundamentalmente com o monopólio, pelo fornecedor, da informação. Ousamos, pois, discordar, uma vez que poderá haver situações nas quais é a vulnerabilidade econômica do consumidor o impedimento para o ingresso em juízo, principalmente no tocante aos encargos da produção da prova pericial.

44. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1999, 3ª ed., Rio de Janeiro, Tomo IV, p. 260.

45. *Código do Consumidor e Processo Civil – Aspectos polêmicos*. Revista dos Tribunais n.671, setembro de 1991, p.33

46. REsp n.140.097/SP; STJ; Relator Min. Cesar Asfor Rocha; julgado 04.05.2000; un.

Trabalhemos no vasto campo das hipóteses, com um singelo exemplo: consumidor bate seu automóvel novo, soltando-se o banco, por ocasião do impacto, sendo seu corpo comprimido contra o pára-brisa, lesionando-lhe a coluna. Ingressa em juízo requerendo indenização fundada na responsabilidade do fabricante pelo fato do produto. Na fase de instrução probatória, seria necessária a destruição de um automóvel igual contra um muro, para que se prove que a velocidade era compatível com as alegações do consumidor, de que houve defeito na fabricação do veículo, e não imprudência sua. Pergunta-se: terá o autor que arcar com o novo automóvel, bem que possui alto valor agregado? Entendemos que, se o juiz possa entender que há tal prova e pode influenciar sua convicção, poderá decidir pela inversão do ônus da prova, em desfavor do fabricante.

Eis, pois, outro ponto fundamental desse instituto: o *momento* de inversão do *onus probandi*. Cecília Matos, após tecer um panorama abrangente das teorias sobre a prova e sobre o ônus da prova, defende nas conclusões de seu trabalho que “*a inversão do ônus da prova é direito de facilitação da defesa e não pode ser determinada senão após o oferecimento e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida*”<sup>47</sup>.

Divergimos nesse ponto. Entendemos que o juiz pode determinar a qualquer tempo a inversão do ônus da prova, constados os requisitos exigidos no texto legal (verossimilhança de alegações e hipossuficiência). Mais que isso, somos propensos a defender que, no bom andamento processual, o momento mais oportuno, em tese, é o momento de *saneamento* do processo, onde se estabeleçam as regras sobre as quais serão lançadas as bases probatórias.

Vê-se, portanto, que a inversão é de cunho flagrantemente facilitador do acesso à Justiça. Está escorada na contribuição para a rápida, eficaz e efetiva satisfação da tutela jurisdicional dos conflitos dos consumidores. Não há como dissociar os escopos do processo efetivo de tal instituto, uma vez que este é *um meio eficaz de realização da efetividade da tutela jurisdicional*, sendo a inversão a expressão, no texto legal, dessa nova postura crítica da processualística moderna. Entendemos, também que tal instituto poderia ser muito alargado em outros campos do Direito, notadamente nos litígios que envolvem questões ambientais, em que há, muitas vezes, a submissão da população ao poder econômico dos agentes poluidores.

São Paulo, dezembro de 2001.

---

47. *ob. cit.*, p. 237.



# **DIREITO INTERNACIONAL**



## O CINEMA BRASILEIRO ENTRE EXCEÇÃO CULTURAL E LIVRE COMÉRCIO

Paulo Borba Casella

*Professor Associado do Departamento de Direito  
Internacional da Faculdade de Direito da Universidade  
de São Paulo<sup>1</sup>*

### Resumo:

A exceção cultural ao livre comércio, cujo fim seria a defesa do mercado cultural nacional, não pode nem deve ser pretexto para criação de barreiras não tarifárias ou medidas de efeito equivalente. O fenômeno tem de ser analisado sob diversos focos, como o da integração econômica, diversidade cultural e preservação da identidade cultural. A exceção cultural, como instrumento político-jurídico claramente protecionista, gera certo grau de apreensão, já que, além de barreira ao comércio, pode impedir o livre fluxo cultural, tendo-se como pressuposto a falácia da pureza cultural, notadamente desmentida pela riqueza que o contato e fluxo cultural entre diversas civilizações, a História comprova. No que concerne à exceção cultural, devemos ser céticos em relação às políticas nacionais culturais e ter em mente que a exceção cultural carrega implicitamente perigosa escolha de valor.

### Abstract:

The cultural exception to free trade, whose purpose would be the protection of the national cultural market, may not be invoked as an excuse for setting up non-tariff barriers or equivalent measures. The phenomenon must be studied from different points of view, such as economic integration, cultural diversity and protection of cultural identity. The cultural exception, as a political and legal instrument, clearly embodies protectionism, allowing for a certain level of apprehension, not only because it is a barrier to trade, but also could block the free flow of ideas based in the idea of cultural purity, argument belied by the richness that the cultural contact and circulation, between different civilization, is shown to us by History. Concerning cultural exception, it is prudent to be skeptic about national cultural policies and have in mind that the cultural exception entails a dangerous choice of value.

**Unitermos:** cinema brasileiro; livre comércio; direito à cultura; direito comunitário; mercado comum cinematográfico latino-americano.

---

1. Gostaria de agradecer a valiosa colaboração de Rodrigo Elian Sanchez e Tais Muramoto Brigant na atualização normativa e tradução da redação original em francês, apresentada em seminário na Câmara de Comércio Internacional, em Paris, dezembro de 1996, ponto de partida da atual reflexão, que permanecera inédita.

*“A cultura, tal como nós a entendemos hoje, fez sua aparição recentemente, ela é o produto da secularização da religião e da dissolução dos valores tradicionais.”*

Hannah Arendt, *“Criar um meio cultural”* (1947)<sup>2</sup>

1. O ponto de partida de toda análise que pretenda examinar o papel da exceção cultural em relação ao livre comércio deve ser tentativa de demarcação da noção – mais do que definição – de cultura. Várias outras possibilidades se apresentariam, mas eu proporia considerar a instigante afirmação de Edgar Morin (*Encyclopaedia universalis*):

*“A noção de cultura, em dado momento, engloba todo o fenômeno humano para se opor à natureza, e em outro momento, é o resíduo onde se encontra tudo o que não é político, econômico ou religioso...”*<sup>3</sup>

e, prossegue Morin,

*“A cultura se situa no encontro do intelectual e do afetivo, ela seria o equivalente, do ponto de vista social, ao sistema psico-afetivo que estrutura e orienta seus instintos, constrói uma representação ou visão do mundo, opera a osmose entre o real e o imaginário através de símbolos, mitos, normas, ideais, ideologias”*<sup>4</sup>

Sem cultivar o paradoxo, será necessário notar que, ao contrário do ponto de vista de Morin, quando se trata de exceção cultural, a noção de cultura – a visão sustentada pelos governos, ao menos – terá justamente graus variáveis de conteúdo político, e a esta os dados econômicos não serão estranhos.

O religioso, em nossos dias, será menos facilmente mesclado – e, no entanto, isto poderá sempre acontecer, com conseqüências às vezes desastrosas, das quais Salman Rushdie é somente exemplo recente, entre os mais célebres e os mais tristes, no momento eremita, que corre o risco de, a qualquer instante, se tornar mártir da cultura laica e pluralista e da liberdade de expressão. Atualmente, este escritor foi obrigado a se esconder para manter simultaneamente seu direito de expressão e sua vida. Quantos outros são obrigados a se esconder também, sem que ninguém saiba, podemos sempre nos inquietar...

2. *La culture, telle que nous l'entendons aujourd'hui, a fait son apparition récemment, elle est le produit de la sécularisation de la religion et de la dissolution des valeurs traditionnelles.*

Hannah Arendt, “Creating a cultural atmosphere” (novembro 1947) in *La tradition cachée* (textos traduzidos do alemão e do inglês por Sylvie Curtine-Denamy; Paris, Christian Bourgeois Ed., Bibl.10/18, Trad. Francesca, 1987, pp.171/177)

3. *“la notion de culture tantôt englobe tout le phénomène humain pour s'opposer à la nature, tantôt est le résidu où se rassemble tout ce qui n'est ni politique, ni économique, ni religieux ...”*

4. *“La culture se situe au carrefour même de l'intellectuel et de l'affectif, elle serait l'équivalent, du point de vue social, du système psycho-affectif qui structure et oriente les instincts, construit une représentation ou vision du monde, opère l'osmose entre le réel et l'imaginaire à travers symboles, mythes, normes, idéaux, idéologies”*



2. Estamos longe de nos encontrar em domínio técnico e neutro, que nos permitiria de bem circunscrever nosso tema e evitar obstáculos – pelo menos do ponto de vista político, econômico ou religioso – e isto somente na pouca verossímil medida em que o jurídico nos permitiria a neutralidade, o que nós deveríamos contestar de forma enérgica desde já. Nós estamos no meio de tema no qual todas estas implicações podem encontrar abrigo, justamente atrás de “disfarce cultural”, e alcançar a condução pelo caminho certo, para poder acessar compreensão mais precisa do conteúdo da noção de cultura e do que poderia ser, mais especificamente, o objeto de “exceção cultural”

A possibilidade de separar o ‘jurídico’ do ‘político’ é reconhecida por Hans Kelsen somente em sentido técnico – e isto, de forma muito significativa, somente em período tardio da vida deste, posterior à II Guerra Mundial<sup>5</sup>

3. O aspecto seguinte que mereceria algumas precisões seria a exata configuração de qual pode ser o ‘ponto de vista brasileiro’ a respeito da matéria de exceção cultural e, além deste, como e em que medida este poderia ser situado no contexto do Mercosul. Significa que não há, ao menos no momento, ao meu conhecimento, a possibilidade de circunscrever a extensão e o conteúdo da exceção cultural no Mercosul, considerando a falta de política cultural comum.

A consolidação de ‘concepção cultural’ do Mercosul poderia justamente nos oferecer seu lado mais estável e mais durável: a política muda a cada eleição, enquanto a cultura não o faz antes de cada geração...

O Mercosul, o Mercado Comum do Sul, foi criado entre a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai<sup>6</sup>, de acordo com as bases do Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, reafirmado pelo Protocolo de Ouro Preto, datado de 17 de dezembro de 1994. Este último encerra o período de transição<sup>7</sup> após o qual, apesar dos extraordinários avanços econômicos e políticos, sem esquecer as não menos surpreendentes tergiversações institucionais e legais, continua, ainda, em ampla escala, zona de livre comércio, com elementos de união aduaneira. Esta, que não sem alguma dose de boa vontade, pretende-se seja união aduaneira, da qual o resultado, até atingir

---

5. Hans Kelsen, ‘On Interpretation’, in *The Law of the United Nations: a critical analysis of its fundamental problems*; New York, F.A. Praeger Inc., 1st. ed., 1950; reprint, 1951), *verbis*: “Separation of law from politics in the presentation of national or international problems is possible in so far as law is not an end in itself, but a means, or what amounts to the same, a specific social technique for the achievement of ends determined by politics. (...) ‘Juristic’ in contradistinction to ‘political’ has the connotation of ‘technical’ ”

6. Atualmente compreendendo, além dos quatro referidos, ainda dois Estados associados, o Chile e a Bolívia, que assinaram sucessivamente Acordos de Associação com o Mercosul.

7. O período de transição do Mercosul se encerrou em 31 de dezembro de 1994. Zona de livre intercâmbio, união aduaneira incompleta, dois períodos sucessivos de cinco anos cada, ocorrendo desde 1º de janeiro de 1995, devem pavimentar a via para a completa realização de mercado comum, após 31 de dezembro de 2005.

o início de um mercado comum, continua de forma considerável, a ser feito<sup>8</sup>. Será preciso esperar o fim da crise argentina e das incertezas atuais do Uruguai para dar continuidade a este esforço de integração regional.

Somente sobre alguns aspectos pontuais que será possível situar o ‘ponto de vista Mercosul’ – suficiente em matéria de políticas comuns, comerciais ou outras, de forma insuficiente (em suma, muito pouco) em matéria de direito da concorrência, assim como em matéria de proteção dos consumidores e ainda menos em matéria de exceção cultural.

Posição Mercosul em matéria de exceção cultural será provisória – o que não exclui a possibilidade de futura adoção de políticas culturais comuns. No momento, esta tentativa de aproximação terá caráter de dedução estritamente incidental, a partir do ponto de vista brasileiro.

No entanto, é necessário não esquecer o papel estratégico que pode exercer a cultura na consolidação de ‘identidade do Mercosul’: distanciada das ligações estritamente comerciais, a Europa continua, de forma considerável, por mais que nós tentemos compreendê-la, antes de tudo a noção cultural; somente a partir das diferenças nacionais que poderemos talvez considerar a Europa como um todo<sup>9</sup>. O fato de não compreender esta nuance fundamental entre o político e o cultural dá ensejo a enormes mal-entendidos!

4. O ponto de vista brasileiro, em si, não será orgânico, e tampouco lógico<sup>10</sup> a partir de perspectiva político-institucional. O que significa que não será

8. Várias tentativas de integração se sucederam no novo mundo, Casella, *“Integration in the Americas: an overview”* (Yearbook of Europ. Law, v. 16, 1996, Oxford, Clarendon Press, 1997). A questão da continuidade e do aprofundamento se colocam claramente para o Mercosul. Neste sentido, v.: Casella, *“From dispute settlement to jurisdiction? Perspectives for the Mercosul”* (in *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute settlement system*, ed. by E.-U. Petersmann, Dordrecht, Kluwer, 1997, pp. 553/558).

Entre vários estudos e publicações disponíveis sobre o Mercosul, nós tivemos a ocasião de apresentar nossos trabalhos especialmente em duas obras: Casella, *Mercosul: exigências e perspectivas - integração e consolidação de espaço econômico* (préf. Celso D. de A. Mello, S. Paulo, LTr Ed., 1996) e Casella (coord.) et al., *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL: após o término do período de transição* (préf. J. Dolinger, S. Paulo, LTr Ed., 1996).

9. Neste sentido, Larry Wolff em seu *Inventing Eastern Europe: the map of civilization on the Mind of the Enlightenment* (Stanford, Stanford Univ. Press, 1994) expõe que as diferenças ‘culturais’ são bem mais relevantes que aquelas estritamente políticas: *“Alienation is in part a matter of economic disparity, the wealth of Western Europe facing the poverty of Eastern Europe, but such disparity is inevitably clothed in the complex windings of cultural prejudice. The iron curtain is gone, yet the shadow persists.”*

Do lado Mercosul, Gregorio Recondo nos fala do *“desafio cultural do Mercosul”* em sua obra *Identidad, integración, creación cultural en America Latina: el desafío del Mercosur* (Buenos Aires, Ed. de l’UNESCO / Edtr. de Belgrano, 1997) e insiste no fato que *“no habrá integración económica y política sin integración cultural”*

10. Após se perguntar durante muito tempo a respeito da identidade e do conteúdo de uma cultura brasileira, desde a história clássica até os autores mais recentes, o fato de sempre se questionar (sem poder sempre responder) e a miscigenação das mais variáveis camadas culturais e étnicas seriam justamente os dados dos quais deveriam ser considerados para poder estabelecer o conteúdo de uma “cultura brasileira”

sempre fácil compreender a razão – mesmo em se tratando de razões de Estado, que não são e não poderiam ser as mesmas para o conjunto dos simples mortais – que orientaria a escolha do Estado em matéria de cultura<sup>11</sup>

O ponto de vista brasileiro variará de forma considerável de acordo com a perspectiva adotada para a apresentação da matéria e o tema, objeto da reflexão, dificilmente permitirá a ‘neutralidade’ de apresentação.

Trata-se de domínio em que pouco foi efetuado e o realizado foi feito muitas vezes aleatoriamente, no sentido de medidas isoladas, tanto tematicamente quanto cronologicamente, apesar de algumas outras medidas isoladas adotadas precedentemente, sobretudo durante a participação direta do Brasil na II Guerra Mundial (1942-45) e durante o período militar (1964-1985).

Em 1932, o Decreto n. 21.240, de 19 de abril, estabelecia, em seu art. 12, a obrigação de inserir, em cada programa, filme de caráter cultural, de acordo com os critérios determinados pela Comissão de Censura, e em seu art. 13, estipulava a proporção de filmes brasileiros e estrangeiros, que seriam obrigatoriamente inseridos na programação de cada mês.

Em 1939, o Decreto-lei n. 1.949, de 30 de dezembro, tornava obrigatório, pelo seu art. 34, para cada sala de projeção, a exibição de “*cada ano, ao menos um filme nacional de curta metragem e um de longa duração*”

Em 1946, o Regulamento do Serviço de Censura e Divertimento Público (SCDP), aprovado pelo Decreto n. 20.493, de 24 de janeiro, em seu art. 25 dispunha sobre a obrigação de exibição de “*três filmes nacionais, de curta metragem ou de longa duração*”. Estes filmes deveriam, ainda, ter sido previamente declarados de boa qualidade pelo SCDP.

Em 1951, o Decreto n. 30.179, de 19 de novembro, indicava a proporção que deveria ser observada por “*todos os cinemas existentes no território nacional*”, de um filme brasileiro para cada oito filmes estrangeiros. Algumas mudanças foram introduzidas neste dispositivo legal em 1952 e novamente em 1959. O art. 1º do Decreto 47.466, de 22 de dezembro de 1959, continha a obrigação de exibição de filmes brasileiros durante “*ao menos, 42 dias por ano*”

---

Para leitores da língua francesa seria conveniente talvez remeter aos estudos de Mário Carelli, tais como *Cultures croisées: histoire des échanges culturels entre la France et le Brésil de la Découverte aux temps modernes* (préf. de Gilbert Durand, Paris, Nathan, 1993) ou então *France-Brésil: cinq siècles de séduction* (fotos de Ivan Lima, Rio de Janeiro, Ed. Espaço e Tempo, 1989). Lugar a parte deverá ser reservado para o clássico de Fernando de Azevedo, *A cultura brasileira: introdução ao estudo da cultura no Brasil* (Brasília, Ed. de l’Un. de Brasília, 4ª ed. rev., 1963), que continua sendo obra de referência. Vários estudos notáveis seriam, ainda, lembrados, desde João Capistrano de Abreu, Caio Prado Jr., Aurélio Buarque de Hollanda, até Darcy Ribeiro, com seu *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil* (S. Paulo, Cia. das Letras, 2ª. ed., 1995).

11. O que constitui capítulo a parte, que poderíamos enquadrar sob o título de ‘diplomacia cultural’ tal como a examina, de ponto de vista brasileiro Edgard Telles RIBEIRO, em sua obra *Diplomacia cultural: seu papel na política externa brasileira* (Brasília, Fund. Alexandre de Gusmão / IPRI, 1989).

Esta proporção aumentou progressivamente (56 dias, em 1963; distribuídos em trimestres, em 1967; até 112 dias por ano, em 1971).

Os dois períodos (1942-1945 e 1964-1985) se destacam de conjunto, no qual as garantias constitucionais de Estado de Direito foram mais ou menos formalmente observadas. Algumas especificações relativas a cada período podem ser objeto de ressalvas.

A partir da entrada do Brasil no conflito mundial, em 1942, as forças do eixo, inimigas da pátria, deviam ser combatidas. Como consequência, ocorre a proibição de publicar ou fazer circular jornais em alemão, em italiano e em japonês (numerosos antes da guerra), assim como ouvir música ou mesmo falar em público nesses idiomas. A cultura, como circulação de idéias e de informações, deveria ser restringida ao quadro de estratégia de guerra. Sob a égide de tais restrições se encontraram lado a lado, no mesmo limbo, canções folclóricas e populares, como Bach, Mozart, Vivaldi e Verdi. Ao mesmo tempo, a Inglaterra, sofria bombardeios regulares dos aviões nazistas, escutando Beethoven, sem esquecer a distinção entre a aeronáutica alemã que despejava sobre Londres seu poder de fogo e a herança cultural do Ocidente, que justamente era questionada pela guerra e deveria ser resgatada a qualquer preço.

Durante o período militar no Brasil, (do golpe de Estado de 31 de março de 1964, que reforçou suas afrontas ao Estado de Direito por volta de 1968, até a redemocratização a partir do fim dos anos 1970, tendo tornado formalmente possível a eleição de presidente civil para a República, em 1985), a adoção mais ou menos oficial ou oficiosa da segurança nacional, como ideologia estatal, permitiu manter à distância, ou mesmo excluir, todas as tentativas de discussão sobre temas que não seriam os considerados adequados nos meios oficiais.

Durante esse período, algumas tentativas foram realizadas, no sentido de estabelecer políticas nacionais em matéria de cinema e de audiovisual, ilustrando exacerbadamente o fenômeno que os economistas denominam “externalidade”

Em 1966 foi criado o Instituto Nacional do Cinema, ou INC, pelo Decreto-lei n. 43, de 18 de novembro de 1966. Este foi encarregado de “*formular e executar a política governamental relativa ao desenvolvimento da indústria cinematográfica brasileira, ao seu fomento cultural e à sua promoção no Exterior*” O INC era composto por dois conselhos: um Conselho consultivo, integrado por representantes das ‘classes cinematográficas’, o que significa “*os exibidores, os distribuidores, os produtores e os diretores de cinema e a crítica cinematográfica*”, e um Conselho deliberativo, integrado por representantes dos diferentes órgãos ministeriais: “Educação e Cultura, Justiça, Indústria e Comércio, Assuntos Estrangeiros, Secretaria de Planificação da Presidência da República, Secretaria de Imprensa e Relações Públicas da Presidência do Banco Central da República” Este conselho, durante nove anos de sua existência, adotou 112 resoluções, entre as quais o aumento das quotas anuais de distribuição dos filmes brasileiros, a obrigação de fazer cópias dos filmes estrangeiros pelos laboratórios brasileiros, e a standardização dos formulários de controle de exibição.

Resolução de 1979, do Conselho Nacional do Cinema (Res. n. 37 CNC-MEC, de 15 de fevereiro de 1979) instaurava, para toda sala de cinema operando

equipamentos de 35 mm, a obrigação de exibir filmes brasileiros de curta duração, a cada cessão de exibição de filmes estrangeiros de longa duração, e dava precisões a respeito da aplicação desta resolução. Nesta época a proteção estatal à indústria audiovisual brasileira, em alguns aspectos, se tornou caricatural, como no caso da vedação à exibição de cartaz cinematográfico que não fosse criado, produzido e impresso por brasileiro, de acordo com a Lei n. 6.633, de 28 de abril de 1979.

Por sua vez, a Lei n. 6.281, de 9 de dezembro de 1975, coloca fim ao Instituto Nacional do Cinema, e atribui suas competências à Embrafilme, a Empresa Brasileira de Filmes S.A.. Esta por sua vez terminará sua inglória carreira no início do Governo Collor (1990-1992).

Para terminar, ao mesmo tempo em que ocorrem as tentativas de estabelecer políticas governamentais, como por exemplo em matéria de cinema e de audiovisual, estas demonstraram excesso de autoridade e falta de visão por parte do Governo: a cada vez e à proporção que aumentavam as cotas de filmes brasileiros, que deveriam ser obrigatoriamente exibidos de forma proporcional, afastava-se o interesse da audiência.

Existe toda uma geração que sofreu artisticamente os efeitos de tais políticas culturais. O direito de escolha, mesmo se continua sendo tantas vezes mal exercido, deve ao menos ser teoricamente preservado<sup>12</sup>

Ao longo dos anos 90, assistimos, felizmente, ao progresso de 'nova onda' do cinema brasileiro, que circula tão bem no País quanto no Exterior, com prêmios internacionais, tais como Veneza, Cannes, e, não fosse o desavergonhado protecionismo local, correriam o risco de chegar a premiações em Hollywood, com menção especial para *Central do Brasil* e *Abril Despedaçado*, de Moreira Salles: Fernanda Montenegro recebe o Urso de Ouro em Berlim, em 1997, enquanto, no mais recente, Rodrigo Santoro mostra quanto pode ir longe sua carreira.

Esta 'nova onda' se coaduna com a nova política nacional de cinema, expressa através da criação do Conselho Superior do Cinema e da Agência Nacional do Cinema - Ancine -, criada pela Medida Provisória n. 2.228, de 6 de setembro de 2001. Por seu turno, o Decreto n. 4.121, de 7 de fevereiro de 2002, é claro ao afirmar serem objetivos da Ancine:

*“garantir a participação diversificada de obras cinematográficas e videofonográficas estrangeiras no mercado brasileiro;*

*garantir a participação das obras cinematográficas e videofonográficas de produção nacional em todos os segmentos do mercado interno e estimulá-la no mercado externo”*(art. 2º, VIII e IX).

5. Não se trata, ao meu ver, de revisar as políticas de Estado em matéria cultural somente na medida em que estas poderiam atingir a livre circulação de bens e

---

12. Pascal Bruckner, *La tentation de l'innocence* (Paris, Grasset, 1995) observa primeiro (p.17) *“a fraqueza e o medo são inerentes à liberdade”* e em seguida (p.113): *“Nós sabemos desde Flaubert, a besteira é uma das formas do infinito”*

de serviços: em outras palavras, somente na medida em que se colocam a dimensão ou os efeitos político-econômicos de uma política cultural<sup>13</sup>.

Desse modo, a atividade das salas de cinema se encontrava limitada, não por escolhas da audiência, mas por razões tais como o respeito das cotas de filmes, para escapar às sanções administrativas e às multas. Com o mesmo objetivo, a obrigação de serem feitas, no Brasil, por laboratórios brasileiros, cópias de filmes, tiveram resultados muito duvidosos, para não dizer mais. Estas medidas tiveram conseqüências sobre a liberdade de circulação dos bens e dos serviços.

Tal revisão seria no mínimo tão longa quanto desprovida de interesse e deixaria tristes lembranças, como subproduto de herança autoritária que teve como resultado exatamente o contrário do desejável, com os espectadores que se afastavam, cada vez mais, do cinema nacional que se tentava impor, contrariando suas escolhas e seus desejos. Aliás, ainda que de forma mais branda, a fixação de número de dias para a exibição de obras audiovisuais cinematográficas nacionais, sob pena de sanção pecuniária e administrativa continua em vigor através do Decreto n. 4.196, de 11 de abril de 2002.

Tendo afastado tudo o que não seria objeto desta análise, poderíamos nos encontrar privados de objetivo. Contudo, não é o caso, na medida em que, ao menos, alguns dados de base podem ser invocados.

6. De acordo com Alain Riou (1996)<sup>14</sup> o direito da cultura designa a extensão e a diversidade:

*“Direito público, direito privado, direito penal, direito fiscal, direito econômico, direito do mar, a matéria cultural, ela mesma eclética e com fronteiras mal delimitadas, está petrificada por direitos heterogêneos, o que não permite a classificação do direito que o organiza em categoria jurídica geral.”*

13. Malraux, André, *La politique, la culture: discours, articles, entretiens (1925-1975)* (apresentados por Janine Mossuz-Lavau, Paris, Gallimard, Coll. Folio / Essais / Inédit, 1<sup>a</sup>. cd., 1996);

Marc Fumaroli, *L'État culturel: essai sur une religion moderne* (Paris, Ed., de Fallois, 1991);

Jacques Rigaud, *L'exception culturelle: culture et pouvoirs sous la Ve. République* (Paris, Grasset, 1995);

Philippe Urfalino, *L'invention de la politique culturelle* (Paris, La Documentation française, 1996): *“On explique souvent la spécificité de la politique culturelle française par le poids d'une tradition monarchique d'implication forte de l'Etat dans la vie des arts, par la triple centralisation administrative, politique et culturelle de la société française et par la place éminente et récurrente des arts dans l'identité nationale et dans l'orgueil français.”*

VADEMECUM CULTUREL JURIDIQUE (Paris, Département des Affaires Internationales / Ministère de la Culture et de la Francophonie, 1992).

14. *“Droit public, droit privé, droit pénal, droit fiscal, droit économique, droit de la mer, la matière culturelle, elle-même éclectique et aux frontières mal délimitées, est pétrie par des droits hétérogènes, ce qui ne permet pas de classer le droit qui l'organise dans une catégorie juridique générale.”*

Alain Riou (*Le droit de la culture et le droit à la culture* (prefácio de Jack Lang, Paris, ESF Ed., 1<sup>a</sup> cd., 1993; 2<sup>a</sup>. cd., colocada em dia e aum., 1996).

A heterogeneidade das fontes e sua diversidade, assim como a extensão da ação e o alcance da noção, que se estende em vasta gama de atividades e interesses humanos, somente vêm acrescentar desafios a toda tentativa de aproximação sistemática do tema.

Algumas expressões de conteúdo, ou melhor, de um certo ideal de cultura e de seus desdobramentos funcionais – mais do que produtos, tratemos então de ‘bens’ a propósito de cultura<sup>15</sup> – poderiam ser examinadas, das quais a primeira com vocação universal, e a segunda de caráter regional, no quadro da experiência de integração mais avançada até o presente.

7. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, sem ter o conteúdo de carta de direitos positivos, é ao menos a expressão do que poderia ser a *opinio juris sive necessitatis* da Humanidade. Apesar dos limites à capacidade de assegurar a positivação destes valores, a Declaração de 1948 dispõe, em seu art. 27:

“1. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.”

Trata-se, já na formulação da Carta de 1948, dos direitos que compreendem simultaneamente a participação de dimensão social, o aproveitamento pessoal e a inserção competitiva; e, também, não menos importantes, os efeitos patrimoniais que deles resultarão...

8. Ponto de referência regional nos é oferecido pela evolução da regulamentação da matéria cultural no contexto europeu, desde a lacônica formulação contida no art. 30<sup>16</sup> do Tratado de Roma, de 1957 – em que havia sido feito alusão somente à

15. Como o fazem tanto a UNESCO quanto a UNIDROIT em matéria de Convenções internacionais para a proteção de ‘bens’ culturais. Haveria toda uma análise a ser feita para entender o que é considerado o ‘objeto’ de proteção legal.

Domínio suficientemente vasto do Direito Internacional, poderíamos guardar somente alguns pontos de referência, i.a.:

Ignaz Seidl-Hohenveldern, “*La protection internationale du patrimoine culturel national* (Paris, Rev. gén. de droit int’l. public, no. 2, 1993); Vicente Marotta RANGEL, “*Objetos culturais: o recente projeto UNIDROIT de Convenção internacional*” (in *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas - estudos em homenagem a Irineu Strenger*, coord. Baptista - Huck - Casella, São Paulo, Ltr Ed., 1994, pp. 213/220); François Rigaud, “*Le commerce des oeuvres d’art dans le Marché commun*” (in *Études de droit international en honneur de Pierre Lalive*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1993, pp. 736 ss.); Riccardo Monaco, *La contribution d’UNIDROIT à la protection internationale des biens culturels*” in *La vente internationale des oeuvres d’art* coord. par Pierre Lalive, Génève, 1985, pp. 567 ss.).

16. Numeração atualizada, nos termos do art. 12 do Tratado de Amsterdã, de 1997, sendo a antiga numeração equivalente ao art. 36 do Tratado de Roma.

“proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico”

até o título XII<sup>17</sup>, Cultura, no Tratado de Roma, do qual o art. 151<sup>18</sup>, parágrafo único, estipula:

“1. A Comunidade contribuirá para o desenvolvimento das culturas dos Estados- membros, respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o patrimônio cultural comum.”

Os §§ 2 ao 5, do mesmo art. 151, título IX do Tratado de Roma, expõem os meandros comunitários para a implantação do nosso tema.

Há notável tensão entre a percepção e a avaliação de herança cultural comum de um lado e por outro o esforço de manutenção das diversidades nacionais e regionais.

O princípio da subsidiaridade, ainda menos do que em outras áreas, se coloca pouco claramente quando se trata de favorecer a União em relação, i.a., à “conservação e salvaguarda do patrimônio cultural de importância européia”. Aquele que terá a competência para situar este patamar europeu de importância do patrimônio cultural, terá a escolha entre os eleitos e os rejeitados, poderá julgar aquilo que deverá ser conservado, financiado etc. e aquilo que deverá tentar viver por seus próprios meios...

Caberá, justamente, atentar para o modo como se há de fazer a implantação das políticas comunitárias em matéria cultural<sup>19</sup>

9. No âmbito regional, o Brasil faz parte do Acordo para a criação do Mercado Comum Cinematográfico Latino-Americano, assinado em Caracas, em 11 de novembro de 1989<sup>20</sup>. Este acordo contempla poucas disposições para a criação deste mercado comum, sendo conseqüentemente muito frágil e embrionário.

O instrumento mais relevante para a efetivação de verdadeiro mercado comum contemplado nesse acordo é a equiparação das obras cinematográficas dos países-membros à categoria de nacional, gozando assim as obras cinematográficas dos demais signatários do Acordo de todos benefícios e direitos conferidos às obras cinematográficas nacionais, como espaço para exibição, cotas de exibição e demais prerrogativas, excetuando porém os incentivos financeiros governamentais. Assim, as obras cinematográficas produzidas nos demais países-membros não desfrutam

---

17. Numeração atualizada, nos termos do art. 12 do Tratado de Amsterdã, de 1997, sendo a antiga numeração equivalente ao título IX do Tratado de Roma.

18. Numeração atualizada, nos termos do art.12 do Tratado de Amsterdã, de 1997, sendo a antiga numeração equivalente ao art. 128 do Tratado de Roma.

19. *Le droit communautaire de la culture* (vários autores) (Paris, Mission des Affaires Européennes / Ministère de la Culture et de la Francophonie, 1993)

20. Promulgado por meio do Decreto n. 2.168, de 3 de setembro de 1998.



dos benefícios concedidos aos filmes brasileiros pela Lei n. 8.685, de 20 de julho de 1993, bem como os filmes brasileiros não gozam dos mecanismos de fomento financeiro concedidos pelos demais países-membros às suas obras cinematográficas nacionais.

Interessante é a visão dos signatários, acerca do tema, expressa no preâmbulo do acordo:

*“Conscientes de que a atividade cinematográfica deve contribuir para o desenvolvimento cultural e para sua identidade”*

E continua no seu art. 1º:

*“(…) com a finalidade de ampliar as possibilidades de mercado e de preservar os laços de unidade cultural entre os povos ibero-americanos e do Caribe.”*

Destaca-se, ao menos como intenção, a importância da atuação política para consolidação de identidade cultural. Caso emblemático, na constituição de diversos Estados nacionais é a uniformização lingüística, ou seja, o Estado não surgiu devido à prévia existência de forte identidade cultural de um povo, expressa previamente em unidade lingüística, mas através da unificação política se acentuaram os laços culturais, que culminam, na maioria dos casos, em uniformização lingüística, baseada na elevação à categoria de “língua oficial” de um dialeto ou expressão lingüística local, como o toscano em relação ao padrão de língua culta, no caso da Itália<sup>21</sup>

Assim a idéia de pureza cultural não passa de ficção; ficção esta que alimenta sectarismos e barreiras ao livre fluxo cultural. A análise desmistificada do assunto, coloca as barreiras “culturais” ligadas de forma atávica à política deliberada de construção de identidades culturais e não à pretensa defesa de “pureza” cultural pré-existente.<sup>22</sup>

21. Não é de outro modo que o historiador inglês Eric Hobsbawm analisa a questão, em suas palavras: *“As línguas nacionais são sempre, portanto, construções semi-artificiais e, às vezes, virtualmente inventados, como o moderno hebreu. São o oposto do que a mitologia nacionalista pretende que sejam – as bases fundamentais da cultura nacional e as matrizes da mentalidade nacional. Frequentemente, essas línguas são tentativas de construir idioma padronizado através da recombinação de multiplicidade de idiomatas realmente falados, os quais são, assim, rebaixados a dialetos – e o único problema nessa construção é a escolha do dialeto que será a base da língua homogeneizada e padronizada.”* Eric Hobsbawm, *Nações e nacionalismo desde 1780, programa, mito e realidade* (trad. Maria Celia Paoli e Anna Maria Quirino, São Paulo, Paz e Terra, pp. 70-71).

Benedict Anderson, em seu clássico, *Nação e Consciência nacional*, sintetiza: *“Se é amplamente reconhecido que os Estados-nação são “novos” e “históricos”, as nações a que eles dão expressão política assomam de passado imemorial, e, ainda mais importante, deslizam para futuro ilimitado. A mágica do nacionalismo consiste em transformar o acaso em destino. Podemos dizer, com Debray, “sim, é inteiramente acidental que eu tenha nascido francês; mas, afinal de contas, a França é eterna.”* Benedict Anderson, *Nação e consciência nacional* (trad. Lôlio Lourenço de Oliveira, São Paulo, Ed. Ática, 1989, pp. 19-20).

22. Um excerto de Daniel Defoe, desnuda a falsidade de qualquer idéia de pureza cultural:

*“Thus from a Mixture of all kinds began,  
That Het 'rogeuous Thing, An Englishman:  
In eager Rapes, and furious Lust begot,  
Betwixt a Painted Britton and a Scot:*

10. O objetivo destas precedentes menções era de localizar os esforços de colocar sob a forma de direito positivo a proteção da cultura – e isto nos coloca perante o dilema de Jakob Böhme: deve-se financiar, regulamentar e apoiar a cultura? Deve-se trazer a marca da autoridade governamental sem perturbar todo o equilíbrio dos micro - climas suficientemente instáveis, certamente, mas ainda vivos, em vez de os substituir por *Ersatz* semi-oficiais que se sustentam muito mal? Quem ganha com isso: a mediocridade daqueles que obtêm benefícios, sem se preocupar com a qualidade do produto final.

O paradoxo de Jakob Böhme, como proporia nos fazer pensar, antes de apoiar incondicionalmente estas alianças duvidosas entre Cultura e Poder. Este, sapateiro, pobre, tendo, de seu casamento vários filhos, sempre trabalhando com as suas solas e calçados – se se deve acreditar na tradição, onde este nos é apresentado sob este ângulo – escrevia tratados teológicos de profundidade espantosa. Quando um aristocrata boêmio, que se interessou pelo que Böhme escrevia, quis lhe levar sua ajuda, a abundância financeira aparentemente fez calar a fonte e ele não escreveu mais.

Ora, não seria o caso de sustentar a posição inversa, mas este incidente, *si non è vero, è ben trovato*, na medida em que se deve ter presente ao espírito que o apoio oficial não é necessariamente a solução para fazer avançar a produção cultural, tampouco para a conservar. Neste sentido, a escolha daqueles que poderão ou deverão receber as contribuições é fundamental: deve-se destacar bem aqueles que deverão se beneficiar.

11. O paradoxo da qualidade e dos modos culturais. Nós somos todos produtos de nossos meios e refletimos necessariamente valores e opiniões que nos foram transmitidos desde nossa infância, ou até mesmo antes, de acordo com a linha de C. G. Jung, sobre os arquétipos do inconsciente coletivo. Mas, neste passo, trata-se de fazer a escolha do padrão de qualidade ao qual deverá ser feita a transferência dos fundos.

Dois exemplos podem permitir ilustrar este ponto de vista: as pinturas do *Hôtel de Ville* de Paris e a produção cinematográfica no Brasil durante o período militar (1964/1985).

Quando visitamos o *Hôtel de Ville* de Paris, rapidamente nos falamos das pinturas murais que adornam os interiores, tentando nos situar no tempo: enquanto

---

*Whose gend'ring Offspring quickly learnt to bow,  
And yoke their Heifers to the Roman Plough:  
From whence a Mongrel half-bred Race there came,  
With neither Name nor Nation, Speech or Fame.  
In whose hot Veins new mixtures quickly ran,  
Infus'd betwixt a Saxon and a Danc.  
While their Rank daughters, to their Parents just,  
Receiv'd all Nations with Promiscuous Lust.  
This Nauseous Brood directly did contain  
The well-extracted Blood of Englishmen...  
Daniel Defoc, The True-Born Englishman*

estourava na França o impressionismo, antes de refletir-se no mundo inteiro, o gosto oficial estava atrasado com relação ao *Zeitgeist* e tinha escolhido financiar Puvis de Chavannes e outros pintores que respondiam melhor ao gosto oficial de seu tempo, e a estes foi confiada a tarefa de executar as decorações murais do renomado hotel parisiense.

Em outro contexto, o Brasil, após desenvolvimento de produção cinematográfica durante os anos 40-50 até o início dos anos 60, fez seu cinema entrar no vazio. O regime militar, instaurado pelo golpe de Estado de 1º de abril de 1964 (que havíamos sabiamente escolhido festejar em 31 de março – para evitar a identificação com a brincadeira do “dia da mentira”, de uso corrente no País), desejando evitar pessoas politicamente incorretas, trouxe seu apoio – e fundos públicos – para financiar as produções cinematográficas de olímpica mediocridade. Nós sofremos, de maneira catastrófica, os efeitos disso no Brasil, que causou desgastes consideráveis, fazendo *tábula rasa* de produtores e produções independentes, que nos danificaram uma inteira geração de produção cinematográfica no País.

Dois pontos de referência: entre *O pagador de promessas*, de Dias Gomes, do início dos anos 60, e *O quatrilho* – que foi nomeado para participar do Oscar de melhor filme estrangeiro em Hollywood, no ano de 1996 –, temos geração perdida. Em seguida, *Central do Brasil* também foi nomeado e rejeitado em 2000.

Quando nós não conseguíamos suscitar o interesse das pessoas pela produção local de cinema, foi necessário instituir no Brasil regulamentação de triste lembrança, de acordo com a qual todas as salas de projeção deveriam assegurar certa porcentagem de exibição de filmes nacionais. Esta regulamentação levava certamente à exibição de suplementos nacionais, mas absolutamente nulos, de curtas-metragens, por volta de 10 a 20 minutos, que precediam as sessões dos filmes pelos quais nós tínhamos decidido ir ao cinema. No lugar da publicidade que antecede aos filmes, imagine ver imposta a projeção sobre qualquer coisa, visando proteger a ‘identidade cultural nacional’ brasileira.

12. Estas más lembranças da minha infância e adolescência no cinema me fazem tomar certas precauções em matéria de casamento entre Poder e Cultura: os resultados são freqüentemente desastrosos e economicamente geram externalidades. São aprendizes de feitiçaria que fazem aparecer forças que em seguida escapam ao seu controle e causam desgastes que não poderíamos ou não saberíamos prever.

Assim como em matéria de casamento entre Poder e Religião: deve-se evitar isto a qualquer preço. A eventual escolha deve ser confiada a cada um. Nós não podemos impor um certo caminho como se fosse o caminho certo. Nós temos maus exemplos em demasia a respeito. Não há necessidade de revê-los para dar-lhes valor.

Curiosamente, o que levantaria violentas objeções e repugnância clara e forte em sociedade laica e democrática, como é o caso em França, em matéria de religião, não é tão percebida em matéria cultural – bem ao contrário. A francofonia, a “*conservação e a proteção do patrimônio cultural de importância européia*”, ou ainda

a promoção da diversidade cultural são invocadas freqüentemente como desculpas válidas. Não deveríamos nos questionar a respeito? Quais são os limites? Quais são os valores e os conteúdos que queremos proteger?

À evidência, não sou entusiasta do modelo hollywoodiano de filmes de aventura. Mas haverá sempre mais pessoas que se interessarão antes por malfeitos de Sylvester Stallone, Arnold Schwarzenegger, ou, então, Jean Claude Van Damme (para oferecer versão européia do mesmo modelo), do que ao que chamamos sintomaticamente de ‘cinema de arte’, nos filmes italianos, franceses, alemães, escandinavos ou ingleses.

Seria necessário refletir antes de querer fazer cortes profundos.

13. A integração, sobretudo econômica, seria percebida como imperativo categórico - futuramente inevitável - ou, então, como escolha cultural para o caso onde haveria suficiente entusiasmo para se decidir. Isto nos coloca perante o seguinte paradoxo: fazer enquadrar ao mesmo tempo estruturas economicamente ampliadas, em que a produção e as trocas se fazem cada vez mais em escala mundial ou quase, onde a vida econômica se orienta definitiva e inexoravelmente na direção da modernização, ou, ao menos, na direção da regionalização em blocos supranacionais ou transnacionais, e, de outro lado, a vida cultural orientada para a preservação da diversidade e das particularidades, para não dizer seu salvamento. Nós retomamos hábitos como os patoás, nós reutilizamos roupas como os costumes e nós freqüentamos novamente as festas mercantes - seja por convicção, seja para melhor servir a indústria do turismo.

O direito à proteção da identidade cultural se tornou, portanto, categoria jurídica, como observa Erik Jaime em seu Curso Geral de Direito Internacional Privado na Academia da Haia, versando *Identidade cultural e integração: o Direito Internacional Privado Pós-Moderno* (1995)<sup>23</sup>

14. Certo grau de apreensão, envolvendo a exceção cultural não deve ser negligenciado, na medida em que por trás das ‘razões culturais’ podem encontrar abrigo a discriminação, o protecionismo, o nacionalismo, a xenofobia.

Sabidamente, a Corte Européia de Justiça desenvolveu arcabouço jurisprudencial para enfrentar e impedir a proliferação de gama importante e muito

23. Erik JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne* (cours général de droit international privé, La Haye, M. Nijhoff, Rec. des cours, tome 251, 1995, pp. 9/267):

“L’époque postmoderne est caractérisé par le rôle primordial que les individus accordent à leur identité culturelle, dont les expressions extérieures sont la langue, la religion, les moeurs et les autres traditions à laquelle un fort sentiment de loyauté les lie. (...)”

“Parmi les traditions qui caractérisent cette identité figurent également certaines règles de droit, surtout en matière de droit des personnes et de la famille, inspirées souvent de convictions religieuses. En outre, la protection des symboles de cette appartenance, des noms caractéristiques, de la langue ou des trésors d’art nationaux, fait partie des droits reconnus par les législations relatives aux droits de l’homme et par d’autres actes législatifs.”

variada de medidas discriminatórias, que se escondem atrás de cortina de boas intenções, mas que constituem “medidas de efeito equivalente” à discriminação que oficialmente se acordara eliminar. De modo semelhante, a regulamentação do GATT-OMC nos fala do conjunto de barreiras não-tarifárias e de suas conseqüências.

As medidas não-tarifárias que criam o risco de anular a colocação em prática das liberdades de circulação no seio da União Européia, se utilizavam freqüentemente de “desculpas” de natureza técnica, lingüística, cultural, invocando padrões de qualidade, a proteção dos consumidores, entre tantos outros nomes possíveis (para não multiplicarmos os exemplos, vamos nos lembrar de Cassis de Dijon, a lei da pureza da cerveja etc...).

15. A preservação dos valores sempre trará riscos, na extensão das conseqüências e, emprestando termo do jargão médico, eventuais “efeitos colaterais” que nos colocam perante o desafio de encontrar ponto de equilíbrio.

Este antagonismo deve nos fazer ter presente os desafios do momento atual: de um lado, riscos de homogeneização em escala mundial ou ao menos supranacional seguem a integração e a globalização, sobretudo econômica, mas estendendo seus efeitos bem além do âmbito estritamente econômico; de outro lado, nos encontramos perante levantes nacionalistas e xenófobos às vezes assustadores e que aparentam esvaziar de todo o seu sentido a civilização para nos levar à Pré-História – a violência e a lei do mais forte, sem nenhuma máscara –, o que tampouco é desejável.

Em mundo que modifica em velocidade crescente parecerá dificilmente conciliável a pretensão de deter o tempo e o fluxo da produção intelectual – seja esta de boa ou má qualidade – e a livre circulação da informação.

16. A exceção cultural parece carregar implicitamente em si a perigosa escolha de valor, cujas bases e sustentação devem ser questionadas: em que medida haveria valores a proteger, de quem devemos protegê-los e como assegurar esta ‘proteção’?

Parece que haverá atribuição de excesso de poder àquele ou àqueles, pouco importa, a quem será incumbido o dever de escolher o que pode e o que não pode passar pelo controle da exceção cultural – na implementação do “Big Brother” orwelliano, que observa tudo e nos protege de todo perigo. Neste momento, sem duvidar, nós somos já a presa do pior dos perigos, tendo perdido a liberdade, que de acordo com Jan Starobinski, haveria sido inventada somente no século XVIII<sup>24</sup>

Ao longo da História, deixamos, bem ou mal, o paraíso intemporal, para poder acessar o conhecimento do bem e do mal, e, bem ou mal, destronamos os regimes autoritários, não para nos ver sob tutela por ‘razões de Estado’ que não conhecemos e que nos limitariam o acesso a pontos de vista diferentes daqueles que contariam com o apoio do regime vigente – e isto, para vê-los substituídos freqüentemente por outros

---

24. Jan Starobinski, *L'invention de la liberté* (Génève, Skira, 1987).

que parecem igualmente sem interesse. Temos, bem ou mal ainda, estruturado sistemas e tentado manter em pé os freios e contrapesos, os famosos “*checks & balances*”, para manter sob controle os regimes e os partidos políticos – ainda que tal limite seja exercitado por restrições temporais: a escolha, ainda que por decurso de prazo, para não ter que se submeter à sua reeleição!

Temos assistido ao desenvolvimento dos sistemas mundiais de circulação de informação como dos capitais, dos serviços e mercadorias, apesar dos limites operacionais, dos custos e dos gostos – assim como se desenvolveram e se estruturaram, em escala igualmente internacional, também o crime organizado, o terrorismo, o tráfico das drogas, de brancas e crianças e a poluição do meio ambiente – mas uma vez que nos encontramos aqui, deve-se-nos assegurar, ao menos teoricamente, a possibilidade de se ter acesso.

É justamente a escolha de nos portar como filhos e herdeiros do nosso tempo: seja para o ‘bem’ como para o ‘mal’ – mas certamente nós teríamos preferido escolher nós mesmos o que nos convém. Deveríamos recusar a qualquer autoridade, seja esta de vocação temporal ou espiritual, decidir o que nos convém ou-não! Não desejamos ver recolocados em vigor novo modelo de *Index librorum prohibitorum*, não mais por razões eclesiásticas, mas tendo como base alegações de pureza cultural.

17. Tal pretensão repousa sobre a ilusão de poder parar o tempo! Haveria todo um capítulo a escrever a propósito das civilizações que acreditam poder parar o tempo, enquanto outras acreditam segui-lo, até mesmo ser capazes de “fazer” a História.

Para os seres individualmente como para as civilizações, acreditar na possibilidade de freiar o tempo e o fluxo da história significa se colocar à distância. É bem isto que nós pretendemos?

A própria conscientização nos faz perder tempo ou, nos situando em relação ao tempo, nos temporiza - porque necessitamos de tempo para nos conscientizar -, como faz ver Vladimir Jankélévitch, em *O puro e o impuro* (1960). O puro, uma vez na história, se tornaria de qualquer modo impuro, mesmo se ficasse só no mundo; e a conscientização é a forma interior ou centrífuga que reveste esta perda espontânea da inocência<sup>25</sup>

Levado para a relatividade geral de destino histórico – para prosseguir com o genial Jankélévitch –, o purista se prende com a força do desespero a uma ficção de eternidade; ele se recusa a durar, mesmo que por um segundo, de se mover, mesmo que um milímetro; e ele não quer ver que o purismo, ele mesmo, o gosto exagerado pelo passado, o arcaísmo e o tradicionalismo já são momentos do processo. Momentos tão tardios! Esta impotência se verifica nos mínimos detalhes: por exemplo, o pequeno purismo lingüístico defende desesperadamente a ‘pureza’ da língua contra o fluxo

25. Vladimir Jankélévitch, *Le pur et l'impur* (Paris, Flammarion, 1960)

“*Le pur, une fois tombé dans l'histoire, deviendrait de toute façon impur même s'il restait seul au monde; et la prise de conscience est la forme intérieure ou centrifuge que revêt ce déniement spontané de l'innocence.*”

invasor das palavras estrangeiras e dos neologismos, fluxo tão irresistível quanto a evolução vital ela mesma; o purismo artístico da arte pela arte e da poesia pura combate passo a passo a prática invasora e as técnicas utilitárias e a ação prosaica que, continuamente, recomeçam a submergi-lo; esta poesia tão penosamente defendida, reconquistada e, apesar de nossa vigilância, novamente perdida, não é comparável a uma embarcação assentada por todos os lados pelo oceano da prosa? O grande purismo em geral, que é a busca da pureza étnica, se distingue também pela recusa do tempo: mas o tempo não necessita que o purismo diga sim, a vida do purista já o diz por ela mesma de maneira suficientemente eloqüente; esta vida faz mesmo melhor do que o dizer, porque toda nossa evolução, cujo envelhecimento é a orientação qualitativa e a intenção concreta, pode passar por aceitação vivida na duração, para consentimento tácito no futuro. Resistir ao irresistível?<sup>26</sup>

18. Hoje em dia, qual é o sentido de 'identidade cultural nacional', quando o mundo ocidental se encaminha para "monocultura" na qual as diferenças entre o centro e a periferia aumentam progressivamente? Isto se produz, entre outros, por razões que poderíamos chamar, de acordo com Schiller, "o colapso da dimensão temporal" na difusão das tendências e das idéias<sup>27</sup>

Para terminar, mais uma vez, Jankélévitch: "Não, a incompressível temporalidade não se deixa flexionar."<sup>28</sup>

São Paulo, junho de 2002

---

26. Prosegue Jankélévitch (op.cit.): "Emporté dans la relativité générale d'un destin historique, le puriste s'agrippe avec l'acharnement du désespoir à une fiction d'éternité; il refuse de durer, fût-ce une seconde, de se mouvoir, fût-ce d'un millimètre; et il ne veut pas voir que le purisme lui-même, et le passéisme, et l'archaïsme, et le traditionalisme sont déjà des moments du processus. Des moments combien tardifs! Cette impuissance se vérifie dans les moindres détails: par exemple le petit purisme linguistique défend désespérément la 'pureté' de la langue contre l'afflux envahissant des mots étrangers et des néologismes, afflux aussi irrésistible que l'évolution vitale elle-même; le purisme artistique de l'art-pour-l'art et de la poésie pure combat pied-à-pied la pratique envahissante et les techniques utilitaires et l'action prosaïque qui continuellement recommencent à le submerger; cette poésie si péniblement défendue, reconquise et, malgré notre vigilance, reperdue, n'est-elle pas comparable à un radeau assiégé de tous côtés par l'océan de la prose? Le grand purisme en général, qui est le catharisme éthique, se distingue lui aussi par le refus du temps: mais le temps n'a pas besoin que le purisme dise oui, la vie du puriste le dit déjà par elle-même assez éloquemment; cette vie fait même mieux que le dire, car toute notre évolution, dont le vieillissement est l'orientation qualitative et l'intention concrète, peut passer par une acceptation vécue de la durée, pour un consentement tacite au devenir. Résister à l'irrésistible?"

27. H. I. Schiller, *Communication and cultural denomination* (New York, White Plains, 1976); Mircea Eliade, *Occultisme, sorcellerie et modes culturelles* (trad. do inglês para o francês Jean Malaquais, Paris, Gallimard, "Les essais" CCVI, éd. orig. em ingl., 1976; trad. fr., 1978); Umberto Eco, *La recherche de la langue parfaite dans la culture européenne* (trad. do italiano para o francês Jean-Paul Manganaro; préf. de Jacques Le Goff; Paris, Éd. du Seuil, © 1994; impr. 1997).

28. "Non, l'incompressible temporalité ne se laisse pas fléchir."





# SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA UNIÃO EUROPÉIA: LIÇÕES PARA O MERCOSUL?

*Umberto Celli Júnior*

Professor Doutor de Direito Internacional da Faculdade de  
Direito da Universidade de São Paulo. “*Master of Philosophy*”  
em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da  
Universidade de Nottingham, Inglaterra.

## Resumo:

A prática tem demonstrado que a evolução do processo de integração da União Européia deve-se, em larga medida, à existência do controle jurisdicional supranacional exercido pelo Tribunal de Justiça, a Corte de Luxemburgo. Alguns sustentam, inclusive, que certas decisões proferidas pelo Tribunal podem ser qualificadas como uma “verdadeira e pacífica revolução judicial”. O objetivo deste artigo é de demonstrar como, por meio de algumas decisões históricas, o Tribunal de Justiça abriu caminho para passar a exercer efetivamente o controle jurisdicional da Comunidade, conferindo eficácia a seu ordenamento jurídico e assegurando, conseqüentemente, a consolidação do processo de integração. Ademais, algumas ponderações são feitas acerca da adequação desse sistema de solução de controvérsias ao Mercosul.

## Abstract:

One may contend that, from a practical point of view, the development of the European Union integration process is due, to a large extent, to the supranational jurisdictional control exercised by the Court of Justice. Some commentators go as far as to sustain that certain Court rulings may be qualified as a “pacific judicial revolution”. The purpose of this essay is to demonstrate how the Court of Justice through a few landmark rulings has paved the way to exercise the jurisdictional control of the Community, conferring thereby effectiveness to the Community’s legal framework and assuring the consolidation of such integration process. Moreover, some reflections are made as to whether this resolution of disputes system may fit into the Mercosul.

**Unitermos:** solução de disputas; União Européia; Tribunal de Justiça da União Européia; controle jurisdicional; Direito Comunitário; eficácia; doutrina do efeito direto; primazia do Direito Comunitário; instituição supranacional; soberania; delegação de competência; Mercosul; Protocolo de Olivos.

## 1. Introdução.

Dentre as inúmeras rupturas institucionais nas estruturas jurídicas do Estado, geradas pelo convencionalmente denominado fenômeno da globalização

econômica, destaca-se, sem dúvida, como pondera José Eduardo Faria, o esvaziamento da soberania e da autonomia dos Estados nacionais.<sup>1</sup> Ao longo do tempo, uma nova concepção de soberania, embasada na crescente aceitação de uma ordem jurídica supranacional, foi-se sobrepondo ao conceito clássico-tradicional, que teve sua origem na necessidade de consolidação da territorialidade do Estado moderno.

Pode-se afirmar que essa nova concepção de soberania é um desdobramento contemporâneo da visão grociana que traz subjacente a idéia da interdependência e do funcionalismo, os quais limitam alcance dela por força da construtiva reciprocidade de interesses comuns. Esses interesses comuns, como lembra Celso Lafer, encontram seu exemplo mais desenvolvido e adiantado na União Européia, uma experiência sobretudo econômica de integração, caracterizada pela delegação de competências das soberanias a instituições supranacionais.<sup>2</sup>

Os Tratados que instituíram as Comunidades Européias permitiram a formação gradativa de uma nova ordem supranacional, na qual a aplicação de normas jurídicas passou sujeitar-se a um Tribunal de Justiça, com a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito interno de cada Estado-Membro. Trata-se, pois, de um novo fenômeno das relações internacionais.

A afirmação de que a construção bem-sucedida do mercado comum e do processo de integração da União Européia (i.e., desse “novo fenômeno das relações internacionais”) pode ser atribuída exclusivamente ao papel desempenhado pelo Tribunal de Justiça seria, para dizer o mínimo, pouco científica, além de estar impregnada do que Alain Goulenc muito apropriadamente denominou de “positivismo esclerosado”<sup>3</sup> Claro está que qualquer análise a respeito não poderia prescindir de uma série de fatores políticos, culturais, históricos e econômicos que tiveram influência decisiva na conformação da Comunidade.

Contudo, a prática tem demonstrado que a evolução desse processo de integração deve-se, em larga medida, à existência do controle jurisdicional supranacional exercido pelo Tribunal de Justiça. Para alguns, inclusive, como Robert Lecourt, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça podem ser qualificadas como uma verdadeira e “pacífica revolução judicial”<sup>4</sup>

O objetivo deste artigo é demonstrar como, por meio de algumas decisões históricas, o Tribunal de Justiça abriu caminho para exercer efetivamente o controle jurisdicional da Comunidade, conferindo eficácia a seu ordenamento jurídico e assegurando, conseqüentemente, a consolidação do processo de integração.

---

1. Cf. José Eduardo Faria, *Direito e Globalização Econômica*, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, Introdução, p. 11.

2. Ver Celso Lafer, *Desafios: ética e política*, São Paulo, Siciliano, 1995, p. 233.

3. Cf. Alain Goulenc, “Supranacionalidade da Justiça: efetividade da integração econômica regional e proteção dos direitos subjetivos”, in *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*, org. Paulo Borba Casella et al., São Paulo, Ltr, 1996, p. 314.

4. Ver a respeito Robert Lecourt, *L'Europe des Juges*, Bruxelas, Bruylant, 1976.

## 2. Estrutura institucional da União Européia.

O que distingue a União Européia<sup>5</sup> da maioria das organizações internacionais é justamente a existência de um sofisticado conjunto de instituições que gozam de poderes autônomos e que lhe permitem implementar seus objetivos. Possuem essas instituições a tarefa de supervisionar o processo de integração econômica, gerando e assegurando a eficácia da legislação comunitária pertinente. A evolução da Comunidade tem visto muitas modificações formais e informais no papel e no relacionamento entre as instituições.

O Conselho é o órgão que representa os interesses individuais de cada Estado-Membro e tem a incumbência de definir as principais políticas da Comunidade. Sua composição varia conforme a natureza do assunto em discussão. Se se tratar de assuntos ligados à agricultura, por exemplo, os ministros da Agricultura dos Estados-Membros é que se reunirão para debatê-los; se se tratar de assuntos financeiros serão os Ministros dos Estados-Membros encarregados dessa Pasta a se encontrar. Se, por outro lado, a matéria em pauta estiver relacionada a assuntos de interesse geral da Comunidade, os ministros das Relações Exteriores comporão o Conselho. A presidência do Conselho é exercida rotativamente por seus integrantes, por períodos de seis meses.

A Comissão, ao contrário, é o órgão representativo dos interesses da Comunidade, administrando-a em seu dia-a-dia. A Comissão supervisiona a correta aplicação dos tratados e, se necessário, toma medidas contra os Estados-Membros que violam as normas comunitárias. É integrada por nacionais indicados pelos Governos dos Estados-Membros, os quais devem agir, no entanto, somente no interesse da Comunidade. A Comissão é dividida em Diretórios Gerais que desenvolvem e executam políticas nas diversas áreas de competência da Comunidade. O Diretório DGIV responde pela área de concorrência.

O Parlamento que, desde 1979, tem seus membros diretamente eleitos, é integrado por representantes agrupados conforme sua filiação a correntes políticas e não pelo critério da nacionalidade. Seus poderes sobre o Tratado da CEE foram severamente limitados. Possuía apenas alguns direitos de participação no processo legislativo e de supervisão das atividades da Comissão. Também exercia uma tênue influência informal sobre a Comissão e o Conselho. Esses fracos poderes do Parlamento que, afinal, é o único órgão comunitário eleito pelo povo, deixou a Comunidade sujeita a críticas por sua falta de democracia. Por essa razão, desde o Ato Único Europeu, ainda que de maneira cautelosa, seus poderes têm sido gradativamente aumentados. Com o Tratado da União Européia, foi, pela primeira vez, atribuído ao Parlamento o direito de veto sobre propostas legislativas em algumas áreas. A pressão para um aprimoramento radical da democracia no âmbito da Comunidade continua em alta na agenda institucional.

---

5. Adota-se aqui a expressão "tratado", significando "Tratado da União Européia", com as alterações introduzidas pelo Tratado de Amsterdã de 1º de maio de 1999. Em 1995, com a adesão da Áustria, Suécia e Finlândia, a Comunidade passou a ser composta por quinze Estados-Membros.

O Tribunal de Contas é considerado o representante dos contribuintes e a “consciência financeira” da União Europeia, na expressão de Ari Beltran. É encarregado de comprovar, de forma independente, que as instituições investem os fundos comunitários seguindo as normas propostas e para os objetivos previstos.<sup>6</sup> O *Coreper*, o Conselho de Representantes Permanentes dos Estados-Membros ante as Comunidades Europeias, é um órgão cada vez mais importante na atividade do Conselho, embora este tenha as faculdades da decisão. Outros órgãos que também devem ser citados: o Comitê Econômico Social, o Comitê das Regiões, o Banco Europeu de Investimentos, o Banco Central Europeu, o Comitê Monetário e o Instituto Monetário Europeu.<sup>7</sup>

O Tribunal, braço judicial da Comunidade, é sua maior instituição. Localizado em Luxemburgo, é composto de juizes dos diferentes Estados-Membros. Obviamente, ao serem nomeados para o Tribunal, tornam-se juizes da Comunidade, “*untainted by national bias*”, como dizem Wheatherill e Beaumont<sup>8</sup> O Tribunal conta com a assistência dos chamados Advogados-Gerais, os quais apresentam pareceres sobre os casos antes de seu julgamento. Como se verá ao longo deste artigos, apesar de serem fundamentais para a avaliação dos casos pelo Tribunal, tais pareceres não têm caráter vinculante.

Pode-se afirmar que o aspecto mais importante da função do Tribunal é sua competência para decidir questões que lhe são formuladas pelos tribunais dos Estados-Membros, a título prejudicial, na forma prevista no art. 234 do Tratado que prescreve “*verbis*”:

*“Art. 234 O Tribunal de Justiça é competente para decidir, a título prejudicial:*

*a) Sobre a interpretação do presente Tratado.  
b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições da Comunidade e pelo BCE.*

*c) Sobre a interpretação dos estatutos dos organismos criados por ato do Conselho, desde que estes estatutos o prevejam.*

*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal de Justiça que sobre ela se pronuncie.*

*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo*

6. Cf. Ari Possidonio Beltran, *Os Impactos da Integração Econômica no Direito do Trabalho: globalização e direitos sociais*, São Paulo, LTr, 1998, p. 39.

7. *Ibid*, pp. 39-40.

8. Cf. Stephen Weatherill e Paul Beaumont, *EC Law: the essential guide to the legal workings of the European Community*, Londres, Penguin Books, 1993, p. 30.

*pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal de Justiça”<sup>9</sup>*

Em regra, nenhuma questão ou controvérsia surgida no âmbito da Comunidade entre nacionais ou empresas ou, ainda, entre particulares e autoridades nacionais dos Estados-Membros é trazida diretamente ao Tribunal, devendo ser antes apreciada pelos tribunais nacionais. Daí ser o art. 234 essencial para a preservação da natureza comunitária da legislação emanada do Tratado. Com efeito, o art. 234 assegura que, em quaisquer circunstâncias, referida legislação seja a mesma em todos os Estados-Membros.

Como assinalado por Neville, a aplicação uniforme do Direito Comunitário é a base do mercado comum. Se aplicado pelos tribunais nacionais, o Direito Comunitário *“would be liable to fragment and become overlaid by the national legal systems. In the absence of a federal structure or of any Community appellate court, the preliminary ruling is the only means by which uniform application of Community law can be attained”*<sup>10</sup>

De fato, a função da questão prejudicial é mais bem explicada pela própria natureza *“sui generis”* do Direito Comunitário. O Direito Comunitário é, por sua natureza, um Direito interno comum dos Estados-Membros e não um Direito que regule as relações entre eles. Assim, na ausência de uma estrutura federativa, é natural que as políticas comunitárias sejam implementadas pelas autoridades dos Estados-Membros e o Direito Comunitário aplicado, com base nas interpretações do Tribunal, pelos tribunais nacionais. Assim, diz Neville, *“it is to be expected that, in the normal way, Community Law is enforced through the national courts, which...have an exclusive jurisdiction to apply it in disputes between individuals, and between the individual and the authorities of the Member States”* E, arremata: *“conflicts of jurisdiction between a national court and the Court of Justice can therefore rarely arise, but the exact demarcation line may be a delicate one to draw”*<sup>11</sup>

Pela importância que o papel desempenhado pelo Tribunal, com lastro no art. 234 do Tratado, tem para o desenvolvimento deste estudo, vale a pena transcrever o seguinte trecho de autoria de Bingham, citado por Neville, que explica cristalinamente as razões pelas quais o Tribunal está mais bem aparelhado para decidir sobre as questões comunitárias:

*Sitting as a judge in a national court, asked to decide questions of Community Law, I am very conscious of the advantages enjoyed by the Court of Justice. It has a panoramic view of the Community and its*

9. Antigo artigo 177.

10. Ver Neville L. Brown, *The Court of Justice of the European Communities*, 3ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1989, pp. 174/175.

11. *Ibid.*, pp. 178/179.

*institutions, a detailed knowledge of the treaties and of much subordinate legislation made under them, and an intimate familiarity with the functioning of the Community market which no national judge denied the collective experience of the Court of Justice could hope to achieve. Where questions of administrative intention and practice arise the Court of Justice can receive submissions from the Community institutions, as also where relations between the Community and non-member states are in issue. Where the interests of member states are affected they can intervene to make their views known... Where comparison falls to be made between Community texts and different languages, all texts being equally authentic, the multinational Court of Justice is equipped to carry out the task in a way which no national judge, whatever his linguistic skills, could rival. The interpretation of Community instruments involves very often not the process familiar to common lawyers of laboriously extracting the meaning from words used but the more creative process of supplying flesh to a spare and loosely constructed skeleton. The choice between alternative submissions may turn not on purely legal considerations, but on a broader view of what the orderly development of the Community requires. These are matters which the Court of Justice is very much better placed to assess and determine than a national court "*<sup>12</sup>

Claro está, pois, que, se aos Estados-Membros fosse confiada a tarefa de interpretar o Direito Comunitário, haveria, sem nenhum exagero, tantos ordenamentos jurídicos comunitários quantos fossem os ordenamentos jurídicos nacionais de cada um dos Estados-Membros.

Em 1989, por força das determinações do Ato Único Europeu, foi criado o Tribunal de Primeira Instância para, em um certo sentido, aliviar a carga de trabalho do Tribunal. Tem sua competência estabelecida e limitada pelo art. 225 do Tratado, não podendo julgar ações propostas pelos Estados-Membros ou pelas instituições da Comunidade. Tampouco tem competência para conhecer das questões prejudiciais submetidas nos termos do art. 234.<sup>13</sup>

12. *Ibid.*, pp. 175/176.

13. Estabelecem os parágrafos primeiro e segundo do art. 225 do Tratado: "1. É associada ao Tribunal da Justiça uma jurisdição encarregada de conhecer em primeira instância, sem prejuízo de recurso para o Tribunal de Justiça limitado às questões de direito e nas condições estabelecidas pelo respectivo Estatuto, de certas categorias de ações determinadas nas condições definidas no n. 2. O Tribunal de Primeira Instância não tem competência para conhecer das questões prejudiciais submetidas nos termos do art. 234. 2. A pedido do Tribunal de Justiça e após consulta do Parlamento Europeu e da Comissão, o Conselho, deliberando por unanimidade, determina as categorias de ações a que se refere o n. 1 e a composição do Tribunal de Primeira Instância e adota as necessárias adaptações e disposições complementares ao Estatuto do Tribunal de Justiça. Salvo decisão em contrário do Conselho, são aplicáveis ao Tribunal de Primeira Instância as disposições do presente Tratado relativas ao Tribunal de Justiça, e nomeadamente as disposições do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça"

### 3. A legislação comunitária.

O Direito primário da Comunidade<sup>14</sup> é formado por seus tratados constitutivos. O Direito Comunitário derivado tem sua fonte formal nos atos unilaterais das instituições da Comunidade.

Nos termos do art. 249 do Tratado, para o desempenho de suas funções, o Parlamento, em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão “*adotam regulamentos e diretivas, tomam decisões e formulam recomendações e pareceres*” O regulamento tem caráter geral, sendo obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros. Já a diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios ou, como explica Maristela Basso, permite “*aos Estados-Membros escolherem a sua forma de aplicação*”<sup>15</sup>. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.<sup>16</sup> Por fim, as recomendações e os pareceres não são vinculantes.

Como observa Guido Fernando Soares, inexistente no Tratado qualquer definição enumerativa dos assuntos que deverão ser legislados sob a forma de regulamentos, diretivas, decisões, recomendações ou pareceres. Na verdade, diz ele, “*a denominação do ato tem implicações nos seus efeitos em relação aos Estados-Partes e em relação ao cumprimento dos objetivos da Comunidade Européia*”. Assim, o regulamento cumpre a função de realizar o Direito Uniforme, “*pedra angular da integração regional*” A diretiva desempenha a tarefa de aproximar e harmonizar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, “*constituindo um instrumento plástico de uniformização parcial e possível, uma vez que aos poderes legiferantes domésticos são deixadas as atribuições das grandes linhas gerais da política legislativa comunitária*” A decisão, prossegue o autor, constitui “*um poderoso instrumento de influir, no sentido de reformar, as decisões isoladas dos Estados ou de pessoas físicas ou jurídicas sob a jurisdição dos mesmos*”. Por fim, as recomendações e pareceres “*previnem qualquer feitura de atos (administrativos,*

---

14. Sempre lembrando que estamos nos referindo às três Comunidades, embora haja pequenas diferenças formais entre alguns desses seus atos unilaterais, cuja análise refoge aos objetivos deste estudo. Ver a respeito Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional da Integração*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, pp. 139 a 178.

15. Cf. Maristela Basso, “*Livre circulação de mercadorias e a proteção ambiental no Mercosul*”, in *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros*, org. Maristela Basso, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 198.

16. Como sublinhado por Casella, “*a aplicabilidade direta de Decisão, dirigida a um Estado-Membro, normalmente é recusada; e os particulares, normalmente, não podem fazer valer direitos ou obrigações, com base em Decisão*” Contudo, prossegue o autor, “*pode também ocorrer a aplicabilidade direta da Decisão, produzindo efeito jurídico imediato na ordem interna dos Estados-Membros...sobretudo em dois exemplos..., com interesse todo especial, em matéria de direito da concorrência...*”. Refere-se ele aos arts. 85 e 86 (atuais 81 e 82) do Tratado. Cf. Paulo Borba Casella, *Comunidade Européia...*, op. cit., pp. 138/139.

*legislativos por parte dos Estados ou suas autoridades ou jurídicos de direito privado, leia-se “contratos”) que possam contrariar as normas comunitárias”*<sup>17</sup>

Vale aduzir, por fim, que o Tribunal tem competência para examinar a legalidade dos regulamentos, diretivas e decisões. De acordo com o art. 230 do Tratado, *“o Tribunal é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-Membro, pelo Conselho ou pela Comissão”*. Da mesma forma, qualquer *“pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas mesmas condições, recurso das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam direta e individualmente respeito”*.

#### 4. O Tribunal e a eficácia do processo de integração.

Conforme já ponderado anteriormente, a afirmação de que a construção de bom êxito do mercado comum e do processo de integração da Comunidade pode ser atribuída exclusivamente ao papel desempenhado pelo Tribunal seria, para dizer o mínimo, pouco científica, além de estar impregnada de um “positivismo esclerosado”. Nos limites traçados para este estudo, porém, cabe apenas demonstrar a importância que o Tribunal teve e tem tido na formação desse processo de integração europeu.

Para poder desenvolver o mercado comum, tiveram os Estados-Membros de definir o contorno institucional da Comunidade, isto é, optar entre uma concepção diplomática e federalista. Em decorrência da opção feita pelo federalismo, estão os Estados-Membros submetidos em comum às regras de Direito Comunitário, o qual também pode ser qualificado como um sistema jurídico de caráter supranacional. Participam, assim, os Estados-Membros da elaboração das regras comunitárias, cuja aplicação, como se verá mais adiante, se torna efetiva dentro dos Estados, aos Estados e pelos Estados. E a efetividade do direito é, como enfatiza Golene, *“condicionada à existência de tribunal, ou, pelo menos, à existência de terceiro, árbitro independente e capaz de ditar o direito e a sanção de sua aplicação”*<sup>18</sup>

Nesse diapasão, salienta Hartley que: *“The supranational element in the Community constitution would be ineffective without a Court. The most important functions of the Court of Justice of the European Communities- to give it full official name-are to ensure that the law is enforced, irrespective of political considerations (specially against Member States); to act as referee between the Member States and*

---

17. Cf. Guido Soares, *“Mercosul - Órgãos Legisladores e Administrativos”* (estudo encaminhado em maio de 1993, ao Governador André Franco Montoro, Presidente do Instituto Latino Americano de São Paulo, ILAM, sob o contrato com o PNUD). Ver também do autor *“A Atividade Normativa do Mercosul, nos Dois Primeiros Anos de Vigência do Tratado de Assunção: um Balanço Positivo?”*, in *Boletim de Integração Latino-Americana*, nº12 -MRE/SGIE/NAT, pp. 11/12.

18. *Ibid.*, p. 313.



*the ommunity as well as between the Community institutions inter se; and to protect the rigths of the individual from infringement by the Brussels bureauracies. Those functions are specially important in view of the fact that the democratic element is still weak in the Community*".<sup>19</sup>

A condição para eficácia do projeto de integração europeu se realiza, assim, pelas amplas competências outorgadas ao Tribunal. Um Tribunal supranacional é, como diz Goulenc, "*uma condição para a existência do jurídico que conduz, por sua vez, a uma efetividade do direito comunitário*"<sup>20</sup> O Tratado da União Européia, vale lembrar, não trouxe muitas inovações do ponto de vista institucional, tendo procurado, apenas, conciliar a natureza federativa da Comunidade com a eficácia supranacional do Tribunal. Veio, na verdade, fortalecer a natureza federativa da Comunidade, na medida em que outorgou poderes ao Tribunal para aplicar sanções pecuniárias.

Saliente-se, também, que outros órgãos comunitários, como a Comissão, igualmente têm contribuído para a eficácia da ordem jurídica supranacional. Com efeito, a credibilidade da Comissão deve-se à sua imparcialidade. Os Estados-Membros dispõem-se a aceitar seu papel porque acreditam que ela esteja acima de rivalidades nacionais. A grande fraqueza da Comissão, porém, é que lhe falta base política. Não se encontra em condições de apelar à opinião pública contra atitudes dos Governos dos Estados-Membros como poderia fazê-lo se seus membros fossem indicados, por exemplo, pelo Parlamento.

Seja como for, ainda que outros órgãos, como a Comissão, participem ativamente do aperfeiçoamento do processo de integração, é forçoso reconhecer que o trabalho do Tribunal tem sido dos mais cruciais, sobretudo após ter consagrado a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno, fato que, indiscutivelmente, abriu caminho para a consolidação definitiva do processo de integração.

## 5. O Tribunal e a "constitucionalização" da estrutura jurídica comunitária.

### 5.1. A doutrina do efeito direto.

Como se sabe, o Tratado foi concebido de maneira a conter termos e princípios gerais, sobretudo nas áreas relativas a políticas sociais, econômicas e monetárias internas. Sua vagueza e suas ambigüidades foram intencionais ou, dito de outra forma, constituíram o resultado inevitável de uma "fórmula compromisso", que deixou para um Tribunal imparcial a tarefa de desenvolver a Comunidade "*in the light of experience*", como afirma Gordon Slynn.<sup>21</sup> Nessa conformidade, a partir de 1963, o

---

19. Ver Hartley, TC, *The Foundations of European Community Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1988, p.49.

20. Cf. Goulenc, "Supranacionalidade...", *op.cit.*, p. 323.

21. Ver Gordon Slynn, "*The Court of Justice of the European Communities*", [1984] 33 *ICLO*, p. 409.

Tribunal, em uma série de julgados, acabou por estabelecer doutrinas fundamentais que fixaram o relacionamento entre a Comunidade e os Estados-Membros.

A primeira delas consubstancia-se no entendimento pelo Tribunal, manifestado no caso *Van Gend en Loos*,<sup>22</sup> de que a Comunidade constitui uma “nova ordem jurídica” que confere direitos a seus indivíduos. Alguns dispositivos do Direito Comunitário são diretamente aplicáveis nos Estados-Membros na medida em que criam “*individual rights which national courts must protect without any need for implementing legislation in that member state*”<sup>23</sup> Trata-se do efeito direto das diretivas e decisões dirigidas aos Estados-Membros.<sup>24</sup>

A doutrina do efeito direto parte da seguinte premissa: normas comunitárias que forem claras, precisas e, em um certo sentido, “auto-suficientes” (ou seja, que não demandarem medidas legislativas adicionais pelas autoridades da Comunidade ou dos Estados-Membros) têm de ser consideradas como se fossem normas internas do Estado-Membro no campo de aplicação do Direito Comunitário. O efeito direto aplica-se a todas as ações que produzem efeitos legais na Comunidade, isto é o Tratado e a legislação secundária. Ademais, opera não-somente no sentido de criar obrigações jurídicas entre particulares e Estados-Membros, mas também entre os próprios particulares. Como parte da lei interna do Estado-Membro, as normas comunitárias podem ser invocadas perante o judiciário de cada um dos Estados-Membros, o qual deve estar suficientemente aparelhado para dar-lhes a necessária eficácia.

As implicações dessa doutrina foram e continuam sendo extremamente abrangentes. Com efeito, o Tribunal “*reversed the normal presumption of public international law whereby international legal obligations are result-oriented and addressed to states*”.<sup>25</sup> Nos moldes do Direito Internacional Público clássico, é permitido à ordem constitucional interna do Estado-Membro determinar o método pelo qual as obrigações internacionais irão produzir efeitos dentro de seu ordenamento jurídico e a extensão das mesmas. Mesmo quando uma obrigação internacional, tal como um acordo de comércio ou uma convenção de direitos humanos, prevê a outorga de direitos (ou obrigações) para indivíduos dentro do Estado, se tal Estado deixar de outorgar tais direitos, não podem tais indivíduos invocar o cumprimento de uma obrigação internacional perante seus tribunais, a menos que a Constituição interna, que, geralmente, é indiferente ao Direito Internacional Público, prescreva tal remédio legal.

22. *Caso Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen*, [1963] ECR 1.

23. *ibid.*, p.13.

24. Como discutido precedentemente, as diretivas e as decisões dirigidas aos Estados-Membros, à diferença do regulamento, não gozam de aplicabilidade direta. O efeito direto, criação jurisprudencial, consiste exatamente na possibilidade de os particulares invocarem em tribunais nacionais, se a natureza e os termos da norma ou do ato assim o permitirem, uma disposição dos tratados comunitários ou um ato de direito derivado para afastar a aplicação de uma norma do Estado-Membro.

25. Cf. J.H.H. Weiler, “The Transformation of Europe”, [1991] The Yale Law Journal, v. 100, n. 8, p. 2.413.

Na prática, portanto, depois de Van Gend en Loos, os Estados-Membros que violassem suas obrigações comunitárias não mais poderiam deslocar a disputa para o plano do contencioso entre Estados. Eles passaram a estar sujeitos ao ajuizamento de ações, visando ao cumprimento das normas comunitárias perante seus próprios tribunais. A respeito, Weiler arremata:

*“Effectively, individuals in real cases and controversies (usually against state public authorities) became the principal “guardians” of the legal integrity of Community Law within Europe similar to the way that individuals in the United States have been the principal actors in ensuring the vindication of the Bill of Rights and other federal law”<sup>26</sup>*

O pleno impacto do conceito do efeito direto da norma comunitária só foi possível com o desenvolvimento da segunda doutrina de “constitucionalização” do Direito Comunitário, que é a supremacia deste último sobre o Direito Interno dos Estados-Membros. A combinação dessas duas doutrinas, como se verá na seqüência, significa que as normas comunitárias que produzem efeitos diretos não constituem meramente “Leis de Direito Interno” mas, sim, as “Leis Máximas” do Estado-Membro. Paralelismos com essa arquitetura constitucional, com poucas exceções, são encontráveis na ordem constitucional interna de Estados Federais.

## 5.2. A primazia do Direito Comunitário.

A exemplo do efeito direto, é preciso notar que a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno dos Estados-Membros, pedra fundamental da ordem jurídica comunitária e consequência imediata da delegação de poderes soberanos pelos Estados-Membros à Comunidade, não foi estabelecida explicitamente pelo Tratado, nem por quaisquer de suas modificações subseqüentes. Na verdade, foi o Tribunal, em decisão proferida no *Caso Costa v ENEL*,<sup>27</sup> que firmou jurisprudência a respeito.

Com efeito, o Tribunal, ao se utilizar de uma interpretação contextual do Tratado, chegou à conclusão de que o Direito Comunitário tinha precedência sobre o Direito Interno. A ênfase conferida aos princípios gerais do Tratado pode ser vista no seguinte parágrafo em que o Tribunal faz referência ao fato de os Estados-Membros terem limitado seus direitos de soberania ao criarem a Comunidade e outorgarem poder legiferante às suas instituições: *“By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particularly, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of power from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have thus created a body of law which binds both their nationals and themselves. The*

---

26. *ibid.*, p. 2.414.

27. *Caso 6/64, Costa v ENEL*, [1964] ECR 585.

*integration into the laws of each Member State of provisions which derive from the Community, and more generally, the terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the States, as a corollary, to accord precedence to a unilateral and subsequent measures of a legal system accepted by them on a basis of reciprocity”*<sup>28</sup>

Do argumento da transferência de soberania, o Tribunal extraiu a conclusão de que o Direito Comunitário configurava algo de especial (“*la spécificité du droit communautaire*”). A partir de tal especificidade, deduziu a supremacia do Direito Comunitário.

O Tribunal também levou na devida conta algumas das possíveis conseqüências para diversos dispositivos do Tratado, caso o Direito Comunitário não viesse a prevalecer sobre o Direito Interno de cada um dos Estados-Membros. Em especial, o Tribunal referiu-se aos art. 5º (atual art. 10), que prescreve a obrigação de os Estados-Membros se absterem de tomar quaisquer medidas suscetíveis de pôr em perigo a consecução dos objetivos do Tratado, e 189<sup>29</sup> (atual 249), que dispõe sobre os regulamentos, diretivas, decisões e recomendações, concluindo que tais dispositivos “*would lose their purpose if Member States could renounce their obligations by means of an ordinary law*”<sup>30</sup>

Por outras palavras, se “*as normas comunitárias pudessem ser anuladas por uma qualquer lei nacional, estaria igualmente excluída a aplicação uniforme do Direito Comunitário. Dessa maneira, o funcionamento da Comunidade seria posto em causa e a construção de uma Europa unida estaria definitivamente comprometida*”<sup>31</sup>

Trata-se, pois, de exemplo em que o Tratado é silente acerca do assunto específico, mas dá claras indicações em seu texto quanto à sua melhor interpretação. Rasmussen, no entanto, discorda dessa afirmação, ao declarar que o Tribunal, nesse caso “*pushed its gap-filling activities beyond the proper scope of judicial involvement in society’s law and policy making [in] the judgments stating that...Community law must be considered the supreme law of the land*”<sup>32</sup>

De qualquer forma, no entendimento do Tribunal, a Comunidade vai muito além dos tratados internacionais tradicionais que apenas estabelecem relações entre os Estados-Partes contratantes, na medida em que cria instituições com poderes legiferantes, os quais, por sua vez, geram direitos e obrigações para pessoas físicas e jurídicas dos Estados-Membros.

28. *Ibid.*, pp. 593-4.

29. Este artigo já havia sido modificado anteriormente no sentido de atribuir competência ao Parlamento Europeu para, juntamente com o Conselho e a Comissão, elaborar regulamentos e emitir diretivas, tomar decisões e fazer recomendações.

30. *Caso 6/64, Costa v. ENEL*, [1964] ECR 585, p.594.

31. Cf. Elizabeth Accioly, *in Mercosul & União Européia: estrutura jurídico-institucional*, Curitiba, Juruá Editora, 1996, p. 96.

32. Ver Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, Boston e Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p. 28.

Mais tarde, em 1991, o Tribunal referiu-se ao Tratado como “a carta constitucional de uma Comunidade baseada no Estado de Direito (*“constitutional charter of a Community based on the rule of law”*). O Tribunal, como bem lembram Weatherill e Beaumont, modificou inclusive sua afirmação no *Caso Costa v. ENEL* relativamente às “áreas restritas” em que os Estados-Membros limitam sua soberania, para declarar que tais direitos de soberania são limitados em *“ever wider fields”*. Nesse ponto, prosseguem os autores, o Tribunal revelou estar consciente da extensão da competência da Comunidade acordada no Ato Único Europeu, e em Maastricht, nos dias 9 e 10 de dezembro de 1991. Naquele estágio da evolução da Comunidade, arrematam, *“the Court maintained that the two of the essential provisions of the Community constitution that had been firmly established were the primacy of Community law over the law of the member states and the direct effect of a whole series of Community law provisions”*.<sup>33</sup>

## 6. O primado constitucional do Direito Comunitário.

Como visto, a ordem jurídica comunitária só sobrevive na medida em que o seu respeito e a sua proteção sejam garantidos. Garantias essas constituídas pelo efeito direto e pelo primado do Direito Comunitário sobre o direito nacional. Esses princípios, para cuja existência o Tribunal contribuiu de forma decisiva, *“garantem a aplicação uniforme e prioritária do direito comunitário em todos os Estados-Membros”*<sup>34</sup>

O Direito Comunitário, portanto, porque dá corpo à concepção comunitária, que, como diz Fausto Quadros, *“exprime a superioridade da agregação sobre a desagregação”*,<sup>35</sup> tem como característica intrínseca a uniformidade da sua interpretação e da sua aplicação na ordem interna dos Estados-Membros. Para tanto, é preciso que seu primado seja absoluto e incondicional sobre todo o Direito nacional, aí incluídas as respectivas Constituições.

É por isso que Pierre Pescatore salienta que o primado constitucional é uma *“exigência existencial do direito comunitário. Sem primado sobre a Constituição não há direito comunitário e não há Comunidade”*<sup>36</sup>

Assim é que, após estabelecer, no *Caso Costa v. ENEL*, o princípio da primazia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno comum ou legislação infra-constitucional, deparou o Tribunal, no *Caso Internationale Handelsgesellschaft*,<sup>37</sup> com

---

33. Ver Stephen Weatherill e Paul Beaumont, *in EC LAW: the essential guide...*, *op.cit.*, pp. 315/316. Os autores basciam-se em parecer acerca do projeto do Tratado da Área Econômica Européia, publicado em [1992] I CMLR 245.

34. Cf. Elizabeth Accioly, *Mercosul...*, *op.cit.*, p. 98.

35. Cf. Fausto Quadros, *Apud Elizabeth Accioly, Mercosul & União Européia...*, *op. cit.*, p. 97.

36. Cf. Pierre Pescatore, citado por Fausto Quadros em texto reproduzido por Elizabeth Accioly, *Mercosul...*, *op.cit.*, p.98.

a questão da supremacia do Direito Comunitário sobre as Constituições dos Estados-Membros e, em particular, sobre as disposições referentes a direitos fundamentais contidos em tais Constituições. O Tribunal enfatizou a necessidade de se preservar a uniformidade e eficácia do Direito Comunitário em todos os Estados-Membros, as quais seriam prejudicadas se os Estados-Membros pudessem se valer de suas Constituições para anular as obrigações comunitárias. O Tribunal concluiu que *“the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure”*<sup>38</sup>

Dessa forma, consolidou-se o entendimento de que a legislação comunitária também tem primazia sobre a Constituição dos Estados-Membros. Pouco tempo mais tarde, no *Caso Itália v Comissão*,<sup>39</sup> o Tribunal simplesmente declarou que nenhum dispositivo de lei interna poderá ser invocado para revogar a lei comunitária. Restava ainda esclarecer se os Estados-Membros deveriam reservar a um tribunal em particular, como, por exemplo, um tribunal constitucional, algo equivalente ao Supremo Tribunal Federal no Brasil, a competência de aplicar a lei comunitária em detrimento da lei nacional ou interna.

No *Caso Simmenthal*,<sup>40</sup> o Tribunal teve a oportunidade de apreciar essa questão. Declarou que mesmo um juiz *“a quo”* é obrigado a aplicar a lei comunitária ainda que, para tanto, tenha de desconsiderar as disposições internas sobre conflitos de leis. Como explicam Weatherill e Beaumont, o tribunal ou o juiz de primeira instância, conforme o caso, *“must not wait for such provisions of national law to be set aside by legislation or by a constitutional court. Here the European Court is not requiring the national court to annul the provisions of national law that conflict with Community law but simply stating that it must not apply them”*<sup>41</sup>

Nos Estados-Membros, com exceção do Reino Unido que não possui Constituição escrita, todas as Constituições, mormente após as revisões constitucionais realizadas em decorrência do Tratado da União Européia, contêm dispositivos que aceitam a delegação do exercício de certas competências para um poder supranacional, *“donde se conclui que os Estados-Membros devem ter mecanismos para recepcionar e acatar as leis comunitárias, que atuam nos limites por eles delegados”*.<sup>42</sup> Vejam-se alguns exemplos.

Na Grã-Bretanha que, como mencionado acima, não possui Constituição escrita, o *“European Communities Act”* de 1972, que dispõe sobre a adesão daquela à

37. *Caso 11/70, Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] ECR 1125.

38. *ibid*, p. 1.134.

39. *Caso 48/71, Itália v Comissão* [1972] ECR 527, 532.

40. *Caso 106/77, Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal*, [1978] ECR 629.

41. Cf. Weatherill e Beaumont, *EC LAW...*, *op. cit.*, p.317.

42. Ver Elizabeth Accioly, *Mercosul & União Européia*, *op. cit.*, p.118.

Comunidade estabelece, em seu art. 2 (1), que: “*All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the [Community] Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided for by or under the Treaties, as in accordance with the Treaties are without further enactment to be given legal effect or used in the United Kingdom shall be recognized and available in law, and be enforced, allowed and followed accordingly*”

Na Alemanha, antes da revisão constitucional de 1992, a Constituição, em seu art. 24, já autorizava a transferência de poderes soberanos a instituições intergovernamentais. Nessa conformidade, de um modo geral, os tribunais daquele país não tiveram tantas dificuldades em aceitar a supremacia do Direito Comunitário. Como lembra Albuquerque Mello, já “*houve quem afirmasse que na Alemanha a questão em análise não provocou tantos debates em virtude de uma “longa familiaridade dos juristas com o sistema federal”*”<sup>43</sup>

É bem verdade, porém, que a questão envolvendo a supremacia do Direito Comunitário sobre os direitos fundamentais inalienáveis contidos na Constituição suscitou certa polêmica. No *Caso Internationale Handelsgesellschaft*,<sup>44</sup> o “*Bundesverfassungsgericht*” (a Suprema Corte Alemã) posicionou-se no sentido de não renunciar a seu direito de aplicar os direitos fundamentais na Alemanha em face de um conflito com uma lei comunitária. A Suprema Corte Alemã, assim, acabou por não aceitar determinação do Tribunal no sentido de que o Direito Comunitário deveria prevalecer mesmo sobre os direitos fundamentais vigentes na Alemanha, ainda que reconhecesse que, naquele caso em particular, a lei comunitária não infringia tais direitos. O argumento utilizado pela Suprema Corte Alemã foi o de que o Parlamento não era eleito diretamente (isso em 1974) e que o Direito Comunitário não continha normas claras e precisas sobre direitos humanos fundamentais.

Mais tarde, em 1987, é que a Suprema Corte Alemã decidiu não mais examinar a compatibilidade da legislação comunitária com os direitos fundamentais vigentes na Alemanha, desde que o Tribunal continuasse a proteger adequadamente aqueles direitos.

Em 1992, foi feita uma revisão constitucional para adaptar não-somente a República Federal da Alemanha (pós-unificação), mas também seu federalismo ao novo contexto do Tratado da União Européia. Assim, o art. 23 foi redigido da seguinte forma: “*A União Européia. 1. Para a edificação de uma Europa unida, a República Federal da Alemanha contribui para o desenvolvimento da União Européia que deverá respeitar os princípios da democracia, do Estado de direito, do Estado social federativo*

---

43. Ver Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional da Integração*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p. 210, baseado em reflexões de G. Sperduti feitas no texto “*Le principe de souveraineté et le problème des rapports entre le droit international et le droit interne*”, in *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, 1976, vol. v, t. 153, pp. 319 e ss, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague.

44. *Caso 11/70 Internationale Handelsgesellschaft v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1972] *CMLR*, 255.

com o princípio da subsidiariedade e que garante uma proteção dos direitos fundamentais substancialmente comparável à lei fundamental. Para este efeito, a Federação pode transferir direitos de soberania por uma lei aprovada pelo 'Bundesrat'...".<sup>45</sup>

Em outubro de 1993, o Tribunal Federal Constitucional alemão proferiu a denominada decisão de "Maastricht" a qual corroborou a constitucionalidade do Tratado da União Européia e abriu caminho para a participação da Alemanha no futuro do processo de integração. Algumas afirmações feitas por referido Tribunal alemão, porém, provocaram intensa preocupação no âmbito da Comunidade. Dentre elas, destaca-se a de que o Tribunal Federal Constitucional irá examinar se os atos legislativos emanados dos órgãos e instituições da Comunidade estão em conformidade ou extrapolam os poderes soberanos a ela transferidos.

Por outras palavras, como explica Steve J. Boom, "*the Federal Constitutional Court, not the European Court of Justice (ECJ), will decide where the limits to European power lie, at least with respect to Germany*"<sup>46</sup>

Ademais, declarou o referido Tribunal alemão que os atos legislativos da Comunidade que, em seu entendimento, excederem as competências delineadas no Tratado da União Européia, não terão efeito vinculante na Alemanha.

As implicações dessas declarações, como bem assinala o autor, são profundas. Podem colocar em risco a uniformidade do Direito Comunitário e o próprio futuro da integração. Afinal, o "*danger to the central authority is not merely the occasional dramatic conflict over the legitimacy of one or another of its enactments, but the corrosive effect of continual challenges to its authority that cannot be resolved authoritatively*"<sup>47</sup>

Na França, o que se notou foi uma clara divisão entre as posições adotadas pelo "*Conseil d'État*" e a "*Cour de Cassation*". A "*Cour de Cassation*" várias vezes sustentou, de maneira consistente, a supremacia da lei comunitária sobre a francesa. O mesmo já não pode ser dito sobre o "*Conseil d'État*"

No passado, o "*Conseil d'État*" recusava-se a questionar a validade da lei francesa em face de um conflito com a lei comunitária. Tampouco aceitava a doutrina do efeito direto das diretivas, desconsiderando, conseqüentemente, suas obrigações previstas no art. 177 (3) (atual 234 (3)) do Tratado.<sup>48</sup> Negava-se, ademais, a cumprir decisões do Tribunal nos casos que lhe eram submetidos.

45. *Apud* Elizabeth Accioly, *Mercosul...*, *op. cit.*, pp. 118/119.

46. Ver Steve J. Boom, "*The European Union after the Maastricht decision: is Germany the 'Virginia of Europe'?*", Harvard Law School, 1995, p. 2.

47. *Ibid.*, Steve Boom, aqui, transcreve texto de Terrance Sandalow, "*The Expansion of Federal Legislative Authority*", in *Courts and Free Markets* 49, 51 (Terrance Sandalow e Eric Stein, org.), 1982.

48. O art. 234 (3) estabelece: "*Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal*"



Apenas mais recentemente, o “*Conseil d’État*” passou a dar sinais da sua disposição em aceitar a primazia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno. Em 1990, incorporou o Direito Comunitário ao Direito francês e afirmou a submissão das leis francesas aos regulamentos comunitários. No *Caso Boisdet*, o “*Conseil d’État*”, ao afirmar que uma lei nacional não pode servir de obstáculo à aplicação de um regulamento comunitário, acabou por anular uma decisão ministerial.<sup>49</sup> Em 1992, nos *Casos Rothmans e Philips*, anulou decreto que conferia ao ministro do Orçamento o direito de fixar o preço do tabaco, afastando, assim, a incidência de lei de 1976 que infringia uma diretiva da Comunidade<sup>50</sup>

A exemplo da Alemanha, também a França adaptou sua Constituição à União Européia, uma vez que o Tratado da União Européia estabelece, “*inter alia*”, uma união monetária, participação de estrangeiros em eleições municipais e a criação de uma cidadania européia que se sobrepõe à do Estado. Com efeito, prescreve o art. 88:

“*Art. 88-1:*

*A República participa das Comunidades Europeias e da União Européia, constituídas de Estados que escolheram livremente, em virtude dos tratados que as instituíram, de exercer em comum algumas de suas competências.*<sup>51</sup>

*Art. 88-2:*

*Sob reserva de reciprocidade e conforme as modalidades previstas pelo tratado sobre a União Européia assinado em 7 de fevereiro de 1992, a França consente às transferências de competências necessárias ao estabelecimento da união econômica e monetária européia bem como a estipulação de regras relativas a travessia das fronteiras exteriores dos Estados-Membros da Comunidade Européia”*<sup>52</sup>

Há, ainda, segundo lembra Albuquerque Mello, uma grande discussão na França acerca do alcance desse dispositivo constitucional. Alguns autores procuram distinguir as palavras “limitação” de “transferência” de soberania. Outros ponderam que se trata de uma questão tão sutil que resiste a qualquer análise. Para outros, toda limitação é uma transferência.<sup>53</sup>

---

49. Ver [1991] I CMLR 3, também comentado pela Comissão em seu *Oitavo Relatório Anual*, Com (91) 321, parte final.

50. *Casos SA Rothmans International France e SA Philip Morris France; Société Arizona Tobacco Products e SA Philip Morris France* mencionados em Weatherill e Beaumont, EC Law..., *op.cit.*, p.325.

51. Art. 88 da Constituição da República Francesa, com a redação dada pela revisão de 1992, conforme transcrição de Elizabeth Accioly, *Mercosul...*, *op. cit.*, p. 119.

52. *Apud Celso D. de Albuquerque Mello, Direito Internacional...*, *op. cit.*, p.214.

53. *ibid.*, p. 215.

Na Itália, a Corte Constitucional refutou inicialmente a supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito interno. Mais tarde, passou a aceitá-la sempre condicionado a que o Tribunal funcione como um instrumento efetivamente adequado de proteção aos direitos fundamentais no âmbito da Comunidade. Caso contrário, a Corte italiana reserva-se a possibilidade de interferir no sentido de fazer prevalecer os direitos fundamentais vigentes naquele Estado-Membro.

Como já referido anteriormente, foi no *Caso Simmenthal*<sup>54</sup>, que a Corte italiana acatou a orientação do Tribunal de que não era necessário aos juízes de primeira instância submeter à apreciação da Corte Constitucional conflitos entre a lei comunitária e a lei interna. Todos os órgãos jurisdicionais italianos ficavam, assim, obrigados a não aplicar medidas internas que fossem incompatíveis com o Direito Comunitário. De uma forma muito similar à do “*Conseil d’État*” francês, o “*Consiglio di Stato*” italiano, porém, tem manifestado ao longo do tempo certa relutância em aceitar a aplicabilidade direta da lei comunitária.

De qualquer forma, o art. 11 da Constituição italiana prescreve: “*A Itália...consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberanias a uma ordem que assegure a paz e a justiça entre as nações; ajuda e favorece as organizações internacionais que tenham este objetivo*”<sup>55</sup>

Em outros Estados-Membros, também houve, em maior ou menor intensidade, é claro, contestações ao primado do Direito Comunitário por parte dos respectivos órgãos jurisdicionais. De um modo geral, porém, atualmente a doutrina do primado do Direito Comunitário desenvolvida, como visto, pelo Tribunal, tem sido por eles amplamente aceita.

Vale enfatizar, por fim, que o Tribunal não tem se utilizado de uma retórica vazia quando afirma ser o primado do Direito Comunitário sobre o Direito Interno dos Estados-Membros uma das características essenciais da ordem jurídica da Comunidade. A respeito comentam Weatherill e Beaumont: “*It is remarkable that the constitutional provisions, legislatures and judiciary in each of the member states by their acceptance of the principle have made it a reality. This has not been brought about by coercion or threat of financial sanctions, but rather by the political and legal will to found a Community established on the principle of respect for the rule of the law. A situation where the application of Community law varies from member state to member state would be a denial of the rule of law and would make the Community untenable*”

## 7. Conclusões.

Conforme exposto, o aspecto revolucionário desse processo de integração reside exatamente na transferência de soberania a instituições de caráter supranacional. Ora, não há nada mais complicado para um Estado do que, por exemplo, delegar decisões

54. *Caso 106/77, Amministrazione delle Finanze...*, [1978] ECR 629.

55. *Apud* Elizabeth Accioly, *Mercosul...*, *op. cit.*, p.119.

de política econômica. Aliás, como bem reflete Rubens Ricupero, haverá sempre uma tensão dialética entre a propensão de que as economias se tornem cada vez menos nacionais e regionalizadas ou globalizadas, de um lado, e a afirmação, na tomada de decisões, da base nacional e soberana em que se fundamenta a organização política dos Estados, do outro. Por isso é que, na aplicação das regras de concorrência da Comunidade, essa tensão dialética pode ser observada com grande clareza.

Sem desmerecimento do papel desempenhado pela Comissão, pode-se afirmar, por exemplo, que o controle exercido pelo Tribunal de Justiça sobre práticas violadoras das regras de concorrência por parte dos Estados-Membros, teve, e continua tendo, crucial importância para a consolidação do processo de integração europeu. Em uma série de julgados, o Tribunal acabou por desenvolver um notável equilíbrio institucional entre o poder regulador dos Estados-Membros e as regras de concorrência da Comunidade. É impensável que esse processo de acomodação de interesses pudesse ser feito pelos Estados-Membros.<sup>56</sup>

Resta claro, pois, que o sistema jurídico de caráter supranacional com amplas competências outorgadas ao Tribunal de Justiça tem sido uma das condições fundamentais para a eficácia do projeto de integração da União Européia.

Ressalte-se, por fim, que a afirmação acima sobre a condição de eficácia do projeto de integração europeu pode não ser necessariamente válida para outros processos de integração. Dependerá sempre do modelo de integração adotado e dos objetivos a serem perseguidos.

Com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto, em 1994, o sistema de solução de disputas do Mercosul (originado do Protocolo de Brasília, em 1991), por exemplo, teve sua natureza predominantemente diplomática reforçada. Esse sistema de solução de disputas foi dividido claramente em duas categorias, e, como expõe Luiz Olavo Baptista, “cada uma destas em fases das quais apenas a última é a da solução arbitral”, a qual é implementada pela instalação de um Tribunal Arbitral *ad hoc*<sup>57</sup> O Mercosul, dessa forma, segundo o autor, ganhou nítidos contornos de um modelo de integração cooperativo e consensual, abandonando “a rota da supranacionalidade dos organismos do novel mercado comum”<sup>58</sup>

Mais recentemente, com a celebração do Protocolo de Olivos (2002), os Estados-Membros do Mercosul resolveram efetuar “*modificações específicas no sistema de solução de controvérsias de maneira a consolidar a segurança jurídica no âmbito*

---

56. A respeito da importância do controle pelo Tribunal de Justiça da aplicação das regras de concorrência na Comunidade, ver Umberto Celli Junior, *Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.

57. Cf. Luiz Olavo Baptista, *O Mercosul suas instituições e Ordenamento Jurídico*, São Paulo, LTr, 1998, p.159.

58. Cf. Luiz Olavo Baptista, “As instituições do MERCOSUL: comparações e prospectiva”, in *O Mercosul em movimento (Série Integração Latino-Americana)*, Dcisy de Freitas Lima Ventura, org., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1995, pp. 55/70.

*do Mercosul”* Inspirados no mecanismo de solução de controvérsias da OMC, os Estados-Membros criaram um Tribunal Permanente, o qual poderá ser acionado diretamente, isto é, sem passar pelo Tribunal *Ad Hoc*, ou como instância de revisão dos laudos emitidos pelo Tribunal *Ad Hoc*. Na forma do art. 26 do Protocolo de Olivos, os *“laudos do Tribunal Permanente de Revisão são inapeláveis, obrigatórios para os Estados partes na controvérsia a partir de sua notificação e terão, com relação a eles, força de coisa julgada”*

Trata-se de uma inovação importante que, nos limites traçados pelo modelo de integração adotado e em face dos objetivos a serem perseguidos, poderá, sem dúvida, contribuir com o avanço e consolidação do Mercosul.

São Paulo, junho de 2002.

# REFLEXÕES SOBRE TERRORISMO E DIREITOS HUMANOS: PRÁTICAS E PERSPECTIVAS

*Maristela Basso*

Professora Associada do Departamento de Direito  
Internacional da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O terrorismo é concebido tendo em vista a relação entre Direito e Poder, sendo analisado à luz das resoluções da ONU, sob as perspectivas da União Européia e da legislação nacional, motivando novos questionamentos acerca dos direitos humanos e do Direito Penal Internacional.

## Abstract:

The terrorism is conceived according to the relation between Law and Power, analysed towards the light of the ONU's resolutions, in the perspective of the European Union and nacional legislation, causing new questions about the human rights and International Penal Law.

**Unitermos:** terrorismo; direitos humanos; Direito Penal Internacional.

## 1. Direito e poder.

Reflexões sobre as relações entre “Direito e Poder” são o ponto de partida de nosso estudo, e, de imediato, nos faz lembrar aquela carta que o professor Albert Einstein escreveu para Sigmund Freud, em 1938, na qual indagava a este conhecedor dos corredores da alma humana “*o que poderia ser feito para se proteger a Humanidade da maldição da violência, isto é, da guerra*”. A resposta de Freud pode ser considerada, até mesmo em nossos dias, um texto fundamental para entendermos a relação entre “Direito” e “Poder”

Freud, em sua carta-resposta a Einstein, permitiu-se substituir a palavra “poder” por outra, segundo ele mais “nua e crua”: *violência*. Para Freud é, pois, “*um princípio geral que os conflitos de interesse entre os homens sejam resolvidos pelo uso da violência. É isto o que se passa em todo o reino animal, do qual o homem não tem motivo por que se excluir*”

Certamente, no caso do homem ocorrem também conflitos de “opinião” que podem chegar a atingir as mais raras nuances da abstração e que acabam por exigir alguma outra técnica para sua solução. Esta é, contudo, uma complicação a mais.

Como é sabido, no início, numa pequena horda humana, era a superioridade da força muscular que decidia quem tinha a posse das coisas, quem fazia

prevalecer sua vontade, quem dizia o que se podia ou-não fazer. A força muscular foi, paulatinamente, suplementada e substituída pelo uso de instrumentos. O vencedor passou a ser aquele que tinha as melhores armas ou aquele que tinha a maior habilidade no seu manejo. A partir do momento em que as armas foram introduzidas, a superioridade intelectual já começou a substituir a força muscular bruta. Contudo, o objetivo final da luta permanecia o mesmo: uma ou outra facção ou grupo tinha de ser compelido a abandonar suas pretensões por causa do dano que lhe havia sido infligido e pelo desmantelamento de sua força.

Podia-se conseguir esse objetivo de modo mais completo se a violência do vencedor, referida inicialmente no texto de Freud, eliminasse para sempre o adversário, ou seja, se o matasse. As vantagens dessa ação eram duas: o vencido não podia restabelecer sua posição, e seu destino dissuadiria outros de seguirem seu exemplo.

Matar o inimigo, segundo Freud, satisfaz uma (terrível) inclinação natural. No decorrer da história e no transcurso da evolução, o regime da força bruta foi substituído, ainda que não totalmente, pelo império do “Direito” e da “Lei”. O caminho que conduziu a essa passagem foi o do reconhecimento do fato de que a força superior de um único indivíduo podia se contrapor a união de diversos indivíduos fracos. A violência podia ser derrotada pela união e o poder daqueles que se uniam: *L union fait la force*. A Lei, o Direito, passam a ser a força de uma comunidade.

A comunidade deve se manter permanentemente organizada, deve estabelecer regulamentos para evitar riscos de rebelião e deve instituir autoridades para fazer com que esses regulamentos – as Leis – sejam respeitados e para evitar atos de violência.

Não há dúvida de que o reconhecimento de uma comunidade de interesses, como os relatados acima, levou ao surgimento, como afirmou Freud, de vínculos emocionais entre os membros de um grupo de pessoas unidas: sentimentos comuns, que são a verdadeira fonte de sua força.

Como recorda Raymond Aron, “*um rápido olhar pela história da raça humana revela uma série infundável de conflitos entre cidades, províncias, raças, religiões, nações, impérios*”<sup>1</sup>. As conquistas dos romanos deram aos países próximos ao Mediterrâneo a inestimável *Pax romana*, e a ambição dos reis franceses de ampliar os seus domínios criou uma França pacífica, unida e pungente.

É um paradoxo o fato de que a guerra pode ser um meio para se conseguir a paz e, ao mesmo tempo, no mais das vezes, seus resultados podem ser de curta duração.

Da *Pax romana*, à *Pax britânica* e à *Pax americana*, o questionamento do professor Einstein parece permanecer sem uma resposta definitiva. Por que o Direito e o império da Lei não conseguem evitar a violência? Por que o Direito Internacional (ou “direito das gentes”) – com todas suas fontes e instrumentos - ainda não conseguiu afastar a violência do homem, assegurando sua convivência pacífica com outros homens?

Os atentados ocorridos nos EUA, em setembro de 2001, fazem com que não apenas os estudiosos do Direito Internacional, mas todos os homens do nosso

---

1. In “*Paix et guerre entre les nations*”. Paris, 1962.

tempo reflitam acerca dos meios de que a civilização se utiliza para inibir a agressividade que lhe é inata, e como é possível tornar a agressividade inócua ou, talvez, livrar-se dela. Em outras palavras, o que fazer para tornar inofensivo o desejo de agressão que impulsiona a luta da espécie humana pela vida, suas crenças e ideais?

Freud, em seus textos sociais, principalmente em *“O mal-estar na civilização”* e também no *“Muito além do princípio do prazer”*, nos diz que está justamente no que chamamos de “civilização”<sup>2</sup> as fontes das grandes frustrações do homem e as razões de sua insatisfação e incompreensões mútuas. Contudo, a civilização consegue dominar o perigoso desejo de agressão do indivíduo, enfraquecendo-o, desarmando-o, e estabelecendo no seu interior um agente para cuidar dele, como uma guarnição numa cidade conquistada.

Não-obstante isso, o mal-estar e a insatisfação, para a qual as pessoas buscam motivações, permanecem.

Com certeza, o Direito se mais justo -, a Lei - se mais adequada-, e o “teatro da Humanidade”, se revisto na sua complexidade, são elementos fundamentais para uma ordem internacional mais justa, na qual os homens encontrem menos fontes de insatisfações e injustiças - caldo de cultura em que a violência parece ser a saída mais rápida e o terrorismo a primeira arma.

## 2. Conceito de terrorismo: breves reflexões.

Se buscarmos a origem da expressão “terrorismo” vamos encontrá-la no latim: *terrere* (tremar) e *detertere* (amedrontar). Assim, fazer tremar e amedrontar são as motivações que fundamentam as ações terroristas.

O professor Celso de Albuquerque Mello nos ensina que o terrorismo implica *“técnicas de grupos que contestam o sistema, visando geralmente à mudança de governos, ou é usada por aqueles que pretendem chamar atenção da opinião pública para determinado fato, ou ainda por aqueles que pretendem defender o sistema vigente”*<sup>3</sup>

Apesar de tudo o que já se fez pela paz, parece inevitável a constatação de Berthand de Jouvenel de que *“nosso século é aquele da técnica terrorista”* e de que o melhor que *“os Estados têm a fazer para se proteger é combater a violência através da cooperação internacional”*<sup>4</sup> As reflexões de B. de Jouvenel, datadas do século XX, são extremamente oportunas para este que se inicia.

Para Raymond Aron, a *“ação terrorista é aquela cujos efeitos psicológicos são desproporcionais aos resultados físicos”*<sup>5</sup>

Revisitar algumas definições nos leva a identificar as características do ato terrorista, quais sejam: a. imprevisibilidade; b. arbitrariedade; c. as vítimas não têm

---

2. Para Freud, a civilização pode ser vista como a *“superção do estado primitivo ou bárbaro”*.

3. In *“Direito penal e direito internacional”*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.

4. In *“De la politique pure”*. Paris, 1977.

5. In *“Paix et guerre entre les nations”*, Paris, 1962.

os meios de evitar; d. amoralidade na intenção (não leva em consideração os argumentos humanitários).

Schwarzenberger destaca o fato de que não podemos confundir atos de “guerrilha” com “terrorismo”. Segundo ele, “os terroristas atuam, às vezes, individualmente, utilizam a força de modo indiscriminado e excessivo, e os atos terroristas não criam, no mais das vezes, guerras internas”. Por outro lado, “guerrilheiros são aqueles que pensam primeiro em termos militares, atuam em grupo e seus atos implicam, quase sempre, em guerras internas”<sup>6</sup>

Como se vê, o terrorismo implica ato cruel, que não deixa à vítima ou vítimas possibilidade de defesa ou proteção frente à sua arbitrariedade e imprevisibilidade.

### 3. Terrorismo: notas sobre seu histórico.

A década de 30 foi importante para que a questão do terrorismo entrasse para a pauta dos temas importantes da ordem jurídica internacional. Dois fatos comoveram a comunidade internacional: os assassinatos do rei Alexandre da Iugoslávia e de Luis Barthou, ministro das Relações Exteriores da França.

A partir destes acontecimentos, o Direito Internacional, como bem demonstrou Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva<sup>7</sup> passou a construir uma nova teia de proteção e prevenção contra atos de terrorismo, e a cooperação internacional passou a ser a palavra de ordem.

Sob esta perspectiva é firmada a *Convenção de Genebra*, de 1937, para a Prevenção e Repressão do Terrorismo. Nela estão definidos como atos terroristas os atos criminosos dirigidos contra o Estado, os crimes contra a vida, integridade, saúde e liberdade, assim como os fatos internacionais que causam danos públicos, e também fabricar e fornecer armas.

Esta Convenção representou um marco no Direito Internacional contra o terrorismo.

Em 1971, a Organização dos Estados Americanos elaborou a *Convenção Para a Prevenção e Repressão de Atos Terroristas*, ratificada pelo Brasil, como se verá mais adiante.

Em 1973, já sob os auspícios da ONU, é celebrada a *Convenção Para a Prevenção e Repressão do Terrorismo* – outro marco fundamental, cuja importância dispensa ulteriores comentários depois do estudo lapidar feito por Luigi Migliorino<sup>8</sup> nos anos 90.

Em 1976, estimulando também outros países, os EUA promulgaram o *Act for the prevention and punishment of crimes against internationally protected persons*, o qual prevê pena de vinte anos para quem praticar atos terroristas.

6. In “*International law and order*”, London, 1971.

7. In “*Terrorismo e direito internacional*”, publicado em “*Carta Mensal*”, v. 42, novembro, 1996.

8. “*La Dichiarazione delle Nazione Unite Sulle Misure per Eliminare il Terrorismo Internazionale*”. In *Rivista di Diritto Internazionale* 1995.



Em 1977, o Conselho de Europa, frente o número expressivo de seqüestros de diplomatas, traz novos princípios de repressão ao terrorismo.

#### 4. O terrorismo à luz das resoluções da ONU e sob a perspectiva da União Européia.

Como vimos no item acima, o terrorismo é um fenômeno internacional e as convenções internacionais têm um papel importantíssimo na repressão de atos contra pessoas ou comunidades. É bem verdade que as convenções se deparam sempre com a limitação, que é a necessidade de sua ratificação, para se tornarem obrigatórias nos planos interno e externo.

Neste cenário criado pelas convenções já citadas, a ONU não parou mais de trabalhar contra o terrorismo e a prevenção de seus efeitos. Vejamos algumas das mais importantes resoluções da Assembléia Geral: a. 49/60 - de 9 de dezembro de 1994 - relação de medidas para eliminar o terrorismo internacional; b. 50/53 - de 11 de dezembro de 1995 - reforço e nova relação de medidas para controlar e eliminar o terrorismo; e, c. 50/210 - de 17 de dezembro de 1996 - novas medidas.

Somam-se a estas outras resoluções do Conselho de Segurança da ONU que expressam a preocupação internacional<sup>9</sup>

Após os atentados de 11 de setembro de 2001 nos EUA, novas resoluções foram proferidas pelo Conselho de Segurança da ONU, ainda mais enfáticas, reforçando os propósitos e princípios da Carta da ONU. Essas novas resoluções reiteram o repúdio ao terrorismo, reafirmam a obrigação dos Estados na prevenção e punição dos atos terroristas e estimulam os Estados no sentido de buscarem um esforço global no combate ao terrorismo<sup>10</sup>

Nesta atmosfera de ação e preocupação da comunidade internacional, os ministros de Justiça da União Européia adotaram, em 6 de dezembro de 2001, uma definição do crime de terrorismo comum aos quinze Estados-membros, na qual terrorismo implica ataque à vida de uma pessoa que pode levar à morte, assim como o ataque à integridade física, seqüestro, tomada de reféns, destruição de instalações públicas, de sistema de transporte, seqüestro de aviões, fabricação ou posse de armas e a ameaça de todos estes atos.

Os quinze Estados-membros irão condenar com pena de quinze anos os crimes mais graves e com oito anos, no mínimo, os outros.

#### 5. Terrorismo: violação dos direitos humanos e dos princípios de Direito Humanitário.

Não resta dúvida, por tudo o que já se disse, que o terrorismo é uma afronta brutal aos direitos humanos e aos princípios de Direito Humanitário. Como se sabe, é um ato amoral.

---

9. Estamos nos referindo às Resoluções 1.267 e 1.269, ambas de 1999.

10. São as Resoluções: 1368, de 12 de setembro, de 2001; 1.373, de 28 de setembro de 2001, e 1.377, de 12 de novembro de 2001.

Atos terroristas violam, de forma abominável, todos os direitos reconhecidos ao homem na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que reconhece e consagra o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º). Da mesma forma, todo homem tem direito a uma ordem social e internacional na qual possa gozar de seus direitos e liberdades.

O fundamento do ato terrorista, ao fazer tremer e amedrontar, é justamente ir de encontro à ordem internacional que assegura ou procura assegurar a não-violência, o equilíbrio entre poder e Direito e que procura ser uma tela forte em que se assentam e robustecem os direitos humanos e os princípios de valorização da Humanidade.

#### 6. O terrorismo e a legislação brasileira.

Com as preocupações acerca da prevenção e punição do terrorismo, foi promulgado no Brasil o Decreto n. 3.018, de 06 de abril de 1999, no qual os atos de terrorismo são caracterizados e tipificados como delitos contra a vida das pessoas. Esse decreto representa a incorporação no Direito brasileiro da Convenção de Washington, de 1971, celebrada sob os auspícios da OEA, que visa punir e prevenir atos terroristas.

#### 7. Punição e prevenção: perspectivas no Direito Penal Internacional.

As preocupações acerca da punição e prevenção estão também na base do Direito Penal Internacional que mesmo sendo um ramo do Direito Internacional se assenta em sólidas normas do Direito Penal e do Direito Internacional Privado. A modernidade do Direito Penal Internacional faz com que seus princípios e fundamentos cada vez mais se apoiem na cooperação penal internacional.

Nesta óptica, o Tribunal Penal Internacional merece destaque e representa hoje, como demonstra Sylvia Steiner<sup>11</sup>, um aliado promissor contra os atos que violam os princípios humanitários.

Cláudia Perrone-Moysés<sup>12</sup>, em estudo lapidar, nos fala da relação de complementaridade do Tribunal Penal e do conceito de soberania contemporânea, e nos faz refletir acerca da atualidade e vigor do sistema de cooperação penal internacional.

Assim, somente por meio de um esforço em torno de uma forte e consistente cooperação entre Estados poderemos caminhar no sentido de uma concreta prevenção e efetiva punição ao terrorismo.

#### 8. Conclusões: a necessidade de revisão do Direito Internacional.

Não-obstante tudo o que já se disse e se fez no âmbito do Direito Internacional em defesa dos direitos humanos e do fortalecimento dos princípios

---

11. In *"O Tribunal Penal Internacional"*. Publicado na Revista do Tribunal Regional da 3a. Região, janeiro, 2001.

12. In *"O Estatuto do tribunal Penal Internacional e soberania contemporânea"*. Publicado na *Revista Política Externa*, v. 8, maio de 2000.

humanitários, talvez tenhamos chegado ao momento de conduzir o homem para o centro de nossas atenções e preocupações. Estamos nos referindo aqui ao homem, suas frustrações, necessidades e aspirações.

Como nos ensina Hannah Arendt, *“em termos de política, não basta dizer que violência e poder não são, muitas vezes, a mesma coisa”* Segundo ela, *“poder e violência se opõem; onde um deles domina totalmente, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em perigo. Resulta do desaparecimento do poder... A violência pode destruir o poder, mas é incapaz de criá-lo...”*<sup>13</sup>

As reflexões de Hannah Arendt nos convidam a relacionar os atentados terroristas recentes à teoria dos sistemas e ao dilema do prisioneiro, isto é, nos impulsionam a continuar pensando naquele diálogo entre Einstein e Freud, com o qual começamos este texto, e no que pode ser feito, por meio de um Direito Internacional mais “humanizado”, para proteger a Humanidade do perigoso impulso de agressão.

São Paulo, maio de 2002.

---

13. In *“Crimes da República”*, São Paulo, 1973.



# A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS PELA PRÁTICA DE ATOS ILÍCITOS INTERNACIONAIS

*Roberto Chacon de Albuquerque*

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo e Brasília.

## Resumo:

A teoria da responsabilidade do Estado em seus aspectos centrais, envolvendo os casos de tratamento dados aos estrangeiros, além de direitos e deveres garantidos aos cidadãos fora do Estado de origem, em consonância com a legislação nacional de cada país. Outras espécies de responsabilidade do Estado, incluso relação a tratados comerciais, com ênfase aos cidadãos que vivem no Exterior.

## Abstract:

The State's liability theory on its central aspects, involving the cases of foreigner's treatment, in addition to the rights and duties guaranteed to the citizens out of the origin State, keeping with the national legislation of each country. Another species of liability, added the ones related to the comercial agreement, emphasized the citizens that live in the Exterior.

**Unitermos:** projeto de responsabilidade do Estado; ato ilícito internacional; crimes contra a Paz; segurança da Humanidade.

## Introdução.

Os aspectos centrais da teoria da responsabilidade dos Estados pela prática de atos ilícitos internacionais desenvolveram-se a partir de casos envolvendo o tratamento de estrangeiros e o assim chamado padrão mínimo internacional.<sup>1</sup> Os direitos e deveres dos estrangeiros são disciplinados pela legislação nacional de cada país e por tratados. Quando o tratamento concedido a um estrangeiro não corresponde ao padrão mínimo exigido pelo Direito Internacional, o Estado em questão é considerado então como tendo violado um interesse resguardado pelo Direito Internacional em benefício do Estado de origem do estrangeiro.<sup>2</sup> A responsabilidade internacional do Estado diz

---

1. MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Londres/Nova York: Routledge, 7ª ed., p. 256.

2. BISHOP, WM. W. General Course of Public International Law. In: *Recueil des Cours 1965*. Leyde: Académie de Droit International, (115):385, 1965.

respeito, tradicionalmente, portanto, sobretudo aos danos causados a estrangeiros.<sup>3</sup> Existem outras espécies de responsabilidade do Estado por atos ilícitos internacionais, tais como a proveniente de danos causados diretamente a outro Estado. Quando se discorre sobre a responsabilidade internacional do Estado com relação a tratados comerciais, trata-se de uma parte do Direito Internacional com conseqüências imediatas e práticas também para os cidadãos que não vivem no Exterior.<sup>4</sup> A responsabilidade é o corolário do direito. A violação de todo direito com projeção internacional enseja, ainda que potencialmente, a responsabilidade do Estado que o violou.<sup>5</sup>

Quando um Estado pratica ou facilita a prática de um ato ilícito internacional, ele pode se tornar responsável pela prática deste ato.<sup>6</sup> Um ato internacionalmente ilícito pode consistir, por exemplo, na violação de direitos públicos ou privados de estrangeiros. Os direitos de seus próprios cidadãos (escravidão, genocídio, *apartheid* ou outras violações aos direitos humanos), bem como os direitos de um grupo étnico (por exemplo, o direito à autodeterminação), também podem ser objeto de um ato ilícito internacional.<sup>7</sup> O ato ilícito pode ir de encontro aos direitos de um Estado,<sup>8</sup> de um grupo de Estados,<sup>9</sup> de um sujeito de Direito Internacional que não seja um Estado<sup>10</sup> ou da comunidade internacional como um todo<sup>11 e 12</sup>. Se um Estado viola uma norma de Direito consuetudinário Internacional, que se consolida em função da práxis desenvolvida pelos Estados,<sup>13</sup> ou uma obrigação proveniente de um tratado

3. *Idem, ibidem*, p. 384: "When we speak of 'State Responsibility' we mean that area of international law which from the standpoint of the defendant state is thought of as 'State responsibility for injury to aliens'; from the plaintiff state regarded as 'Diplomatic protection of citizens abroad'; and from the procedural standpoint described as 'International claims'."

4. *Id., ib.*, p. 384.

5. GRAY, Christine. Is There an International Law of Remedies. *The British Year Book of International Law 1985*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 29: "Perhaps the best-known judicial statement on this topic are those of Judge Huber in the Spanish Zone of Morocco claims that 'Responsibility is the necessary corollary of a right. All rights of an international character involve international responsibility.'"

6. Todo Estado tem a obrigação de prevenir a ocorrência de danos com projeção internacional, bem como de abster-se do exercício de seus próprios direitos, quando os mesmos forem potencialmente uma fonte de danos que ultrapassem suas fronteiras, como a poluição atmosférica, mesmo em se tratando de atividades lícitas. Tais atividades tornam-se ilícitas quando elas violam a obrigação internacional de não-interferência.

7. QUIGLEY, John. Complicity in international law: a new direction in the law of state responsibility. *The British Year Book of International Law 1986*, Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 78.

8. Projeto sobre Responsabilidade do Estado adotado pela Comissão de Direito Internacional em 11 de agosto de 2000 (doravante, o "Projeto"), art. 43, "a"

9. *Ibidem*, art. 43, "b"

10. Uma organização internacional, por exemplo.

11. Projeto, art. 43, "b".

12. John Quigley, *ob. cit.*, p. 78: "The International Law Commission has stated that a State is liable as an accessory whether the principal wrongful act is committed against a State or a particular group of States, a subject of international law other than a State, or the international community as a whole."

13. *Idem, ibidem*, p. 81: "Customary norms are developed by State practice."

por ele ratificado, ele comete um ato ilícito internacional.<sup>14</sup> O Estado torna-se responsável por esta violação, cujas conseqüências podem ser graduadas em função da culpa<sup>15</sup> <sup>16</sup>

Não existe um tratado específico disciplinando, exaustivamente, a responsabilidade internacional dos Estados pela prática de atos ilícitos;<sup>17</sup> este ramo do Direito Internacional Público ainda não foi completamente normatizado. Se levarmos em consideração a quantidade de comitês arbitrais, os EUA têm sido os participantes mais freqüentes em casos envolvendo a responsabilidade internacional do Estado.<sup>18</sup> O Direito Internacional tem sido apenas parcialmente efetivo em impedir que Estados violem direitos protegidos internacionalmente.<sup>19</sup> A responsabilização dos Estados em função da prática de atos ilícitos ainda não atingiu um nível satisfatório de maturidade.<sup>20</sup> Para que um Estado seja responsabilizado internacionalmente, devem-se esgotar os recursos internos.<sup>21</sup>

A Comissão de Direito Internacional tem procurado normatizar a responsabilidade dos Estados em virtude da prática de atos<sup>22</sup> que são proibidos pelo Direito Internacional.<sup>23</sup> O Projeto sobre Responsabilidade do Estado<sup>24</sup>, adotado pela

---

14. Peter Malanczuk, ob. cit., p. 254.

15. CAPOTORTI, Francesco. Cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours 1994*. Dordrecht/Boston/London, Académie de Droit International, (248):253, 1995: “[...] elle est considérée comme un facteur déterminant le degré des conséquences du fait illicite.”

16. HIGGINS, R. General Course on Public International Law. In: *Recueil des Cours 1991*, Dordrecht/Boston/London: Académie de Droit International, (230):196-197, 1993.

17. John Quigley, ob. cit., p. 81: “There is as yet no treaty on the law of State responsibility.”

18. WM. W. Bishop, ob. cit., pp. 385-386: “Measured by the international arbitral commissions set up to deal with groups of such claims, the United States has been the leading participant, appearing both as plaintiff and as defendant in these cases.”

19. John Quigley, ob. cit., p. 104: “International law has proved only partially effective in keeping States from violating internationally protected rights.”

20. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 247: “[...] il est au moins opportun d’attendre que le chapitre concernat les conséquences des faits illicites atteigne un niveau satisfaisant de maturité.”

21. *Idem*, *ibidem*, p. 244: “Dans ce cas, l’obligation peut être considérée violée dans le seul cas où les particuliers intéressés auraient épuisé les recours internes efficaces qui leurs sont disponibles, sans obtenir le traitement prévu par l’obligation (ou bien, dans les cas où cela n’était pas possible, un traitement équivalent).”

22. A Comissão de Direito Internacional também tem procurado redigir um código internacional relativo aos crimes contra a paz e segurança da Humanidade, bem como tem estudado o tema da responsabilidade internacional do Estado por danos causados por atividades lícitas, o que implicaria a obrigação de indenizar terceiros em virtude de conseqüências danosas derivadas de atividades consideradas perigosas.

23. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 272.

24. Entre países com leis e costumes similares, com maior paridade em termos de desenvolvimento econômico, a responsabilização internacional do Estado pela prática de atos ilícitos pode ocorrer com mais raridade. A responsabilidade internacional dos Estados pela prática de atos ilícitos constituiria um resquício do colonialismo e do imperialismo, aumentando o ressentimento das Nações pobres com relação às normas impostas pelas Nações ricas.

Comissão de Direito Internacional (CDI), em 11 agosto de 2000<sup>25</sup> será analisado em seguida. Em princípio, a prática de qualquer ato ilícito internacional torna o Estado responsável internacionalmente.<sup>26</sup>

### 1. Imputação pela prática de atos ilícitos.

O ato ilícito internacional deve ser imputado, de acordo com o Direito Internacional, a um Estado. Todo Estado em cujo território ocorreu um ato contrário ao Direito Internacional tem a obrigação de dar explicações sobre o mesmo e de fornecer meios para a investigação do ocorrido.<sup>27</sup>

Para que um Estado seja responsabilizado, deve ter ocorrido uma conduta ilícita internacional que lhe possa ser imputada, pouco importando se esta conduta provém do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário,<sup>28</sup> bem como se constitui uma ação ou uma omissão desses Poderes em agir em situações nas quais deveriam ter agido<sup>29</sup> e<sup>30</sup>. Quando o ato lesivo houver sido praticado pelo Poder Judiciário, em função de sua independência, o Estado só será responsabilizado, quando o tratamento judicial concedido ao estrangeiro houver sido ultrajante.<sup>31</sup> Os Estados, que agem apenas mediante seus agentes,<sup>32</sup> podem ser responsabilizados por condutas ilícitas internacionais praticadas por qualquer um de seus órgãos.<sup>33</sup> A conduta ilícita é imputada internacionalmente ao Estado não apenas porque o *status* do órgão é reconhecido pelo Direito Interno, mas porque a ação ou omissão específica foi executada por um agente investido na qualidade de órgão do Estado.<sup>34</sup> Um Estado pode ser mais facilmente responsabilizado quando o ato ilícito tiver sido praticado por agentes mais graduados.<sup>35</sup>

25. Ver: Lauterpacht Research Centre for International Law. State Responsibility Project. <http://www.law.cam.ac.uk/rcil/ILCSR/Statresp.htm> (16.06.02)

26. Projeto, art. 1º.

27. The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland / People's Republic of Albania) I.C.J. Reports 1947-48.

28. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 250: "*L'appartenance de chaque institution au pouvoir constituant, à celui législatif, exécutif ou judiciaire, ou encore à un autre pouvoir, est une circonstance insignifiante, et il en va de même pour le caractère international ou interne des fonctions respectives, ainsi que pour leur position supérieure ou subordonnée dans le cadre de l'organisation de l'État (cela est établi par l'article 6).*"

29. Projeto, art. 4º, § 1º.

30. WM. W. Bishop, ob. cit., p. 393: "*There must be internationally illegal conduct which can be attributed to the state, whether it be action by the legislative, executive and administrative, or judicial organs of that state, or failure of those organs to act in situations where they should have acted.*"

31. *Idem, ibidem*, p. 397.

32. Projeto, art. 4º, § 2º.

33. Projeto, art. 4º, § 1º.

34. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 248.

35. WM. W. Bishop, ob. cit., p. 396: "*Liability may be more quickly found when the wrong is done by higher officials than by lower [...].*"



Todo Estado pode ser responsabilizado internacionalmente pela violação de obrigações internacionais, mesmo se tal violação for praticada por uma entidade que não constitua um órgão estatal, mas exerça elementos da autoridade estatal.<sup>36</sup> Ele tem a obrigação de eliminar o incitamento à violência e de promover a disseminação de informações que não-incitem à violência, podendo ser responsabilizado internacionalmente em virtude da omissão em adotar medidas policiais ou judiciais para prevenir ou punir condutas ilícitas. Caso uma pessoa ou um grupo de pessoas praticar uma conduta ilícita a mando de um Estado, tal Estado também pode tornar-se responsável internacionalmente pela prática desta conduta.<sup>37</sup>

Qualquer Estado, no tratamento conferido aos estrangeiros, deve respeitar um padrão mínimo de Justiça, reconhecido internacionalmente.<sup>38</sup> Não-basta que um Estado confira aos estrangeiros o mesmo tratamento concedido aos seus nacionais. Um padrão mínimo de Justiça, comum a todos os países civilizados, precisa ser respeitado no tratamento dos estrangeiros.<sup>39</sup> A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, confirmou a existência de um padrão mínimo de Justiça, reconhecido internacionalmente.<sup>40</sup>

Várias espécies de conduta, provenientes tanto de funcionários públicos civis quanto de funcionários públicos militares, podem lesar estrangeiros. Sem considerar o não-cumprimento de tratados internacionais, pode-se mencionar a prisão ilegal, a lesão corporal, o assassinato de estrangeiros; a destruição da propriedade ou a apreensão arbitrária de bens pertencentes a estrangeiros; o não-cumprimento arbitrário de cláusulas contratuais celebradas com estrangeiros. Um Estado também pode ser responsabilizado internacionalmente por ter-se mostrado incapaz de proteger razoavelmente estrangeiros contra atitudes lesivas praticadas por indivíduos isoladamente, bem como por ter-se mostrado incapaz de processar ou punir tais indivíduos.<sup>41</sup>

Caso o ato lesivo ao estrangeiro houver sido praticado em virtude de distúrbios provocados por multidões, o Estado será responsabilizado caso se comprovar que seus agentes participaram destes distúrbios, ou que o Estado não se esforçou razoavelmente para impedir a ação das multidões, ou ainda que não se esforçou razoavelmente para processar e punir os participantes dos distúrbios.<sup>42</sup> Um Estado que

---

36. Projeto, art. 5º-9º

37. *Ibidem*, art. 6º.

38. JENNINGS, R.Y. General Course on Principles of International Law. In: *Recueil des Cours 1967*. Leyde: Académic de Droit International, (121):487, 1969: "Thus in the locus classicus of the international minimum standard – the Neer claim – the General Claims Commission between the United States and Mexico defined the international standard in a much-quoted passage as follows: ... The propriety of governmental acts should be put to the test of international standards...".

39. WM. W. Bishop, ob. cit., pp. 393-394.

40. R.Y. Jennings, ob. cit., p. 488.

41. WM. W. Bishop, ob. cit., p. 396.

42. *Idem, ibidem*, p. 398.

demonstre muito descaso em punir os responsáveis por um ato ilícito praticado contra um estrangeiro pode, efetivamente, terminar sendo considerado cúmplice na prática deste ato.<sup>43</sup> Caso representantes de um Estado se envolverem na execução ilegal de um estrangeiro, tal Estado torna-se responsável por essa conduta ilícita.

Embora os agentes secretos franceses tenham supostamente agido *ultra vires* na explosão do “*Rainbow Warrior*”, no porto de Auckland, Nova Zelândia, embarcação do Greenpeace que denunciava ao mundo os experimentos nucleares franceses no Atol de Mururoa, a França foi considerada responsável por tais atos.<sup>44</sup> O Estado pode tornar-se responsável por atos *ultra vires* de seus agentes, mesmo se tais atos tiverem sido praticados contrariamente a instruções dadas pelo próprio Estado.<sup>45</sup>

Danos sofridos por estrangeiros, praticados por revolucionários que não lograram transformar-se em autoridade constituída, não costumam ensejar a responsabilidade internacional do Estado. Parte-se do princípio de que revolucionários não são agentes do governo, e que o governo deve ter feito todo o possível para combater tal revolução. Quando, no entanto, os revolucionários conquistam o poder e se transformam em autoridade constituída, o Estado torna-se responsável pelos danos sofridos por estrangeiros durante a revolução.<sup>46 e 47</sup> O Governo mexicano foi considerado como responsável pelo fuzilamento de cidadãos americanos durante a Revolução Mexicana. O Estado iraniano foi considerado responsável por não ter protegido os funcionários e os arquivos da Embaixada Americana dos ataques de militantes fundamentalistas no início da Revolução Islâmica.<sup>48</sup>

William Bishop, já em 1965, alertava para o não-cumprimento de cláusulas contratuais celebradas pelo Estado com estrangeiros.<sup>49</sup> Qualquer espécie de contrato, inclusive licenças patentárias. Cláusulas contratuais desta natureza fundamentam-se no Direito Nacional, não no Direito Internacional. O Direito Internacional seria violado, caso o Estado lançasse mão de sua potestade para cancelar ou repudiar cláusulas contratuais.<sup>50</sup>

Não se atribuem ao Estado os atos ilícitos praticados por órgãos de outro Estado em seu próprio território, tampouco os de um órgão de uma organização internacional no território de um Estado, nem os de um movimento insurrecional, salvo

43. R.Y. Jennings, ob. cit., p. 496.

44. R. Higgins, ob. cit., p. 200.

45. *Idem, ibidem*, pp. 200-201.

46. Projeto, art. 10.

47. WM. W. Bishop, ob. cit., pp. 398-399.

48. Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran: Order (Request for the Indication of Provisional Measures) 15.12.1979 (United States of America / Iran) I. C.J. Reports 1979.

49. WM. W. Bishop, ob. cit., p. 399.

50. *Idem, ibidem*, p. 399: “Violation of international law is more likely to be asserted, and found, when the state party to the contract has used its political power to cancel or repudiate the contract, in a way in which a private individual could not if the contract had been made with him instead of with the state.”

se o aparato estatal tiver sido colocado à disposição da prática do ato ilícito.<sup>51</sup>

Um Estado que auxilie outro Estado na prática de um ato ilícito internacional pode ser responsabilizado, caso aquele Estado estiver a par das circunstâncias que envolveram a prática do ato ilícito e se o ato se tornasse internacionalmente ilícito mesmo se tivesse sido praticado por ele<sup>52 e 53</sup>. O Estado cúmplice também pode ser responsabilizado, já que sem seu auxílio o outro Estado não teria conseguido praticar o ato ilícito.<sup>54</sup>

Várias são as hipóteses em que se fundamenta a cumplicidade: a) permitir que seu território seja utilizado para a prática de atos ilícitos; por exemplo: permitir a utilização de seu território como base logística para a prática de atos terroristas no Exterior; b) realizar atos políticos que promovam a prática de atos ilícitos; por exemplo: enviar missões diplomáticas que reconhecessem a jurisdição da Indonésia sobre Timor-Leste; e c) ajudar materialmente outros Estados na prática de atos ilícitos; por exemplo: ajudar militarmente a Indonésia durante a ocupação de Timor-Leste.<sup>55</sup>

## 2. Elementos do ato ilícito.

É o Direito Internacional que caracteriza a ilicitude internacional de um ato praticado por um Estado, e não o Direito Nacional.<sup>56</sup> Para que um Estado seja responsável por um ato ilícito internacional, é necessário que sua conduta, comissiva ou omissiva, lhe seja imputável de acordo com o Direito Internacional. Tal conduta deve constituir uma violação de uma obrigação internacional<sup>57 e 58</sup>. Quando um ato praticado por um Estado não se coaduna com o que é exigido dele por uma obrigação internacional, materializa-se o ato ilícito internacional.<sup>59</sup> A existência do ato ilícito internacional independe da origem ou do caráter da obrigação violada, da fonte que a fez nascer.<sup>60</sup> A obrigação pode ter uma origem consuetudinária ou convencional. O conteúdo da obrigação é indiferente no que diz respeito às conseqüências da violação. O fator temporal, por outro lado, tem importância no exame da existência da violação de uma obrigação internacional. O ato ilícito deve ocorrer no momento em que a obrigação violada estava em vigor com respeito ao Estado que a violou.<sup>61</sup>

---

51. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 250.

52. Quem praticou o ilícito também é responsável, independentemente.

53. Projeto, art. 16.

54. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 255.

55. John Quigley, ob. cit., pp. 83-95.

56. Projeto, art. 3º

57. *Ibidem*, art. 2º.

58. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 242.

59. Projeto, art. 12.

60. *Ibidem*, art. 12.

61. *Ib.*, art. 13.

A violação de uma obrigação internacional mediante um ato de um Estado que não tenha uma natureza contínua ocorre no momento em que o ato for praticado, mesmo se seus efeitos persistirem.<sup>62</sup> A violação de uma obrigação internacional por um ato de um Estado que tenha uma natureza contínua, a seu turno, estende-se ao longo de todo o período durante o qual o ato continuar a ser praticado e não permanecer em conformidade com a obrigação internacional violada.<sup>63</sup> A violação de uma obrigação internacional que exija de um Estado a não-ocorrência de um dado evento ocorre quando este sobrevier e estende-se durante todo o período em que o evento persistir e não permanecer em conformidade com a obrigação internacional violada.<sup>64</sup>

Por sua vez, a violação de uma obrigação internacional por um Estado mediante uma série de atos ou omissões definidas em seu todo como ilícitas verifica-se quando a ação ou omissão ocorrer de uma maneira que, levando em consideração outras ações ou omissões, seja suficiente para constituir o ato ilícito.<sup>65</sup> Neste caso, a violação persiste enquanto tais ações ou omissões forem repetidas e não permanecerem em conformidade com a obrigação internacional.<sup>66</sup>

Não se pode procurar responsabilizar internacionalmente um Estado, caso não se respeitar o princípio da nacionalidade da reclamação e caso não se tiverem esgotado os recursos internos.<sup>67</sup>

### 3. Nacionalidade.

O estrangeiro não tem o direito de obrigar seu Estado de origem a tomar qualquer espécie de medida contra o Estado que teria lesado seus interesses. Cabe ao seu Estado de origem, discricionariamente, avaliar em que medida cumpre adotar medidas<sup>68</sup> <sup>69</sup> Se a reclamação do seu nacional for considerada pertinente, o Estado de origem do estrangeiro procurará, mediante seus agentes diplomáticos, entrar em acordo com o Estado acusado de praticar o ilícito, que pode assumir *incontinenti* sua responsabilidade e pagar uma indenização, ou qualquer outra forma de reparação, ao estrangeiro que tiver sido lesado. Se esta tentativa não for bem sucedida, se os Estados não chegarem a um acordo, o litígio poderá ser submetido a arbitragem,<sup>70</sup> ou mesmo à

---

62. *Ib.*, art. 14, 1º

63. *Ib.*, art. 14, § 2º

64. *Ib.*, art. 14, § 3º

65. *Ib.*, art. 15, § 1º

66. *Ib.*, art. 15, § 2º

67. *Ib.*, art. 45.

68. Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited: Second Phase 05.02.1970 (Belgium / Spain) I.C.J. Reports 1970.

69. Peter Malanczuk, *ob. cit.*, p. 257.

70. Quando dois Estados decidem recorrer à arbitragem, ele constituem, por livre escolha, um juízo arbitral, para julgar o litígio (Cf. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 1985, p. 255).

Corte Internacional de Justiça.<sup>71</sup> Quando os Estados praticam sérias condutas anti-sociais contra estrangeiros, geralmente elas não podem ser satisfatoriamente combatidas sem que o Estado de origem do estrangeiro intervenha em seu socorro.<sup>72</sup>

Organizações internacionais, como as Nações Unidas, também podem demandar compensações em benefício de seus agentes.<sup>73</sup> Se uma organização pode ser parte de tratados internacionais, ela também pode ser considerada responsável pelo descumprimento de cláusulas previstas num tratado internacional.<sup>74</sup> Ao defender os interesses de seus agentes, uma organização internacional também estaria defendendo seus próprios interesses.<sup>75</sup>

Caso não haja um tratado específico que discipline o litígio, antes de o Estado de origem do estrangeiro agir, seja tentando, mediante seus agentes diplomáticos, convencer o Estado que teria lesado os interesses de seu nacional a pagar uma indenização, seja recorrendo a arbitragem, é preciso que se observem dois requisitos fundamentais. Primeiro, o estrangeiro precisa ser efetivamente nacional do Estado demandante. Segundo, os recursos locais, disponíveis no Estado demandado, devem ter sido esgotados.<sup>76</sup>

Para determinar se um estrangeiro é nacional do Estado demandante, deve-se observar o que dispõe a lei deste Estado.<sup>77</sup> São poucos os precedentes em que comitês arbitrais não consideraram prejudicados casos dizendo respeito a indivíduos que eram nacionais tanto do Estado demandado quanto do Estado demandante.<sup>78</sup>

Quando se tratar de pessoas jurídicas, será o Estado de nacionalidade da pessoa jurídica que terá o direito de agir como Estado demandante, em benefício de seus interesses. A nacionalidade da empresa será, normalmente, determinada em função de sua sede social. Embora não se costume exigir que nacionais sejam proprietários da empresa que o Estado demandante pretende defender, se não houver uma substancial participação<sup>79</sup> de nacionais do Estado na titularidade da pessoa jurídica,<sup>80</sup> pode-se considerar que o Estado não tem interesse de agir.<sup>81</sup>

---

71. WM. W. Bishop, ob. cit., pp. 386-387.

72. R. Y. Jennings, ob. cit., p. 512.

73. *Idem, ibidem*, p. 477.

74. *Id., ib.*, p. 497: "If an international organization can make treaties, it must also be capable of incurring liability for breach of a treaty."

75. *Id., ib.*, p. 479.

76. WM. W. Bishop, ob. cit., p. 387.

77. *Idem, ibidem*, p. 388.

78. *Id., ib.*, p. 390.

79. Como "substancial participação", pode-se entender o controle acionário de sociedades com capital aberto (Cf. BISHOP, WM. W. General Course of Public International Law. In: *Recueil des Cours 1965*. Leyde: Académie de Droit International, (115):389, 1965, p. 389).

80. Os nacionais que detêm o controle de uma empresa-matriz podem ter mais interesse de agir do que os nacionais de uma empresa-filial, já que aqueles sofrerão mais concretamente com os prejuízos que forem impostos àquela pelo Estado demandado (Cf. BISHOP, WM. W. General Course of Public International Law. In: *Recueil des Cours 1965*. Leyde: Académie de Droit International, (115):389-391, 1965).

81. WM. W. Bishop, ob. cit., p. 389.

Caso não haja nenhum tratado dispondo em contrário, para que o Estado demandante tenha o direito de adotar medidas contra o Estado demandado, o indivíduo ou empresa precisa ser seu nacional não-só quando do surgimento do litígio, mas também quando do começo das negociações diplomáticas ou dos procedimentos judiciais.<sup>82</sup> Deve haver a existência de um vínculo de nacionalidade quando do surgimento do dano.<sup>83</sup>

Como os indivíduos não seriam sujeitos do Direito Internacional, sua proteção só poderia ser alcançada mediante outras entidades jurídicas que gozam de personalidade jurídica internacional.<sup>84</sup> Quando um Estado defende os interesses de seus nacionais, ele estaria defendendo seus próprios interesses.<sup>85</sup> Ao defender um de seus nacionais, o Estado estaria defendendo a si mesmo.<sup>86</sup> O Estado constituiria o sujeito da demanda, enquanto o indivíduo, o objeto.<sup>87</sup> O Estado sofre, indiretamente, um dano através de seu nacional.<sup>88</sup> Não se pode procurar responsabilizar internacionalmente um Estado, caso o Estado lesado<sup>89</sup> houver desistido da reclamação de uma maneira inequívoca ou caso se considerar que o mesmo, em função de sua conduta, aquiesceu validamente na prescrição da reclamação<sup>90 e 91</sup>

Com o estabelecimento de tribunais internacionais, aos quais os indivíduos possam recorrer para processar Estados estrangeiros por danos sofridos com desrespeito ao Direito Internacional,<sup>92</sup> o processo de responsabilização do Estado por danos cometidos contra estrangeiros pode tornar-se menos sujeito a ingerências políticas.<sup>93</sup>

82. *Idem, ibidem*, p. 391: “Thus for State A to establish its right to press the claim, the claim must have been of State A’s nationality at the time it arose, and still be of State A’s nationality at the time the claim is presented through diplomatic channels or taken before a tribunal.”

83. R.Y. Jennings, *ob. cit.*, p. 476: “[...] it should follow that the existence of a nationality link at the moment of the injury would suffice.”

84. *Idem, ibidem*, p. 480.

85. *Id., ib.*, p. 479.

86. Peter Malanczuk, *ob. cit.*, p. 263.

87. R.Y. Jennings, *ob. cit.*, p. 474: “The theory, then, is that the State is the subject of the claim, whilst the injured individual the mere object of the claim.”

88. *Idem, ibidem*, p. 479.

89. Por “Estado lesado”, entende-se, neste texto, o Estado sujeito às consequências da prática do ato ilícito.

90. Para a doutrina Calvo, enunciada pelo jurista argentino Carlos Calvo, os estrangeiros não fariam jus a direitos e privilégios não concedidos aos nacionais. Portanto, em se verificando tal hipótese, os estrangeiros não poderiam obrigar seu Estado de origem a tomar qualquer espécie de medida contra o Estado que teria lesado seus interesses.

91. Projeto, art. 46.

92. W.M. W. Bishop, *ob. cit.*, p. 414.

93. *Idem, ibidem*, p. 414.

#### 4. Esgotamento dos recursos internos.

Outro pré-requisito é o esgotamento dos recursos internos. O exercício da jurisdição doméstica associa-se a princípios com alta projeção política, como independência e soberania,<sup>94</sup> que corporificam o respeito que cada Estado concede ao outro. Um indivíduo não pode, tendo sofrido as consequências de um ato ilícito internacional praticado por um Estado estrangeiro, processá-lo em seu país de origem.<sup>95</sup> Para que um Estado demandante adote medidas contra o Estado demandado, os recursos internos precisam ser esgotados. Amistosamente, podem acordar, o Estado demandado e o Estado demandante, que o esgotamento dos recursos internos não constitui um pré-requisito para a adoção de medidas.<sup>96</sup> O esgotamento dos recursos internos não é exigido, quando inexistirem recursos internos efetivos, ou quando o acesso aos mesmos revelar-se irrelevante<sup>97 e 98</sup>

Um tribunal internacional não analisará uma demanda internacional em benefício de um nacional, caso não se comprovar que o nacional esgotou em vão os recursos internos disponíveis no Estado demandado.<sup>99</sup> Ao Estado demandado, precisa ser dada a oportunidade de fazer Justiça em benefício do estrangeiro, em conformidade com seu próprio ordenamento jurídico.<sup>100</sup> Uma companhia suíça, que teve seus bens apreendidos nos EUA durante a Segunda Guerra Mundial sob acusação de que tinha colaborado com a empresa alemã I.G. Farben, recorreu à Corte Internacional de Justiça (CIJ). A CIJ decidiu que os recursos internos não haviam sido exauridos<sup>101</sup> Uma demanda internacional não constitui uma segunda instância, um recurso a uma decisão estrangeira considerada insatisfatória. Para que uma demanda internacional seja viável juridicamente, ela precisa se fundamentar em princípios do Direito Internacional.<sup>102</sup> O dano sofrido pelo nacional do Estado demandante<sup>103</sup> deve constituir um ilícito sob

---

94. R.Y. Jennings, ob. cit., p. 499.

95. CARON, David D. Iraq and the Force of Law: Why give a shield of Immunity? *American Journal of International Law*, 85(1):90, Jan. 1991.

96. WM. W. Bishop, ob. cit., p. 392.

97. O esgotamento dos recursos internos só é exigido quando o ato ilícito houver sido praticado nos limites da jurisdição do Estado demandado. Se o ato ilícito houver sido praticado em alto mar, ou no exterior, o esgotamento dos recursos internos não é exigida.

98. WM. W. Bishop, ob. cit., pp. 392-393.

99. R.Y. Jennings, ob. cit., p. 480.

100. *Idem, ibidem*, p. 480.

101. Interhandel Case (Switzerland / United States of America) I.C.J. Reports 1959.

102. Peter Malanczuk, ob. cit., p. 268.

103. Caso o dano alegado for considerado como tendo sido sofrido diretamente pelo Estado demandante, ainda assim o esgotamento dos recursos internos pode ser exigido (Cf. JENNINGS, R.Y. General Course on Principles of International Law. In: *Recueil des Cours 1967*. Lcydc : Académie de Droit International, (121):482-483, 1969).

o ponto de vista do Direito Internacional.<sup>104</sup>

O comportamento do Poder Judiciário pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado, quando a autoridade judicial negar o acesso à Justiça ao estrangeiro, como meio deste fazer valer seus direitos subjetivos, ou houver atraso injustificado no exercício das funções judiciais. Também se incluiria nessa exceção a hipótese de pronunciamento de um julgamento com violação aberta à lei, do qual um estrangeiro seja vítima.<sup>105</sup>

##### 5. Circunstâncias excluindo a ilicitude.

Várias circunstâncias podem excluir a ilicitude de um ato internacional, interrompendo o nexo causal entre a prática do ato ilícito e a responsabilidade do Estado que é autor deste ato. As circunstâncias são as seguintes: consentimento,<sup>106</sup> cumprimento de uma norma imperativa de Direito Internacional,<sup>107</sup> legítima defesa,<sup>108</sup> represálias com respeito a um ato ilícito internacional,<sup>109</sup> força maior,<sup>110</sup> extrema necessidade<sup>111</sup> e estado de necessidade<sup>112</sup>.

O consentimento exclui a ilicitude de um ato internacional se o ato praticado circunscrever-se dentro dos limites deste consentimento.<sup>113</sup> O consentimento deve ser anterior ou contemporâneo à prática do ato ilícito, já que um consentimento posterior equivaleria à renúncia ao direito do Estado lesado de obter reparação.<sup>114</sup> A exclusão da ilicitude não ocorrerá se a obrigação derivar de uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Um ato internacional perde sua natureza ilícita se se tornar obrigatório em virtude de uma norma imperativa de Direito Internacional; é muito difícil que isto ocorra.<sup>115</sup> A definição de norma imperativa de Direito Internacional geral está prevista na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 53.<sup>116</sup>

104. R. Y. Jennings, ob. cit., p. 481: *"Indeed the claim is bound to be different from the claim before the municipal courts if only because it is now the claim of the State and no longer the claim of the individual."*

105. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 251.

106. Projeto, art. 20.

107. *Ibidem*, art. 21.

108. *Ib.*, art. 22.

109. *Ib.*, art. 23.

110. *Ib.*, art. 24.

111. *Ib.*, art. 25.

112. *Ib.*, art. 26.

113. *Ib.*, art. 20.

114. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 256: *"[...] un consentement postérieur serait au contraire une renonciation au droit de l'État lésé d'obtenir la réparation."*

115. *Idem*, *ibidem*, p. 243.

116. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, art. 53: *"É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente"*



Outra circunstância que exclui a ilicitude de um ato internacional – e não enseja, portanto, a responsabilidade do Estado que agiu – verifica-se quando o ato representa uma medida legítima de autodefesa, tomada em conformidade com a Carta das Nações Unidas.<sup>117</sup> Considera-se admissível a legítima defesa com respeito a um Estado que tenha enviado grupos armados ao território de outro Estado.<sup>118</sup> A Carta das Nações Unidas, art. 51, reconhece o direito natural à legítima defesa contra uma agressão armada. Ela estabelece duas espécies de limites à legítima defesa. Um Estado-membro das Nações Unidas só pode lançar mão da legítima defesa, caso for objeto de uma agressão armada (limite objetivo) e até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para manter a paz e a segurança internacionais (limite temporal).

Um Estado pode lançar mão de represálias contra um Estado responsável pela prática de um ato ilícito internacional.<sup>119</sup> As represálias armadas são proibidas, bem como a utilização da força ou a ameaça de sua utilização.<sup>120 e 121</sup> Tampouco as represálias podem violar direitos humanos fundamentais, obrigações de caráter humanitário, obrigações derivadas de normas imperativas de Direito Internacional geral e a obrigação de respeitar a inviolabilidade de agentes diplomáticos ou consulares.<sup>122</sup> As represálias devem ser limitadas à suspensão do cumprimento de uma ou mais obrigações internacionais.<sup>123</sup>

Toda represália deve ser proporcional em relação ao prejuízo sofrido, levando-se em consideração a gravidade do ato ilícito internacional e os direitos em questão<sup>124 e 125</sup>. A adoção de represálias<sup>126</sup> não deve colocar em risco a paz e a segurança internacionais.<sup>127</sup> Não se admite a adoção de represálias, caso se tenha submetido a disputa a um tribunal judicial ou arbitral com o poder de tomar decisões obrigatórias

---

*Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.”*117. Projeto, art. 22.

118. *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua / United States of America)* I.C.J. Reports 1984.

119. Projeto, art. 50, § 1º.

120. Projeto, art. 51, § 1º, “a”.

121. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 257.

122. Projeto, art. 51, § 1º, “b”, “c” “d” e “e”.

123. *Ibidem*, art. 50, § 2º.

124. *Ib.*, art. 52.

125. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 258.

126. A Organização Mundial do Comércio (OMC) entendeu que a Seção 301 da Lei Comercial Americana não diverge dos princípios estabelecidos pelo GATT (Cf. MURPHY, Sean. D. WTO Upholds U.S. Section 301 Trade Authority as GATT-Consistent. *American Journal of International Law*. 94(2):376-377, April 2000).

127. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 270.

entre as partes,<sup>128</sup> tampouco caso o ato ilícito internacional houver cessado,<sup>129</sup> ou enquanto as negociações entre os Estados forem levadas a cabo com boa-fé e desde que as mesmas não hajam sido postergadas indevidamente<sup>130 e 131</sup>. As represálias têm de ser interrompidas tão logo o Estado responsável responda pelos danos decorrentes da prática do ato ilícito internacional.<sup>132</sup>

A força maior também constitui uma causa de exclusão da ilicitude de um ato ilícito internacional,<sup>133</sup> bem como a extrema necessidade<sup>134</sup> e o estado de necessidade,<sup>135</sup> conforme mencionado anteriormente.

Define-se força maior como uma força irresistível ou um evento exterior imprevisível, fora do controle do Estado interessado, que lhe tornaram materialmente impossível agir de conformidade à sua obrigação.<sup>136</sup> A força maior, um acontecimento exterior imprevisível, fora do controle, implica a impossibilidade absoluta de cumprir uma obrigação.<sup>137</sup> O Estado não responde, em caso de força maior. Não se exclui a ilicitude de um ato do Estado por força maior, caso o Estado em questão houver contribuído, seja isoladamente ou em combinação com outros fatores, para a ocorrência da força maior, ou se o Estado houver assumido o risco de ocorrência da força maior.<sup>138</sup>

Uma situação de extrema necessidade verifica-se quando o autor do ato ilícito não dispunha de outro meio razoável para salvar sua existência ou a de pessoas confiadas aos seus cuidados.<sup>139</sup> Esta exclusão de ilicitude não incide caso a situação de extrema necessidade resultar, seja sozinha ou em combinação com outros fatores, da conduta do Estado que a invocar, ou se o ato ilícito em questão ensejar provavelmente um perigo comparável ou maior.<sup>140</sup>

O estado de necessidade não pode ser invocado por um Estado, como justificativa para a prática de um ato ilícito, se não ocorrerem duas condições. Primeiro, o ato ilícito deve constituir o único meio para salvaguardar um interesse essencial contra um perigo grave e iminente. Segundo, o ato ilícito não deve colocar seriamente em risco um interesse essencial do Estado ou dos Estados com relação aos quais a

---

128. Projeto, art. 53, § 5º, “b”.

129. *Ibidem*, art. 53, § 5º, “a”.

130. *Ib.*, art. 53, § 4º.

131. Francesco Capotorti, *ob. cit.*, p. 270.

132. Projeto, art. 55.

133. *Ibidem*, art. 24.

134. *Ib.*, art. 25.

135. *Ib.*, art. 26.

136. *Ib.*, art. 24, § 1º

137. Francesco Capotorti, *ob. cit.*, p. 259.

138. Projeto, art. 24, § 2º.

139. *Ibidem*, art. 25, § 1º.

140. *Ib.*, art. 25, § 2º.

obrigação internacional tem validade, ou da comunidade internacional como um todo.<sup>141</sup> Tampouco se pode invocar o estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude de um ato internacional, se a obrigação decorrer de uma norma imperativa de Direito Internacional geral, ou se a própria obrigação for prevista por um tratado que exclua, de forma explícita ou implícita, a possibilidade de invocar-se o estado de necessidade, ou enfim se o Estado em questão houver contribuído para o surgimento do estado de necessidade.<sup>142</sup>

Todas as circunstâncias que excluem a ilicitude de um ato internacional não prejudicam a indenização por qualquer dano causado pelo ato em questão. Tampouco se podem continuar a argüir quaisquer das circunstâncias que excluem a ilicitude de um ato internacional com o objetivo de não se cumprir a obrigação em questão, caso a circunstância que excluía a ilicitude não mais existir.<sup>143</sup>

## 6. Conseqüências jurídicas do ato ilícito.

A cessação<sup>144</sup> e a não-repetição do ato ilícito constituem meios tardios de respeitar a obrigação violada; elas independem de qualquer solicitação do Estado lesado.<sup>145</sup> O Estado responsável pela prática do ato ilícito tem o dever de continuar a respeitar a obrigação violada.<sup>146</sup>

O Estado responsável pela prática de um ato ilícito internacional tem a obrigação<sup>147</sup> de indenizar integralmente o dano provocado pelo ato ilícito, tenha ele uma natureza material ou moral.<sup>148</sup> A indenização pode ser reduzida quando o prejuízo for em parte atribuído a outras causas, como, por exemplo, à conduta comissiva ou omissiva do Estado lesado.<sup>149</sup> O Estado responsável não pode justificar a prática de um ato ilícito com fundamento em dispositivos de seu Direito Interno.<sup>150</sup> Uma obrigação internacional pode ser devida a outro Estado, a vários Estados ou à comunidade internacional como um todo.<sup>151</sup> Os tribunais internacionais ainda não desenvolveram uma teoria coerente para a avaliação dos danos provocados por atos ilícitos

---

141. *Ib.*, art. 26, § 1º

142. *Ib.*, art. 26, § 2º

143. *Ib.*, art. 27.

144. Exemplos de modalidades de cessação do ato ilícito: abandono do território ocupado, libertação de pessoas aprisionadas.

145. Projeto, art. 30.

146. Projeto, art. 29.

147. A violação de uma obrigação internacional acarreta a obrigação de reparar os danos de uma forma adequada.

148. Projeto, art. 31, § 2º

149. *Ibidem*, art. 40.

150. *Ib.*, art. 32.

151. *Ib.*, art. 34.

internacionais.<sup>152</sup> A indenização geralmente é calculada em função do prejuízo sofrido pelos indivíduos, não pelo Estado demandante.<sup>153</sup> Algumas atividades lícitas, de acordo com convenções internacionais, tendo provocado danos, podem ensejar a responsabilidade internacional do Estado.<sup>154</sup>

Três são as modalidades de indenização pelos danos causados por atos ilícitos internacionais: restituição<sup>155</sup>, compensação<sup>156</sup> e satisfação<sup>157</sup>. O Estado responsável por um ato ilícito não é obrigado a submeter-se a uma exigência unilateral de indenização por parte do Estado lesado;<sup>158</sup> nem sempre as conseqüências de um ato ilícito internacional são reparadas.<sup>159</sup> A obrigação de indenizar o prejuízo sofrido pelo Estado lesado depende de sua conexão com o ato ilícito, através de um liame ininterrupto de causalidade.<sup>160</sup>

A indenização<sup>161</sup> dos prejuízos provocados por ato ilícito internacional pode envolver tanto a restituição ao *status quo ante*<sup>162</sup> quanto compensação pecuniária, ou ambos.<sup>163</sup> Todo Estado responsável pela prática de um ato ilícito internacional tem o dever de efetuar a restituição, ou seja, de restabelecer a situação que existia antes da prática do ato ilícito, desde que tal restituição não seja materialmente impossível e não compreenda um ônus desproporcional<sup>164 e 165</sup>. A restituição *in natura* difere da cessação do ato ilícito. Ela deve ser acompanhada do restabelecimento da situação existente

152. David D. Caron, ob. cit., p. 34.

153. Peter Malanczuk, ob. cit., p. 257.

154. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 254 : “*Il faut souligner enfin que, sur la base de certaines conventions internationales, le fait que quelques activités étatiques, bien que parfaitement licites, aient provoqué des dommages est considéré comme un fondement de la responsabilité de l'État agent.*”

155. Projeto, art. 36.

156. *Ibidem*, art. 37.

157. *Ib.*, art. 38.

158. Christine Gray, ob. cit., p. 30.

159. *Idem, ibidem*, p. 29.

160. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 265 : “*Dans la pratique internationale, la possibilité d'indemniser le dommage subi par l'État lésé dépend de sa connexion avec le fait illicite, à travers un lien ininterrompu de causalité.*”

161. A taxa de juros, que deve assegurar a indenização integral dos prejuízos provocados pela prática de um ato ilícito internacional, é calculada a partir da data em que a quantia principal deveria ter sido paga até a data em que a obrigação de pagar for cumprida (Cf. Projeto, art. 39).

162. A restituição ao *status quo ante* pode ocorrer, por exemplo, quando o Estado cessa a concessão de ajuda material a outro Estado envolvido na prática de atos ilícitos internacionais.

163. John Quigley, ob. cit., p. 125.

164. A restituição não deve ser excessivamente onerosa para o Estado autor do ato ilícito internacional, pondo gravemente em perigo seu sistema político, econômico ou social. (Cf. CAPOTORTI, Francesco. Cours général de droit international public. In: *Recueil des Cours 1994*. Dordrecht/Boston/London: Académie de Droit International, (248):263, 1995).

165. Projeto, art. 35.

antes da prática desse ato<sup>166 e 167</sup>. A restituição geralmente é fruto de um acordo.<sup>168</sup> Em não sendo possível a restituição integral, ao *status quo ante*, recorre-se à compensação<sup>169 e 170</sup>. O Estado lesado tem o direito de exigir uma reparação pecuniária para que se substitua, em parte ou completamente, a restituição integral, inclusive quando o prejuízo não estiver inteiramente coberto pela restituição *in natura*. A compensação tem de eliminar todas as conseqüências do ato ilícito, de maneira que se restabeleça a situação que haveria existido, caso o ato ilícito não houvesse sido praticado.<sup>171</sup> Tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes devem ser indenizados.<sup>172 173</sup> Exigiu-se compensação pecuniária dos vencidos na Primeira Guerra Mundial.<sup>174</sup>

Uma alternativa à restituição e compensação, a satisfação efetua uma reparação ao dano moral, e não-material, sofrido pelo Estado lesado.<sup>175</sup> Ela tende a reparar o prejuízo jurídico, que consiste na violação de uma obrigação internacional primária, através da confirmação do valor obrigatório da obrigação desrespeitada.<sup>176</sup> Constituem modalidades de satisfação, que não deve ser desproporcional ao prejuízo sofrido nem assumir uma forma humilhante para o Estado responsável pela prática do ato ilícito,<sup>177</sup> por exemplo, a apresentação de desculpas, o pagamento de uma quantia simbólica de dinheiro.<sup>178</sup>

Quando vários Estados forem lesados em função da prática de um mesmo ato ilícito internacional, cada Estado lesado pode, separadamente, invocar a

166. O Irã foi obrigado a colocar um fim à detenção ilícita do corpo diplomático americano, garantir os meios de transporte para a saída do território iraniano, restituir os bens e documentos que pertenciam à embaixada e aos consulados dos EUA no Irã (Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Teheran: Order (Request for the Indication of Provisional Measures) 15.12.1979 (United States of America / Iran) I. C.J. Reports 1979).

167. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 263.

168. Christine Gray, ob. cit., p. 35: "*Their rarity, and the fact that their award is generally made on the basis of a compromis that makes express provision for this, count against the primacy of restitutio in integrum in international law.*"

169. Projeto, art. 37, § 1°

170. John Quigley, ob. cit., p. 125.

171. Christine Gray, ob. cit., p. 27: "*The essential principle contained in the actual notion of an illegal act – a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals – is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and re-establish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.*"

172. Projeto, art. 37, § 2°.

173. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 265: "*On doit donc indemniser le préjudice matériel éprouvé (c'est-à-dire la perte patrimoniale que l'État lésé a subi) ainsi que le manque à gagner (c'est-à-dire la perte des profits, que le fait illicite a empêché d'atteindre).*"

174. John Quigley, ob. cit., p. 127.

175. Projeto, art. 38, § 1°.

176. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 266.

177. Projeto, art. 38, § 3°.

178. *Ibidem*, art. 38, § 2°

responsabilidade do Estado que cometeu o ato ilícito.<sup>179</sup> Se vários Estados forem responsáveis pelo mesmo ato ilícito internacional, a responsabilidade de cada Estado pode ser invocada com relação a tal ato.<sup>180</sup> Qualquer outro Estado, além do Estado lesado, pode invocar a responsabilidade internacional de outro Estado, desde que a obrigação violada seja devida a um grupo de Estados, incluindo aquele Estado lesado, e tenha sido celebrada para assegurar a proteção de um interesse coletivo; ou desde que a obrigação violada seja devida à comunidade internacional como um todo.<sup>181</sup>

A Comissão de Compensação das Nações Unidas constituiu um mecanismo para coletar, avaliar e propiciar compensação para dezenas de milhares ou milhões de reclamações contra os danos resultantes diretamente da invasão e ocupação do Kuwait pelo Iraque.<sup>182</sup> A Comissão de Compensação das Nações Unidas, que começou a funcionar em Genebra, em julho de 1991, foi uma resposta direta à invasão do Kuwait, em agosto de 1990. Em setembro de 1992, 150 mil reclamações haviam sido protocolizadas.<sup>183</sup> A causa jurídica da responsabilidade do Iraque pelos prejuízos causados foi a invasão ilegal e ocupação do Kuwait, de acordo com a Resolução n. 687.<sup>184</sup> Mesmo apátridas puderam apresentar reclamações.<sup>185</sup> A maior ênfase foi sobre reclamações individuais,<sup>186</sup> que envolviam sobretudo danos pessoais, inclusive de natureza psicológica. Esta categoria compreende crimes sexuais, tortura, lesões corporais, seqüestro, cárcere privado, morte de parentes ou cônjuge. Danos materiais, com destruição de propriedade, bem como descumprimento de contratos e transações comerciais frustradas, também foram objeto das reclamações apresentadas.<sup>187</sup>

Uma violação séria<sup>188</sup> de uma obrigação essencial para a proteção dos interesses fundamentais da comunidade internacional tem conseqüências específicas.<sup>189</sup> A indenização a ser exigida, neste caso, deve refletir a gravidade da violação.<sup>190</sup> Os demais Estados da comunidade internacional não devem reconhecer como lícita a situação criada em função desta espécie de violação. Tampouco tais Estados devem

179. *Ib.*, art. 47.

180. *Ib.*, art. 48 § 1º.

181. *Ib.*, art. 49.

182. CROOK, John R. The United Nations Compensation Commission – A New Structure to Enforce State Responsibility. *American Journal of International Law*. 87(1):144, Jan. 1993.

183. *Idem, ibidem*, p. 144.

184. *Id., ib.*, p. 147.

185. *Id., ib.*, p. 149: “[...] even stateless persons may have their claims brought before the Commission.”

186. *Id., ib.*, p. 150: “The Commission’s greatest emphasis to date has been on the claim of individuals.”

187. *Id., ib.*, pp. 153-156.

188. Uma violação é considerada séria se compreender uma falha grande ou sistemática por parte do Estado responsável no que diz respeito ao cumprimento da obrigação, podendo provocar um dano substancial aos interesses fundamentais protegidos pela mesma (Cf. Projeto, art. 41, § 2º).

189. Projeto, art. 42.

190. Projeto, art. 42, § 1º.

prestar qualquer espécie de ajuda que auxilie a manutenção desta situação ao Estado responsável por este gênero de ato ilícito internacional. Eles devem cooperar para que a violação seja extinta.<sup>191</sup>

### Conclusão.

O Projeto sobre Responsabilidade do Estado, adotado pela Comissão de Direito Internacional (CDI), em 11 agosto de 2000, que foi analisado no decorrer deste trabalho, constitui em boa parte um projeto em aberto, que não unifica completamente o assunto abordado. Seus artigos não se aplicam quando as conseqüências jurídicas de um ato ilícito internacional forem determinadas por normas especiais (*lex specialis*) de Direito Internacional.<sup>192</sup> Tampouco eles regem necessariamente qualquer questão que possa surgir em relação à responsabilidade de uma organização internacional pela prática de atos ilícitos, bem como qualquer questão relacionada à responsabilidade individual de quem se incumba das funções de agente estatal.<sup>193</sup>

Os Estados costumam negociar suas diferenças, lançando mão de meios políticos<sup>194</sup> de solução de controvérsias, em vez de recorrer a meios jurídicos<sup>195</sup> e <sup>196</sup> Talvez tal preferência por mecanismos com cunho político de solução de controvérsias seja responsável pela responsabilização inadequada, ou virtual não-responsabilização, de vários Estados pela prática de atos ilícitos, como com o genocídio ocorrido em Timor-Leste.<sup>197</sup>

Tem-se aventado a possibilidade de adotar um código internacional relativo aos crimes contra a paz e a segurança da Humanidade. O projeto de código disciplina os crimes cometidos por indivíduos. Esta é uma diferença essencial com relação à responsabilidade internacional dos Estados pela prática de atos ilícitos. O código seria dividido em duas partes: a primeira teria dois capítulos (definição e princípios gerais), e a segunda, apenas um (crimes contra a paz e a segurança da Humanidade). O projeto foi aprovado pela Comissão de Direito Internacional (CDI)

---

191. Projeto, art. 42, § 2º.

192. Projeto, art. 56.

193. Projeto, arts. 57 e 58.

194. As negociações diretas, os congressos e conferências, os bons ofícios, a mediação, o sistema consultivo (Cf. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 1985, pp. 243 e 255).

195. A arbitragem, a solução judiciária, as comissões de inquérito e conciliação, as comissões mistas (Cf. ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 1985, pp. 243 e 255).

196. ANDERSON, David. Negotiation and Dispute Settlement. In: *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma*. Ed. por Malcolm D. Evans. Oxford: Hart Publishing, 1998, p. 112.

197. DUNN, James. East Timor: A Case of Cultural Genocide? In: *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*. Ed. por George J. Andreopoulos. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, pp. 171-190.

em 12 de julho de 1991. Foi submetido à análise dos Governos dos Estados-membros das Nações Unidas, estando, portanto, sujeito a modificações.<sup>198</sup>

Brasília, maio de 2002.

---

198. Francesco Capotorti, ob. cit., p. 241.



# O TERRORISMO COMO RESULTADO DE RELAÇÕES DE PODER

*Celso Eduardo Faria Coracini*  
Mestrando pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo.  
Advogado em São Paulo.

## Resumo:

Não é possível a incriminação do terrorismo pela carga de subjetivismo que comporta, tanto sob a perspectiva da motivação do agente, quanto sob o foco da percepção psicológica da vítima, observadas as consequências disso para a legalidade penal. Assim, a utilização da expressão, notadamente após o episódio de 11 de setembro de 2001, em Nova York, é eminentemente retórica, velando a promoção de estratégias de poder como forma de produzir discursos de verdade no plano internacional.

## Abstract:

The incrimination of terrorism is not possible, because of its subjective content, as much in the perspective of the agent's motivation as under the focus of the victim's psychological perception. Its consequences towards criminal legality shall be watched. Therefore, the use of this expression, mainly after the facts held on September, the 11<sup>th</sup> in New York, is merely rhetorical, concealing the promotion of strategies of power, in order to produce discourses of truth, in international level.

**Unitermos:** terrorismo; Direito Penal Internacional; Direito Penal de consciência interior; relações de poder.

*"(...) poder-se-ia chegar a supor inclusive que as coisas boas têm um valor pela forma insidiosa em que estão emaranhadas e talvez até cheguem a ser idênticas em essências às coisas más que parecem suas contrárias. Talvez!..."*

(Nietzsche, *Além do bem e do mal*)

## 1. Introdução.

O terrorismo assume, uma vez mais, posição central nas discussões atinentes ao Direito Penal Internacional. Talvez sinal do caráter francamente reativo

---

1. Todas as citações não-colhidas de textos em português foram traduzidas pelo autor, a partir das versões indicadas nas referências bibliográficas.

do Direito Penal,<sup>2</sup> e mesmo em razão da impossibilidade prática de permanecer ao abrigo dos ventos tempestuosos da vida política, é certo que a ineficácia do Direito Penal, também no plano internacional, abre espaço para os abusos de direito e para os atos de força. Em pouco tempo, acontecimentos de algum modo localizados difundem-se a coletividades inteiras, neste mundo em contínua transformação, pela renovação do fenômeno de globalização,<sup>3</sup> com o virtual encurtamento das distâncias, a velocidade da informação, sob os auspícios dos meios de comunicação e da tecnologia e, sobretudo, em razão da crescente identificação que os indivíduos ocidentais mantêm entre si, destacadamente no plano cultural. Ondas de terror se propagam...

Sobre que repousam? Sobre os atos de terrorismo propriamente ditos? Sobre o imaginário das coletividades, tornadas vulneráveis no calor dos fatos recentes, de gritante proporção, com os quais se identificam? Ou quiçá sobre os *media*,<sup>4</sup> que inflam a importância dos acontecimentos, sinalizam os pontos de vista institucionais, desnaturam o alcance dos fatos e das personagens?

A dificuldade de exprimir de maneira precisa e minimamente consensual os atos de terrorismo, tanto em documentos internacionais quanto no quadro das ordens jurídicas internas, deve algo à variedade de formas que podem eles assumir. Os acontecimentos que tiveram lugar em Nova York, no dia 11 de setembro de 2002, tornaram-se objeto de divulgação em massa. Após visitarem, pela mediação de um visor televisivo, as cenas dos crimes de seqüestro de aeronaves, de diversos homicídios aleatórios, seguidos da destruição de um símbolo do poder econômico dos EUA (as torres do *World Trade Center*), assim como do ataque a um símbolo do poder militar norte-americano (o Pentágono), os tão incrédulos como incontáveis olhos do povo ocidental, de um golpe, passaram a experimentar um especial sentimento de vulnerabilidade.

Noam Chomsky busca estabelecer, sob esse argumento, uma ligação com o fato de que o mundo dito 'desenvolvido' (a Europa e os EUA) jamais enfrentou ameaças externas de igual alcance, no âmbito do próprio território nacional. Ao contrário, a política externa americana, durante todo o século XX, esmerou-se no

---

2. Segundo Michel Massé, "o direito penal internacional sempre evoluiu sob a pressão dos acontecimentos (as duas guerras mundiais, o terrorismo, a internacionalização dos tráfico...)" ("*La place du droit pénal dans les relations internationales*", *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, Paris, n.1, jan/mar, 2000, p. 124). Contudo, esse ramo do Direito somente veio a exercer um papel central na vida política internacional a partir dos anos 1990.

3. O desenvolvimento da globalização revela tanto a 'compressão' do mundo, de um lado, como uma intensificação da consciência do mundo como um todo, de outro (ROBERTSON, Roland. *Globalization – Social theory and global culture*. London: Sage Publications, 1992, p.11). Robertson indica, também, que o tema da modernidade se desenvolveu durante os anos 60, a partir da mudança dos paradigmas de 'comunidade' (*Gemeinschaft*) em direção ao de 'sociedade' (*Gesellschaft*).

4. Sobre o poder dos meios de comunicação e o fato de que eles criam o ambiente necessário para o espetáculo da jurisdição penal, cf. Sérgio Salomão Shecaira. "Mídia e Crime", in SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método, 2001, pp.353-367.

proveito dos conflitos no estrangeiro, e mesmo no impor-se pela força das armas, sem economia de vidas, por exemplo, no México, nas Filipinas, no Havai,<sup>5</sup> e isto para não se alongar sobre suas intervenções ‘estratégicas’ na América do Sul (Chile, Argentina, Brasil, Colômbia). Talvez mesmo em razão disso, parte considerável do mundo considere os Estados Unidos como um país que lidera o terrorismo, em escala mundial.<sup>6</sup>

Para além dessas polêmicas pontuais, convém questionar-se sobre a capacidade moral de um Estado para eleger, de maneira isolada, os inimigos do mundo, pela escolha – guiada por interesses nem sempre explicitados – dos alvos de um ódio quase religioso, a mascarar um desejo singular de limpeza moral. O tema do “terror” e suas expressões adjacentes – “terrorismo” “terroristas” – recebe, sem dúvida, um tratamento retórico. Apenas à guisa de exemplo, a opinião pública mundial encontra dificuldades para distinguir quem, de fato, assumiu o papel de terrorista nos conflitos entre a Palestina e o Estado de Israel.<sup>7</sup> Isso obriga a uma reflexão sobre o lugar da verdade e sobre os padrões (*standard*) que ela busca estabelecer, nas relações internacionais.

O conceito de “verdade” relaciona-se, estreitamente, com a conformação de sistemas de poder, responsáveis pela sua produção, manutenção e pelos efeitos de poder que ela desencadeia e que a reproduzem.<sup>8</sup> Bauman retoma essa idéia, em outras palavras, quando analisa o julgamento de Eichmann em Jerusalém e o argumento de seu defensor, Dr. Servatius, que sustentou, *grosso modo*, que Eichmann havia cometido atos em razão dos quais um vencedor é condecorado e um vencido enviado ao cadafalso: o poder – e, evidentemente, o poder instalado – declara o que é correto.<sup>9</sup> O crime é, observadas essas premissas, uma construção.

Ninguém põe em dúvida que apareça o sistema penal como manifestação complexa do poder social, ainda que existam várias teorias para justificar essa idéia.<sup>10</sup> No entanto, a reflexão sobre o terrorismo internacional deve tomar em conta certas circunstâncias globais, atuantes no nível social, político e histórico.

Ora, o discurso jurídico deve contentar-se com a verossimilhança, em

---

5. Noam Chomsky. *11 de setembro* (trad. de Luiz Antonio Aguiar). 3a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, pp. 11-18; 25-30.

6. *Idem*, p. 25.

7. Chris Hedges. “The new Palestinians revolt”, *Foreign Affairs*, New York v. 80, n. 1, jan./feb., 2001, pp. 124-138. Nesse exemplo, atua também a aterradora banalização da violência, que é, possivelmente, mais nefasta e desumana que o terrorismo unilateral.

8. Michel Foucault. *Microfísica do Poder* (trad.: Roberto Machado). 11a ed. Rio de Janeiro: Graal, 1991, p. 14.

9. Zygmunt Bauman. *Modernidade e Holocausto* (trad. Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 38.

10. Eugenio Raúl Zaffaroni. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Temis, p. 7.

função de que lhe é inerente a busca constante pela reunião das condições de legitimidade, necessárias para a preservação de sua supremacia sobre outras formas de discurso não-hegemônicas, bem como para a manutenção de um determinado *status* de poder, que é a fonte dos discursos preponderantes. Deve-se isso à impossibilidade prática de atingir-se uma verdade satisfatória para o conjunto das culturas mundiais. Releva não se esquecer que os ideais democráticos não se contentariam jamais com a homogeneização das culturas e dos saberes, na criação de um consenso baseado na massificação, e não sobre os valores de pluralismo e tolerância, tão caros a uma Humanidade consciente de sua condição.

O debate sobre o terrorismo, tanto em plano nacional quanto internacional, suscita sempre uma aproximação que, longe de ser jurídica, ainda menos o é jurídico-penal. As dificuldades inerentes a sua definição jurídica são sintomáticas da insuficiência, e mesmo da inabilidade, do Direito Penal moderno no tratamento de uma realidade que lhe escapa.

Busca-se, pois, como principal objetivo, mostrar como o discurso sobre os atos de terrorismo prescinde de uma intervenção penal, por não haver espaço para a incriminação de puros subjetivismos no Direito Penal e, de mesmo, em razão de que a legalidade de um crime nesses moldes esbarraria em exigências – políticas – de legitimidade.

## 2. Ordem mundial e os atos de terrorismo.

As definições de terrorismo, sem exceção, e mesmo sendo inevitavelmente tautológicas, referem-se às mais variadas condutas, no que concerne aos meios de execução ou aos resultados obtidos, aptos a provocar terror. Ora, a palavra “terror” é um sentimento de “*medo extremo que transtorna, paralisa*”<sup>11</sup>. Se o resultado mais evidente do “terrorismo” é um ‘sentimento’, que o prende a julgamentos fundados “*sobre uma apreciação subjetiva (e não sobre um raciocínio lógico)*”<sup>12</sup>, ele depende de ressonâncias externas, muito mais que da motivação interior, de penível apreensão. A existência do terrorismo supõe seu receio e repúdio.

Seria importante, primeiramente, analisar o fenômeno do “terrorismo” a partir de três pontos de vista que se entrelaçam: a. o terrorismo como resultado de efeitos de poder, que não se remete a qualquer conceito absoluto e apriorístico de verdade, mas a uma expressão de vontade política hegemônica; b. nesse sentido, o terrorismo possui também uma face retórica, proveniente do poder estabelecido, com o escopo de alcançar a persuasão; c. e, finalmente, o terrorismo como determinante de uma cultura de dissensão, a partir do efeito multiplicador e vicioso que a violência e as respostas não-legitimadas proporcionam.

---

11. Paul Robert. *Le Petit Robert*. Paris: Société du Nouveau Littré, 1979, p. 1.949.

12. *Idem*, p. 1.799.

a) O terrorismo como expressão de vontade política.

A denominação “terrorismo”, ou “atos de terrorismo” foi utilizada pela primeira vez por Gunzburg, na 3ª Conferência pela Unificação do Direito Penal, ocorrida em Bruxelas, no ano de 1930.<sup>13</sup>

A expressão é, de maneira geral, associada à delinquência política, no que concerne às motivações de seu agente. Segundo González Lapeyre, motivações políticas ou sociais podem encontrar-se na origem do delito terrorista, mas ele apenas adquire essa qualidade notadamente porque, além daquelas, persegue ele o objetivo de provocar uma situação alarmante, com o auxílio dos meios hábeis.<sup>14</sup>

Pérez-Montero<sup>15</sup> menciona três tipos de crimes terroristas. Um terrorismo de Direito Comum, que guia suas ações em vista de lucro, sendo o terror o meio para alcançar seus objetivos, sobretudo no campo da criminalidade, dos tráficos (de drogas, armas e pessoas) e da corrupção endêmica.

De outra parte, poder-se-ia identificar o terrorismo político-social, que persegue o triunfo de um ideal ou de uma concepção política ou social, tais como a liberação de um povo que se considere oprimido, ou sua independência. Neste caso, estar-se-ia diante de uma visão meramente utilitarista, em que os fins justificariam os meios violentos.<sup>16</sup>

Finalmente, desde a Revolução Francesa, adquiriu o terrorismo uma dimensão de Estado. Seguramente, o terrorismo de Estado apresenta características que o aproximam da guerra, declarada ou-não. No plano interior, pode exprimir-se como uma perseguição de minorias, ou de opositores do governo instituído, à frente do Estado (como exemplo, tem-se o “grande terror” jacobino, e também as execuções que tiveram lugar em Cuba, logo após a revolução que derrubou o regime ditatorial precedente, a perseguição aos curdos no Iraque, Irã e Turquia). Ora, esse gênero de terrorismo define-se por aqueles que resistem ao governo instituído, e que consideram abusivas as práticas do poder hegemônico. Não raro, o Estado, para além das trincheiras, considera os ‘resistentes’ como terroristas (do gênero ‘político-social’).

No plano externo, o terrorismo de Estado articula-se como demonstração de poderio militar e político (mencionem-se a respeito a Guerra dos Sete Dias de Israel,

---

13. Heleno Cláudio Fragoso. *Terrorismo e Criminalidade Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 41; Edison Gonzales Lapeyre. *Aspectos jurídicos del terrorismo*. Montevideo: Amalio M. Fernandez, 1972, p. 9;

14. *Op. cit.*, p. 13.

15. José Pérez Montero. “La lucha y la cooperación internacionales contra el terrorismo”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, v. 4, 1990-1991, pp. 94-100.

16 Não é objeto do presente texto a discussão das teorias sobre o terrorismo como categoria dos crimes políticos (o que implicaria em tratamento processual privilegiado a esses crimes). Para tanto, cf. Heleno Cláudio Fragoso. *Op. cit.*, pp. 28-37; José Pérez Montero. *Op. cit.*, pp. 94-100; Luiz Régis Prado et Erika Mendes de Carvalho. “Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 771, jan. 2000, pp. 421-447.

que marcou sua posição diante do mundo árabe, com apoio norte-americano; ou as recentes disputas entre Israel e a Autoridade Palestina, cujos territórios estão ocupados pelas forças israelitas, em gritante desproporção com respeito aos combatentes palestinos; ou, ainda, o massacre de judeus, comunistas e gitanos promovido pelos governos nazista e fascista da Alemanha e Itália, durante a Segunda Grande Guerra). Ora, a inserção desses comportamentos, levados adiante por Estados soberanos, como condutas criminais autônomas é duvidosa, ou, ao menos, suscita obstáculos de ordem, uma vez mais, política. Além disso, a discussão, nesses termos, coloca em causa a utilidade do Direito Penal Internacional, quando se trata de confrontos entre Estados ou entre Estados e grupos não-institucionalizados.

Ora, a configuração da política internacional favorece o multilateralismo nos dias de hoje, o que significa, apesar do poder determinante de algumas potências mundiais, que a política de alianças, ou, em outros termos, a cooperação entre os Estados, tomando em conta, sobretudo, o equilíbrio regionalizado, é tanto mais necessária que a instabilidade política tornou-se regra, em razão da crescente interdependência, em todos os domínios, mas sobretudo no plano econômico, entre os países.

Mister não se esquecer de que as violências ilegítimas no plano internacional se devem referir a um recurso jurídico, do mesmo modo que as teorias da pena nas ordens jurídicas nacionais. Consideradas essas violências como “rupturas” do Direito, desencadeiam elas a reação da pena criminal que, ao lado de outras funções, “*evita o direito do mais forte e a justiça pelas próprias mãos das vítimas, que constituiriam outras rupturas do direito, conformando, em suma, um processo regulado para a solução de graves conflitos sociais*”<sup>17</sup>

Por outra parte, a resistência ao emprego do termo “terrorismo”, por ocasião mesmo das Assembléias Internacionais, é compreensível, devido à dificuldade que impõe a sua definição.<sup>18</sup> Na realidade, as condutas que caracterizariam atos de terrorismo, previstas nas convenções internacionais, resoluções das Nações Unidas e ordens jurídicas nacionais consultadas,<sup>19</sup> em nada diferem das semelhantes condutas

---

17. Günther Stratenwerth. *Acción y resultado en derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1991, pp. 80-81.

18. A Convenção de Washington de 1971, da Organização dos Estados Americanos (OEA), chegou a provocar dissidências, mas findou por incluir esse termo no título da Convenção (*Convenção para prevenir e sancionar os atos de terrorismo contra as pessoas e a extorsão conexa quando eles mostram uma transcendência internacional*), e, ainda, no texto de seu artigo 1 (Edison Gonzales Lapcyre. *Op. cit.*, pp. 31-33).

19. Cf., sobre as regras internacionais, G. Gilbert. “The ‘law’ and ‘transnational terrorism’”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Haguc, v. 26, 1995, pp. 3-32; Luigi Migliorino. “La dichiarazione delle nazioni unite sulle misure per eliminare il terrorismo internazionale”, *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v.78, n. 4, 1995, pp. 962-972; Robert Kolb. “Universal criminal jurisdiction in matters of international terrorism: some reflections on the status and trends in contemporary international law”, *Revue Hellenique de Droit International*, Paris, v. 50, n. 1, 1997, pp. 43-88; José Perez Montero. “La lucha y la cooperación internacionales contra el terrorismo”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, v. 4, 1990-1991, pp. 91-169; em Italic: Adolfo Ceretti. “O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta-causas e remédios” (trad.: Ana Paula Zomer), *Revista Brasileira de Ciências*

previstas pelo Direito Penal comum. A diferença parece residir não apenas na motivação de causar “terror” mas, também, no efeito de “terror” provocado.

De acordo com Fragoso, que se apóia em documentos internacionais, inexistente figura específica denominada “terrorismo”, seguindo a designação empregada no caso de diferentes crimes caracterizados por consideráveis danos a bens ou pessoas, pela criação real ou potencial de “terror” ou intimidação generalizada e, ainda, pela finalidade político-social, por meio de violência contra pessoas e bens. O “terror” e a intimidação constituem-se em razão do emprego de meios que provocam perigo comum, e mesmo do caráter aleatório das vítimas dos atentados individuais.<sup>20</sup>

Ora, o problema inicial persiste. Se o elemento constitutivo do terrorismo é a intimidação com vistas a alcançar um objetivo previamente determinado, a impossibilidade de prever, mantendo-se a obediência à legalidade criminal,<sup>21</sup> quais atos seriam especialmente dignos de merecer a reprovação jurídico-penal parece certa. Mas a insistência em situar o ‘combate’ ao ‘terrorismo internacional’ como prioridade das políticas internacionais pode conduzir a um questionamento do recurso retórico aos discursos de ‘terror’. como simples maneira de impor estratégias de poder.

#### b) O terrorismo como recurso retórico de poder.

No plano internacional, a politização do discurso jurídico é ainda mais evidente que nos planos nacionais. O emprego retórico da expressão “terroristas” responde a necessidades de apontar os inimigos dos valores mais caros a um modelo social e político, sensível a toda resistência.

Ora, esse argumento reduz-se ao percurso semântico assegurado pela legalidade e pela carência de legitimação. Sendo indiscutível que o Direito Penal, de um ponto de vista sociológico, é empregado como instrumento de controle social, ele produz, de mesmo, o efeito de evitar a autotutela, pelo monopólio estatal da violência.

---

*Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, abr./jun., 1997, pp. 9-25; à Portugal: Mariana Sotto Maior. “Le terrorisme”, *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 57/58, 1994, pp. 269-292; Otilia Veiga. “Mesures contre le terrorisme international”, *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 39/40, 1989, pp. 363-377; en Espagne: Ignácio Berdugo Gomez de La Torre; J. Ramos S. “Reflexiones político criminales sobre el terrorismo”, *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 10, n. 34, ene./abr., 1988, pp. 91-104. Pour une étude comparée, v. Heleno Cláudio Fragoso. *Op. cit.*, pp. 56-88.

20. Heleno Cláudio Fragoso. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 12.

21. Michel van de Kerchove concentra ênfase sobre a dilatação da legalidade criminal, em nível das fontes, ocorrida com o desenvolvimento do Direito Penal Internacional, e a recepção das fontes não escritas, assim como sobre a crescente imprecisão de diversos textos jurídicos (“Éclatement et récomposition du droit pénal”, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, Paris, n.1, jan/mar, 2000, pp. 8-9). Deve-se, contudo, rejeitar ao máximo este último aspecto do mencionado fenômeno, pois a ausência de segurança jurídica pode se constituir em ameaça aos direitos fundamentais do homem, quando a esfera penal entra em jogo, tanto mais que o Direito Penal não é o único, e certamente tampouco o mais eficaz método de prevenção e repressão de condutas socialmente prejudiciais.

Entretanto, internacionalmente, as intervenções militares das Nações Unidas não encontraram, até o presente momento, artifícios para se desembaraçar dos interesses imediatos dos países constituintes, notadamente daqueles que participam do Conselho de Segurança. Parece ser essa uma das razões pelas quais o Direito Penal Internacional deve permanecer restrito a uma reduzida gama de incriminações, e submetido, ao menos durante um período de transição, ao princípio da jurisdição universal, até a completa instalação do Tribunal Penal Internacional.

Segundo Zaffaroni,<sup>22</sup> a legitimidade do sistema penal, como discurso jurídico específico (o “saber” penal) de controle social institucionalizado, é a característica que confere a esse sistema a sua racionalidade. Ora, reconhecendo-se a especificidade de um sistema de poder, possível que os óbices de legalidade não sejam insuperáveis. Considerando que o poder se conforma a partir de uma rede de relações entrecortadas e descontínuas, que se manifestam através das instituições e com o auxílio de sistemas de exclusão que filtram as palavras, as expressões das condutas, a hermenêutica fundamental das normas sociais, partilham-se, o verdadeiro e o falso, já no momento da constituição dos *topoi* argumentativos. O que é presumido não se sujeita a discussão. Assim, a legitimidade sobre que se baseiam as denominações dos atos de terrorismo não escapam aos ‘jogos de verdade’, nem tampouco às constrições da vontade de poder – sempre segura e convencida de si –, que buscam uma hegemonia, ainda que transitória.<sup>23</sup>

As questões sobre o terrorismo suscitam, pois, o problema da extensão da ameaça representada pelos “inimigos” dos poderes, de algum modo, hegemônicos. Quando o objetivo dos atos de terror ultrapassa os interesses puramente individuais, vez que se reportam, em geral, a ideais coletivos e mesmo nacionais, a delimitação precisa e segura dos alvos de sua repressão se torna impossível. Eis outro efeito perverso do emprego retórico da expressão, vez que “*o terrorista jamais está só*”<sup>24</sup> Nesse sentido, “*o objeto ‘terrorismo’ se constrói sobre um horizonte de responsabilidade coletiva*”<sup>25</sup> Os destinos das coletividades (dir-se-ia, inocentes) ligam-se estreitamente aos destinos dos Estados, quando dotados de legitimidade social, tanto quanto aos atos de terror provocados em nome de seu futuro. Nas palavras de Salazar, “*o terrorista se constitui em refém de seu ato, por ele incriminando a coletividade*”<sup>26</sup>

---

22. *Op. cit.*, pp. 7-19.

23. Cf. Michel Foucault. *L'ordre du discours*. Paris: Gallimard, 1971, pp. 14-23. E ainda, do mesmo autor, *A verdade e as formas jurídicas* (trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996. Foucault identifica a existência de uma política de verdade, cujo regime depende das relações constituídas de métodos e procedimentos de eleição de um saber que funda, explica e sustenta o poder, de maneira recíproca, mas não-absoluta.

24. Philippe-Joseph Salazar. “Le terroriste: construction rhétorique d'un objet social”, in Chazel, F. et Commaille, J. (org.) *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1991, p. 419.

25. *Idem*.

26. Philippe-Joseph Salazar. *Op. cit.*, pp. 420.



Sustentar o caráter retórico da expressão “terrorismo” não significa apoiar as práticas violentas. Mas talvez não difiram em tanto dos crimes ditos comuns. Por vezes, justificam-se elas pela sucessão de verdades, ou mesmo tornam-se legitimadas pela História. Os movimentos de liberação das colônias com relação a suas metrópoles transgrediam a ordem jurídica estabelecida, e por vezes de maneira violenta. Enquanto práticas ilegítimas e ilegais, encontravam-se previstas e sancionadas pelas ordens jurídicas da época. Mas de tempos em tempos, uma crise de legitimidade se abatia sobre aquele sistema. A descolonização tardia dos países africanos apresentou conseqüências brutais, em sua época (as sangrentas batalhas na Argélia constituem indúvidos exemplos, pois a França insistia em não a perder. Nessa época, a democracia e a liberdade talvez fossem valores retoricamente menos úteis...). Observando-se de perto, as conseqüências dos anos de colonização persistem brutais, mas pouco se cogita em procurar as causas da miséria e do paradoxal endividamento desses países, decerto porque essa situação não suscita sentimentos assemelháveis aos de “terror” no mundo ocidental.

Em uma concepção pragmática da verdade, *“ela somente pode ser definida por referência aos critérios internos de uma dada teoria, sistema ou paradigma”*<sup>27</sup> Essa dimensão deve acompanhar as discussões acerca do terrorismo, pois a existência de diferentes perspectivas sobre os mesmos atos e contextos não pode ser, jamais, deixada de parte. A tolerância e o pluralismo devem permanecer como os valores fundamentais do Direito Internacional, e guiar os debates no campo penal.

c) O terrorismo como determinante de uma cultura de dissensão.

O terrorismo define-se também em função da perda de controle de uma situação. De outro modo não se produziriam os efeitos de ‘terror’. Sendo verdadeiro que os responsáveis pelo terrorismo representam coletividades (ou, ao menos, seus desejos), não se poderia negar o fenômeno coletivo que o ‘terror’ propriamente dito desencadeia. Resulta ele da impossibilidade, ou mesmo da falta de conhecimento, sobre as vias de reação. Assim, finda compreensível (mas não-justificável) que as respostas ao ‘terrorismo’, como *supra* concebido, beirem a irracionalidade, ou mesmo a supere.

Levanta-se, por conseguinte, o problema do simbolismo que se forma ao redor das práticas terroristas, no momento em que se confundem as ações e as reações, provocando um terrorismo recíproco, com forte apelo psicológico. *“Em outras palavras, o terrorismo enquanto objeto do social instala a repetição no âmbito do medo. Com isso, ele cumpre uma função, falando-se corretamente, religiosa. Por ele funciona um controle da aparência e do desaparecimento que, na perspectiva mesmo da política, revela isto: o medo do outro é justa, o ódio de outrem é bom, o distanciamento, moral. Quando o discurso judiciário criminaliza o discurso terrorista,*

---

27. Boaventura de Souza Santos. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 73.

*longe de acalmar neste a carga fetichista do atentado, ele ativa toda a sua energia simbólica”*<sup>28</sup>

Nesse sentido, torna-se possível a percepção da relatividade dos julgamentos sobre as práticas violentas, por definição negociáveis. É sobretudo preciso sublinhar que não se pode controlar um sentimento como o ‘terror’ e, menos ainda, apreendê-lo em uma definição jurídica. Não poderia o resultado abster-se de ser vago e ambíguo. Por vezes, lembrando os “jogos de verdade” já mencionados, visa-se, com isso, favorecer a adesão a uma tese (ou a uma versão do conflito) e, em outras ocasiões, a definição ambígua pretende criar a impressão (verossimilhança, ou aparência de verdade) de ser ela, precisamente, o sentido buscado por todos.<sup>29</sup> A ambigüidade atua, também ela, nos dois terrenos, ainda que opostos.

A violência é uma representação que transborda do plano meramente jurídico (onde se entrevê a violência simbólica). “*A violência coloca-se no lado da transcendência, o terror no lado dos efeitos mundanos. À primeira, a anomia, à segunda, a anomalia, aí encontra-se a recusa da responsabilidade*”<sup>30</sup> Reconhecer ao terrorismo esse conteúdo social desintegrador, que se estende ao discurso – e ações – de seu, assim chamado, ‘combate’, poderia levar a uma reflexão mais ampla e produtiva, além da simples busca de sua definição jurídica.

Desse modo, as respostas ao terrorismo, que escapem ao caminho institucionalmente legítimo (o que se encontra ainda em construção, no plano internacional), podem significar a independência estrutural da força (*vis*) com relação ao Direito (tanto mais que não acompanha as necessidades mutáveis dos fatos, ou ao menos não possui os instrumentos de contenção exigidos), como fundamento derradeiro do poder.<sup>31</sup> O único resultado social possível é a formação e desenvolvimento de uma cultura de dissensão, a qual, longe de conduzir à paz (presumidamente objetivo das políticas de prevenção e repressão do terrorismo, por mais tênue que seja, também, o conceito de paz), afasta e distancia os sujeitos participantes (da comunidade), ao redor do ‘terror’

### 3. Breves notas sobre a experiência brasileira no campo do terrorismo.

O período histórico em que o Brasil conheceu práticas terroristas sistemáticas corresponde àquele em que vigeu uma ditadura militar, entre 1964 e 1984. Os governos autoritários, que cassaram direitos políticos de maneira arbitrária, impuseram restrições à liberdade de expressão, e mergulharam os direitos humanos na

28. Boaventura de Souza Santos. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 73.

29. Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 344.

30. Philippe-Joseph Salazar. *Op. cit.*, p. 419

31. Tercio Sampaio Ferraz Jr. *Op. cit.*, 346.

sombra dos calabouços, encontram-se na origem da criminalidade política violenta da época.<sup>32</sup>

Essa criminalidade compreendeu principalmente o seqüestro de aeronaves e de diplomatas em troca da liberação de prisioneiros políticos (destinados ao exílio) ou somas de dinheiro, também obtidas em roubos a bancos, para financiar as atividades de resistência (tendo ocasionado algumas mortes), e ainda outras atividades consideradas subversivas, tais como a panfletagem ou manifestações públicas de desacordo com o poder estabelecido.<sup>33</sup> As táticas de guerrilha também foram empregadas por alguns setores dos movimentos de oposição, que se colocavam na clandestinidade.

Mesmo nessa ocasião, não houve definição legal de terrorismo, mas descrições de condutas contrárias ao regime militar (notadamente em crimes contra o Estado), no quadro de uma ideologia de segurança nacional.

Os primeiros textos legais nesse sentido remontam ao início do século, com o Decreto n. 4.269, de 17.01.1921 (que reagia à propagação do anarquismo), e a Lei n. 38, de 04.04.1935 (que fazia referência aos crimes “contra a ordem política e social”), editada sob o governo autoritário encabeçado por Getúlio Vargas, a qual foi substituída pela Lei n. 1.802, de 05.01.1953, por ocasião da redemocratização. Apenas no dia 13.03.1967, o Decreto-Lei n. 314 foi editado, mencionando, pela primeira vez os “crimes contra a segurança nacional”, considerada como valor fundamental da Nação. Após, com a Lei de Segurança Nacional, n. 6.620, de 17.12.1978, reforçou-se a inexistência de uma ação delituosa específica denominada “terrorismo”. Todas as condutas descritas possuem, simplesmente, uma finalidade política, ou de desestabilização de ordem político-social.<sup>34</sup>

Importa lembrar que, após o final da ditadura militar, alguns “terroristas” da época surgiram na cena política. Há vários deputados, e mesmo um antigo ministro da Justiça, que tomaram parte das guerrilhas, na época da última ditadura militar, sendo que um deles participou do seqüestro de um diplomata norte-americano (Charles Burke Elbrick, aos 04.09.1969). Isso é representativo das análises empreendidas até este ponto. As perspectivas, o poder e os destinatários dos atos ‘ameaçadores’ emprestam contornos à expressão ‘terroristas’. Estes não existem *a priori*, e o ‘terror’ não se pode limitar por definições estritas de condutas dignas de repercussão penal (pois, sendo o caso, a discussão não teria razão de ser).

#### 4. A proscrição histórica do Direito Penal de consciência.

As tentativas de incriminação do terrorismo pecam pela previsão de uma miríade de comportamentos que conduzem a resultados já incriminados na maior parte

---

32. Helcno Cláudio Fragoso. *Op. cit.*, 108.

33. Helcno Cláudio Fragoso, *Op. cit.*, pp. 108-114.

34. Helcno Cláudio Fragoso, *Op. cit.*, pp. 89-103.

das ordens jurídicas<sup>35</sup> (e que recebem um tratamento diferenciado, quando transcendem as fronteiras das nações), seja como crimes de dano, seja como crimes de perigo comum. A única particularidade estaria na finalidade político-social, ou na motivação de provocar ‘terror’

Ora, “*uma conduta que apenas atrai a atenção caso se conheça o universo interior do Autor não pode ser concebida legitimamente como um delito, vez que em outros casos o interior seria o único fundamento da pena*”<sup>36</sup> O Direito Penal moderno pune somente fatos, que resultam de condutas humanas, ainda que não se destaquem elas das intenções que as inspiram. Os pensamentos puros, de todo modo, devem permanecer afastados do Direito Penal.

Não se constitui em obrigação do Estado – e, menos ainda, mediante os instrumentos penais – zelar pela solidariedade ou a decência moral de seus cidadãos. Apenas os Estados autoritários (tais como a antiga União Soviética ou o Estado alemão nazista) tentaram criminalizar os pensamentos. “*Em um Estado de liberdades não apenas as cogitationes são isentas de responsabilidade, mas também toda conduta que se realiza no universo privado e ainda toda conduta exterior que não seja per se pertinente*”<sup>37</sup>

Nesse sentido, quando são analisados os crimes de perigo; duas correntes são admitidas: o conceito objetivista, majoritário, pelo qual o perigo deve existir objetivamente, como realidade, a excluir os elementos subjetivos, tais como o temor ao perigo, compreendida a “consciência do perigo” por seu criador (base emocional do perigo). Deve, pois, o perigo ser concebido como real e não apenas como um *ens imaginationis*, ou, segundo Hälschner, um “*filho de nossa ignorância*”<sup>38</sup> De outra parte, “*as teorias subjetivistas confundem, assim, o julgamento do perigo como sendo um puro erro intelectual*”<sup>39</sup> Ora, a questão nodal concerne precisamente às múltiplas possibilidades de diferentes percepções (frequentemente aleatórias por ocasião dos atentados terroristas) pelos indivíduos, da real dimensão do perigo, da ameaça que sobre eles paira.

Isso obriga a necessárias avaliações do estado evolutivo das sociedades contemporâneas. A reconhecida complexidade dessas sociedades deve-se – como argumento central – não a critérios econômicos ou culturais, mas a uma configuração de conhecimentos, eles mesmos constituídos de diversas formas de conhecimentos ajustados a várias práticas sociais.<sup>40</sup>

35. Luiz Régis Prado et Erika Mendes de Carvalho. “Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 771, jan. 2000, p. 446.

36. Jakobs, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal* (trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González et Manuel Cancio Meliá) Madrid: Civitas; UAM, 1997, p. 302.

37. G. Jakobs. *Op. cit.*, p. 303.

38. Rui Carlos Pereira. *O dolo de perigo*. Lisboa: Lcx, 1995, p. 20.

39. *Idem*.

40. Boaventura de Souza Santos. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p. 47

Em um período pré-finalista da teoria da ação, eram as “*forças ‘misteriosas e incalculáveis’ que determinavam as ‘condições de vida’ e o próprio sentido da existência humana*”<sup>41</sup> Assim, urgia explicar as condutas, antes de tudo, no mundo exterior, e, apenas em momento posterior, na mente humana. Como afirma Jakobs, “*o conceito moderno de culpabilidade é filho do mundo desmistificado*”<sup>42</sup> o que oferece amplas possibilidades de justificação da responsabilidade dos indivíduos por suas condutas, à condição de que sejam legítimas as normas jurídicas.

Ora, as estruturas normativas buscam estabelecer uma paz jurídica, que significaria a ausência de perturbação das próprias normas jurídicas. Não se confunde ela, apesar dos desejos dos moralistas, com a paz social, tão mencionada (e para a qual não parece ser, o Direito Penal, solução). A possibilidade de paz social encontra-se em um plano interno, e ela mensura-se apenas pela reunião dos sentimentos dos indivíduos que compõem as comunidades.

Quando se cuida de atos de terrorismo, as ordens jurídicas punem, freqüentemente, condutas em função de seus significados para as vítimas. O papel da vítima, *in casu*, é o de experimentar um sentimento de ‘terror’. Claro está que “*não se trata, nesses tipos penais, de crimes de preparação, mas unicamente do crime parcial de perturbação da paz jurídica. O autor arroga-se, nos dias de hoje, tão simplesmente a configuração do substrato cognitivo da norma em vigor. Na medida em que a paz ‘pública’ ou ‘interior’ ou adjetivada de outra maneira não seja sinônimo dessa paz jurídica, apenas pode-se constatar um ataque contra ela se, verificando a lesão de um início de ação, deprecia-se o domínio privado do autor e se o pune em razão de uma conduta que será exterior somente no futuro, ou seja, caso se o considere como inimigo*”<sup>43</sup>

Retoma-se, uma vez mais, o tema do inimigo. Sem negar a possibilidade de sua existência no plano político-social, que guarda as mais estreitas relações com a imposição de um poder que se propõe a convencer de sua legitimidade, a escolha de um inimigo – e sua perseguição – não pode ter lugar no campo penal, no seio de uma ordem jurídica que elege valores tais como a tolerância e o pluralismo, a partir de que não se concebe a intervenção penal em situações nas quais outros meios de controle social poderiam agir de maneira eficaz (princípio da subsidiariedade e da necessidade da intervenção penal).

Possível que a evolução da Humanidade não lhe tenha trazido vitórias sobre os preconceitos e as desconfianças com relação ao diferente, estrangeiro. Possível mesmo que a seqüência de guerras e catástrofes não esteja terminada. As prioridades dos que pensam pertencer a este mundo parecem carentes de atualização. O ‘terrorismo’

---

41. Günther Jakobs, “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de de Derecho Penal* (trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González et Manuel Cancio Meliá) Madrid: Civitas; UAM, 1997, p. 368.

42. *Idem*.

43. Günther Jakobs, *op. cit.*, p. 318.

é, também ele, uma praga que devasta os corações e espíritos humanos. Mas retornar tantos passos atrás, para ressuscitar a incriminação de idéias não-associadas a condutas, em momento anterior a sua exteriorização, não se justifica, considerado o atual estágio de desenvolvimento da doutrina penal. E os resultados – violentos, injustos, cruéis – dessas condutas parecem ser já objeto de várias incriminações. Os necessários passos adiante compreendem, ao contrário, a disposição de resolver as graves questões concernentes à partilha de poder no mundo, além das dificuldades de conceber o respeito ao outro.

## 5. Conclusões.

Das reflexões apresentadas, é possível desembocar em algumas conclusões, necessariamente parciais em razão da complexidade do objeto considerado:

I – deve-se considerar que o Direito Penal propriamente dito atua, no plano da eficácia social das normas jurídicas, apenas reativamente;<sup>44</sup>

II – a complexidade do mundo moderno e a globalização assumem o papel de catalisadores dos acontecimentos ‘terroristas’;

III – o ‘terrorismo’ existe em função do sentimento que determinados atos de violência desencadeiam – o ‘terror’ – e em função da consciência da vulnerabilidade que ele compreende;

IV – o ‘terror’ insere-se nos moldes das práticas discursivas, o que explica o recurso a ‘jogos de verdade’ os quais objetivam provocar efeitos de poder, reflexo da vontade política hegemônica;

V – o emprego da expressão ‘terrorismo’ é retórico, pois busca persuadir da existência de uma ameaça aleatória e irracional, portanto incontrolável, contra a verdade hegemônica;

VI – a busca das fontes das ameaças ‘terroristas’ suscita o problema da indicação de inimigos e, conseqüentemente, de obstáculos à tolerância;

VII – deve-se admitir que uma escalada da violência se produz quando as respostas a atos de ‘terrorismo’ escapam das vias do Direito, e mais especificamente do Direito Internacional Público, favorecendo uma cultura de dissensão;

VIII – não há no Brasil uma figura autônoma de ‘terrorismo’. Busca-se reprimir o crime organizado, assim como os ‘crimes contra o Estado’;

IX – a incriminação do ‘terrorismo’ propriamente dito encontra, ainda, óbice na proscrição do Direito Penal de consciência interior, pois compreende uma especial motivação para a ação delituosa;

X – o aspecto relacionado à ausência de controle sobre os sentimentos experimentados pelas vítimas também guarda caráter fortemente subjetivo, que implica a noção de terrorismo; ~

---

44. As políticas sociais, e mesmo, em alguns casos, as políticas de segurança pública, não tomam parte do Direito Penal propriamente dito.

XI – o Direito Penal Internacional deve auxiliar a restringir o “terrorismo” pela persecução dos crimes transnacionais organizados, e não mediante um alargamento ilegítimo do princípio da legalidade.

As leis devem ser garantes da liberdade, e não instrumentos de agressão, lembra Gomes de La Torre.<sup>45</sup> O fato de que o Direito Penal não oferece a solução a todos os males não é novidade. A urgência em interromper o ciclo de violência existente, compreendida a violência estatal (a utilização indiscriminada da força, com a justificação de ‘combate’ à criminalidade), é um desafio posto pelos direitos humanos.<sup>46</sup>

Mas no que concerne ao Direito Penal Internacional, ainda que suas características se construam por progressivos esforços de sistematização, tendendo a ser estimulado pela implementação do Tribunal Penal Internacional, é-lhe absolutamente necessário banir a retroatividade e ainda evitar que o Direito Penal se revele de fonte puramente costumeira.<sup>47</sup> O valor de segurança jurídica também deve subsistir no que se refere às relações internacionais.

A recusa ao ‘terrorismo’ é necessária, mas seria preciso antes saber do que se trata. E, considerando estar-se defronte de um fenômeno político, sua prevenção se deveria fazer pensar no campo político. No momento em que se realizam condutas já previstas criminalmente, como parte de estratégias políticas, caso provoquem elas resultados danosos tal como legalmente previstos, não se percebe razão para que o Direito comum (nacional ou internacional) deixe de exercer seu papel habitual. Ao contrário, optando-se pela tática do confronto, punindo-se independentemente do advento de resultados, assume-se o risco de catalisar a violência, inclusive estimulando a sensibilidade social ao sentimento de ‘terror’

Se a utilização de expressões em torno do ‘terror’ é meramente retórica, “é claro que a criminalização do terror tende a colocar em circulação generalizada uma cultura da dissensão. O objeto terrorista não é sinal de constrangimento político, ele é sinal de que todo agregado social fundado na legitimidade da falta de trocas, sobre o abandono dos valores, está condenado a sofrer, em cheio, uma diversificação fatal e indiferenciadora do trágico”.<sup>48</sup>

Às vezes, uns e outros perdem o controle sobre os procedimentos de administração do ‘terror’. Nesses momentos, ele se torna um simples detalhe em face da conservação do poder. E as condutas atentatórias aos bens jurídicos e às liberdades fundamentais perdem mesmo parte de sua gravidade diante de um monstro de aspecto variável, que emociona, mais que atemoriza. Então, torna-se o ‘terror’ uma desculpa

---

45. Ignacio Berdugo Gomes de La Torre. “La legislación penal antiterrorista”, *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v.11, n. 38, mayo/ago., 1989, pp. 24.

46. Antonio Luis Chaves de Camargo. “Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção no Estado Democrático de Direito”, in SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método, 2001, p. 80.

47. Michel Massé. *Op. cit.*, p. 130.

48. Philippe-Joseph Salazar. *Op. cit.*, p. 421.

para que os efeitos de persuasão e de poder entrem em cena. Melhor que o Direito Penal se mantenha à distância, sem ilusões de inocência...

São Paulo, agosto de 2002.

#### Bibliografia.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto* (trad.: Marcus Penchel). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves de. “Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção no Estado Democrático de Direito”, in SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método, 2001, pp. 73-80.

CERETTI, Adolfo. “O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta-causas e remédios” (trad.: Ana Paula Zomer), *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 18, abr./jun., 1997, pp. 9-25.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FOUCAULT, Michel. *L'ordre du discours*. Paris: Gallimard, 1971.

FOUCAULT, Michel. *A Microfísica do Poder* (trad. de Roberto Machado). 11ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1993.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas* (trad. de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GILBERT, G. “The ‘law’ and ‘transnational terrorism’”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Hague, v. 26, 1995, pp. 3-32.

GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo. “La legislación penal antiterrorista” *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v.11, n. 38, mayo/ago., 1989, pp. 23-37.

GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; RAMOS S., J. “Reflexiones político criminales sobre el terrorismo” *Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 10, n. 34, ene./abr., 1988, pp. 91-104.

JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en *Estudios de Derecho Penal* (trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González et Manuel Cancio Meliá) Madrid: Civitas; UAM, 1997, pp. 293-324.

KERCHOVE, Michel van de. “Éclatement et récomposition du droit pénal”, *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, Paris, n.1, janv./mars, 2000, pp. 5-15.



KOLB, Robert. "Universal criminal jurisdiction in matters of international terrorism: some reflections on the status and trends in contemporary international law", *Revue Hellenique de Droit International*, Paris, v. 50, n. 1, 1997, pp. 43-88.

HEDGES, Chris. "The new Palestinians revolt", *Foreign Affairs*, New York v. 80, n. 1, jan./feb., 2001, pp. 124-138.

MAIOR, Mariana Sotto. "Le terrorisme", *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 57/58, 1994, pp. 269-292.

MASSÉ, Michel. "La place du droit pénal dans les relations internationales" *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, Paris, n.1, janv./mars, 2000, pp. 123-131.

MIGLIORINO, Luigi. "La dichiarazione delle nazioni unite sulle misure per eliminare il terrorismo internazionale", *Rivista di Diritto Internazionale*, Milano, v.78, n. 4, 1995, pp. 962-972.

PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo*. Lisboa: Lex, 1995.

PEREZ MONTERO, José. "La lucha y la cooperación internacionales contra el terrorismo", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, v. 4, 1990-1991, pp. 91-169.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Erika Mendes de. "Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 771, jan. 2000, pp. 421-447.

ROBERTSON, Roland. *Globalization – Social theory and global culture*. London: Sage Publications, 1992.

SALAZAR, Philippe-Joseph. "Le terroriste: construction rhétorique d'un objet social" in CHAZEL, F et COMMAILLE, J. (org.) *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1991, pp. 415-421.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. "Mídia e Crime", in SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*. São Paulo: Método, 2001, pp.353-367.

STRATENWERTH, Günther. *Acción y resultado en derecho penal*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1991.

VEIGA, Otilia. "Mesures contre le terrorisme international", *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 39/40, 1989, pp. 363-377.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. 2ª ed. Bogotá: Temis, 1990.



## ONZE DE SETEMBRO: RELEVÂNCIA DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA INTERNACIONAL.

*Rodrigo Elian Sanchez*

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

### Resumo:

Em um contexto cada vez mais complexo e internacionalizado, as ameaças também se propagam de forma difusa, aproveitando-se das novas possibilidades de ação que a globalização traz à tona, ameaças estas simbolizadas pelo atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, contra o WTC e o Pentágono. Apenas a coordenação dos esforços dos Estados pode garantir a realização de um mundo dividido em unidades políticas soberanas. Pois se as fronteiras como expressão da soberania forem utilizadas como forma de evasão à lei, a própria legitimidade dos Estados estará comprometida na medida em que a legitimidade caminha de mãos dadas com a eficácia. Diante desses desafios, de um mundo cada vez mais interligado, destaca-se a importância da cooperação judiciária internacional como instrumento de política pública.

### Abstract:

In an increasingly complex and internationalized reality, the threats are fostering in a diffuse fashions, taking advantage of the new possibilities of action that the globalization creates; treats that could be symbolized by the terrorist attacks of September, 11th, 2001, against WTC and Pentagon. Only the coordination of the efforts of estates could guarantee a world divided in sovereign political unites. If the frontiers, as an expression of the notion of sovereignty, would be used to escape of the rule of law, the legitimacy of the states would be jeopardized; since legitimacy is the other face of efficacy. In the presence of these challenges, of an inter-linked world, turn up the importance of the international judicial co-operation, as an instrument of public policy.

**Unitermos:** globalização; ameaças difusas; cooperação judiciária internacional.

Após os atentados terroristas de 11 de setembro, 2001, contra o Pentágono e o WTC, muitos foram os debates acerca das conseqüências deste fato às relações internacionais. Não raros foram os que anunciaram ser este episódio o detonador de nova ordem internacional; ocorreria uma redefinição das políticas em face de uma nova realidade que surgia. Poucos foram os que notaram que a realidade do 11 de setembro não é uma novidade, mas, sim, já estava presente antes mesmo dos ataques supostamente arquitetados pela “al-Qaeda” O ataque no máximo iluminou esta

realidade, possibilitando um olhar mais preciso. Nada que um historiador, como Eric Hobsbawm, não houvesse notado e reafirmado em recente artigo intitulado “A Epidemia da Guerra”<sup>1</sup>

---

1. “É um tema a ser debatido o quanto as ações em que as Forças Armadas norte-americanas têm estado envolvidas desde o fim da Guerra Fria em várias partes do globo que constituem uma continuação da era de guerra mundial. Não pode haver dúvida, no entanto, de que os anos 90 foram recheados de conflitos militares formais e informais na Europa, na África e na Ásia Ocidental e na Central. O mundo como um todo não tem estado em paz desde 1914 e não está em paz agora. Apesar disso, o século não pode ser tratado como um bloco único, seja cronológica, seja geograficamente. Cronologicamente, ele se distribui em três períodos: a era de guerras mundiais centrada na Alemanha (1914 a 1945), a era de confronto entre as duas superpotências (1945 a 1989) e a era desde o fim do sistema de poder internacional clássico. Eu chamarei esses períodos de 1, 2 e 3. Geograficamente, o impacto das operações militares tem sido desigual. Com uma exceção (a Guerra do Chaco, que opôs Paraguai e Bolívia entre 1932 e 1935 pela posse de campos petrolíferos no sopé dos Andes), não houve guerras entre Estados significantes (em oposição a guerras civis) no hemisfério Ocidental (as Américas) no último século. Operações militares inimigas quase não tocaram esses territórios: daí o choque com os ataques ao World Trade Center e ao Pentágono em 11 de setembro. Desde 1945 as guerras entre Estados também desapareceram da Europa, que tinha sido até então o principal campo de batalha. Apesar de no período 3 a guerra ter retornado ao Sudeste da Europa, parece bastante improvável que ocorra no resto do continente. Em contrapartida, durante o período 2, guerras entre Estados, não necessariamente desconectadas do confronto global, permaneceram endêmicas ao Oriente Médio e ao Sul da Ásia, e guerras maiores diretamente resultantes do confronto global aconteceram no Leste e no Sudeste da Ásia (Coréia, Indochina). Ao mesmo tempo, áreas como a África subsaariana, que haviam sido comparativamente não afetadas pela guerra no período 1 (com exceção da Etiópia, sujeita a uma conquista colonial atrasada por parte da Itália em 1935-36), vieram a ser palco de conflitos armados no período 2 e testemunharam enormes cenas de massacre e sofrimento no período 3. Outras duas características da guerra no século 20 se destacam, a primeira menos obviamente do que a segunda. No início do século 21 nos encontramos em um mundo em que operações armadas não mais estão essencialmente nas mãos de governos ou de seus agentes autorizados e no qual os partidos em disputa não têm características, status ou objetivos comuns, exceto a disposição para usar a violência. Guerras entre Estados dominaram tanto a imagem da guerra durante os períodos 1 e 2 que guerras civis ou outros conflitos armados dentro dos territórios de Estados ou impérios existentes foram de alguma forma obscurecidos. Mesmo guerras civis no território russo após a Revolução de Outubro, em 1917, e aquelas que ocorreram após o colapso do Império chinês poderiam ser encaixadas na moldura dos conflitos internacionais, na medida em que foram inseparáveis deles. Por outro lado, a América Latina pode não ter visto Exércitos cruzando fronteiras de Estados no século 20, mas foi cenário de grandes conflitos civis: no México depois de 1911, por exemplo, na Colômbia desde 1948 e em vários países da América Central durante o período 2. Geralmente não se reconhece que o número de guerras internacionais declinou de forma razoavelmente contínua desde meados dos anos 60, quando conflitos internos se tornaram mais comuns do que aqueles disputados entre Estados. O número de conflitos dentro de fronteiras nacionais continuou a subir de maneira íngreme até se nivelar nos anos 90. Mais

Da mesma maneira, Fred Halliday, conceituado internacionalista, não caiu na falácia da dita “nova realidade internacional”<sup>2</sup> e de forma clara expõe tal compreensão da realidade mundial em um artigo, publicado recentemente no periódico “*The Observer*” intitulado “*New world, but the same old disorder*” O artigo mesmo sendo breve, o que não poderia ser diferente pois veiculado em periódico, traz interessantes reflexões sobre o atentado e os desafios, por ele aclarados a serem enfrentados pelos *policy-makers*, e por que não pelos Estados Nacionais.

Diante desta realidade complexa, que o 11 de setembro desnudou, estabelecem-se três desafios que deverão ser enfrentados. O primeiro seria o reforço da dimensão da segurança na globalização. Globalização não pode ser vista apenas em termos de comércio, turismo, investimento e comunicação. Necessita da dimensão da segurança, responsabilidade de todos Estados. Segurança esta que deve ser tanto efetiva quanto democrática, sob o manto da legalidade. O segundo desafio seria colocar a cooperação internacional não apenas em termos de força, mas também em termos políticos. Ou seja, cooperação visando a uma melhor governança internacional, já que o atual sistema de governança é muito fracionado e inadequado. Cooperação esta que lide com questões como migração, comércio internacional e a crescente desigualdade global. O terceiro desafio seria o apelo à comunidade, expressado através da idéia de choque de civilizações. Entendimento que, sob a aparência de explicar o mundo atual, se utiliza de fórmula retrógrada e inefetiva, incapaz de responder às problemáticas do mundo atual.<sup>3</sup>

---

*familiar é a erosão da distinção entre combatentes e não-combatentes. As duas guerras mundiais da primeira metade do século envolveram toda a população dos países beligerantes; tanto combatentes quanto não-combatentes sofreram. De certo modo os efeitos da guerra na vida civil são ampliados pela globalização e pela crescente confiança do mundo em um fluxo constante, ininterrupto, de comunicações, serviços técnicos, entregas e suprimentos. (...) O equilíbrio entre guerra e paz no século 21 não dependerá de arquitetar mecanismos mais eficientes para negociação e resolução, mas, sim, de estabilidade interna e de se conseguir que sejam evitados conflitos militares. Com poucas exceções, é menos provável que as rivalidades entre Estados que os levaram a conflitos armados no passado sejam capazes de fazê-lo hoje.”*  
Eric Hobsbawn, “*A epidemia da guerra*”, Folha de S. Paulo, domingo, 14 de abril de 2002.

2. “*This is not the brave new world order, or the creative resetting of debate, envisioned after 11 September. That day may not, it turns out, have prompted new thinking about world problems. It may have illuminated, more clearly than before, what kind of world we live in*”  
Fred Halliday, “*New world, but the same old disorder*” *The Observer*, Sunday, March 10, 2002.

3. Contra a idéia de um choque de civilizações, Edward Said é categórico ao afirmar: “*For there are closer ties between apparently warring civilizations than most of us would like to believe; both Freud and Nietzsche showed how the traffic across carefully maintained, even policed boundaries moves with often terrifying ease. But then such fluid ideas, full of ambiguity and skepticism about notions that we hold on to, scarcely furnish us with suitable, practical guidelines for situations such as the one we face now. Hence the altogether more reassuring battle orders (a crusade, good versus evil, freedom against fear, etc.) drawn out of Huntington’s alleged opposition between Islam and the West, from which official discourse drew its*

A partir desta breve introdução, gostaria de explorar os dois primeiros desafios, propostos por Fred Halliday, à luz de uma visão brasileira do Direito Internacional. Destacarei uma expressão chave para cada um dos dois desafios: do primeiro, *segurança*, do segundo, *cooperação política*.

O reforço da dimensão da segurança no âmbito internacional, em era marcada pelo fluxo ininterrupto de pessoas, bens e informações, é impensável numa realidade política recortada em unidades soberanas autônomas se estas, por seu isolamento, possibilitarem ao infrator ausentar-se das sanções atribuídas pelas diversas legislações nacionais de cada Estado. A sanção, como instrumento de coerção que busca a revalidação do interesse do Estado em tutelar o direito, é imprescindível para imputar respeito à lei. A ineficácia normativa passa pelo sentimento de impunidade, algo que a cooperação judiciária internacional pode ajudar a sanar.

O respeito à lei nacional seria um importante avanço para enfrentar esta realidade cada vez mais anárquica, sedenta por certeza e segurança.

A cooperação judiciária entre as diferentes unidades políticas que se expressam no plano mundial é igualmente imprescindível para a eficácia da aplicação das respectivas legislações nacionais. A coordenação da cooperação internacional, se apenas diplomática, expressa-se de forma eminentemente descontínua, pois baseada apenas na arbitrariedade, autonomia política que reflete a extensão do conceito de soberania, é volúvel e incerta, dependendo dos interesses envolvidos caso a caso. No caso específico da extradição, o Brasil (art. 75, Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980) somente a concede, na ausência de tratado, mediante declaração de reciprocidade do governo requerente. Porém, nem todos os países seguem esta linha, como o Reino Unido, que não observa o princípio da reciprocidade, não procedendo à extradição na ausência de tratado com o Estado requerente.

Resultado desta autonomia soberana dos Estados, a insegurança e arbitrariedade podem ser excluídas através da assinatura de tratados internacionais, pois, após a celebração do respectivo tratado internacional a intenção autônoma dos Estados signatários, se consolida em obrigação jurídica regulada pelo Direito Internacional. Esta é a grande importância dos tratados de cooperação judiciária; estabelecem, aos Estados, a obrigação de colaboração entre os judiciários na busca de levar a cabo a persecução judiciária, ou seja, a efetivação do direito.

Apenas a coordenação dos esforços dos Estados pode garantir a realização de um mundo dividido em unidades políticas soberanas, pois, se as fronteiras como expressão da soberania forem utilizadas como forma de evasão à lei, a própria legitimidade dos Estados estará comprometida, na medida em que a legitimidade

---

*vocabulary in the first days after the September 11 attacks. There's since been a noticeable de-escalation in that discourse, but to judge from the steady amount of hate speech and actions, plus reports of law enforcement efforts directed against Arabs, Muslims and Indians all over the country, the paradigm stays on". Edward W. Said, The Clash of Ignorance, The Nation, 4/10/2001.*

caminha de mãos dadas com a eficácia<sup>4</sup> Tal argumento se faz cada vez mais presente em vista dos “novos perigos” que grassam pelo mundo globalizado de forma fluída, como o terrorismo, narcotráfico e crime organizado<sup>5</sup> Assume, assim, a cooperação judiciária internacional, caráter de política de Estado, independentemente da ideologia política professada pelos dirigentes estatais.

Não se trata, como parece a primeira vista, de uma mera colaboração; os tratados de cooperação judiciária são úteis como forma de redesenhar, num plano global, a soberania, já obsoleta se pensada classicamente como no século XIX. Porém, devemos destacar que a cooperação não é fenômeno novo, como fica patente no caso do Acordo para a Execução de Cartas Rogatórias firmado, em 1879, entre Brasil e Bolívia, ainda vigente. A cooperação passa, isto sim, a ganhar nova dimensão nas relações internacionais.

O campo da cooperação internacional jurisdicional se subdivide em três vertentes: competência internacional, reconhecimento e execução de sentenças

---

4. Na clássica lição de Miguel Reale: “*O direito autêntico não é apenas declarado mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz. (...) Para que se possa falar, por conseguinte, de “fonte de direito”, isto é, de fonte de regras obrigatórias, dotadas de vigência e de eficácia, é preciso que haja um poder capaz de especificar o conteúdo do devido, para exigir o seu cumprimento, não sendo indispensável que ele mesmo aplique a sanção penal. É por isso que se diz que o problema das fontes do direito se confunde com o das formas de produção de regras de direito vigentes e eficazes, podendo ser elas genéricas ou não.*” Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 24a. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 113 e 141.

5. Clara é a exposição de Fred Halliday, acerca deste novo momento: “(...) *globalization is fostering a new politics. It creates the need for greater international co-operation – be it in constructing a ‘financial architecture’ to regulate the world economy, in intensified air traffic control requirements, in common taxation policies, or in regulating the environment. At the same time, the power of individual states is being eroded, and forms of international co-operation, between states, and transnational linkages, between social movements, NGOs and other elements of civil society, are growing, leading to use of the term ‘global civil society’ Easier travel and the possibilities of communication provided by the Internet allow not only those with power but those without to communicate, mobilize and consult across frontiers and continents. In legal and ethical terms, the growth of international codes of rights and good practice, the challenging of state sovereignty through UN conventions on human rights and through various forms of humanitarian intervention suggest the possibility of a normative system that is, in aspiration and some degree in practice, international. Globalization, therefore, creates both the possibility and the need for international co-operation (...).*” (...) *criminals have been as quick as anyone else to take advantage of globalization and the reduction of state control of frontiers. In transnational relations, as within states, all that is non-state is not liberal: the Mafia, the drug traffickers, religious fundamentalists and anti-immigration groups could all claim to be part of global civil society.*” Fred Halliday, *Governance Beyond Frontiers*, In: Fred Halliday, *The World at 2000*, Houndmills/Nova Iorque, Palgrave, 2001, pp. 127 e 136.

estrangeiras e tramitação internacional de atos processuais. O objetivo destas três vertentes cinge-se, respectivamente, à regulação dos conflitos internacionais de jurisdição, à determinação das condições para o reconhecimento e execução de atos decisórios de caráter construtivo - sejam condenatórios, sejam constitutivos, emanados por autoridade estrangeira no exercício da função jurisdicional -, e à realização, em uma jurisdição, de atos processuais no interesse de outra jurisdição.

Na cooperação entre Estados em matéria penal, segundo Nadia de Araújo, podemos subdividi-la em três ramos: primeiro, o ramo que diz respeito à colaboração no cumprimento de atos instrutórios e cautelares necessários ao desenvolvimento de determinado processo penal; segundo, o que tange à colaboração na localização, detenção e devolução do acusado da prática de determinado delito, ou daquele que já considerado culpado da prática do mesmo, para que responda a processo ou que cumpra a respectiva sanção penal – o que se dá através da extradição; e o terceiro, o que cuida da colaboração na produção de efeitos, no território de um Estado, originários de uma sentença penal condenatória, havida em outro Estado.

Tratando da extradição, o primeiro passo seria defini-la, distinguindo-a da expulsão e do banimento. Na lição de G. E. do Nascimento e Silva e Hildebrando Accioly: *“a extradição é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos. A instituição da extradição tem por objetivo principal evitar, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas consequências de crime cometido”*<sup>6</sup> Já Celso D. de Albuquerque Mello: *“A extradição pode ser definida como sendo o ato por meio do qual o indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo”*<sup>7</sup>. A primeira definição menciona restrições humanitárias à extradição, constantes do Direito Internacional e previstas na legislação pátria.

Essas restrições à concessão da extradição de caráter humanitário são: i). impossibilidade de pena de morte ou corporal; ii). impossibilidade de ter o inculcado que responder perante tribunal de exceção.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art.5º § 2) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 7º ) são claros na proibição da tortura. Tortura compreendida tal como estipula o art. 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes define, ou seja, como *“(....) qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter desta ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que esta ou uma terceira pessoa tenha cometido ou sejam suspeitas de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras*

---

6. Hildebrando Accioly, *Manual de direito internacional público/ Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva*, 14a ed. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 364.

7. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p. 169.



*peçoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como torturas as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorrem.”*

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, concluída em 1985, estipula que deve se incluir nos Tratados de extradição a tortura como crime extraditável. Sendo a tortura proibida mesmo em Estado de guerra, estado de sítio, conflitos internos e demais convulsões sociais. A tortura, segundo muitos, é atualmente norma de “*jus cogens*” do DIP, ou seja, que somente passível de derrogação pela sociedade internacional como um todo. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º XLVII, *a*, *e*, XLIX, prescreve a garantia de respeito aos direitos humanos. Segundo estas disposições, a condenação à pena de morte é incompatível com o direito pátrio, sendo somente concedida a extradição se comutada a pena em pena de prisão. Seguindo esta orientação, já firmada há muito no direito pátrio, o Tratado de Extradição entre o Brasil e o México, de 1933, em seu art. VIII, declarada a impossibilidade da extradição no caso de pena de morte ou corporal. Mesma disposição consta do Tratado de Extradição entre o Brasil e o EUA, em seu art. 6º (esta cláusula é uma constante nos tratados de extradição firmados pelo Brasil, os exemplos citados têm caráter meramente exemplificativo).

Paradigmático é o acórdão referente à extradição n. 633 - República da China, Relator: Min. Celso de Mello, em que o Governo chinês requeria a extradição de um estelionatário, crime este punido com pena capital naquela Nação. O pedido foi indeferido pelo STF, com base no binômio respeito aos direitos humanos-garantia do devido processo legal (*due process of law*).

A garantia do devido processo legal expressa na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LIV) se esteia também no art. XI da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que visa garantir ao acusado um julgamento justo, em que sejam observadas as garantias à defesa, dentro da presunção de inocência e do respeito ao princípio da legalidade. Dispositivos que vinculam a extradição à garantia do devido processo legal, constam expressamente de diversos tratados de extradição firmados pelo Brasil. Dentre eles, o celebrado com o Peru, que em seu art. I, 5, declara estarem as partes obrigadas à extraditar quando “ (...) o inculcado não tenha de responder no país requerente, perante algum tribunal ou juízo de exceção.”<sup>8</sup>

Dentre as exceções à extradição, figuram outras, que não as humanitárias, como a impossibilidade nos casos de crime político, de opinião, militar e religioso. A

---

8. Atualmente muito em voga, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o esforço realizado para identificar e prender supostos terroristas teria grandes obstáculos. Ocorrendo a prisão de inculcado de terrorismo em território brasileiro, o pedido de extradição, se requerido pelos EUA, seria prejudicado, pois o julgamento do inculcado se realizaria em tribunal de exceção, de caráter militar, sob a “justificativa” de estado de guerra, conforme as últimas medidas toscamente adotadas pelo Governo norte-americano, o que configuraria causa impeditiva da aludida extradição.

Constituição, em seu art. 5º LII, declara que “ *não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião* ”

Dentre essas hipóteses, de grande dificuldade é a de crime político, devido a sua amplitude e vagueza. Celso D. de Albuquerque Mello apresenta três critérios para a caracterização do crime político: “*i). objetivista – define o crime político como sendo aquele perpetrado contra a ordem política estatal; o importante é que o bem jurídico atingido seja de natureza política; ii). subjetivista – considera crime político o que foi cometido com a finalidade política; iii). o mais adotado atualmente é o critério misto resultante da combinação dos dois critérios anteriores. Entretanto, não há nenhuma obrigatoriedade para o Estado de adotar este ou aquele critério.*”<sup>9</sup>

Os atentados contra chefe de Estado ou sua família não são considerados crimes políticos. Os atos terroristas também não são considerados políticos, sendo passíveis de extradição, apesar de visarem sempre objetivos políticos. Porém, os atos terroristas são considerados crimes comuns, no sentido de ter obrigatoriedade jurídica aos Estados que ratificam tratados de extradição, já aos demais são livres para qualificá-los como políticos ou comuns.

Muitos são os que se colocam contrários a exclusão dos crimes políticos do rol dos crimes passíveis de extradição, por considerarem que, apesar de políticos, podem causar as mais graves conseqüências.

A doutrina enumera também, como excludente à extradição, a inviolabilidade absoluta de chefes de Estado; porém casos recentes como o do general Augusto Pinochet e a criação do Tribunal Penal Internacional da Haia para julgamento por crime cometidos na Iugoslávia, com o indiciamento do presidente Slobodan Milosevic, enfraqueceram a invocação desta excludente.

Outra impossibilidade é a extradição do nacional ou nacionalizado. Essa posição é adotada pela maioria das nações. É expressa a Constituição Federal de 1988, à esse respeito: “ *nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovação envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei*” (art. 5º., LI).

Preponderantemente questão concernente às relações internacionais, o pedido para a extradição deve ser processado através da via diplomática. No caso brasileiro, todo pedido deve ser encaminhado ao ministério das Relações Exteriores que o repassa ao STF, a fim de que as exigências formais e humanitárias sejam aptas para a concessão do pedido.

## Conclusão.

Nesta breve incursão, gostaríamos de pontuar a relevância da cooperação judiciária internacional como instrumento apto a dar conta das circunstâncias difusas

---

9. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994, p.170.

de um mundo cada vez mais permeado pela crescente circulação de bens, informações e pessoas. Atualmente, a fragmentação política (o mundo continua dividido em Estados soberanos e isto não tende a mudar à curto prazo, já que o Estado continua a ser a única instância de regulação social, bem como de exercício da cidadania), a par do encurtamento de tempo e distâncias proporcionados pelo incrível desenvolvimento dos transportes e comunicações, colocam em xeque a atuação de um Estado isolado, se pensado como unidade autárquica.

Os atentados terroristas de 11 e setembro de 2001 contra o Pentágono e o WTC desnudaram as complexidades trazidas pela crescente interdependência entre os Estados, e das quais não se aproveitam apenas o sistema financeiro, tantas vezes apontado como vilão da globalização e desestabilizador de economias nacionais, mas também as organizações terroristas, a máfia, os traficantes de drogas e outros agentes violadores da lei e da ordem. Nesse diapasão, notamos a necessidade de reforçar a esfera de segurança, através da cooperação política entre os Estados. Nessas circunstâncias, a cooperação judiciária internacional, como instrumento jurídico capaz de promover a cooperação em bases seguras e estáveis, destaca-se e se constitui numa importante ferramenta, da qual os Estados podem se utilizar para enfrentar os “novos perigos” do atual contexto mundial.

Novo contexto, que exige adaptação do Direito a esses novos paradigmas de ação internacional, reformulando essencialmente a natureza e limites da ação estatal, destituída de sua anterior importância e alcance, impotente diante de outras instituições e agentes “mais ágeis”

A par desta realidade duas lições resumem de forma sucinta a necessidade da já demasiadamente citada cooperação internacional jurisdicional. A primeira, ensinada por Georges Ripert, “*quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito*” a segunda, não menos importante, citada por Hans Morgenthau, “*a ética na política é a prudência*” Neste caso, é imperiosa, para o estabelecimento de ordem internacional segura e estável, a sensibilidade dos *policy-makers* em compreender a importância da cooperação judiciária em âmbito internacional, sob pena de formularem política ineficazes e, portanto, imprudentes.

São Paulo, janeiro de 2002.

Anexos.

### ***Tratados de Cooperação judiciária firmados pelo Brasil e vigentes.***

#### **Acordos bilaterais**

##### ***1. Alemanha***

1.1 Acordo de Garantia de Reciprocidade na Transmissão do Registro Penal. Assinado em Bonn, em 15/05/1957. Concluído por troca de notas (nota alemã n. 503, de 01/04/1957 e nota brasileira de 15/05/1957).

## 2. Argentina

2.1 Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita. Assinada em Buenos Aires, em 15/11/1961. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 53 de 31/08/1964. Promulgado por meio do Decreto n. 62.978, de 11/07/1968.

2.2 Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Assinado em Brasília, em 20/08/1991. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 47, de 10/04/1995. Promulgado por meio do Decreto n. 1.560, de 18/07/1995.

2.3 Tratado sobre Transferência de Presos. Assinado em Buenos Aires, em 11/09/1998. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 6, de 25/01/1999. Promulgado por meio do Decreto n. 3.875, de 23/07/2001.

## 3. Bélgica

3.1 Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita. Assinada no Rio de Janeiro, em 10/01/1955. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 1, de 07/02/1957. Promulgado por meio do Decreto n. 41.908, de 29/07/1957.

## 4. Bolívia

4.1 Acordo para a Execução de Cartas Rogatórias. Assinado em La Paz, em 22/12/1879. Promulgado por meio do Decreto n. 7.857, de 15/10/1880.

## 5. Canadá

5.1 Tratado sobre Transferência de Presos. Assinado em Brasília, em 15/07/1992. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 22, de 24/08/1993. Promulgado por meio do Decreto n. 2.547, de 14/04/1998.

## 6. Chile

6.1 Acordo sobre Cartas Rogatórias. Assinado em Santiago do Chile, em 10/02/1970. Concluído por troca de notas (nota chilena n. 841 e nota brasileira n. 24 de 10/02/1970).

6.2 Tratado sobre Transferência de Presos Condenados. Assinado em Brasília, em 29/04/1998. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 5, de 25/01/1999. Promulgado por meio do Decreto n. 3.002, de 26/03/1999.

## 7. Colômbia

7.1 Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal. Assinado em Cartagena das Índias, em 07/11/1997. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 41 de 18/06/1999. Promulgado por meio do Decreto n. 3895, de 23/08/2001.

## 8. Espanha

8.1 Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil. Assinado em Madri, em 13/04/1989. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 31, de 16/10/1990. Promulgado por meio do Decreto n. 166 de 03/07/1991.

8.2 Tratado sobre Transferência de Presos. Assinado em Brasília, em 07/11/

1996. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 58, de 28/10/1997. Promulgado por meio do Decreto n. 2.576, de 30/04/1998.

#### *9. Estados Unidos da América*

9.1 Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal. Assinado em Brasília, em 14/10/1997. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 262, de 18/12/2000. Promulgado por meio do Decreto n. 3.810, de 2/05/2001.

#### *10. França*

10.1 Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal. Assinado em Paris, em 28/05/1996. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 74, de 03/09/1999. Promulgado por meio do Decreto n. 3.324, de 30/12/1999.

10.2 Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil. Assinado em Paris, em 28/05/1996. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 163, de 03/08/2000. Promulgado por meio do Decreto n. 3.598, de 12/09/2000.

10.3 Acordo, por troca de Notas, sobre a Gratuidade Parcial da Execução das Cartas Rogatórias em Matéria Penal. Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 100, de 16/04/1991. Promulgado pelo Decreto n. 585, de 26/06/1992.

#### *11. Itália*

11.1 Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal. Assinado em Roma, em 17/10/1989. Aprovado por meio de Decreto Legislativo n. 78, de 20/11/1992. Promulgado por meio do Decreto n. 862, de 09/07/1993.

11.2 Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil. Assinado em Roma, em 17/10/1989. Aprovado por meio de Decreto Legislativo n. 78, de 20/11/1992. Promulgado por meio do Decreto n. 1.476, de 02/05/1995.

#### *12. México*

12.1 Acordo de Isenção de Legalização Consular. Assinado na Cidade do México, em 26/11/1970. Concluído por troca de notas (nota brasileira n. 190 de 26/11/1970 e nota mexicana n. 512.112, de 26/11/1970).

#### *13. Países baixos*

13.1 Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita. Assinada no Rio de Janeiro em 16/03/1959. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 23, de 23/10/1963. Promulgada por meio do Decreto n. 53.923, de 20/05/1964.

13.2 Acordo para a Extensão ao Suriname e às Antilhas Neerlandesas da Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita de 1959. Assinado no Rio de Janeiro, em 16/11/1964. Entrada em vigor em 16/11/1964. Concluído por troca de notas (nota Neerlandesa de 09/10/1964; nota brasileira de 16/11/1964).

#### *14. Paraguai*

14.1 Acordo para Restituição de Veículos Automotores Roubados e Furtados.

Assinado em Brasília, em 01/09/1994. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 139, de 29/11/1995. Promulgado por meio do Decreto n. 2.131, de 20/01/1997.

### 15. Peru

15.1 Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal. Assinado em Lima em 21/07/1999. Decreto Legislativo n. 181, de 07/06/2001.

### 16. Portugal

16.1 Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal. Assinado em Brasília, em 07/05/1991. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 77, de 19/11/1992. Promulgado por meio do Decreto n. 1.320, de 30/11/1994.

16.2 Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta. Assinado em Porto Seguro, em 22/04/2000. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 165, de 30/05/2001. Promulgado por meio do Decreto n. 3.927, de 19/09/2001.

### 17. Suíça

17.1 Acordo para a Dispensa da Legalização Consular. Assinado em Brasília, em 14/10/1970. Concluído por troca de notas (nota brasileira n.º (DAI/DJ/DCn/65/021(89) de 17/09/1970 e nota suíça n. 45.410, de 14/10/1970).

### 18. Uruguai

18.1 Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa. Assinado em Montevidéu, em 28/12/1992. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 77, de 09/05/1995. Promulgado por meio do Decreto n. 1850 de 10/04/1996.

## Acordos Regionais e Acordos Multilaterais

1. Ilanud (*Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento do Criminoso*)

1.1 Acordo de Cooperação para a Prevenção do Crime e o Tratamento do Criminoso. Assinado em São José da Costa Rica, em 30/11/1989. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 115, de 03/12/1996. Promulgado por meio do Decreto n. 2151 de 19/02/1997.

### 2. Mercosul

2.1 Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, concluído pelos governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai. Assinado em Lãs Leñas, em 27/06/1992. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 55, de 19/04/1995. Decreto n. 2.067, de 12/11/1996.

2.2 Protocolo de Medidas Cautelares, concluído pelos governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai. Assinado em Ouro Preto, em 16/12/1994. Entrada em vigor em 18/04/1997. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 192, de 15/12/1995. Promulgado por meio do Decreto n. 2.626, de 15/06/1998.

2.3 Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, concluído pelos governos da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai. Assinado em San Luis, República Argentina, em 25/06/1996. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 03, de 26/01/2000. Promulgado por meio do Decreto n. 3.468, de 17/05/2000.

2.4 Protocolo de São Luiz sobre Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados Partes do Mercosul. Assinado em San Luis, República Argentina, em 25/06/1996, e a respectiva Errata, feita em Assunção, em 19/06/1997. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 259, de 15/12/2000. Promulgado por meio do Decreto n. 3.856, de 03/07/2001.

### *3. Organização dos Estados Americanos*

3.1 Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, em matéria civil ou comercial. Assinada no Panamá, em 30/01/1975. São partes da referida Convenção os seguintes países: Chile, Equador, Estados Unidos, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 61, de 19/04/1995. Promulgada por meio do Decreto n. 1.899, de 09/05/1996.

3.2 Convenção Interamericana sobre Regime Legal das Procuраções para serem Utilizadas no Exterior. Assinada na cidade do Panamá, em 30/01/1975. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 4, de 7/02/1994. Promulgada por meio do Decreto n. 1.213, de 03/08/1994.

3.3 Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro. Assinada em Montevidéu, em 08/05/1979. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 46, de 10/04/1995. Promulgada por meio do Decreto n. 1.925, de 10/06/1996.

3.4 Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, em matéria civil ou comercial. Assinado em Montevidéu, em 08/05/1979. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 61, de 19/04/1995. Decreto n. 2.022, de 07/10/1996.

3.5 Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, proferidos em processos civis, comerciais ou trabalhistas. Assinada em Montevidéu, em 08/05/1979. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 93, de 20/06/1995. Promulgada por meio do Decreto n. 2.411, de 02/12/1997.

3.6 Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar (IV CIDIP). Assinada em Montevidéu, em 15/07/1989. . Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 1, de 28/02/1996. Promulgada por meio do Decreto n. 2.428, de 17/12/1997.

3.7 Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores. Assinada na Cidade do México, em 18/03/1994. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 105, de 30/10/1996. Promulgada por meio do Decreto n. 2.740, de 20/08/1998.

### *4. Convenção de Nova Iorque*

4.1 Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro. São partes da referida Convenção os seguintes países: Alemanha, Alto Volta, Argélia, Argentina,

Áustria, Bélgica, Bolívia, Camboja, Ceilão, Chile, China, Colômbia, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Equador, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Hungria, Israel, Iugoslávia, Luxemburgo, Marrocos, México, Mônaco, Niger, Noruega e Países Baixos.

Assinada em 31/12/1956. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 10, de 13/11/1958. Promulgada por meio do Decreto n. 56.826, de 02/09/1965.

*5. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*

5.1 Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Assinada em Paris, em 17/12/1997. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 125, de 14/06/2000. Promulgada por meio do Decreto n. 3.678, de 30/11/2000.

*6. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*

6.1 Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Assinada em Haia, em 25/10/1980 (com reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, para determinar que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial). Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 79, de 15/09/1999. Promulgada por meio do Decreto n. 3.413, de 14/04/2000.

*7. Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional*

7.1 Convenção relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em matéria de Adoção. Assinada em Haia em 29/05/1993. Aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 1, de 14/01/1999. Promulgada por meio do Decreto n. 3.087, de 21/06/1999.

*Extradição*

*Acordos Bilaterais*

*1. Argentina*

1.1 Tratado de extradição. Assinado em Buenos Aires, em 15/11/1961. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 85, de 29/09/1964. Promulgado por meio do Decreto n. 62.979, de 11/07/1968.

*2. Austrália*

2.1 Tratado sobre Extradição. Assinado em Camberra, em 22/08/1994. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 36, de 28/03/1996. Promulgado por meio do Decreto n. 2.010, de 23/09/1996.

*3. Bélgica*

3.1 Tratado de Extradição. Assinado no Rio de Janeiro, em 06/05/1953. Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 26, de 19/06/1956. Promulgado por meio do Decreto n. 41.909, de 29/07/1957.



#### *4. Bolívia*

4.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 25/02/1938. Aprovado por meio do Decreto Lei n. 345, de 22/03/1938. Promulgado por meio do Decreto n. 9.920, de 08/07/1942.

#### *5. Chile*

5.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 08/09/1935. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 17, de 01/08/1936. Promulgado por meio do Decreto n. 1.888, de 17/08/1937.

#### *6. Colômbia*

6.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 28/12/1938. Aprovado por meio do Decreto Lei n. 1994 de 31/01/1940. Promulgado por meio do Decreto n. 6.330 de 25/09/1940.

#### *7. Coréia do Sul*

7.1 Tratado de extradicação. Assinado em Brasília, em 01/09/1995. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 263, de 28/12/2000. Promulgado por meio do Decreto n. 4.152, de 7/03/2002. Considerando que a ressalva introduzida à versão em idioma português do tratado pelo referido decreto legislativo, ressalva esta objeto de acordo, por troca de notas, entre os dois governos, de 18 de dezembro de 2001, se acha devidamente incorporada ao texto do tratado promulgado.

#### *8. Equador*

8.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 04/03/1937. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 110, de 24/09/1937. Promulgado por meio do Decreto n. 2.950, de 08/08/1938.

#### *9. Espanha*

9.1 Tratado de Extradicação. Assinado em Brasília, em 02/02/1988. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 75, de 29/11/1989. Decreto n. 99.340, de 22/06/1990.

#### *10. Estados Unidos da América*

10.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 13/01/1961. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 13, de 18/06/1964. Promulgado por meio do Decreto n. 55.750, de 11/02/1965.

10.2 Protocolo Adicional ao Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 18/06/1962. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 13, de 18/06/1964. Promulgado por meio do Decreto n. 55.750, de 11/02/1965.

#### *11. Itália*

11.1 Tratado de Extradicação. Assinado em Roma, em 17/10/1989. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 78, de 20/11/1992. Promulgado por meio do Decreto n. 863, de 09/07/1993.

## 12. Lituânia

12.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 28/09/1937. Aprovado por meio do Decreto Lei n. 950, de 13/12/1938. Promulgado por meio do Decreto n. 4528, de 16/08/1939.

## 13. México

13.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 28/12/1933. Aprovado por meio do Decreto Lei n. 28, de 30/11/1937. Promulgado por meio do Decreto n. 2.535, de 22/03/1938.

13.2 Protocolo Adicional ao Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 18/09/1935. Aprovado por meio do Decreto Lei n. 28, de 30/11/1937. Promulgado por meio do Decreto n. 2.535, de 22/03/1938.

## 14. Paraguai

14.1 Tratado de Extradicação. Assinado em Assunção, em 24/02/1922. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 4612, de 29/11/1922. Promulgado por meio do Decreto n. 16.925, de 27/05/1925.

## 15. Peru

15.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 13/02/1919. Aprovado por meio do Decreto n. 4236, de 04/01/1921. Promulgado por meio do Decreto n. 15.506, de 31/05/1922.

## 16. Portugal

16.1 Tratado de Extradicação. Assinado em Brasília, em 07/05/1991. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 96, de 23/12/1992. Promulgado por meio do Decreto n. 1.325, de 02/12/1994.

## 17. Reino Unido

17.1 Tratado de Extradicação. Assinado em Londres, em 18/07/1995. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 91, de 11/09/1996. Promulgado por meio do Decreto n. 2.347, de 10/10/1997.

## 18. Suíça

18.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 23/07/1932. Promulgado por meio do Decreto n. 23.997, de 13/03/1934.

## 19. Uruguai

19.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 27/12/1916. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 3607, de 13/12/1918.

Promulgado por meio do Decreto n. 13.414, de 15/01/1919.

19.2 Protocolo Adicional ao Tratado de Execução. Assinado no Rio de Janeiro, em 07/12/1921. Aprovado por meio do Decreto Legislativo n. 4539, de 04/02/1922. Promulgado por meio do Decreto n. 17.572, de 30/11/1926.

## 20. Venezuela

20.1 Tratado de Extradicação. Assinado no Rio de Janeiro, em 07/12/1938. Aprovado por meio do Decreto Lei n. 4.868, de 09/11/1939. Promulgado por meio do Decreto n. 5.362, de 12/03/1940.

# **FILOSOFIA DO DIREITO**



# BREVE REFLEXÃO SOBRE OS ASPECTOS FILOSÓFICOS DA EXPERIÊNCIA COM O GENOMA HUMANO

*David Teixeira de Azevedo*

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

## Resumo

Os paradoxos de uma avassaladora tecnologia, investigações que permitem extraordinários avanços, as valiosas conquistas da Engenharia Genética e da clonagem e o universo de possibilidades aberto aos caminhos do homem são os pontos abordados pelo autor, com belíssimas conclusões.

## Abstract

The overpowering technology's paradoxes, inquires that allow extraordinary advances, valuable acquires of the Genetics Engineer and cloning and the universe of possibilities opened to the human ways are the points boarded by the author, with wonderful conclusions.

**Unitermos:** genoma humano; clonagem; Engenharia Genética; investigação científica; vida humana.

*“Como é bela a Humanidade!  
Oh! Admirável mundo novo em que vivem tais pessoas!”  
(Shakespeare, A tempestade)*

## I. Introdução.

No filme *The 6<sup>th</sup> Day*, dirigido por Roger Spottiswood e estrelado por Arnold Schwarzenegger, que trata do tema da clonagem de seres vivos, há uma empresa especializada em clonagem humana, sendo médico responsável o Dr. Weir. Katherine, a esposa deste último, que já fora clonada mas adoecera gravemente outra vez, afirma: *“Eu quero morrer. Meu tempo já passou”* Em discussão com o proprietário da empresa, diz o Dr. Weir: *“Eu amo minha mulher muito, tanto que prometi não a trazer de volta”*

Essa fita ilustra muito bem a perplexidade e ambigüidade trazidas pela avalanche tecnológica bem característica deste tempo. A passagem transcrita emoldura, exemplarmente, a angústia e a contradição de sentimentos surgidos da experiência humana, trágica, de fazer possível a vida sem limite temporal.

## II. Avassaladora tecnologia: um paradoxo.

As investigações levadas adiante pelos físicos e o desvendar dos segredos dos átomos despertaram os bioquímicos para pesquisa dos seres vivos. Nesse campo despontou a Genética, cujo foco é a matéria viva e sua reprodução. Investigando-se a fantástica e intrincada intimidade de funcionamento das moléculas, identificaram-se os ácidos nucleicos, base da herança do ser vivo. Com Miescher isolando a nucleína, denominada ácido nucleico, e, verificando-se ser esta a base da herança dos caracteres dos seres vivos, Macarty Aver e Macleod “*determinaram que um dos ácidos nucleicos, o ADN ou ácido desoxirribonucléico, podia transferir uma característica ausente antes da transmissão*”. Daí, como já se observou, foi um passo para Watson e Crick proporem, em 1954, a estrutura helicoidal, dupla, como forma de explicação da rearrumação dos átomos na molécula de ADN.

Marcante é que “*essas e outras investigações permitiram avanços extraordinários no campo genético, com a descoberta mesma da estrutura da vida, com ganhos incontáveis para a denominada engenharia genética com a tecnologia do DNA recombinante, de modo a fazer a multiplicação de genes dos mais variados organismos, havendo possibilidade de modificação do genoma, ou seja, da base hereditária de uma célula viva, tornando possível a geração de novos seres, denominados “organismos geneticamente modificados”*”<sup>1</sup> Exemplo dessa tecnologia é a criação de organismos transgênicos, que esteve tão em moda quando do movimento contra os grãos de soja importados pelo Brasil, ou também o rato gigante em que foi introduzido gene humano responsável pelo crescimento.

Há valiosas conquistas da Engenharia Genética como o melhoramento genético, a terapia genética, com a retirada de genes defeituosos a fim de serem reparados e reinjetados no organismo, além da detecção de doenças antes mesmo do nascimento do ser, a possibilitar uma espécie de limpeza e conserto genético. Muitas doenças hereditárias, entre três a quatro mil, poderão ser mapeadas e assim erradicadas<sup>2</sup> Como acrescenta a redação do site Terra, “*novos produtos poderão se beneficiar das descobertas. Empresas norte-americanas de biotecnologia estão conduzindo experiências de evolução acelerada para criar uma geração desde superdetergentes a remédios ultrapotentes. Na chamada evolução dirigida, os biotecnólogos pressionam os genes a experimentar mutações, obtendo em dias ou semanas o que demoraria anos na natureza. Por exemplo: determinadas bactérias levam décadas para evoluir e se tornar resistentes aos antibióticos. Os laboratórios, porém, podem criar em poucos dias supergermes para testar os novos antibióticos*”

A Engenharia Genética permitiu igualmente a clonagem, tão em voga quando da ovelha Dolly, em que foi realizada a cópia idêntica de outro ser vivo,

---

1. A exposição seguiu a linha de Celso Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, *Direito ambiental e patrimônio genético*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1996, pp. 151 e ss.

2. Fonte: AFP/Terra.

produzido artificial e assexuadamente, tornando possível a realização da clonagem de embriões humanos, trabalho desenvolvido pela Advanced Cell Technology, uma pequena empresa de biotecnologia de Worcester, próximo a Boston, Massachusetts. Segundo alegam, a finalidade da pesquisa com os embriões não seria a reprodução, mas simplesmente constituir fonte de “células-tronco”, em tese capazes de se transformar em tecido e órgãos humanos. Todos os embriões clonados, todavia, morreram.

Há acesa disputa entre os dois organismos responsáveis pela pesquisa da decodificação genética, a empresa *Celera Genomics*, grupo privado, e o *Human Research Project*, empreendimento que conta com a colaboração de cientistas do mundo inteiro. De qualquer modo, Eric Lander, um dos principais pesquisadores do projeto público, afirmou que os cientistas não poderão criar as terapias sem a ajuda de “empresas dispostas a investir capital”, o que sugere intensos interesses econômicos, em especial na área de fármacos.

A esse respeito, a Autogen Ltda., empresa australiana no campo de investigação genética, adquiriu do Governo tonganês, minúsculo arquipélago de 108 mil habitantes no Pacífico Sul, direitos com exclusividade sobre a diversidade genética da população, de modo a criar um banco de dados a partir do DNA dos habitantes, em troca de *royalties* consistentes em medicamentos.<sup>3</sup>

No Brasil, as atividades de pesquisas genéticas já permitiram, por intermédio do *Projeto Transcriptoma*, não apenas o seqüenciamento dos genes mas sua identificação e nomeação, possibilitando o uso útil das informações genéticas. O *Projeto Xylella Fastidiosa* desenvolvido pela FAPESP tornou possível, num trabalho integral e em tempo recorde, o seqüenciamento dos genes e sua identificação, fazendo factível, por exemplo, o combate e extermínio do amarelinho, doença da citricultura. O benefício econômico para a produção de laranja, uva e outras culturas suscetíveis a esta última bactéria será não apenas dos produtores mas também do órgão de pesquisa, desde que possível o depósito de uma “patente forte”, referente aos genes seqüenciados e identificados, com compreensão de suas funções biológicas. O Brasil também se destaca nesse campo com a decodificação do gene responsável pelo câncer de mama. O trabalho foi desenvolvido pelo Projeto Genoma Humano do Câncer, que elevou o País ao posto de segundo fornecedor de informações sobre a doença, por intermédio da tecnologia denominada “Orestes” que permite a leitura do miolo do gene, onde se localizam as informações genéticas mais importantes.

Todo esse quadro é de causar perplexidade. Mostra que se vive num tempo de avassalador progresso científico e tecnológico. Podemos afirmar nunca antes a Humanidade, em tão curto espaço de século, ter avançado conquistas capazes de pôr em xeque a própria natureza do homem, sua posição no mundo e os valores que lhe norteiam e empolgam a existência.

Por contraditório que seja, ao permitir a quebra de modelos ou paradigmas e ao pretender redefinir o papel da ciência (já agora não de caráter universalista e

---

3. Folha de S. Paulo (Folha Ciência), edição de 23 de novembro, p. A 17.

“objetivista”, herança do Iluminismo, mas sim com um viés construcionista e de plurais visões do mundo natural e axiológico, característico da era Pós-Moderna), o avanço tecnológico e científico marcou o fim da ciência baseada em conhecimento universal e necessariamente verdadeiro, portanto, ciência de paradigmas seguros<sup>4</sup>. Como assinala Lyotard, lembrado por Stanley Grenz<sup>5</sup> “o apelo à ciência como categoria organizadora e unificadora está enfraquecendo. Especificamente, a noção de uma empresa científica única, subdividida em disciplinas paralelas bem definidas, está sendo substituída pela noção de um agregado de áreas de questionamento mal definidas e em constante mutação. Cada uma dessas especialidades ostenta seu próprio “jogo de linguagem” (método ou procedimento de pesquisa) e conduz seu trabalho sem recorrer a uma “metalinguagem científica universal que una as ciências e proporcione um arsenal de recursos bem como um conjunto de princípios metodológicos confiáveis”<sup>6</sup>

E desse esfacelamento ou pulverização da ciência resultou a perda do preciso objetivo da pesquisa. À ciência já não importa a verdade científica mas sim “o grau de desempenho”, deixando de lado a indagação científica básica “Será verdade?” para ingresso da pergunta “Para que serve?”, valendo antes a utilidade e eficiência da descoberta ainda que não conhecida plenamente a verdade sobre as leis intrínsecas do fenômeno<sup>7</sup>

A esse repensar da própria atividade da ciência e à mudança de seus paradigmas segue a quebra de valores, que justamente no âmbito tecnológico já têm precária luminosidade. Opera-se uma perigosa relativização moral. Hemingway, espelhando essa relativização, já afirmava no trabalho *Morte na tarde*: “I know only that what is moral is what you feel good after, and what is immoral is what you feel bad after”<sup>8</sup>, e Joseph Jübert em seus *Cadernos* acrescentava haver pessoas “que só guardam a moral em peça. É um pano de que nunca mandam fazer roupas” Ou seja, há homens que não operam no campo moral e ético na perspectiva de valores imutáveis e transcendentais; não vestem sua existência com a roupagem valorativa, mas se valem de uma ética pragmática, de instantânea e utilitarista.

O fato é que se vive um tempo de verdadeira analgesia moral, expressão de um vazio existencial, estando o homem sem valores como norte, perdido do sentido do ser, apenas voltado para o ter e conquistar, numa verdadeira confusão axiológica. Os valores já não brilham de modo a prestar-se a guia segura para a tomada de decisões eticamente orientadas a respeito de questões as mais delicadas para a própria existência

4. *Pós modernismo – Um guia para entender a filosofia de nosso tempo*, São Paulo, Editora Vida Nova, 1997, p. 78.

5. É proveitosa a consulta à obra de Lyotard, *The post-modern condition: a report on knowledge*, Minnesota, University of Minnesota, 1984.

6. Op. Cit., pp. 79-80.

7. Cf. op. et loc. Cit.

8. Interessante que Hemingway suicidou-se aos 61 anos, após acometido de crises de depressão e choques elétricos, destino semelhante ao de seu filho, como assinala Marcelo Rubens Paiva em artigo inserido na Folha de S. Paulo, Inéditos, Caderno Especial, edição de 6/10/2001.



do gênero humano. E nesse terreno de instabilidade ética vai posicionar-se a questão relativa à investigação genética, campo ainda sem fronteiras definidas e cujas formidáveis aquisições científicas são absolutamente perturbadoras.

Algumas questões pungentes despontam nesse cenário, a começar pela possibilidade de uma eugenia genética, que por certo e em larga medida teria agradado o movimento nacional-socialista alemão. Pense-se também na possível criação de superespécies, capazes de causar dano ao meio ambiente, pelo perigoso desequilíbrio ecológico e pelo risco à variabilidade das espécies. Ou, também, no domínio dos interesses econômicos, o aproveitamento da propriedade das patentes de natureza genética, o que daria domínio sobre a vida animal e vegetal a segmentos comprometidos apenas com o lucro financeiro. Outro problema diz respeito ao prolongamento indefinido da vida e a capacidade do planeta de suportar uma superpopulação, para não falar do risco de, com as pesquisas genéticas, buscar-se a correção genética que torne o gene resistente à agressão externa decorrente da interação do homem com o meio degenerado ou com o agente agressor, em prejuízo da verdadeira correção do problema, que está no meio, correção real consistente na recuperação e preservação do meio ambiente como ecossistema equilibrado e sadio, ou, ainda, no tratamento da fonte como origem mesma da patologia do ser humano.

Outras indagações relevantes, como o sigilo dos dados relativos à informação genética, para fins de seguro, escola, casamento, trabalho etc., a problemática que envolve a propriedade intelectual, a criação do Banco de Dados Genéticos, a necessidade de consentimento de mapeamento genético<sup>9</sup> e o intrincado ponto do tratamento genético próprio ou de terceiro, a criação de cópia de seres humanos em formas descerebradas como uma espécie de “estepe” biológico para futuros transplantes sem rejeição e, ainda, o direito à informação genética, essas indagações relevantes - repita-se - trazem sutis, elegantes e perigosos temas éticos, que não de ser resolvidos juridicamente após a decantação dos valores que orientam a própria vida e existência humana.

O fato é que essas perturbadoras conquistas abalam o alicerce e a estrutura dos valores que são fundantes da sociedade moderna e que constituem medula do próprio homem, membro da comunhão social.

### III. A vida humana e sua dimensão ética.

O homem vive imerso nos valores, debaixo de uma verdadeira constelação axiológica que lhe orienta a vida, escalona prioridades, define ações e

---

9. Veja a advertência da redação do Site Terra: “O mapeamento genético também está alertando para outra questão: a da discriminação genética. Instituições e pesquisadores já indagam se o conhecimento do material genético de uma pessoa não permitirá a sua exclusão social ou econômica. As empresas seguradoras de saúde poderiam, por exemplo, utilizar o mapeamento genético para alterar os valores dos serviços ou excluir clientes que demonstrassem grande propensão a determinadas doenças. Uma pesquisa feita nos EUA pela Time/CNN mostrou que 75% dos entrevistados não querem que suas companhias de seguro de saúde conheçam seu código genético, por temerem discriminação. Os pesquisadores já falam na necessidade de proibir, legalmente, a discriminação genética.

propõe e fixa objetivos da existência. O homem vive, respira valores. Mesmo quando nega os valores, o homem os afirma, pois decidir envolve sempre um decidir valorativo e eticamente orientado.

O homem não se caracteriza como tal apenas porque dotado de inteligência, capacitado para a elaboração de idéias e juízos, capaz de abstração conceitual e formulação de raciocínio. A bem ver, estar sob o domínio do instinto ou viver orientado tão-apesas pela inteligência, em essência não faz muita diferença para a existência particular do homem senão enquanto espécie, porque um e outro, instinto e inteligência, são acrômicos, neutros, pragmáticos. Por isso mesmo, a inerência do comportamento humano não reside propriamente no agir inteligente, mas no agir segundo uma escala de valores. Comportamento humano só é humano se debaixo de um determinado universo axiológico, porquanto instinto e inteligência tão-só habilitam o homem à satisfação das necessidades de sobrevivência de acordo com a luta biológica de preservação. A segunda (inteligência) vai distinguir-se do primeiro (instinto) apenas em que há crescente sofisticação no atendimento a essas necessidades, buscando os melhores e mais abreviados meios para cumprimento do maior espectro possível de necessidades e, por extensão, buscando a satisfação de desejos complexos nos seres humanos e elementares e básicos nos demais animais.

O indisputável é que, se não orientado no sentido de realização de valores, situado debaixo de uma constelação axiológica, o homem perde sua própria identidade, bestializa-se, perde de foco sua finalidade de ser humano, em dano à sua dignidade intrínseca.

Os valores, insista-se, é que dão o sentido à vida, pondo resposta à pergunta em como ser verdadeiramente homem e como pode e deve ele cumprir sua missão no mundo. O sentido da vida, portanto, é a medida precisa em que pode cumprir e cumpre o homem um valor<sup>10</sup>. Acentua Johannes Hessen ser o mais alto fim da vida humana justamente a humanização do homem, pelo abrir-se aos valores.<sup>11</sup>

De fato, o fim da vida é a humanização do homem pela porta dos valores, havendo uma inclinação em todas as atividades humanas em direção ao valioso ou desvalioso. Há tensão constante e perene entre a ciência e a técnica, de um lado, e a humanização do homem, de outro. A técnica tende a afirmar-se isenta a valor. Na busca da conquista científica, o trabalho do técnico é de identificação da ordem intrínseca dos fenômenos e da lei que rege e mantém essa ordem, aparentemente sem qualquer preocupação ou contraponto ao universo axiológico. O homem segue sua vocação de tornar-se pedra angular da criação, tarefa somente possível pelo humanizar-se, que nada mais é senão o ser e agir de acordo com os valores supremos da verdade e da bondade.

---

10. Johannes Hessen, *Filosofia dos valores*, Coimbra, Arménio Amado, 5ª edição, trad. Cabral de Moncada, p. 241.

11. Op. cit., p. 243.

#### IV. As pesquisas científicas e seu equacionamento ético.

As coisas se bem vistas, contudo, não se passam bem assim, pois o decidir humano quanto ao objetivo da pesquisa científica já envolve uma opção ou escolha valorativa. O homem, como se afirmou, está imerso nos valores, não podendo nenhuma ação ou obra sua ser compreendida sem a inserção no universo do valioso. A cultura humana, e nela se incluem as conquistas científicas e tecnológicas, não constitui outra coisa senão a magnetização dos valores no plano do relacionamento e desenvolvimento humano e social.

O objeto da investigação científica, por conseguinte, não pode despregar-se do objetivo determinante da investigação mesma, que acaba por condicionar o método ou a técnica de investigação. Isto é, não há objeto de pesquisa sem um preciso objetivo de investigação, ambos com o dever de equacionar a validade, adequação e proporcionalidade do método de investigação. E no objetivo determinante da pesquisa reside uma opção valorativa.

Assim é que não se pode pretender, por exemplo, a cura da aids simplesmente porque se almeja a criação, promoção ou expansão de uma segura sociedade de homossexuais, ou ainda para tornar menos danoso, por exemplo, o estupro. Muito menos se buscará tal cura utilizando-se de método investigativo que implique a inoculação do vírus em pessoas homossexuais ou potenciais vítima do delito de estupro, pessoas absolutamente sadias, causando-lhes debilidade física, sofrimento e dor, a fim de constatar eventual eficiência de determinado princípio ativo de droga, ou mesmo para testar o potencial inocuizante de determinada vacina. Não. A pesquisa científica há de estar eticamente endereçada. Essa a razão pela qual existem os Conselhos de Ética de Pesquisa, de que é exemplo o Conselho de Ética da Faculdade de Farmácia da Universidade de São Paulo.

Por isso, num aspecto, e só nesse aspecto, parece correto o materialismo histórico de Marx ou o vitalismo ou biologismo de Spengler, quando afirmam não poder separar-se, como realidades não-permeáveis, o mundo da natureza e o mundo da cultura, como afirmava a escola neokantista alemã de Windelband e Rickert<sup>12</sup>

Aliás, na linha do empirismo, a medida da natureza é a medida do próprio homem, dado que a natureza constitui realidade para o ser cognoscente apenas no que pode ser percebida e conhecida. Esse princípio do *homo mensura*, proposto por Protágoras, vale não apenas no campo gnoseológico, mas também no axiológico: a natureza existe e vale na exata proporção em que o homem pode conhecê-la e sobre ela proferir seus juízos de valor. Por isso, a natureza faz-se cultura não pelo fortuito agir do homem sobre a matéria, mas pelo agir teleológica e, assim, axiologicamente orientado. O *cogito ergo sum* cartesiano pode nesse sentido ser substituído pelo *judico ergo sum*, que enfatiza o sujeito que valora.

---

12. Rickert, por exemplo, afirmava ser a ciência da natureza isenta ou alheia a valores: ciência da natureza isenta ou alheia a valores (*wertfrei*) e da história ou cultura uma realidade referida a valores (*wertbeziehend*). Cf. *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung e Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, apud Johannes Hessen, op. cit., p. 250.

Aliás, o contato entre natureza e cultura já podia ser identificado desde os estóicos, segundo quem a lei da natureza tanto preside a regularidade e a ordem do mundo quanto constitui igualmente regra de comportamento, regra “*que a ordem do mundo exige que seja respeitada por [todos] os seres vivos*” confiada aos instintos nos animais e à razão no homem<sup>13</sup>

Mesmo nos domínios exclusivos da natureza parece haver um acento valorativo. Por exemplo, na perpetuidade da espécie, como que há uma seleção das funções mais úteis e mais importantes para o progresso e manutenção do equilíbrio natural, de modo a promover a vida, valor matricial. E também nesse sentido, homem e natureza integram-se e se fundem como ator principal desse movimento universal de preservação da ordem natural do planeta, desde que a vida humana, pelo que creio, é contígua temporalmente à criação do universo, de tal modo que pode afirmar-se existir o universo para o homem e este depender da existência daquele. Assim, o universo físico e biológico de um lado e o homem e os valores de outro constituem grandezas que participam de uma unidade de sentido, irredutíveis todavia em seus atributos, mas interdependentes e complementares.

Com propriedade, Cabral de Moncada afirma serem “*os valores a própria vida do homem enquanto homem*”<sup>14</sup> e por meio de sua efetivação é que o homem se liga ao mais real de sua existência, na dialética e interpenetração entre o ideal e o real, na história individual e social.<sup>15</sup> E nesse terreno do valioso, a experiência do valor é comum dos homens e universal à raça humana, desde que os valores são objetivos e transindividuais, o que, na fórmula existencial de Heidegger, permaneceu na afirmação de caracterizar-se o homem como um “*ser com*”<sup>16</sup> (*sein ist mitsein*). E nessa incoercível comunicação e sociabilidade, as consciências se interpenetram, convivem, colaboram na constituição do ser espiritual que é a Humanidade ao largo da história. Como assevera Cabral de Moncada, a vivência do valioso, não-só no que tem de categoria formal, mas em muitos dos seus conteúdos materiais, não é apenas da pessoa mesma, de sorte que não tem somente o palco da consciência espiritual da pessoa no aqui e agora, mas também a dos outros, de muitos outros, freqüentemente a dos homens de toda uma geração, de uma época, de uma civilização e cultura, e talvez até mesmo da Humanidade<sup>17</sup>

O fato é que o homem submerso nos valores busca, consciente ou inconscientemente, o valor absoluto, que será visto no Deus pessoal e criador do mundo

13. Nicola Abbagnano, Verbetes “natureza”, *Dicionário de Filosofia*, São Paulo, Ed. Mestre Jou, , p. 671.

14. *Filosofia do direito e do estado*, Coimbra, ed., v. 2, p. 286.

15. *Op. cit., et loc. Cits.*

16. Sobre o existencialismo de Heidegger, ver Johannes Hirschberger, *História da filosofia*, São Paulo, Editora Herder, 1968, pp. 209 c ss.

17. *Op. et loc. Cits.*

dos cristãos; no espírito absoluto do neohegelianismo, de essência racional, um *logos* laico a palpitar no interior de toda evolução, tanto da vida natural quanto da vida social e da História; no próprio desespero e na absurdidade da vida humana do existencialismo, ou particularmente no nenhum sentido da vida de Sartre, segundo quem o homem “*é o ser que projeta ser Deus*”<sup>18</sup>, mas este está falido, homem cujo projeto resolve-se portanto em fracasso; ou na “nua existência” de Heidegger ou na Transcendência de Jaspers<sup>19</sup>

Na verdade, a busca do absoluto é a busca de Deus. E a busca de Deus é a busca pelo homem da razão de sua própria vida e o sentido último de sua existência. E havendo sido feito o homem à imagem e semelhança de Deus, na ânsia insuperável de encontrá-lo busca, a meu sentir inutilmente, o absoluto em sua própria existência espiritual (alma), que é eterna. E nesse ser assim espiritualizado e voltado à Transcendência, acha-se o ponto essencial de seu ser, que é a própria dignidade humana.

De tal arte que a pessoa humana é o valor matricial, é o valor-fonte, no qual há concreção e prospecção do valioso. E por ser valor-fonte, valor-primeiro, ele se põe como razão de ser do Estado, seu modelador e ponto referencial. Deve-se por isso dar-lhe incondicional respeito e proteção, desde que se põe como centro de atração e projeção dos valores, exercendo uma força centrípeta e centrífuga de todas as outras expressões axiológicas.<sup>20</sup>

A problemática vai centrar-se, no fundo e ao cabo, na adoção ou rejeição de uma ética pragmática que instrumentaliza a pessoa humana, pondo em segundo plano sua dignidade intrínseca, tendo o homem como um bem relativo. É uma via aberta, como assinala Laura Pallazani, a uma “*ética della disponibilità della vita humana*”, no curso da qual o homem não possui valor em si mesmo, sendo portanto irrelevantes para a Moral e para o Direito as vertentes axiológicas da conduta mesma, nada havendo a orientar e a tolher a liberdade de ação do ser humano.<sup>21</sup>

## V. A biotecnologia e os valores do homem.

Toda ação humana é orientada valorativamente. Agir é agir eticamente orientado. E esse prisma ético é colhido pelas ciências de natureza cultural, que buscam em sua investigação não as relações entre os fenômenos, mas o sentido das condutas e

18. Dicionário cit., verbete “existencialismo”, p. 656, *Être et néant*, p. 656.

19. Ver Régis Jolivet, *As doutrinas existencialistas*, Porto, Livraria Tavares Martins, 1953, p. 325.

20. E aqui reside o perigo de tendência ética reducionista, como aquela do movimento norte-americano *Law and Biology*, para o qual a moralidade não tem outra natureza senão a de constituir “*empirical matter subject to scientific study*”, apresentando-se não com um substrato filosófico, mas tão-apsas como “*empirical issues of social science*”, assemelhando a experiência jurídica àquela submetida às leis biológicas. (Cf. E. Donald Elliot, *Law and biology: the new synthesis?*, Saint Louis University Law, v. 41, n. 2, spring 1997, pp. 601-603)

21. *La clonazione sull'uomo: una recente questione bioetica e biogiuridica*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, Luglio/Settembre, IV Serie, LXXIV – 1997, p. 462.

dos movimentos individuais e sociais. Se é verdade não se identificar em todos os planos, numa projeção necessária, o direito com a ordem moral<sup>22</sup>, ou com os valores espirituais e religiosos, a situar-se o jurídico dentro do denominado “mínimo ético”, cumprindo a finalidade de “*manter de pé a sociedade dos homens e criar-lhes condições de vida que lhes permitam realizar, por si, os seus próprios fins*”<sup>23</sup> não menos correto estarem as normas jurídicas a positivarem valores imantados a bens de essencial relevância ao convívio em sociedade, principal e primeiramente aqueles bens que dizem com a própria existência do homem e seu destino.

É nessa perspectiva que deve ser vista a questão relativa à Biotecnologia. Deve-se humanizá-la. Compatibilizá-la com os valores essenciais da humanidade, pondo-se a dignidade da pessoa humana como valor fonte, verdadeiro valor iluminador (*Strahlwert*), que informa, conforma e “enforma” todos os demais valores, inclusive e principalmente o jurídico, e que dá projeção linear e significado inconfundível a toda descoberta científica e a toda a técnica utilizada pelo homem para esse fim.

Os organismos internacionais têm-se precavido dos riscos aos direitos individuais fundamentais consistentes nos grandes interesses econômicos no âmbito das investigações biotecnológicas. No encontro preparatório para o *Global Compact Meeting* realizado em 26 de julho de 2000, em Nova York, pela *United Nations High Commissioner for Human Rights*, o problema foi trazido de maneira pungente, apontando-se a preocupação quanto à crescente dependência e intercomunicação entre negócio e direitos humanos: “*the links between business and human rights are becoming increasingly clear and higher on the international agenda*”

A mesma *United Nations* expediu a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, afirmando a unidade fundamental de todos os membros da família humana, com reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade. Por isso, todos têm o direito a respeito e à observação de sua dignidade e demais direitos independentemente de suas características genéticas, não se podendo reduzir o indivíduo à sua expressão ou qualidade genética, mas sim dedicar respeito à sua singularidade e diversidade.

Quanto à exploração aos interesses econômicos com as experiências genéticas, fixou que o genoma humano em seu estado natural não deve ser utilizado para ganhos financeiros, prevendo que, em caso de intervenção genética de que decorra danos ao paciente, mesmo em caso de consentimento, deverá haver reparação. Por isso, prevê-se que os Estados deverão editar regras expressas sobre os casos e condições de intervenção genética, mesmo consentida, limitando-se legalmente as hipóteses limitadoras.

E essas limitações jurídicas são de suma importância, em especial na área farmacêutica. Como assinalou o jornalismo do site *Terra*, “*as transformações serão profundas, principalmente na área farmacêutica. Quando se detalharem as*

---

22. *Non omne quod licet honestum est.*

23. Cabral de Moncada, op. cit., p. 295.

*tendências humanas a determinadas doenças, será aberto um novo leque de pesquisas em medicamentos, principalmente de caráter preventivo. Será possível prever a reação de cada homem a determinadas substâncias e economizar nos testes clínicos de diagnóstico. O desenvolvimento de produtos transgênicos deverá ganhar ainda mais impulso, esquentando a polêmica”*

*“Novos produtos – continua - poderão se beneficiar das descobertas. Empresas norte-americanas de biotecnologia estão conduzindo experiências de evolução acelerada para criar uma geração desde superdetergentes a remédios ultrapotentes. Na chamada evolução dirigida, os biotecnólogos pressionam os genes a experimentar mutações, obtendo em dias ou semanas o que demoraria anos na natureza. Por exemplo: determinadas bactérias levam décadas para evoluir e se tornar resistentes aos antibióticos. Os laboratórios, porém, podem criar em poucos dias supergermes para testar os novos antibióticos”.*<sup>24</sup>

Subjaz a todas essas considerações a indagação quanto à conveniência, necessidade ou mesmo emergência de se estabelecerem limites à investigação científica e à utilização de suas conquistas. O certo, contudo, é que o objetivo da pesquisa genética deverá ser o de preservação da vida e do bem-estar da pessoa humana, individualmente considerada, revestida de seus aspectos e atributos fundamentais de dignidade e diversidade.

A pesquisa genética, destarte, não poderá tanger a dignidade da pessoa humana, consistente em sua singularidade, diversidade, intimidade, ou seja, o valor intrínseco de sua personalidade. A terapia genética poderá ser incrementada para o aperfeiçoamento da espécie, nunca para o propósito genérico de criação ou geração de superespécies ou raças puras, mas deverá visar ao consentido aprimoramento da pessoa individualmente considerada.

Não deverão as pesquisas genéticas no campo humano, em particular no de fertilização, subverter a ordem natural da vida, em si mesma valiosa, por exemplo, com programa de concepção entre homossexuais.

De outro lado, as investigações genéticas não deverão caminhar para a perpetuação da espécie humana, porquanto tal vereda conduzirá, pela escassez dos recursos havidos no planeta, ao aniquilamento da própria Humanidade, a que precederia uma luta feroz entre os membros da raça humana.

## VI. A vida humana como caminho para a morte: as fronteiras da genética.

A vida, em suma, há de prestar tributo à morte como limite derradeiro de uma existência que se faz outra mais perfeita, em outro plano, para que a linha da vida e da civilização humana não se interrompa.

A vida e a morte constituem extremos perenes de contato com a natureza mesma e com a própria Humanidade. A vida encaminha-se para a morte e nela se

---

24. Fonte: Redação Terra.

encontra paradoxalmente sua realização e sua plenitude, quando permite ao ser que morre a perpetuidade da própria existência na memória dos que sobram e na História da Humanidade, e o renascimento para a vida no plano espiritual, danação eterna para uns e gozo eterno para outros, tudo a depender das particulares escolhas dos valores eternos.

A morte, por outro lado, dá sentido à vida e permite a continuidade da existência humana.

Há que se permitir ao homem morrer sua própria morte. Por isso, o que se lhe deve oferecer é qualidade de vida e também qualidade de morte, sem sofrimento ou dor, falando os psicólogos e médicos da *“dignificação do processo de morrer”*<sup>25</sup>

E qualidade de vida não se resume à funcionalidade e higidez de membros, órgãos, faculdades e funções, mas principalmente resolve-se a qualidade de vida, no sabor da existência. Quando se perde o gosto da vida, pela solidão da ausência da constelação de familiares e queridos, pela desconexão progressiva do processo e progresso social, pelo *desplugar-se* do mundo, de nada vale a saúde física ou a higidez mental. É hora de morrer.

Por isso, deve-se respeitar a decisão personalíssima de quem se desapaixona da vida, por nela já não perceber atrativo ou com ela já não pulsar.

Tem razão, portanto, o Dr. Weir quando afirma que, por amar sua mulher, haver-lhe incondicionalmente e irreversivelmente prometido *“não a trazer de volta”*

Não será essa a razão pela qual o Salmista conclui, na perspectiva de seu tempo: *“A vida do homem é de setenta anos, mas se alguns por sua robustez chegam a oitenta o melhor deles é cansa e enfado”*?<sup>26</sup>

A Biotecnologia, os estudos avançados de Genética e as pesquisas de ponta poderão com sucesso retirar do homem sua canseira, mas não serão capazes, jamais, de retirar-lhe o enfado, que é o cansaço da alma.

## VII. Conclusão.

A ciência foi feita para o homem e não o homem construído a partir e na medida da ciência. Se, como Kant, a ciência é dotada de objetividade, necessidade e universalidade, mas em dependência da *“subjetividade comum a todos os homens”*<sup>27</sup> da consciência também universal e geral de todos os homens, o denominado *“Eu transcendental”*, que organiza a multiplicidade das sensações segundo uma hierarquia de formas, de modo a constituir o conhecimento científico, o homem, como assinala o mesmo Kant, o homem é a medida moral da ciência e não pode ser de nenhum modo instrumentalizado. Ele é fim. Fim absoluto.

25. Kovacs, M. J., *Autonomia e o direito de morrer com dignidade*, em *Bioética*, revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina, v. 6, n. 1, 1998, p. 62.

26. Bíblia Sagrada, Livro dos Salmos, capítulo 90, versículo 10.

27. Umberto Padovani e Luís Castagnola, *História da filosofia*, São Paulo, Melhoramentos, 1993, p. 363.



Será que vale a pena buscar a eternidade sem passar pela morte? Não traria a vida sem termo mais escolhos, mais patrimônio de sofrimento e dor do que bem-estar e sensação de completitude. Não constitui a morte o ápice de uma trajetória de vida que pretende a eternidade para imortalidade da própria existência.

Como diz Moisés no Livro dos Salmos, falando da fraqueza do homem e da providência de Deus: *“A duração da nossa vida é de setenta anos, e se alguns, pela sua robustez chegam a oitenta anos, o melhor deles é canseira e enfado, pois passa rapidamente, e nós voamos”*<sup>28</sup>

Do homem, repita-se, não se lhe pode extrair o direito de morrer. O direito de morrer sua própria morte, com todo o ritmo e o completo rito sacro e de sagração reservados a cada ser humano. Há beleza na morte. A cessação da vida a um só tempo é cessação de trajetória e reinício de jornada, é a consolidação de um projeto e realização de vida, para a instauração de um outro projeto de realização de vida, no plano transcendental.<sup>29</sup> Nesse sentido, o nascimento do mito nada mais significa senão o cristalizar, perenizando na personalidade que morreu, suas virtudes e seu exemplo. Somente se pode tornar eterno passando pela via sombria e gloriosa da morte. A imortalidade de um Kennedy, Churchill, a lembrança perene de um Getúlio Vargas ou Rui Barbosa, o exemplo contínuo e renovado de um Gandhi ou Ayrton Senna, ou de um Charles Chaplin, apenas foram obtidos pela morte.

A morte, numa palavra, traz vantagens e ganhos a quem morre, que pode passar a viver num estado de perfeição, e aos que persistem na senda da vida, que têm um referencial para a existência, um norte para seu destino.

Por isso o filósofo e cientista, ou melhor, esteta do Direito, Miguel Reale, pontua não ser exagero *“afirmar que sem a morte não teria significado a vida. Imagine-se o homem imortal, para quem a infância, juventude, maturidade e velhice seriam palavras desprovidas de sentido, um tempo sempre igual, no qual não haveria lugar nem para esperança, nem para a saudade”*<sup>30</sup>

Se como diz Voltaire a *“vida é organização com capacidade de sentir”*<sup>31</sup> as pesquisas genéticas inspiradas apenas tecnicamente não poderão ingressar no patrimônio humano, senão quando ganharem vida, pela presença do sentimento do homem, pela via aberta da humanização.

São Paulo, fevereiro de 2002.

---

28. Bíblia Sagrada, Salmo 90:10, versão Almcida.

29. Assim, parece não ter razão Rui Barbosa quando dizia: *“A vida não tem mais que duas portas: uma de entrar pelo nascimento; outra de sair, pela morte. Ninguém, cabendo-lhe a vez, poderá furtar à entrada. Ninguém, desde que entrou em lhe chegando o turno, se conseguirá evadir à saída”*. (Elogios acadêmicos e orações de paraninfo, Ed, Revista de Língua Portuguesa, 1924, p. 358.

30. Artigo publicado no jornal “O Estado de S. Paulo” – 12/6/99.

31. *Diccionario fisiológico*, Buenos Aires, Editorial Araújo, 1964, Tomo III, verbete “vida”, p. 354.



# TRAÇOS DE UMA ÉTICA PÓS-MODERNA: A ÉTICA, A VIOLÊNCIA E OS DIREITOS HUMANOS NO SÉCULO XXI.

*Eduardo Carlos Bianca Bittar*

Professor Doutor do Departamento de Filosofia e Teoria  
Geral do Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O complexo entrelaçamento entre modernidade e pós-modernidade e os dilemas dessa inter-relação decorrentes ensejam a abertura da reflexão em torno da ética, da violência e dos direitos humanos, desafios da Humanidade para os tempos que se nos afiguram.

## Abstract:

The complex collision between modernity and post-modernity and the dilemmas resulted from its relation try the opening of the reflexion along the ethics, the violence and the human rights, challenges of the Humanity in the present time.

**Unitermos:** pós-modernidade; ética; violência; direitos humanos.

## 1. A modernidade em rápido confronto com a pós-modernidade.

Todo o projeto iluminista e racionalista de constituição do homem na base do dever puro e abstrato, toda a proposta de constituição da ética mundana na linha da ética racional, todas as ambições depositadas sobre a moral abstrata, sobre os direitos consagrados em declarações universais, sobre a cultura racional, tornaram-se questões ultrapassadas em face da pós-modernidade. Aliás, esta tenta se libertar das premissas construídas na base das ilusões burguesas. Este confronto é já uma característica anunciada de mudança em face do que eram os propósitos e projetos mais brilhantes da modernidade.

A transferência paulatina do racional para o contingente, do verdadeiro científico para o possível do senso comum, do melhor idealista para o aceitável realístico, operou a grande transição que hoje se pode afirmar caracterizar a ruptura com a modernidade. Ora, na medida em que o projeto da modernidade era inscrever com tinta indelével as características puras de todos os direitos e de toda a moral, e o exemplo mais taxativo deste propósito está corporificado na filosofia kantiana, a diversidade do pós-moderno tornou diáfanos todas as dimensões deste circuito de valores. Em termos éticos, ainda se torna difícil poder avaliar os avanços e retrocessos desta mudança, mas se reconhece já a existência deste traços marcantes que diferenciam um período do outro:

*“Será a condição pós-moderna um avanço quanto às realizações morais da modernidade? A pós-modernidade golpeou as ambições modernas de legislação ética universal e solidamente fundada; mas será que também eliminou todas as oportunidades que a modernidade teve de melhoria moral? No campo da ética, deve-se considerar a pós-modernidade como passo avante ou como retirada?” (Bauman, Ética pós-moderna, 1997, p. 254).*

Assim, a pós-modernidade não aceita o fato de que seja possível converter valores morais em normas universais com tranquilidade e isenção.<sup>1</sup> Normalizar a moral, isentar a ciência das influências externas, universalizar a cultura, perenizar as declarações de direitos, eis alguns projetos descartados pela pós-modernidade. Nem o mistério, nem a dúvida, nem a contradição, nem a ilusão, nem a dor, nem o erro são mais mistérios que devem ser eliminados do coração humano para que se alcance a moral racional e universal.<sup>2</sup> Tudo isto é aceitável, na pós-modernidade, como parte constituída das próprias ambigüidades éticas que caracterizam a humanidade, e por isso experiências necessárias para a construção do *homo ethicus*. Leia-se:

*“A pós-modernidade; também pode-se dizer, traz o reencantamento do mundo depois da moderna luta, longa e seríssima, se bem que no fim inconclusiva, para desencantá-lo (ou, mais exatamente, a resistência ao desencantamento, quase nunca posta para dormir, foi continuamente o espinho pós-moderno na carne da modernidade). A desconfiança na espontaneidade humana, nos impulsos e nas inclinações resistentes a predição e justificação racional foi quase substituída pela desconfiança na razão não-emocional e calculadora. Restitui-se dignidade às emoções; legitimidade às inexplicáveis, e mesmo irracionais, simpatias e lealdades que não se podem explicar em termos de utilidade e propósito. Funções, manifestas ou latentes, não são febrilmente buscadas para tudo o que as pessoas fazem a outros ou a si próprias. O mundo pós-moderno é mundo em que o mistério não é mais estrangeiro maltolerado à espera da ordem de deportação. Neste mundo, podem acontecer coisas que não têm nenhuma causa que as faça necessárias; e as pessoas fazem coisas que dificilmente passariam no teste de um propósito calculável, e nem se diga, racional” (Bauman, Ética pós-moderna, 1997, p. 42).*

A própria ciência moderna, que se constituiu na base da experiência

1. *“Só as normas podem ser universais. Pode-se legislar deveres universais ditados como normas, mas responsabilidade moral só existe na interpelação do indivíduo e no ser portada individualmente. Os deveres tendem a fazer os humanos iguais; a responsabilidade é o que os fazem indivíduos. A humanidade não é captada em denominadores comuns – aí ela se submerge e desvanece. A moralidade do sujeito moral não tem, portanto, o caráter de norma. Pode-se dizer que o moral é o que resiste a codificação, formalização, socialização, universalização. O moral é o que permanece quando se fez o trabalho da ética, o trabalho da Gleichschaltung” (Bauman, Ética pós-moderna, 1997, p. 66).*

2. *“A aceitação da contingência e do respeito pela ambigüidade não são fáceis; não há razão para depreciar seus custos psicológicos. E, no entanto, a margem clara dessa nuvem particular é incomumente densa. O reencantamento pós-moderno do mundo traz a oportunidade de encarar a capacidade moral humana sem rebuços, tal como é realmente, sem disfarces e sem deformações; de readmiti-la no mundo humano vindo de seu exílio moderno; de restaurá-la em seus direitos e sua dignidade; de apagar a memória de difamação, o estigma deixado pelas desconfianças modernas” (Bauman, Ética pós-moderna, 1997, p. 43).*

sensível, da experimentação e do teste, com base na herança baconiana e newtoniana, negou qualquer possibilidade de comprometimento do cientista com os mistérios da realidade. Somente valia o que estava provado, do que se podiam descartar as intuições e sentimentos, as ideologias e as parcialidades tendenciosas do cientista. A ciência é do que do verdadeiro, do universalmente válido, do perenemente certo e comprovado. O positivismo do século XIX somente levou às últimas conseqüências estas idéias do início da era moderna, exacerbando-as e tornando-as lema de vida, sobretudo quando as ciências sociais passam a postular a universalidade das ciências empíricas, ou quando as ciências jurídicas passam a fazer da exegese literal da lei o dogma de atuação do juiz na avaliação das condutas humanas. A conseqüência? O alto preço do desencantamento do mundo, que havia se tornado um “objeto científico”, a ser desbravado de seu gabinete pelo cientista, valorando-se como algo que deve ser calculado, medido, conhecido, testado, dominado, explicado, domado, para servir à causa humana.

A pós-modernidade se desgarra do projeto de limpar o mundo do incognoscível, de estirpar toda dúvida que se dilui ante ao método, de ter a pretensão de tudo explicar a partir de paradigmas científicos laboratoriais, e passa a aceitar aquilo que antes era o mito da modernidade, ou ainda, a ilusão da modernidade, ou seja, que o mundo é a própria diversidade e inconstância que se manifestam pelos fenômenos:

*“Saber que isso é verdade (ou apenas intuí-lo, ou continuar como se soubesse) é ser pós-moderno. A pós-modernidade, pode-se dizer, é a modernidade sem ilusões (o oposto disso é que a modernidade é a pós-modernidade que recusa a aceitar sua própria verdade). As ilusões em questão concentram-se na crença de que a confusão do mundo humano não passa de estado temporário e reparável, a ser substituído, mais cedo ou mais tarde pelo domínio do ordenado e sistemático da razão. A verdade em questão é que a confusão permanecerá, o que quer que façamos ou saibamos, que as pequenas ordens ou sistemas que cinzelamos no mundo são frágeis, temporários, e tão arbitrários e no fim tão contingentes como suas alternativas” (Bauman, Ética pós-moderna, 1997, pp. 41-42).*

## 2. Dilemas da pós-modernidade.

O mundo que se organiza na base de uma ética pós-moderna vive superações e diferenças identificáveis, com relação aos dísticos mais representativos da modernidade, porém, também vive o dilema da indefinição: não vê e não conhece os contornos exatos da própria face projetada no espelho. As zonas limítrofes entre os valores não se definem com precisão, de modo que produzem nos espíritos os sentimentos mais estremecedores da indecisão, da falta de definição, da perda de sentido. Percebe-se que uma espécie de doença se espalhou por toda a sociedade, contaminando as mentes, as intenções, os sentimentos, o comportamento e a educação dos jovens: nada é feito sem um cálculo escrupuloso de vantagens e desvantagens, lucros e recompensas materiais. Cada indivíduo é valorizado pelo que produz e não pelo que é.

A sociedade pós-industrial, na dicção de Domenico De Masi (sociedade da informatização, do teletrabalho, da desindustrialização das formas de produção, da

diversificação dos espaços de trabalho, da intelectualização progressiva das atividades profissionais),<sup>3</sup> possui no pluralismo seu eixo de raciocínio e sustentação. A diversidade, a multiplicidade e a celeridade são suas conseqüências, suas premissas e conclusões. A ruptura com o passado moderno trouxe uma avalanche de tendências reprimidas, em que as minorias se manifestam com intensidade, os comportamentos estão favoravelmente pluralizados, os padrões morais estão difusos e desconcentrados, gerando um quadro onde a “indefinição é o regime” citando a expressão musical de Caetano Veloso. O aspecto cultural da sociedade pós-industrial, na ruptura do imperialismo da era fordista e produtiva, é a pós-modernidade, que se projeta em conseqüências sobre diversas dimensões da atuação humana. Ainda:

*“A realidade denominada pós-moderna é a realidade da pós-industrialização, do pós-fordismo, da tópicidade, do ceticismo quanto às ciências, quanto ao positivismo; época do caos, da multiplicidade de culturas e formas, do Direito à diferença, da eurofobia dos individualismos e do mercado, da globalização e da volta ao tribal. É a realidade de substituição do Estado pelas empresas particulares, de privatizações, do neoliberalismo, de terceirizações, de comunicação irrestrita, de informatização e de um neoconservadorismo. Realidade de acumulação de bens não-materiais, de desemprego massivo (Gherzi, 1994, p. 13), de ceticismo sobre o geral, de um individualismo necessário, da coexistência de muitas meta-narrativas simultâneas e contraditórias, da perda dos valores modernos, esculpido pela revolução burguesa e substituídos pela ética meramente discursiva e argumentativa, de legitimação pela linguagem, pelo consenso momentâneo e não mais pela lógica, pela razão ou somente pelos valores que apresenta (Kaufmann, 1994, p. 224)” (Marques, A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. Arquivos do Ministério da Justiça, 1998, pp. 54).*

Os dilemas de uma sociedade em intenso processo de modificação, onde o novo é sempre substituído pelo mais novo, onde o velho é aquilo que há pouco era recente, são inúmeros. Paranóias coletivas, comportamentos estandardizados, desejos homogeneizados, excesso de informação moral desenraizada e desconexa, pluralismo de tendências éticas mal definidas, reações éticas inexplicáveis, cisão com a tradição, negação ostensiva do passado, perda de registros éticos e referências dogmáticas,<sup>4</sup> desorientação moral, perda da noção da origem do mal moral,<sup>5</sup> aceitação de tudo,

3. De Masi, *O ócio criativo*, 2000.

4. Na ruptura com a era paroquial, o entusiasmo foi a primeira reação: “No começo, a vinda do pluralismo (quebrando o molde da tradição, escapando ao controle apertado e meticuloso da paróquia e da comunidade local, afrouxando o domínio do monopólio ético eclesialístico) foi saudado com alegria pela minoria que pensava, debatia e escrevia” (Bauman, *Ética pós-moderna*, 1997, p. 29).

5. “Podemos lhes fazer mal (ou elas nos podem fazer mal) inadvertidamente, por ignorância mais que de propósito, sem querer mal a quem quer que seja em particular e sem agir com maldade, e sermos, no entanto, culpados moralmente. A escala das conseqüências que nossas ações podem ter tolhe-nos a imaginação moral que podemos ter. Também torna impotentes as normas éticas, poucas, mas testadas e confiáveis, que herdamos do passado ou que se nos ensinam a obedecer” (Bauman, *Ética pós-moderna*, 1997, p. 25).

indiferença para com o outro, permissividade, contestação frenética de toda autoridade, difusão de cultos de duvidável credibilidade, de seitas apocalípticas, de grupos de fanáticos, de religiões oportunistas, carência de divisas entre valores, entre o certo e o errado são apenas alguns dos dilemas sentidos e vividos por cada indivíduo pós-moderno. As dimensões morais se encontram diluídas de modo tal que apelos contrários e/ou contraditórios sobre valores e formas de ser conseguem conviver numa mesma seção de revista ou jornal: ao lado de uma grande entrevista com o Papa, publica-se uma matéria tematizando o que a religião aponta como pecado (relação extraconjugal), lida pela mídia como jogos de amor para vencer o tédio conjugal (*ménage à trois*, ‘escapadinhas’ troca de casais)!

Novos e diversos foros de justificação do mau procedimento moral (se meus pais não aceitam, o grupo aceita; se você não aceita este comportamento sexual, há quem aceite; na linguagem da ‘moçada’ você é um quadrado e seus valores são ultrapassados; você diz que isto é errado, mas eu vi na televisão...) são erigidos, tornando-se incontrolável os modos de ser e de pensar. Dicotomias e estereótipos são comuns na avaliação do outro. A liberdade é traduzida em libertarismo, em nome de bandeiras mal-determinadas de reivindicações (em nome dos direitos do consumidor, em nome do movimento feminista, em nome do sindicalismo nacional...).

Sem garantias e sem parâmetros, sem lastro de âncoras éticas, desmotivado pelas incessantes arremetidas do passado errôneo, o homem pós-moderno vive a dor da diferença de ser tão sem limites que acaba por viver o nada.<sup>6</sup> O fluxo das idéias e ideologias navega entre qualquer tipo de coisa, pois tudo é espantosamente aceitável. Nada é proibido, tudo pode ser experimentado; tudo é válido, não importa o que seja. Nada é definitivamente certo e nem errado, pois tudo é relativo ou relativizável. Na cultura da aceitação de tudo, fica difícil divisar horizontes e identificar erros e acertos. As fronteiras entre bem e mal se diluem umas nas outras, e aquilo que antes era um mal inaceitável, hoje se torna um culto de reverência. Nada há que não possa estar na maré do fluxo dos acontecimentos mais espetaculosos na vida de cada um (desde um seqüestro até um adultério, praticado como realização de uma “fantasia sexual”).

Onde as imagens imperam (televisivas, cinematográficas, jornalísticas...), a idolatria acaba se convertendo em fantasmas criados pela própria imagem coletiva, construindo-se as referências conceituais sobre o mundo, as pessoas e as coisas como tótems do imaginário de cada um. Então, as expectativas sociais passam a repousar sobre a somatória das fluidas expectativas do imaginário individual de cada um.

---

6. “Em nenhuma ocasião o sujeito se confronta com a totalidade, do mundo, ou do outro ser humano. O mundo é uma seqüência de muitas aproximações disparatadas, sendo cada uma parcial, e, em consequência, como as próprias técnicas, autorizadas e inclinadas a pretender inocência moral. Fragmentariedade do sujeito e fragmentariedade do mundo acenam-se uma à outra e generosamente se oferecem seguranças mútuas. O sujeito nunca age como ‘pessoa total’, apenas como portador momentâneo de um dos muitos problemas que pontuam sua vida; também não age sobre o Outro como pessoa, ou sobre o mundo como totalidade” (Bauman, *Ética pós-moderna*, 1997, p. 226).

A diferença entre caos e ordem, nestes meandros de relatividade e pós-modernidade, é diáfana; eis o que pode divisar o caminhheiro em meio a uma estrada quanto ao seu horizonte: apenas ilusões e imagens distorcidas, apenas impressões pessoais projetadas no nevoeiro, somente contornos das coisas. Eis a imagem do homem pós-moderno, que se contorce sobre os escombros do passado da Humanidade, sem divisar com clareza as perspectivas para um futuro que se aparece ainda muito difuso e confuso para olhares tão ávidos de respostas. E, talvez, seja esta sua mais tortuosa dificuldade a vencer, pois todo passo parece ser em vão, ou conduzi-lo ao vácuo da indiferença:

*“Parece que nenhuma vitória sobre a desumanidade tornou o mundo mais seguro para a humanidade. Triunfos morais, pelo que parece, não se acumulam; apesar das estórias de progresso, o movimento não é linear – os ganhos de ontem não são reinvestidos, nem os dividendos ganhos uma vez são irreversíveis. Sempre de novo, com cada mudança no equilíbrio do poder, retorna de seu exílio o espectro da desumanidade. Choques morais, por devastadores que tenham perecido em sua época, perdem pouco a pouco sua força – até serem esquecidos. Apesar de toda sua longa história, as escolhas morais parecem sempre começar da estaca zero” (Bauman, Ética pós-moderna, 1997, p. 260).*

### 3. Ética pós-moderna e o referencial dos direitos humanos.

A bandeira dos direitos humanos é hasteada no cume dos valores sociais, e torna-se a mais importante referência dos direitos para a sociedade como um todo, até mesmo um porto seguro para as ambições sócio-políticas e o termômetro dos regimes democráticos e antidemocráticos. De fato:

*“Segundo Erik Jaime (Jayme, 1995, p. 36), as características, os elementos da cultura pós-moderna no Direito seriam: o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de le retour des sentiments, sendo o leitmotive da pós-modernidade a valorização dos Direitos Humanos” (Marques, A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. Arquivos do Ministério da justiça, 1998, p.54).*

Se assim é, a não-violência está imersa na proposta da pós-modernidade, que vive ao lado da aceitação, do transnacionalismo, da perda da força das ideologias racistas, na diluição das diferenças fronteiriças que desunem os seres humanos. Se se deve projetar uma ética para o século XXI, esta ética será uma ética da não-violência, nem tanto como prática da humanidade, mas como fim a ser almejado. Isto porque não basta a projeção de uma ética da não-violência como valor primacial a ser conquistado pelos indivíduos, pelas gerações, pelas coletividades, pelas nações, pelos povos. Carece seja dada a efetividade a estes princípios erigidos como fundamentais para a subsistência da própria humanidade. Então, o principal desafio não somente constituir a pauta de atuações não-violentas, mas permitir que se efetivem. No dizer de Bobbio, eis o principal desafio dos direitos humanos na atualidade:



*“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” (Bobbio, A era dos direitos, 1992, p. 24).*

Ademais, violência e não-violência precisam ser bem compreendidas, neste contexto, com vistas a que se confira a maior e mais precisa definição do fenômeno. Adota-se a definição de que a violência seja *“ação intencional (de um indivíduo ou grupo) que provoca uma modificação prejudicial no estado psicofísico da vítima (pessoa ou grupo de pessoas)”*, e que a não-violência seja o seu exato contrário, ou seja, *“ação intencional que não provoca modificação prejudicial na pessoa ou grupo de pessoas destinatários da ação”*<sup>7</sup>

É certo que as marcas do século XX foram de avanços tecnológicos incalculáveis, de superação de obstáculos naturais, de conquistas técnicas e médicas fabulosas, mas, sobretudo, foram também de guerra, de hostilidade, de fratricídio, de intolerância, de perseguição, de conquista violenta, de repressão, de tirania e de demonstrações de clausura moral.<sup>8</sup> Por isso, em contraste com toda uma realidade de profundas e dolorosas sensações na dimensão do século XX e de seus valores, o século XXI deve adentrar o ímpeto de ruptura com tudo o que se presenciou e se manifestou como valor reinante no século anterior. À corrida armamentista deve-se responder com o paulatino desarmamento, ao desenvolvimento acelerado, com o desenvolvimento sustentável e humano, ao capitalismo selvagem e concorrencial, com a economia integradora e globalizada, à discriminação étnica, com a heterogeneidade racial etc.

A não aceitação da violência é parte de todos os ritos sociais, sobretudo, então, quando se fala em um poder político constituído para reger a sociedade, este que deve ser a expressão máxima da ética do consenso:

*“Para resumir: politicamente falando, é insuficiente dizer que poder e violência não são o mesmo. Poder e violência são opostos; onde um domina absolutamente, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em risco, mas, deixada a seu próprio curso, ela conduz à desaparecimento do poder. Isto implica ser incorreto pensar o oposto da violência como a não-violência; falar de um poder não-violento é de fato redundante.” (Arendt, Sobre a violência, 1994, p. 46).*

E isto tudo como reflexo da aplicação de uma ética que surge para a ruptura com a dimensão dos que foram os padrões de conduta do século XX, profundamente marcado por atos de violência. A abolição da violência e da intolerância dependem de ações coletivas e de um esforço de dimensões mundiais para sua

---

7. As definições são extraídas de Almeida, *Direitos humanos e não-violência*, 2001, pp. 24 e 25.

8. Esta questão não pode passar despercebida dos olhos do sociólogo, do politólogo, do antropólogo, do criticista e nem do filósofo. Tanto isto é verdade que Hannah Arendt se detém a pensar a questão estupefata por encontrar poucos arquivos sobre a história da violência, fenômeno com o qual a humanidade está tão familiarizada: *“Ninguém que se tenha dedicado a pensar a história e a política pode permanecer alheio ao enorme papel que a violência sempre desempenhou nos negócios humanos, e à primeira vista, é surpreendente que a violência tenha sido raramente escolhida como objeto de consideração especial”* (Arendt, *Sobre a violência*, 1994, p. 16).

efetivação. Se nenhum governo, historicamente, nunca se desenvolveu e nem nunca se sustentou exclusivamente mantido sobre a idéia de violência<sup>9</sup> não será esta a via pela qual a humanidade haverá de se enveredar daqui para diante.

Estes esforços, no entanto, por mais significativos que sejam, quando advêm do confronto entre uma ação não-violenta isolada em face de uma ação violenta, certamente significará o sacrifício daquele que pratica a não-violência como princípio de vida:

*“Aqueles que se opõem à violência com o mero poder rapidamente descobrirão que não são confrontados por homens, mas pelos artefatos humanos, cuja desumanidade e eficácia destrutiva aumentam na proporção da distância que separa os oponentes. A violência sempre pode destruir o poder; do cano de uma arma emerge o comando mais efetivo, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca emergirá daí é o poder.”* (Arendt, *Sobre a violência*, 1994, p. 42).

Ou ainda:

*“Em um conflito frontal entre a violência e o poder, dificilmente o resultado é duvidoso. Se a estratégia da resistência não-violenta de Gandhi extremamente poderosa e bem-sucedida, tivesse encontrado um inimigo diferente – a Rússia de Stalin, a Alemanha de Hitler e mesmo o Japão do pré-guerra, em vez da Inglaterra, o resultado não teria sido a descolonização, mas o massacre e a submissão.”* (Arendt, *Sobre a violência*, 1994, p. 42).

De pouco adianta a ação não-violenta de poucos, enquanto potências hegemônicas constroem sua territorialidade e sua superioridade na base do armamentismo e da guerra pelos estoques nucleares. Deve-se ter presente que a responsabilidade moral é o principal vetor de exploração para a ética do século XXI, querendo-se significar que há algo inalienável que pode ser cultivado pelo ser humano como princípio de solução para seus problemas:

“A responsabilidade moral é a mais pessoal e inalienável das posses humanas, e o mais precioso dos direitos humanos. Não pode ser eliminada, partilhada, cedida, penhorada ou depositada em custódia segura. A responsabilidade moral é incondicional e infinita, e manifesta-se na constante tortura de não se manifestar a si mesma suficientemente. A responsabilidade moral não busca resseguro para o seu direito de ser ou para escusas do seu direito de não ser. Está aí antes de qualquer resseguro ou prova e depois de qualquer escusa ou absolvição” (Bauman, *Ética pós-moderna*, 1997, p. 285).

Somente assim poder-se-á acreditar numa aproximação entre a ética pós-moderna e a ética de resultados dos dirigentes, numa forma de exercício do poder em

---

9. É o que afirma Hannah Arendt: *“Jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios da violência. Mesmo o domínio totalitário, cujo principal instrumento de dominação é a tortura, precisa de uma base de poder - a polícia secreta e sua rede de informantes. Apenas o desenvolvimento de soldados-robôs, que, como antes mencionado, eliminaria por completo o fator humano e, presumivelmente, permitiria a um homem destruir quem quer que desejasse apenas apertando um botão, poderia mudar esta ascendência fundamental do poder sobre a violência.”* (Arendt, *Sobre a violência*, 1994, p. 40).

que a legitimidade, e não a violência, sejam as escoras do estar sobre o pedestal da governança pública.<sup>10</sup>

*“A perspectiva de proteção da dignidade humana cria um encontro entre a ética de princípios do DIDH (Direito Internacional dos Direitos Humanos) e a ética de resultados dos dirigentes” (Almeida, Direitos humanos e não-violência, 2001, p. 94).*

*“A política dos dirigentes, na era pós-DIDH, tem de, forçosamente, levar em conta o respeito à dignidade da pessoa humana. Resultados conseguidos à custa do desrespeito a esse valor desqualificam esses dirigentes na ordem internacional” (Almeida, Direitos humanos e não-violência, 2001, p. 95).*

#### 4. As formas de violência na pós-modernidade.

Mas no albor da pós-modernidade ainda fazem-se sentir os ecos da modernidade e de seus conceitos burgueses e concorrenciais, guerreiros e combativos (não se sabe nem do que, nem de quem, nem de onde, mas se sabe que o inimigo existe e deve ser combatido). Não poderia deixar de ser diferente. Vivem-se, no presente, os fortes ecos do passado e das ações inconseqüentes do ontem. Presenciar o festival de bestialidades do 11 de setembro de 2001 foi o mesmo que verificar que a aurora do século XXI nascia contaminada pelos germens do século XX. Isto faz refletir em quanto o passado está incorporado no presente e o quanto o futuro deverá fazer para apagar as marcas do passado. Ainda se houve falar de Saddam Hussein, ainda se busca por Osama Bin Laden, ainda se hostiliza a figura de Yasser Arafat; guerrilheiros ainda são formados entre os seus cinco e doze anos de idade, crianças ainda deixam de ir à escola por ameaças de bombardeio matinal, os sinos das cidades sagradas ainda trepidam pela força e pelo poder das bombas e da artilharia, as terras ainda possuem limites frágeis e sujeitos à disputa entre os países confinantes, os recém-nascidos ainda possuem marcas físicas do uso de armas químicas no Vietnã, e os veteranos combatentes desta guerra ideológica ainda contam suas histórias nos bares americanos.

A pós-modernidade, até que solidifique suas estratégias para a superação das conseqüências das políticas gestadas na modernidade (da acumulação primitiva burguesa, da revolução industrial, do positivismo científico, do desenvolvimentismo a todo preço, do mercado concorrencial, do neocolonialismo europeu, do crescimento

---

10. *“O poder não precisa de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades políticas; o que ele realmente precisa é de legitimidade. O tratamento ordinário destas duas palavras como sinônimos não é menos enganoso ou confuso do que a equação corrente entre obediência e apoio. O poder emerge onde quer que as pessoas se unam e ajam em concerto, mas sua legitimidade deriva mais do estar junto inicial do que de qualquer ação que então possa seguir-se. A legitimidade, quando desafiada, ampara-se a si mesma em um apelo ao passado, enquanto a justificação remete a um fim que jaz no futuro. A violência pode ser justificável, mas nunca será legítima. Sua justificação perde em plausibilidade quanto mais o fim almejado distancia-se no futuro. Ninguém questiona o uso da violência em defesa própria porque o perigo é não apenas claro, mas também presente, e o fim que justifica os meios é imediato” (Arendt, Sobre a violência, 1994, p. 41).*

desordenado e não-planejado, dos movimentos sectários e anti-raciais...), carecerá de um longo intervalo, administrando somente os ventos do passado. A dimensão do hoje será a gestão da intersecção entre o ontem e o amanhã.

Além disso, na pós-modernidade, em função dos avanços tecnológicos, da informatização, da diminuição das distâncias, da teletransmissão de dados, da multiplicação dos meios de comunicação, acelerou-se ainda mais a importância da idéia de tecnologia para a vida humana. Dever-se-á conviver também com os efeitos desta profunda informatização do intercâmbio humano. Isto porque esta supervalorização gera, também, uma superdependência da tecnologia para a interação humana, o que traz seus reflexos sobre os modos de exercícios de inter-relacionamento humano, inclusive da violência, que se sofisticava na mesma medida dos avanços da indústria telemática.

Isto porque a tecnologia bate de frente com a noção do eu moral, que é o seu primeiro opositor e seu primeiro ferido, na batalha para a prova de quem deve sobreviver:

*“O eu moral é mais evidente e a mais importante das vítimas da tecnologia. O próprio eu moral não pode sobreviver e não sobreviver à fragmentação. No mundo mapeado por anseios e deformado por obstáculos à sua rápida gratificação, deixa-se amplo espaço ao homo ludens, ao homo oeconomicus e ao homo sentimentalis; para o jogador, o empreendedor, ou o hedonista, mas sem nenhum espaço para o sujeito moral. No universo da tecnologia, o eu moral com sua negligência do cálculo racional, seu desdenho de usos práticos e sua indiferença a prazer, sente-se e é como estranho não-bem-vindo” (Bauman, Ética pós-moderna, 1997, p. 226).*

Se os usos bons e as conseqüências benéficas da tecnologia são majoritários, deve-se também pensar no lado oposto: a violência sai potencializada; os crimes virtuais se multiplicam; o acesso irrestrito aos códigos e à privacidade individuais aumentam e pluralizam as formas de redução da esfera íntima da pessoa humana; as armas biológicas alcançam distâncias e conseqüências cada vez maiores; as estratégias guerreiras fulminantes e agonizantes aumentam seu potencial de efeitos; a meticulosidade tecnológica ganha forças para o aumento do sofrimento humano; os ataques imprevisíveis tornam-se corriqueiros, num mundo onde tudo é possível e onde todos são potencialmente armas de violência ambulantes (basta um carro para matar-se dezenas de pessoas; basta o domínio de uma aeronave para destruir edifícios inteiros; basta o domínio de um sistema de códigos informáticos para criar o caos num país; basta uma bomba para criar o terror em estações e praças públicas...). A violência vale-se da tecnologia como forma de amplificação do vigor humano:

*“Devemos sempre lembrar que a violência não depende de números ou opiniões, mas de implementos, e, como mencionado anteriormente, os implementos da violência, como todas as ferramentas, amplificam e multiplicam o vigor humano.” (Arendt, Sobre a violência, 1994, p. 42).*

Isto é assim porque violência e tecnologia são irmãs conceitualmente falando. A violência se exerce por sua força instrumental, potencializada por instrumentos sempre mais significativos no causar sofrimentos aos outros:

*“Finalmente, a violência, como eu disse, distingue-se por seu caráter instrumental. Fenomenologicamente, ela está próxima do vigor, posto que os implementos da violência, como todas as outras ferramentas, são planejados e usados com o propósito de multiplicar o vigor natural até que, em seu último estágio de desenvolvimento, possam substituí-lo” (Arendt, Sobre a violência, 1994, p. 36).*

É incomparável a noção de potencial destrutivo no uso da tecnologia armada que o próprio jogo da guerra perde seu sentido; se alguém se valer do pleno potencial bélico da Humanidade, desta nada restará para contar a história do que foi, nem mesmo o combatente “vitorioso”:

*“Assim, a guerra – desde tempos imemoriais, árbitro último e implacável em disputas internacionais – perdeu muito de sua eficácia e quase todo o seu fascínio. O jogo de xadrez “apocalíptico” entre as superpotências, quer dizer, entre aqueles que manobram no mais alto plano de nossa civilização, está sendo jogado de acordo com a regra de que “se alguém ‘vencer’ é o fim para ambos”: trata-se de um jogo que não apresenta qualquer semelhança com quaisquer jogos de guerra que o precederam” (Arendt, Sobre a violência, 1994, p. 13).*

As tecnologias criadas nas grandes guerras continuam a significar muito para a Humanidade. É notório e de conhecimento geral que a tecnologia teve um profundo *boom* com o incremento e o estímulo da guerra, principalmente na Segunda Guerra Mundial. A defesa nacional dos países fez com que se criasse um permanente esforço de superação das próprias limitações de alcance guerreiro e combativo, criando-se um ciclo no qual a economia depende da guerra e esta daquela. Leia-se:

*“Posto que a violência – distintamente do poder [power], força [force] ou vigor [strength] – sempre necessita de implementos (como Engels observou há muito tempo), a revolução da tecnologia, uma revolução na fabricação dos instrumentos, foi especialmente notada na guerra” (Arendt, Sobre a violência, 1994, p. 13).*

Quebrar este ciclo é outro dos desafios da pós-modernidade. Não que se pretenda criar uma ética idealista que proponha a abstração da essência da emoção humana, e que dela se extraiam princípios que anulem por completo a dimensão do humano, do sangüíneo, do emotivo.

*“Neste sentido, o ódio e a violência que às vezes – mas não sempre – o acompanha pertencem às emoções “naturais” do humano, e extirpá-las não seria mais do que desumanizar ou castrar o homem. É inegável que tais atos, nos quais os homens tomam a lei em suas próprias mãos para o bem da justiça, estejam em conflito com as constituições das comunidades civilizadas; mas seu caráter antipolítico, tão manifesto na grande história de Melville, não significa que eles sejam inumanos ou “meramente” emocionais” (Arendt, Sobre a violência, 1994, p. 48).*

O que se pretende, pelo contrário, é que este vigor humano esteja a serviço da Humanidade, e que não se verte para a autodestrutividade, gerando os ciclos de violência incontida que marcam os largos períodos da História. Conviver com a violência não é algo que se tolere com facilidade. Trata-se de uma experiência abominável para

todos aqueles que se encontram em meio a conflitos armados, em meio a disputas territoriais, em meio a conflitos raciais, em meio à violência gananciosa que se desenvolve nos grandes centros urbanos na busca do enriquecimento ilícito e fácil (banalização da violência, com profundo desrespeito à pessoa humana; desenvolvimento de uma indústria de violência como meio de vida de assaltantes; multiplicação de seqüestros e crimes atrozes...).

### Conclusões.

Nesta ordem de reflexões, visou-se tratar de questões atinentes aos principais dilemas da pós-modernidade, inclusive daqueles ligados à ética e aos valores predominantes numa cultura heterogêna, e que caminha a largos passos para a integração econômica, política e cultural.

Mas, percebe-se que o hiato entre a modernidade e a pós-modernidade não existe. Muito menos uma transição fantasiosa de um período para o outro. Assim como a pós-modernidade estava sendo gestada dentro da modernidade, e por meio de suas próprias técnicas, a modernidade resiste a desaparecer de dentro da pós-modernidade, subsistindo de modo a fazer-se presente com todos os seus efeitos e seqüelas sobre o momento presente, causando os abalos que se têm causado, gerando os escândalos que se têm gerado, trazendo o estupor público e a indignação geral.

Tudo isto vem incrementado pelo aparato oferecido pela pós-modernidade, para dar vazão às estremecedoras qualidades nefastas do ser humano. A criminalidade se sofisticava para interagir de outras formas, na pós-modernidade. Os crimes reais são convertidos em virtuais, os assaltos em seqüestros, os veículos de transporte em armas-bomba ambulantes, as soluções bioquímicas são potentes instrumentos de extermínio coletivo... Somente a disseminação de uma ética da não-violência, instituída como pauta de conduta para o século que irrompe, poderá conter, paulatinamente, os nefastos efeitos de uma era profundamente marcada pela divisão, pelo separatismo, pelo ódio contido, pela dominação, pelo sectarismo, pela guerra fria, pela ostentação de poder, pela ganância irrefrada, pela sede de conquistas megalomaniacas, pela tortura, pela espionagem, pela corrida armamentista, pela violência legalizada e institucionalizada.

Isto é curioso de observar em qualquer solução normativa, seja de Direito, seja ética: nada que se implante com violência será impassível de gerar mais violência. Então, o que se espera de uma nova principiologia ética, na base da não-violência, é a paulatina e ativa resistência aos meios tradicionais de solução de diferenças entre os indivíduos, entre os povos e as culturas. Eis o mínimo esforço que se pode cobrar da humanidade em pleno século XXI. Sobretudo, a mudança da modernidade para a pós-modernidade verá radicar-se na ruptura com o modelo da violência como constitutivo da conduta conquistadora, dominadora e concorrencial que estiveram a caracterizar o século XX. Nesta perspectiva, os desafios não são poucos e nem de fácil superação.

Em tempos de violência, a célebre fórmula cartesiana do “penso, logo existo” (*cogito ergo sum*) deve ser substituída por esta outra: “penso, enquanto existo” (*cogito qua sum*)...

São Paulo, junho de 2002.

### Bibliografia

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direito humanos e não violência*. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_.; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. São Paulo: Atlas, 2002.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 2000.

\_\_\_\_\_. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspeciva, 1972.

\_\_\_\_\_. *Sobre a violência*. Tradução de André Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Ética pós-moderna*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*. 3. ed. Tradução de Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DUARTE, André, *Poder e violência no pensamento político de Hannah Arendt, in Sobre a violência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Escritos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FRANÇA, Leonel. *A crise do mundo moderno*. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

MACYNTIRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: EDUSC, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa. *Arquivos do Ministério da Justiça*. Brasília, 50 (189):49-64, jan./jun. 1998.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.





## POLÍTICA: (RE)COMPOSIÇÃO DO OBJETO

*Luiz Sergio Modesto*

Professor Especialista em Direito Político, Administrativo e Financeiro, Mestre e Doutor em Teoria do Estado pela Universidade de São Paulo, pós-doutorado com título de Doutor em Comunicação e Semiótica pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

### Resumo

Política: (re)composição do objeto. O autor pretende demonstrar que a “força” é um dado superestimado da política, por petição de princípio dos modelos teóricos que instrumentalizam a Sociologia, a Teoria Política, e a normação da espécie Direito (*Normação latina e anglo-saxã*), e em razão de tais disciplinas compartilharem do cadinho mitológico ácade, reproduzido por helenos e hebreus, e induzido na diluição religiosa dos respectivos fundamentos cognitivos.

Sobre o objeto *política (mando e força justificáveis)*, o autor superporá o método complexo físico-semiótico (1) da *Semioselogia*, includente da fenomenologia Física (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), da Signologia (Peirce), do Instrumento Operacional da *Progmática* (Modesto), e (2) da *Hominilogia* (Modesto), para descrever comparativamente os padrões de *civilidade* na família *hominidæ* (*bonobos, humanos, chimpanzés*), e quais deles dominam na ação política por mando (Normações) e por força dos *humanos* no mercado mundial, respectivamente, política *bonobo* e política *chimpanzé*.

### Abstract

Politics: (re)composition of the object. The author intends to demonstrate that the “force” is a superestimated datum of the politics, for postulation of the beginning of the theoretical models that instrumentalize the Sociology, the Political Theory, and the normaction of the species Law (*latin and anglo-saxon Normaction*), and in reason of such disciplines in partaking as cognitive foundation the mythological acadian crucible, reproduced by greeks and hebrews, and induced in the religious dilution of the respective cognitive foundations.

On the *politics* object (*justifiable exact and force*), the author will superpose the semiotics-physics complex method (1) of the *Semioselogy*, including of the Physics phenomenology (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), of the Signology (Peirce), of the *Progmatic* Operational Instrument (Modesto), and (2) of the *Hominilogy* (Modesto), to comparatively describe the *civility* patterns in the *hominidæ* family (*bonobos, humans, chimpanzees*), and which dominate in the political action by exact (Normactions) and by force of the *humans* in the world market, respectively, *bonobo* politics and *chimpanzee* politics.

**Unitermos:** Política; Normaçoão; normóide; Semioselogia; progâmica; Hominilogia; superposição política; família hominida; política chimpanzé; incivilidade; política humana; pré-civilidade; política bonobo; civilidade

## Índice

1. *Força: dado superestimado da Política*
2. *Sociologia, Teoria Política, Direito (Normaçoão): Mitologia por fundamento cognitivo*
3. *Entre bonobos e chimpanzés: humanos?*
4. *Formas de "Direito" (Normaçoão): berro ou homicídio e matança?*
5. *Teorias de Estado: opção chimpanzé*
6. *Política bonobo e política chimpanzé: intermitências*

### 1. *Força: dado superestimado da Política*

Ao colocarmos em sintaxe os modelos teóricos cujo objeto implica a *política - mando ou força justificáveis* -, quer pertençam à Sociologia, quer à Teoria Política, quer à *normaçoão* da espécie Direito, notaremos nessa sintaxe um núcleo comum de asserções apresentando menos uma descrição de freqüência e mais uma justificação da "força" nas relações entre os *humanos*, expondo a ausência de distância crítica necessária e própria ao conhecimento científico *sensu stricto*, aquele que instrumentaliza hipóteses intersubjetivamente verificadas e demonstradas com sentido de universalidade em relação objetiva com a realidade, não circunscritas ao código verbal, pela persuasão e pela "asserção de autoridade" Essa ausência de distância crítica revela que tais disciplinas não se destacam do baixo repertório do conhecimento comum para o alto repertório do conhecimento científico. (Modesto, 1999; 1997-a)

O mando, como constituinte da política, pode ser observado na dinâmica entre coletividades do planeta pela *normaçoão* (9ª classe sígnica: *símbolo dicente* envolvente da 7ª classe sígnica e replicante da 4ª classe sígnica, esta um singular da exemplaridade, 5ª classe sígnica Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.262, 2.260, 2.257, 2.258: 149, 148, 147).

O gênero *normaçoão* implica repertório mundial de exemplos e ações assimétricas na relação mando/acato movidos por múltívos interesses mediante conduta e mando de *dogma*. A *normaçoão* pode ser observada na diversidade ambiental, doméstica ou pública, diacrônica ou sincrônica, de múltiplas *ações normativas* entre dominantes e dominados por exemplaridade (como o *wu wei* ou *vago fazer* da etnia *han* e freqüente na Coletividade-Família), por mando-casual ou singular, ou mando-causal ou formal. Nesse caso o Direito, subsumido à normaçoão, implica a espécie histórica *anglo-saxã* (mando-casual ou precedente hierático) e a espécie *latina* (mando-causal ou "lei coletiva") de mando.

No tocante ao constituinte político “força”, buscando indiciar o problema da sua justificação trazido pela constatação acima, quanto às três disciplinas apontadas, alinharemos diacronicamente suas expressões criptodogmáticas. O signo “força”, fenomenologicamente tomado, e dando conseqüência ao seu sentido técnico unívoco sem implicar eufemismo, denota relação diádica de mobilização da energia física do corpo emissor no subjugo do corpo receptor. Qualquer que seja a motivação, ou a conseqüência lesiva, graduada entre o ultraje (resíduo de força), a contusão, a mutilação, e o homicídio, na relação de força (esforço/resistência) não há razão, por dominância do acaso.

Observada a delimitação terminológica, começamos pelo assumido berço grego de parcela ocidental da humanidade, com a Teoria Política de Aristóteles (-384 a -322). Para ele, “[m]esmo um governante supremo respeitador da lei que, de sua livre vontade, nunca infringiu a lei, deve, necessariamente, possuir uma força [δυναμις] para fazer respeitar as leis” (1998-1286b: 255).

O Direito, cuja Teoria Jurídica tem por objeto a Dogmática Jurídica, fundado nessa sintaxe entre “força” e “lei”, pontua a relação mais complexa entre “força” “originária” e coletividade “dominante” (ou Estado) na Teoria do Estado. Para Georg Jellinek (1851 a 1911), as relações que se estabelecem num determinado território são relações entre um poder dominante (*Herrschergewalt*) de associação e um poder não dominante de associação, caracterizando-se este pela carência “de força [*Gewalt*] bastante para obrigar com seus próprios meios a execução de suas ordens”

Assim, o que distinguiria a “força” da Coletividade-“Estado” da “força” das demais coletividades no território seria a qualidade dominante (*Herrschen* - mandar) da coletividade associada, dotando-a do “direito de dominação (...) em virtude da força que lhe é originária (...). O poder que está dotado desta força é um poder de dominação, e, por conseguinte, poder do Estado” (Jellinek, 1954: 320, 322).

Alinhado ao mesmo sentido acrítico, encontramos na Sociologia de Max Weber (1864-1920) a asserção de que o “monopólio exitoso” da “força” é o meio específico da Coletividade-“Estado”. Partindo de Trotski (Lev Davidovitch Bronstein, 1879-1940), assevera o autor que “[t]odo Estado se baseia na força [*Gewalt*]” pelo que, “sociologicamente o Estado moderno em última instância somente pode definir-se a partir de um meio específico que, semelhante a toda associação política, lhe é próprio, a saber: o da coação física. (...) [O] Estado é aquela comunidade humana que no interior de um determinado território (...) reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima” (1980: 1056).

Com os dados políticos da “força” e do mando, as três disciplinas apontadas fundam-se no paralogismo, ou petição de princípio, que se apóia seletiva e persuasivamente apenas na “força” como dado superestimado da política, a “força” como o redutor político das coletividades de um território à *pecking order* da Coletividade-Estado, partindo da tese não demonstrada de que essa “força” seria necessária numa relação de dominação entre coletividades.

Para re-compor o objeto da política com suas variáveis complementares do mando e (não só) da força, passíveis de justificação, com suas freqüências e oscilos

de dominância, o autor superporá (fig. 1) o método complexo físico-semiótico (1) da *Semioselogia*, incluída da fenomenologia Física (Heisenberg, 1989: 42-43, Bohr, 1995: 47-76; Lao Tzy, inédito), da Signologia (Peirce, 1978-1.347: 177; 1978-2.254/263: 146-149), do Instrumento Operacional da *Progmática* (Modesto, 1994, 1999), e (2) da *Hominilogia* (Modesto, 1999).

CORRELAÇÕES FENOMENOLÓGICAS (SEMIOSELOGIA)						
PEIRCE	LAO TZY	BOHR	HEISENBERG		MODESTO	
primeiridade ↓ acaso	flexão yin-yang	incerteza onda-corpo	possível eutímia		política: mando	Col. Família
secundidade ↓ relação	matéria	sujeito / objeto	real	mercado	política: mando / força	Col. Bando
terceiridade ↓ signo	conhecimento	formalismo	registro	convenção	política: mando	Col. Estado

Figura 1 Correlações Fenomenológicas ou *seta do tempo*: Peirce, Lao Tzy, Bohr, Heisenberg, Modesto

Por meio da *Semioselogia*, o que se observa na história diacrônica ou sincrônica, é que a ação política se vale *frequentemente* da normação (I) do exemplo (武- *shih*), e predominantemente (II) do mando, nas suas várias formas, do mando casual, com modelos (法 - *fa*) e ritos. (禮 - *li*), como nas culturas orientais de tipo étnico *han* (chineses), e com a *lex in casu*, como nas culturas ocidentais de tipo étnico anglo-saxão, (III) ao *mando causal*, mediante normações variadas, com a *lex in genere*, como nas culturas de tipo étnico latino (ver Modesto, 1997-a).

Esta asserção da dominância (alta frequência) da política por mando é demonstrada (ver dados nos itens 4 e 6) pelo registro histórico diacrônico da *normação* que interfacia a relação dominante/dominado entre coletividades diversas do mercado mundial, como feito por Gilissen (1995) e David (1996), com reparo apenas à designação “direito” qual gênero, como feita por tais autores.

Cada Coletividade-Estado historicamente constrói o seu conceito de “Estado” ou equivalente signo de superposição política, por mando que supõe convencionalidade acatada pelas demais coletividades de determinado ambiente territorial dominado, assim expressando intermitência de interesses relativos no mercado territorial ou no mercado extraterritorial. Por consequência o signo “Direito” quando referido e não-subsumido a essa diversidade da *Normação*, implica, não-só o erro lógico de designar o gênero *Normação* (cotejar Peters, 1983: 159) por uma de suas espécies histórica e geograficamente circunstanciada, caso da normação de espécie latina designada *direito*, como também eurocentrismo.

Tomando por modelo o formalismo de Bohr para descrever a *ação normativa*, *normação* implica a ação de um *sujeito* vinculando seu *legisigno* (ou *signo de lei*) a uma conduta subjugada, seu *objeto* de qualidade incerta (sua “onda”), produzindo no mercado mundial *multiformes espécies dogmáticas*: (I) signos de conduta, (II) signos de lei singular, ou (III) signos de lei coletiva.

A ação mediante força pode ser observada diacronicamente nos registros históricos e sincronicamente pelos jornais diários no mercado mundial como um meio

disseminado e freqüente de superposição política entre indivíduos ou coletividades da espécie *Homo sapiens*, pouco diferenciada nesse quesito de outras espécies animais.

A espécie *humana*, para simular uma diferença inexistente com o reino animal no uso da força, contudo, dissimula sua *realidade* mediante justificativas *nominais* para induzir recepção acrítica, casos da força redesignada “defesa preventiva ou defesa iminente”, da força redesignada “legítima”, do homicídio redesignado “pena” da guerra redesignada “justa”. O que tais redesignações desprezam é a contingência fenomenológica de qualidade da força que permanece indiciada na lesão, e não na convenção que a redesigna como “defesa” “legítima” “pena” signos estes falseados pela realidade, por verificação empírica.

Em relação a seus objetos-força, os signos “defesa”, “legítimo”, “pena”, “justo” são símbolos dicentes, i. e., verdadeiros ou falsos, são problemáticos porque predominantemente dependentes de argumentação, enquanto a força é um sinsigno dicente só dependente de índices, portanto só residualmente problemática. Suprimir a força, portanto, implica menor custo do que justificá-la.

A nominal recepção ou atribuição de circunstancial *conduta* a um *humano* em coletividade, bem como as *expectativas* que ela reproduz, não dissolvem as diferenças fenomenológicas qualitativas e quantitativas de realidade da força. Uma *nominal* Coletividade-Estado, com sua liberdade convencional, e uma *nominal* Coletividade-Família, com sua liberdade acausal, ambas no uso da liberdade conflitiva mediante força, decaem dos *nomes* coletivos Estado e Família para corresponder à liberdade fenomenológica *real* da Coletividade-Bando, a despeito das designações nominais “Família” e “Estado” de suas superposições políticas, que nestes casos implicam designações empiricamente falseadas pela realidade da força, própria da pré-civilidade (item 3, fig. 2).

A *superposição* pode ser descrita enquanto liberdade acausal no espaço-tempo intercorporal implicando intermitência *política*, por mando ou por força justificáveis, entre Coletividades. A *superposição* implica *imposição efetiva de uma vontade singular, a despeito de resistências*.

A (*c*) *Coletividade* (ou o *Coletivo*) está no conjunto fenomenológico aleatório, intermitente, e não reificável de *Emissores (Ec)* ou *Receptores (Rc)* diversificados (no campo do domínio, em relação ao campo da imagem), que tem por eixo de referência qualquer liberdade corporal ou intercorporal, quer implique a mente (liberdade da mente enquanto *quale emocional*), quer denote ou designe a vontade (liberdade da vontade enquanto *energia*), ou exprima a norma (liberdade da norma enquanto *lógica*). O mínimo *Coletivo* pode ser observado empiricamente no tribalismo humano de qualquer Coletividade-Família no seu espaço doméstico. (comparar com Ridley, 2000: 171-219)

A intermitência da superposição de uma de tais coletividades, se altamente freqüente, pode casualmente designar como *dominante* o Emissor coletivo em relação às coletividades *Receptoras dominadas*. Nesse caso, a referência à relação dominante/dominado não implica linearidade entre coletividades, mas complexidade freqüencial de intermitências.

Por critério de *dominância macrofenomenológica* relativamente à infinidade de coletividades possíveis no real, o *Ego hominida* pode observar *três Coletividades disponíveis para sintaxes diádicas* de superposição *política nos espaços-tempos* intercorporais *doméstico e público*: a Coletividade-Família, a Coletividade-Bando, a Coletividade-Estado. A superposição *política* ocorre por mando ou por força, com *procedível ação súnica justificativa*. A aplicação do método físico-semiótico da fenomenologia a tais Coletividades, portanto, implica irredutibilidade de suas verificações de gênero às asserções de espécie da Teoria Jurídica e da Dogmática Jurídica quanto aos signos Família, Bando, Estado.

Observa-se a *Coletividade-Família* na intermitente superposição política, cuja liberdade no espaço-tempo intercorporal tem *por dominância o acaso* perpassado pela contigüidade *corpo-corpo nas relações eutímicas*, e pelas *relações* propriamente *políticas* de mando na temporalidade local do *espaço doméstico*.

Observa-se a *Coletividade-Bando* na intermitente superposição política, cuja liberdade no espaço-tempo intercorporal tem *por dominância o contraste* (por mando) *ou o conflito* (por força) com a Coletividade-Família no *espaço doméstico* e com a Coletividade-Estado no *espaço público*.

Observa-se a *Coletividade-Estado* na intermitente superposição política, cuja liberdade no espaço-tempo intercorporal tem *por dominância a norma*ção convencional - contemporânea ou extemporânea, local ou geral - perpassada pelas relações entre corpo e corpo por mando na temporalidade geral do *espaço público*.

A *política mediante força* pode ser observada na ação individual e na ação coletiva, tanto na espécie *Homo sapiens (humanos)* na intermitente superposição da Coletividade-Bando), quanto na espécie *Pan troglodytes (chimpanzés)*, e a *política mediante mando* pode ser observada na ação individual e na ação coletiva, tanto na espécie *Homo sapiens (humanos)* na intermitente superposição da Coletividade-Estado), quanto na espécie *Pan paniscus (bonobos)* na intermitente superposição política da Coletividade-Família por dominância da fêmea alfa, conforme pesquisas demonstrativas de Wrangham e Peterson (1998), carecendo a força e o mando da distinção unidirecional dominante/dominado postulada pelos referidos autores das disciplinas Sociologia, Teoria Política, Direito (*Normação*), posto que também são observados força e mando em frequências diversas no sentido dominado/dominante, e sem que aquela “força” alcance o monopólio e a qualidade pretendidos, mesmo que justificada por profissionais legistas.

A insistência desse tópos da “força” como “meio específico (...) a toda associação política” ou nominal Coletividade-“Estado”, contudo fenomenologicamente própria da Coletividade-Bando, leva ao paradoxo de ter-se de designar “Estado” uma associação política entre *chimpanzés* (ver ação típica e similar à *política humana* em Wrangham e Peterson, 1998: 11-42, 264-266), ou, para adequadamente categorizar tal superposição política, admitir fenomenologicamente que uma associação política autodesignada “Estado”, mas que tenha por meio a “força”, implica uma *real* Coletividade-Bando.

A “força”, fenomenologicamente categorizada como ação diádica (Peirce, 1978-1.325: 162-163), exclui a ação triádica própria da Coletividade-Estado, naquela dominando o energético da emoção da Coletividade-Bando, e nessa dominando a ação racional e convencional da real Coletividade-Estado (ver Modesto, 2001). Portanto, a força é própria da Coletividade-Bando, aquela que conflita fisicamente com a liberdade acausal da Coletividade-Família e com a liberdade convencional da real Coletividade-Estado, ainda que esta coletividade nominalmente travestida de Coletividade-Estado freqüentemente dela se valha, justificada pelo paralogismo das disciplinas citadas.

Cotejar a asserção de dominância da “força”, nas idealizadas *relações políticas contínuas* de dominação, com o cotidiano das *relações políticas intermitentes* por mando entre pessoas ou coletividades, cuja dinâmica é registrada pela História, é um dos métodos mais elementares para objetar aquela dominância. O dado imediato para tal cotejamento da intermitência está na própria relação de dominação e suas possibilidades. Conforme descrito por Samuel Johnson, “[n]ão há duas pessoas que possam estar juntas durante meia hora sem que uma assuma uma óbvia superioridade sobre a outra” (Wrangham e Peterson, 1998: 236).

De plano, as relações de dominação não são *contínuas* como narradas, são *intermitências* reais, corporais e pessoais como essas descritas por Wrangham e Peterson e estimadas em “*meia hora*” e secundariamente reais e impessoais, quando introjetamos a consciência da coletividade dominante, ambas na temporalidade do cotidiano, e só excepcionalmente abstratas e coletivas.

As possibilidades fenomenológicas de conduta entre tais pessoas também não são infinitas: entre elas é possível (I) uma “relação” eutímica (comunhão, 3ª classe sýgnica), possibilitando a exemplaridade, e (II) duas relações políticas (ambas 4ª classe sýgnica enquanto brutação, ou ação bruta e diádica), uma de mando/acato, possibilitando (II-1) mando casual ou (II-2) mando causal, e (III) outra de força/lesão (ver Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.256/257: 147). Portanto, ou há “relações” simétricas, como na eutimia (calma ou paz em comunhão), ou há relações assimétricas, como na política por mando ou por força, quando, entre aquelas duas pessoas referidas por Wrangham e Peterson, uma assume óbvia superioridade sobre a outra.

A Sociologia, a Teoria Política, e o Direito (*Normação*), dentre tais “relações” fenomenologicamente possíveis, contudo, selecionam tão só a relação força/lesão, quando o cotidiano dos *humanos* observa duas outras relações mais freqüentes, a comunhão eutímica e a política por mando/acato, ambas presentes mesmo que estejamos entre caçadores israelitas e caças palestinos em territórios sob ocupação daquela Coletividade-Bando homicida. Não se nega, portanto, a freqüência da relação força/lesão - basta ler os jornais -, mas a sua dominância, *ad hoc* postulada como alta por essas disciplinas para fundamentar um “poder de dominação” e não baixa, como se verifica na sua freqüência histórica.

O outro componente problemático dessas asserções disciplinares está na generalização da “força” nas relações intermitentes de superposição política entre as coletividades dominante e dominada, quando se observa que esse é um meio

denotativo parcial do macho da espécie, sendo residual na parcela fêmea, que domina por mando (nas suas formas diversas, por amamentação, persuasão verbal ou sedução da imagem). Feitas tais objeções à não demonstrada exacerbação no objeto da política da variável freqüente, mas não dominante, da “força”, portanto, qual é o fundamento cognitivo de persuasão para o problema da parcialidade chauvinista nas disciplinas apontadas?

2. *Sociologia, Teoria Política, Direito (Normação):  
Mitologia por fundamento cognitivo*

A probabilidade da política por força (4ª classe sígnica: Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.257: 147), na ação sígnica de persuasão da Sociologia, da Teoria Política, e do Direito (*Normação*), tem por suporte sígnico na comunicação o *interpretante lógico* da *domesticação* (8ª classe sígnica: Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.261: 148-149) expressa no *Enuma Elish*. A *domesticação* implica qualquer *liberdade indutora das cognições que justificam oscilos*, intermitências tais como as da *augeridade* (liberdade idiosincrásica de uma persona, se cria similaridade desta liberdade, caso do contágio no exemplo), as do mando e da força (*brutação*), pessoais ou coletivos.

O *interpretante lógico* da *domesticação* expressa no *Enuma Elish* (-XII), texto seminal da etnia *akkad*, justifica o oscilo da “força”. Nessa cosmogonia teogônica de autor ácade anônimo, os deuses primordiais Abzu e Tiamat (ou Tiamtu), respectivamente água doce e água amarga, são personificados e procriam gerações sucessivas de deuses, até que surge um primeiro conflito entre eles. O conflito é banal na Coletividade-Família. Consiste na algazarra que fazem os deuses e que perturba de dia o repouso e à noite o sono do deus Abzu e da deusa Tiamat. (Anônimo *akkad*, 1994-I-21/28: 47-48)

Sabedores de que Abzu propõe destruir as divindades barulhentas, os deuses tiram a vida do pai dos deuses. (1994-I-30/69: 48-49) Tiamat arregimenta seus asseclas para vingar a morte de Abzu (1994-I-111/162; II-1/48: 50-51; 53/54), enquanto os demais deuses em assembléia escolhem a Marduk, deus de quinta geração da cosmogonia, para fazer frente à ameaça com o mando régio. (1994-II-49/151: 54-57)

Marduk condiciona receber os atributos da realeza à recusa de resolver o conflito com a mãe dos deuses, Tiamat, mediante a *política por mando* pacífico do “*augusto conjuro*” (1994-II-149: 57), preferindo a *política por força*, uma vez que estava “*impaciente por combater (...) [e] pisar prontamente [a nuca] de Tiamtu [ou Tiamat]*” (Anônimo *akkad*, 1994-II-127: 56). Para tanto, é entronizado na *política por mando* e mediante ordem sobre todos os deuses, na forma de fixar os destinos por *logos fático* (verbo-executor) sem ser contrastado:

“*Senhor dos deuses, fixador do destino dos Grandes deuses,  
Se, como teu vingador,  
Vou aterrorizar Tiamtu para salvação nossa,*



*Convoca a Assembléia, proclama meu destino transcendente.  
Na Sala das deliberações senta-os juntos alegremente,  
Faze que minha palavra, no lugar da tua, destine destinos:  
Que nada tenha mudança, daquilo que eu determinar,  
Que minha ordem proferida seja irreversível, irrevogável'  
(...) Quando os deuses, seus pais, viram o efeito da sua boca,  
Saudaram alegremente: 'Só Marduk é rei!'  
A ele entregaram o cetro, o trono, a veste"  
(Anônimo akkad, 1994-II-154/161; IV-27/29: 57, 66).*

A primeira ação política de Marduk é provedora de “ordem” (*asharu* Anônimo akkad, 1994-VII-123: 88; Lara Peinado, 1994-n.59: 112) no real, implicando sua demonstração de “força” por fato bélico no homicídio da mãe dos deuses, Tiamat, e asseclas. Mediante a “força” do “bem” Marduk destrói o “mal”-Tiamat e a partir de seu corpo cria o Cosmo, estabelece as normas e recebe a homologação do uso da “força” para subjugar resistências no reino da Babilônia celeste, protótipo da nominal Coletividade-Estado Babilônia terrestre. (Anônimo akkad, 1994-I/V: 47-75)

O modelo de Marduk é reiterado na *Teogonia - a origem dos deuses* - do heleno Hesíodo (-IX). Zeus, deus de segunda geração de deuses, também domina pela “força” o Olimpo, derrotando o pai Cronos. (Hesíodo, 1991) Aristóteles, reiterando Hesíodo e Platão, perfaz o modelo ácade da superposição política por “força” em detrimento do mando, estabelecendo a hierarquia do homem sobre a mulher, seguida da criança, do escravo, e do animal: “a relação entre o homem e a mulher consiste no fato de que, por natureza, um é superior e a outra inferior, um, governante, outra governada. O mesmo tem que, necessariamente, ocorrer para toda a humanidade. (...) De fato, o homem livre manda no escravo, da mesma forma que o marido, na mulher, e o adulto, na criança” Os “animais distintos do homem nem sequer são capazes de participar da forma sensitiva da razão” (1998-1254b; 1260a; 1254b: 63, 95, 65).

A derivação religiosa dessa mitologia do século XII, vinda do deus-colagem *Marduk* com seus cinquenta nomes (Anônimo akkad, 1994-VI-120/122: 80), reiterando a “força” como também referida pelos helenos, foi posteriormente recepcionada pelos hebreus, ao assumirem do ácade *ilu* o seu dialetal ‘*el* -deus-. na teofederação ‘*Elohim* -deuses-, includente para *Yhwh*, e ao menos outros doze nomes diversos na *Torah* (“Instrução”). (Motyer, 1986: 157-158)

Podemos encontrar com os hebreus a recepção mítica do macho dominante no *B’reshit*, primeiro dos cinco livros da *Torah*, escrito entre -X e -V (Garmus, 1992: 25; Mackenzie, 1984: 719 e 720; Fox, 1993: 21), por meio da história ficcional de Abraão, pai das diluições religiosas que reivindicam monoteísmo, como o judaísmo, o cristianismo e o islamismo (Hoff, 1991: 48).

Sua história é “edificante”: um pai capaz de “força” homicida contra o próprio filho como fundamento mnemônico de uma nascente e nominal Coletividade-Estado - repugnante para a política bonobo. ‘*Elohim* manda, pondo “Abraão à prova”

“Deus disse: ‘Toma teu filho, teu único, que amas, Isaac, e vai à terra de Moriá, e lá o oferecerás em holocausto sobre uma montanha que eu te indicarei’”

Abraão acata. Levantando-se cedo, “selou seu jumento e tomou consigo dois de seus servos e seu filho Isaac. Ele rachou a lenha do holocausto e se pôs a caminho para o lugar que Deus havia indicado. No terceiro dia, Abraão, levantou os olhos, viu de longe o lugar. Abraão disse a seus servos: ‘Permaneçam aqui com o jumento. Eu e o menino iremos até lá, adoraremos e voltaremos a vós.’”

Abraão tomou a lenha do holocausto e a colocou sobre seu filho Isaac, tendo ele mesmo tomado nas mãos o fogo e o cutelo, e foram-se os dois juntos. Isaac dirigiu-se a seu pai Abraão e disse: ‘Meu pai!’ Ele respondeu: ‘Sim, meu filho!’ – ‘Eis o fogo e a lenha,’ retomou ele, ‘mas onde está o cordeiro para o holocausto?’ Abraão respondeu: ‘É Deus quem proverá o cordeiro para o holocausto, meu filho’, e foram-se os dois juntos.

Quando chegaram ao lugar que Deus lhes indicara, Abraão construiu o altar, dispôs a lenha, depois amarrou seu filho e o colocou sobre o altar, em cima da lenha. Abraão estendeu a mão e apanhou o cutelo para imolar seu filho” (Moisés, 1985-1.22,1-10: 59-60).

Na constituição de uma nominal Coletividade-Estado essa fabulação da potência (possibilidade) de “força” no limite homicida de rompimento com a Coletividade-Família, que alinha Marduk, ‘Elohim ou Yhwh ou ..., Zeus, pressuposto de Aristóteles (1998-1286b: 255), de Jellinek (1954: 320, 322), de Weber (1980: 1056), implica *domesticação*, posto induzir o receptor a uma experiência virtual de força/lesão ou mando/acato, que por ser relação referencialmente ficta e não indicial, tranqüiliza as resistências liminares do receptor, probabilizando suas justificativas posteriores a experiências reais de relação força/lesão ou mando/acato, que envolvam terceiros.

A *domesticação* (8ª classe sígnica: Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.261: 148-149), pela eutimia de um texto oral ou escrito, o *Enuma Elish*, a *Torah*, a *Teogonia*, induz o receptor a uma cognição sem experiência real de mando e acato ou de força e lesão (4ª classe sígnica: Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.257: 147), justificando o acato e a lesão e contagiando o receptor com os interesses do emissor de eventuais mando ou força, formando suas expectativas mnemônicas.

Por *domesticação* prepara-se cognitivamente o receptor para a ação política que rompe as qualidades eufônicas da Coletividade-Família - como visto com os mitos de ácaes, gregos, hebreus -, subjugando tais qualidades à política por mando ou força da Coletividade-Bando, ou fundamentando a convencionalidade na política por mando da Coletividade-Estado, dominada pela reivindicação de representação (Modesto, 1994). Em plena *Idade do Ferro* (-XV a -I), os referentes textuais derivados de Marduk, ‘Elohim ou Yhwh ou ..., Zeus, criam na memória das Coletividades essa previsibilidade perversa, cruel e repugnante da “força” estetizada pela mitologia, pelas derivações religiosas tribais, e justificada pelo conhecimento comum da Sociologia, da Teoria Política, e do Direito (*Normação*).

Essa é a *domesticação* mítica que fundamenta a relação dominante/

dominado nas culturas ocidentais, “o” “homem” a “força” do macho nos limites do homicídio, do rompimento com a Coletividade-Família, o modelo ácade renovado por hebreus e por gregos.

A qualidade estética do mito, a sugestão emocional da força, persuasiva e religiosamente capeada faz-se tão verosímil e vigorosa que Aristóteles, Jellinek, Weber dispensam-se de demonstrar historicamente suas hipóteses da “*necessária posse de força*”, “*da força dotando a dominação de direito*”, ou “*do Estado definido pela força*”. A variável da “força”, contudo, é historicamente reducionista para sustentar uma relação de dominação, ainda que possa ser o seu “boot”, mas é emocionalmente rica na sugestão de ameaça reproduzida por via do ensino regular que aquelas disciplinas - com pretensão de neutralidade - emprestam à ação política, retirando delas a distância crítica que uma observação fenomenológica permite empregar.

### 3. *Entre bonobos e chimpanzés: humanos?*

Conforme observado, os modelos teóricos das disciplinas Sociologia, Teoria Política, Direito, cujo objeto implica a *política*, referem “o” “homem” nos moldes gregos do *anthropos nomos* de Protágoras (-V) como “*medida de todas as coisas*” (Platão, 1990-21.177c: 917; 166b/167d: 909; 1990-28.716c: 1340), trazendo o corte mutilador deste objeto com a “força” do homem, e ocultando o seu complementar oposto do mando reprodutor da mulher, nos extremos complementares de suas características biotípicas que fundam suas respectivas superposições políticas, nas suas formas diversas, por amamentação, persuasão verbal ou sedução da imagem.

Tomar os *humanos* na política pela espécie “o homem” como vimos, reduz o objeto e vicia seus argumentos, assim referidos - por mera indulgência - aqueles topoi meramente opinativos de Aristóteles, Jellinek e Weber. Retomar os *humanos* pelo gênero “do humano” que oculta “a fêmea” é cientificamente objetável, face à notória alta frequência do macho na política por mando, e face ao fato de a *domesticação* dos machos sobrelevar o perfil (contingência ambiental do corpo Modesto, 1998: 196), o papel (a ação) e o status (o prestígio) do macho.

Por outra, desconsiderar a inarredável conduta animal dos *humanos*, fundados na suposta hierarquia aristotélica entre *humanos* e demais espécies animais (1998-1253a: 55-56; 1254b: 65), implica negligenciar cientificamente dados comuns da animalidade na conduta política dos *humanos* relativamente aos integrantes da família *hominidæ*, encobrando o aspecto estacionário da “força”, desconsiderando o aspecto evolutivo do “mando”, e até mesmo a percepção ancestral dos *humanos* que tomam os *chimpanzés* como irmãos da mesma família (Fouts, 1998: 58-59).

Para re-compor tal objeto mutilado por aquelas disciplinas, observaremos por meio da *Hominilogia* (*Hominilogy*) a família *hominidæ* (*bonobos*, *humanos*, *chimpanzés*, *gorilas*, *orangotangos*), fundamentados na comunhão de identidades genômicas com *humanos* que vai de 98,4 com chimpanzés, passa por 97,7 com gorilas, até 96,4 com orangotangos (Fouts, 1998: 65-66), permitindo observação comparativa

relativamente aos padrões de civilidade (*civility*) da família na ação política, enquanto mando ou força (fig. 2).

A *Hominilogia*, ciência que tem por objeto a família *hominidæ*, permite um corte epistemológico não-hierárquico e composto, envolvendo o par complementar fêmea-macho da família, com as características biotípicas dominantes que suportam as respectivas e distintas superposições políticas, possibilitando selecionar sem mutilação e para observações comparativas (1) os *bonobos* (pela civilidade - *civility*), (2) os *humanos* (pela pré-civilidade - *pre-civility*), e (3) os *chimpanzês* (pela incivilidade *incivility*). (Modesto, 1999)

Para tais observações comparativas, partiremos das variáveis comuns da *conduta* (5ª classe sgnica: Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.258: 147) objetiva do par complementar fêmea-macho na família *hominidæ*, que designamos mediante o signo comum de dois gêneros *hominida* (conforme Modesto, 1999). A família *hominida* será aqui observada por suas relações *eutímicas*, na comunhão, e *políticas*, na superposição por mando/acato ou força/lesão, quantificáveis como *civilidade*, para efeitos de controle científico (verificação e demonstração), aplicando o *Modelo da Superposição Política* (Modesto, 1994, 1999).

O signo *civilidade* implica recepção por contágio (na imitação), assimilado (na reiteração) e acomodado (na expectativa), de *condutas* por convívio coletivo a partir da imediatidade das relações mãe-cria, pai-cria, e fêmea-macho, independente de transmissão formal ou normaçoão por mando. A denotação desse signo, a sua implicação qualitativamente existencial, surge empregada aproximadamente nesse sentido no século XVI, quando a educação formalmente transmitida não havia sido implantada como a conhecemos hoje, e sem a sintaxe com a normaçoão imputável que o signo “civil” eventualmente inclui no espaço público. (cotejar Ariès, 1981: 243, 240, 245; ver domesticação em Modesto, 1999; ver Piaget, 1978: 19-47)

A *civilidade*, como observada pela Hominilogia, pode ser descrita pelas *formalidades comunicativas de conduta* na família *bonobo*, *humana* e *chimpanzé*, por meio de signos dominantes, freqüentes, ou residuais da comunhão (na relação eutímica), do mando e da força (na relação política). O grau de civilidade na conduta *hominida*, portanto, implica dominância da *comunhão*, seguida da freqüência do *mando*, e por último resíduo de *força*. À medida em que a dominância se desloca para a força, temos a incivilidade. Com a freqüência da força em alternância com o mando, temos a pré-civilidade.

INCIVILIDADE	PRÉ-CIVILIDADE	CIVILIDADE
chimpanzês ( <i>Pan troglodytes</i> )	humanos ( <i>Homo sapiens</i> )	bonobos ( <i>Pan paniscus</i> )
freqüência do mando dominância da força	alternância do mando freqüência da força	dominância do mando resíduo de força

Figura 2 - Padrões de civilidade da família *hominidæ* na Política (mando e força)

Nesse caso, a *civilidade* na comunicação pode ser descrita como modelar nos *bonobos*, ou *Pan paniscus*, pela dominância da comunhão eutímica e do mando; a *pré-civilidade* nos *humanos*, ou *Homo sapiens*, pela alternância do mando (similar à *política bonobo bonobo politics*) com a frequência da força (similar à *política chimpanzé - chimpanzee politics*); e a *incivilidade* nos *chimpanzés*, ou *Pan troglodytes*, pela dominância da força.

Nossos familiares *bonobos*, na dominância política por mando, comunicam-se mediante bramidos curtos, agudos e suaves, com alcance de pequena distância territorial; nossos familiares *chimpanzés* comunicam-se mediante enormes berros guturais, grunhidos e latidos de grande distância territorial (Wrangham e Peterson, 1998: 251); os *humanos*, por sua vez, com a modulação fonética codificada e o auxílio de suporte material, implementaram de tal modo a política por mando, que é possível recepcioná-lo a qualquer distância territorial no mercado mundial mediante variável suporte material e sem sintaxe temporal com o corpo emissor, haja vista o alcance por domesticação da mitologia ácade do *Enuma Elish* (-XII) nas disciplinas apontadas.

No uso de ferramentas, comum em 2 milhões de anos na família *hominida* (*bonobos*, *humanos*, *chimpanzés*), o índice de força é encontrado no arrastar de galhos na *política bonobo* e *chimpanzé* (1998: 82 e 258), chegando ao paroxismo da bomba atômica do genocida estadunidense Harry Truman contra japoneses em Hiroxima e Nagasaki com matança total de 150 mil *humanos* em 1945, uma *política chimpanzé* elevada à demência *serial killer*.

Ao contrário da *pré-civilidade* dos *humanos*, a *política bonobo* reduziu seu uso de força ao residual nas relações intercorporais entre sexos, entre pais e filhos, intra ou entre coletividades (Wrangham e Peterson, 1998: 264, 252-253), enquanto os *chimpanzés* e *humanos* são similares nas surras contra fêmeas e filhos, no estupro de infantes ou adultas, incluindo dilacerações *in vivo*. Nos *bonobos* não há registro de sexo forçado, surras e morte dos filhos, como frequente entre *humanos* e *chimpanzés*.

Na relação entre coletividades de *bonobos* é igualmente registrada a ausência de superposição política por força, dominando a comunhão eutímica, que tem no prazer erótico, independente da reprodução, o meio de comunicação, hetero ou homossexual, entre pares ou na diplomacia entre coletividades, ou o mando naqueles tons curtos, agudos e suaves. Suas relações implicam cooperação coletiva e solidariedade entre fêmeas, não entre machos, cujos mandos são colocados na periferia da política, e os filhos machos permanecem inseparados das fêmeas durante toda a vida. Se um macho ataca uma fêmea, essa solidariedade coletiva entre fêmeas repele a força (Wrangham e Peterson, 1998: 251, 253-254, 261-262, 271).

A solidariedade entre as fêmeas *bonobos* tem por elemento vinculante o prazer homoerótico. O apoio da mãe, enquanto viva, acaba sendo relevante na competitividade política por mando que resulta no macho alfa, o dominante entre os machos. Na morte da mãe, decai sua dominância. Disso decorre a *quale* feminina como referência política e a *co-dominância* política entre a fêmea alfa, suportada pela cooperação coletiva das fêmeas, e o macho alfa na coletividade, sem o suporte da

cooperação por força dos machos. (Wrangham e Peterson, 1998: 252, 256-257) A característica da civilidade na *política bonobo*, portanto, pode ser resumida pela dominância da eutimia, fundada no erótico, na vitalicidade das relações mãe-cria, na comunhão entre fêmeas, e a superposição política, quando existente, tem predomínio do mando, enquanto a força é residual na co-dominância entre fêmea e macho.

#### 4. Formas de “Direito” (Normação): *berro ou homicídio e matança?*

Entre *chimpanzés* e *humanos* dominam as similaridades políticas (Wrangham e Peterson, 1998: 158, 181) do mando, degradado no berro, e da força, degradada no homicídio e na matança. Em ambas as espécies pode-se observar o mando feito aos berros guturais e grunhidos de grande distância, em função da posição alfa direcionar-se para predações de alcance territorial território (1998: 206, 217, 229, 230, 266).

Entre familiares *humanos* a relação entre mãe e cria é reduzida ao período da amamentação (Montagu, 1988: 90), ou limitada à infância. Não há solidariedade entre fêmeas, preferindo estas os efeitos de prestígio dos machos avezados à força (1998: 292-295) e quando há cooperação, ela se reduz aos machos, ou entre pai e filho (1998: 205), exacerbando-se na superposição política por força nos policiamentos ou nas matanças por homicídio bélico.

Nos *humanos*, em razão da modulação fonética codificada, a superposição política por mando é mais freqüente relativamente à comunhão eutímica, e nesta o sexo é controlado (Akoun, 1983: 245) e feito em função do macho, admitindo-se só recentemente e em reduzidas regiões geográficas do planeta a eutimia na partilha do prazer com a fêmea, em realidade, uma conquista dessa, havendo até mesmo práticas buscando limitar a eroticidade (Wrangham e Peterson, 1998: 139), que exemplificamos na circuncisão entre judeus (Markert, 1989: 112-113), ou como na clitoridectomia entre negros africanos (Akoun, 1983: 128).

No extremo da *política chimpanzé* (naquilo que é comum a *humanos* e *chimpanzés*, na respectiva dominância e freqüência da incivilidade com a incidência da força), a pré-civilidade dos *humanos* apresenta taxas gerais de homicídios intergrupais entre 5 e 65 em cada 100.000 pessoas por ano (0,005% a 0,065%), desde a Grécia antiga até o presente (Wrangham e Peterson, 1998: 305). Entre brasileiros a expressão numérica da *política chimpanzé* com a força por homicídio e por lesão corporal implica respectivamente 11.706 e 1.795 *humanos* (7,7% e 1,2% numa coletividade encarcerada de 152.709 indivíduos - 95,5 presos por 100.000 habitantes -Justiça, 1996: 33, 15). Projetando-se aqueles números para as variações anuais da população mundial, pode-se obter o índice da pré-civilidade *humana* que, como se observa, é freqüente, mas não dominante.

Essa pré-civilidade dos *humanos* potencializou a força singular na força *serial*, um modo de produção homicida designado “guerra” Para essa produção e

reprodução homicida justificada por *normóide* (simulação normativa), os *humanos* criaram o *recrutamento compulsório*, uma *forma de escravidão* - hoje circunscrita no tempo à mutilação da Coletividade-Família com a expropriação do adolescente em que machos mais velhos adestram machos jovens e imberbes mediante valorizados berros guturais para a incivilidade *chimpanzé*, que vai da insensibilização para vilezas da simulação, dissimulação ou mentira, ao homicídio, decidido predominantemente por gerontocratas estereis, terroristas para a *política bonobo*, como Harry Truman (Estados Unidos da América do Norte), Adolf Hitler (Alemanha), Mao Tsé-Tung (China), Pol Pot (Camboja), Slobodan Misolevic (ex-Iugoslávia), Ariel Sharon (Israel), Saddam Hussein (Iraque), Stalin (ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), George Walker Bush (Estados Unidos da América do Norte) ...

A “guerra” reivindicada como “*uma forma de direito*”, contudo um decaimento fenomenológico da convenção por mando para o conflito por força na comunicação, implica Coletividade-Bando, contudo foi assimilada às atividades comerciais no mercado e na “*busca de prestígio*” (Akoun, 1983: 246, 248, 250), quando uma coletividade se afirma perante outras mediante o homicídio bélico, modulando-o no adestramento para o policiamento territorial armado, exacerbado no militarismo contra coletividades intraterritoriais, caso da etnia brasileira a partir de 1964 com suas polícias militares, superpostas em moldes bélicos contra a população civil, caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo, sob o mando do preposto local Geraldo Alckmin.

No ano de 2002 essa Coletividade-Bando travestida de Coletividade-Estado matou 610 civis, “*o maior número desde que as estatísticas começaram a ser produzidas, em 1966 (...) um aumento de 32,8% nos óbitos [em relação a 2001], segundo dados oficiais da Secretaria da Segurança Pública de São Paulo*”. É “*sintomático que menos civis tenham saído feridos dos enfrentamentos. Em 2002, eles foram 420, contra 459 no ano anterior. Isso significa que a polícia também está se tornando mais letal. (...) Para efeitos de comparação [com outra Coletividade-Bando], as instituições policiais dos EUA, juntas, mataram 297 civis ao longo de 2000. Nesse mesmo ano, a polícia paulista matou praticamente o dobro: 595. O detalhe é que a população dos EUA é sete vezes maior do que a de São Paulo*” Agrava saber que esse índice da *política chimpanzé* do modo de produção homicida na busca de prestígio integrou as promessas de campanha dos candidatos nas eleições de 2002, Paulo Salim Maluf (PPB), José Genoíno (PT) e o eleito Geraldo Alckmin (PSDB): “*bandido bom é bandido morto*” (Paulo, 2003-a: A2)

As matanças por homicídio bélico territorial ou extraterritorial reivindicadas como “*uma forma de direito*”, caso da etnia estadunidense, com o precedente hierático do tipo mando-casual, chegam a respaldar-se na pseudoneutralidade normativa da Organização das Nações Unidas (ONU) e na utilização da filmagem de seus *serial killers* em ação bélica para venda da própria tecnologia homicida, além de investir no potencial homicida humano, cooptando adolescentes em revistas especializadas ou mediante *videogames* com sons baseados em combates reais oferecidos gratuitamente pela internet objetivando treiná-los para homicídios bélicos (Roos, 2002: 22). Por meios

bélicos variados, observa-se a *política chimpanzé* também no canibalismo, na mutilação do corpo das vítimas, na redução de cabeças, resultando “*desagregação e até mesmo, por vezes, o desaparecimento de culturas inteiras*” (Akoun, 1983: 249).

A reivindicação da *guerra* como *forma de “direito”* é amparada por normóide simulando a espécie *lex in genere* na Carta das Nações Unidas (ONU) de 1945, que, a despeito do propósito de “[m]anter a paz e a segurança internacionais” (art. 1), não exprime nos princípios expostos no artigo 2 a seqüência lógica daquele propósito, no que seria o desarmamento de todas as Coletividades-Estado como condição objetiva de realização da paz. Ao contrário. Na seqüência ilógica para a paz, com o sentido de “*habilitar as Nações Unidas na tomada de medidas (...) urgentes*” a Carta manda armar, pelo que (art. 45) “*os Membros deverão manter, imediatamente disponíveis, contingentes das forças aéreas nacionais para a ação combinada de coerção internacional*” (Nations, 2002)

Desarmar não implica uma qualidade positiva para essa espécie normóide, como se infere do art. 1, ao contrário, designa a qualidade negativa da sanção (arts. 11 e 47). É bélica a disposição dominante da Carta das Nações Unidas, exortando retoricamente uma única e isolada vez (art. 2) que as Coletividades-Estado não envolvam força armada para efetivar as decisões do Conselho de Segurança (art. 41). (Nations, 2002)

O uso preferencial da “força” (*force*) no documento é garantido e reiterado por freqüentes e sortidos dispositivos, que mencionam as suas modalidades: *armed force* (preâmbulo), *enforcement action* e *enforcement measures* (art. 2), *enforcement action* (art. 5), *air, sea, or land forces* (art. 42), *armed forces* (art. 43), *force* (art. 44), *air-force* e *enforcement action* (art. 45), *armed force* (art. 46), *forces* (art. 47), *preventive or enforcement measures* (art. 50), *enforcement action* (art. 53), *volunteer forces* (art. 84). (Nations, 2002)

O modelo da Carta, além da relação autocrática do Conselho de Segurança relativamente à Assembléia-Geral (artigos 10, 11, 24, 27) implicar déficit democrático (Modesto, 1997-b), é de força (*yang*) e não de mando (*yin*), também implica suspeição (*yang*) sobre todas as Coletividades-Estado e não reação por mando, via negociação e mercado (*yin*), referentemente a suas eventuais relações problemáticas. Nesse caso, sua asserção de manutenção da paz é ilógica na forma e cínica na conduta. Refreia o uso da força, tomando contudo a iniciativa da força. Concerta meios pacíficos por meios inadequados de força.

A “*organização de seus membros*” (o conjunto de nominais Coletividades-Estado) é administrada por normóide autocrática (*para bellum* - “prepara a guerra” ocidental) e não por normação comunal (*wu wei* - “vago fazer” implicando o “*pu cheng* - sem lutar” oriental - item 6), preferindo a ocidental lógica excludente do homicídio das Coletividades-Bando à oriental lógica includente da negociação apropriada às Coletividade-Família e Coletividade-Estado, exprimindo típica conduta *política chimpanzé* em detrimento da *política bonobo*.

Desde os primórdios da escrita com a etnia *han* (chineses), passados 9.000 anos, a “grande” obra política do *homo sapiens* é a Carta das Nações Unidas



(ONU). O modelo da Carta, contudo, funda-se em mitos predominantemente ocidentais e excludentes (item 2), traindo sua pretensão de universalidade e inclusão, próprias da civilidade *bonobo*, para expressar a incivilidade da *política chimpanzé* com o uso e valorização da força.

Os padrões de homicídio bélico entre as concorrentes Coletividades-Bando no mundo de hoje, reforçados e justificados na Carta das Nações Unidas, superaram as antigas delimitações de campo de combate entre profissionais homicidas mutuamente identificados por farda. Eram homicídios bélicos de conquista nas fronteiras, quando hoje são homicídios separatistas, conflitos internos, e mesmo *guerras-negócio*, caso da Coletividade-Bando estadunidense impondo os seus produtos alterantes (medicamento  $\equiv$  alimento  $\equiv$  “droga”) no mercado mundial (alcoóis, tabaco, Prozac, Dormonid ...) e buscando suprimir os consumos concorrentes das Coletividades-Família Colômbia (cocaína), Mianmá (heroína), Brasil (*cannabis*), mediante investimentos em tecnologias de homicídio bélico. (Modesto, 1994)

O homicídio bélico e o medo, hoje ocorrem no meio da população civil, muitas vezes sem a identificação fardada dos combatentes, outras tantas sem atinar a origem das bombas demolidoras, caso da invasão de George Walker Bush e sua Coletividade-Bando do Iraque em 2003, podendo graduar-se no terror, descrito este como o transbordamento da força bélica de Coletividades-Bando para exaltar o medo da Coletividade-Família, possibilitando acompanhamento da janela de um apartamento urbano, enquanto o observador não tombar por uma bala perdida.

Invertem-se as expectativas de morte, finando menos combatentes da Coletividade-Bando travestida de Coletividade-Estado e mais civis, mulheres e crianças da Coletividade-Família especialmente, designados eufemisticamente “danos colaterais”. (Veja, 2002-1.751: 33) “*As mortes acidentais de civis em tempos de guerra aumentaram de 5 por cento, no início do século XX, para 15 por cento durante a Primeira Guerra Mundial, passando para 65 por cento ao final da Segunda Guerra Mundial, e chegando a mais de 90 por cento nas guerras do final do século XX*” (Fund, 2002)

Nas forças armadas, admite-se até mesmo o homicídio entre combatentes ou civis da mesma etnia, quando a estratégia serve para os efeitos publicitários de imputar ao inimigo determinada atrocidade, ou quando o “fogo amigo” entra nos cálculos do mal menor.

A indústria do cinema, particularmente a de Hollywood, por vezes oferece a idéia homicida envolvendo outras etnias e a população civil estadunidense também colhe os resultados. A ciência até alcançou a percepção de que há cicatrizes no uso da força reduzida às “inofensivas” palmadas na infância (Teicher, 2002), contudo o conhecimento comum dos notáveis da etnia brasileira das comunicações admite a força da “*palmada [como sendo] até justificável*” (Veja, 2000-1.673: 94).

No mercado da morte, com dados anuais de 1994, conforme Instituto Internacional de Investigação da Paz, (1) a Coletividade-Bando estadunidense é líder na exportação de armas, com 11,9 bilhões de dólares, seguida das (2) Coletividades-

Bando Alemanha (3,1 bilhões de dólares), (3) Inglaterra, (4) China, (5) Rússia e (6) Brasil (61 milhões de dólares) (Veja, 1995-1.397: 45).

A primeira, terceira, quarta e quinta Coletividades-Bando referidas pelo Instituto Internacional de Investigação da Paz são membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, prontos para “oficialmente” implicar guerras - *matanças entre* nominais “*Coletividades-Estado*” e reais Coletividades-Bando -, ou “inoficialmente” implicar terror e mercadejar tecnologias homicidas, justificando a *política chimpanzé* mediante resoluções auto-coonestadoras fundadas no implemento homicida (“*para bellum*”) como instrumento para a paz (“*si vis pacem*”) no Planeta Terra; a última Coletividade-Bando supra referida Brasil foi uma postulante à partilha homicida com Fernando Henrique Cardoso.

Quando se observa, diferentemente da força homicida *serial* na guerra, a força homicida singular entre coletividades de um mesmo território, a pré-civilidade *humana* mantém-se no mesmo padrão de dominância do macho homicida da *política chimpanzé*, e o índice dessa asserção extensível ao mercado mundial encontramos nos estadunidenses, “*sociedade notória (entre as nações industrializadas) por seu alto índice de assassinatos*” (Wrangham e Peterson, 1998: 104). O adestramento estadunidense para homicídios extraterritoriais é tão produtivo, que já está em fase de autofagia, volta-se contra a própria etnia, casos de Timothy James McVeigh em Oklahoma em 1995, e George Walker Bush no Texas de 1995 a 2000 (ver item 6).

#### INTERVENÇÕES OU GUERRAS INTERNAS E EXTERNAS DA COLETIVIDADE-BANDO EUA

228 ANOS DE INDEPENDÊNCIA	168 ANOS DE CONFLITO	ALCANÇE DA COLETIVIDADE-BANDO EUA
1775-1783 (09)	08	Guerra de Independência (América do Norte)
1798-1801 (04)	04	Guerra naval com França
SÉCULO XVIII: 11 ANOS DE CONFLITOS		
1801-1805 (05)	04	Campanha contra piratas berberes (África do Norte)
1812-1814 (03)	03	Guerra com Canadá
1812-1814 (03)		Guerra com Grã-Bretanha (América do Norte)
1820-1859 (40)	40	Campanha contra índios no leste e no sul (América do Norte)
1831 (01)		Desembarque nas Ilhas Malvinas
1832 (01)		Campanha contra piratas na Malásia
1835-1836 (02)		Guerra contra México
1846-1848 (03)		Guerra contra México
1852 (01)		Desembarque em Buenos Aires
1854 (01)		Desembarque na Nicarágua
1856-1860 (05)	01	Campanha no Panamá
1856 (01)		Intervenção em Cantão (China)
1861-1865 (05)	05	Guerra de Secessão (América do Norte)
1861-1880 (20)	15	Campanha contra índios no oeste (América do Norte)
1871 (01)		Intervenção na Coreia
1882 (01)	01	Intervenção em Alexandria (Egito)

1885	(01)	01	Intervenção no Panamá
1895-1898	(04)	04	Intervenção em Cuba
1898-1902	(04)	04	Ocupação de Cuba
1898	(01)		Guerra com Espanha
1898-1902	(05)		Campanha contra rebeldes nas Filipinas
1900	(01)		Intervenção na China

## SÉCULO XIX: 77 ANOS DE CONFLITOS

1903	(01)	01	Intervenção no Panamá
1909-1933	(25)	25	Ocupação militar na Nicarágua
1911-1912	(02)		Intervenção em Honduras
1914	(01)		Intervenção no México
1914-1934	(21)	01	Ocupação militar no Haiti
1915-1916	(02)		Intervenção no Haiti
1916	(01)		Intervenção no México
1916-1925	(10)		Intervenção na República Dominicana
1917-1918	(02)		Participação na I Guerra Mundial
1917-1919	(03)		Intervenção em Cuba
1918-1924	(07)		Intervenção no Haiti
1918	(01)		Participes da contrarrevolução na Revolução Russa de 1917
1926-1933	(08)		Intervenção na Nicarágua
1941-1945	(05)	05	Participação na II Guerra Mundial
1950-1953	(04)	04	Intervenção contra Coréia do Norte invadindo a Coréia do Sul
1953	(01)		Suporte ao golpe de Estado dado pelo xá Reza Pahlevi no Irã
1954	(01)	01	Suporte ao golpe de Estado derrubando o presidente Jacob Árbenz
1955-1964	(10)	10	Intervenção no Vietnã
1964-1975	(11)	11	Intervenção no Vietnã do Sul e invasão contra Vietnã do Norte
1958	(01)		Desembarque no Líbano
1961	(01)		Apoio à invasão de anticomunistas em Cuba (Baía dos Porcos)
1965	(01)		Suporte à derrubada do presidente Sukarno da Indonésia
1965	(01)		Suporte ao golpe de Estado dado por Joseph Mobutu no Congo
1965-1966	(02)		Intervenção na República Dominicana
1973	(01)		Suporte ao golpe de Estado dado pelo general Pinochet no Chile
1979-1990	(12)	12	Suporte à contra-revolução Sandinista na Nicarágua
1982-1983	(02)		Intervenção no Líbano
1983	(01)		Intervenção em Granada
1989-1990	(02)		Intervenção no Panamá e seqüestro do presidente Noriega
1991	(01)	01	Guerra contra Iraque buscando retomar a província do Kwait
1992-1995	(04)	04	Intervenção na Somália
1994	(01)		Intervenção no Haiti
1999	(01)	01	Intervenção na Bósnia e Kosovo contra genocídio de sérvios

## SÉCULO XX: 78 ANOS DE CONFLITOS

2001	(01)	01	Invasão e golpe de Estado contra Talebans no Afeganistão
2003-?	(01)	01	Terrorismo e intervenção do Bando de Bush filho contra o Iraque

## SÉCULO XXI: 2 ANOS DE CONFLITOS

Figura 3 Dislate ou dislogia étnicos: 1 intervenção ou guerra a cada 1,3 anos pelo mundo

Tal adestramento do macho para o homicídio vem lastreado em crença messiânica numa difusa “*missão universal*”: a “*aplicabilidade universal dos valores [norte-] americanos*” (Kissinger, 1996: 581, 582). Assim, qual hiena, que marca o território mediante micção, a Coletividade-Bando estadunidense deixa o cheiro do sangue pelo mundo mediante freqüentes homicídios bélicos. Dislate ou dislogia étnicos, a *política chimpanzé* estadunidense semeia o ódio e colhe o medo. O mercado mundial cobra o preço. A incivilidade pode ser contabilizada. Em 228 anos de independência (1776 a 2003) e democracia simulada, a nominal Coletividade-Estado EUA superpôs-se como Coletividade-Bando durante 168 anos, ou seja, 1 intervenção ou guerra a cada 1,3 anos pelo mundo, conforme fig. 3 (Bonalume Neto, 1991; Lincoln, 1978; Microsoft, 1998; Veja, 1995-1.361; Larousse, 1995-24; Larousse, 1995-9: 2.241; Rohter, 1994: 12; Sanger: 2003: A16).

É evidente a *política bonobo* da mulher no uso residual da força, “*porém, em toda parte, como uma tendência globalmente consistente, o gênero da população criminosa corresponde de modo previsível à violência do crime. Os criminosos do sexo masculino se especializaram em crimes violentos. Nos Estados Unidos, por exemplo, a probabilidade de que um homem cometa assassinato é nove vezes maior do que uma mulher*” (Wrangham e Peterson, 1998: 142-143). Entre brasileiros seria diferente? Caro receptor, por experimentação, coleccione um mesmo jornal por dez dias seguidos, verificando e anotando qual sexo predomina nos homicídios noticiados. A probabilidade do masculino superar o feminino é estatística.

Em que pesem as similaridades entre *chimpanzés* e *humanos* na política por força, seguindo o mesmo experimento, também se pode observar entre *humanos* a predominância da política por mando, na diversidade das formas de normação, relativamente à política por “força” Uma vez que fenomenologicamente a força não se inclui na categoria físico-semiótica da normação, aquela reivindicação da força, que se degrada no homicídio e na matança, se reivindica “*uma forma de direito*” como pretendido por Akoun (1983: 246, 248, 250), implica uma simulação normativa ou normóide, não passando a designação formal da espécie normativa (dharma, fa, fiqh, law, constituição, lei, decreto etc.) de mero eufemismo dissimulador da brutação e justificação prévia da *política chimpanzé* para a superposição política das Coletividades-Bando no Planeta Terra.

### 5. Teorias de Estado: opção chimpanzé

A *Normação* entre dominantes e dominados *humanos* múltiplas *ações normativas* por exemplaridade, por mando-casual e por mando causal (Modesto, 1997-a) movidas por multívocos interesses na relação mando/acato observadas por diversas espécies no mercado mundial -, é dominada pela entropia (*quantidade de desordem*), conflito *interpretante* entre as Coletividades Família, Bando, Estado, em seus respectivos territórios.

Em que pese a entropia na normação entre dominantes e dominados de um território, observa-se diacronicamente freqüente a conciliação normativa.

Conciliação normativa não implica qualidade acreditada intrínseca da dominação ou do mando, como se crê por exemplo com o signo “legitimidade” mas qualidades similares na relação do acato com o *mando crível*, mando cujo objeto seja eufímico (pacífico) e não implique simulação ou dissimulação de seu interesse. O mando crível suporta o acato irrefletido no contágio e reitera-se por acato refletido nas expectativas mnemônicas, contudo amplia aquela entropia no acato resistido.

No mercado mundial, os *conflitos normativo-interpretantes* são indiciados por sua disparidade de formas para aqueles múltiplos interesses, nenhuma delas dominante no planeta, como: *dharma, artha, kama* nas coletividades hindus; *shih* (式- exemplo), *li* (禮- rito), *fa* (法- modelo) nas coletividades *han* (chineses); *fiqh* entre muçulmanos; *lex in casu* entre anglo-saxões; e *lex in genere*.

A *lei-gênero* é conceito criado entre coletividades romanas ao final (séc. -I) de sua República (-509 a -27) e começo do império, seguida pelos italianos, franceses, germanos, espanhóis e etnias latinas em geral, incluído o império português. O mando normativo, por meio da espécie *lex in genere*, hoje designado “Direito” por essas etnias romanísticas do Lácio, é signo ambíguo para a Dogmática Jurídica e a Teoria Jurídica mando e justificação política.

Foi por meio dessa Teoria Jurídica que a *política chimpanzé* dos *humanos* construiu, fundamentada na força de sua parcela macho e exclusão da paz de sua parcela fêmea -, um dos conceitos de “Estado” para as diversas *Teorias de Estado*. A ambigüidade do conceito, portanto, é congênita para as singularidades do caso (a força e as armas) e do gênero (o mando e os códigos verbais, na fala ou no registro).

Cada Coletividade-Etnia, em função de sua *normação singular*, constrói o seu conceito de “Estado” como entre ocidentais, ou dispensa-se dessa construção, caso da etnia *han* e suas adjacências (cotejar Kissinger, 1996: 543). Os *han* e adjacências relevam o corpo na contigüidade étnica 國 *kuo*, nação e depreciam a continuidade do mando formal administrativo 王 *wang*, monarca, governar (cotejar Lao Tzy, inédito-32; 57). O oriental observa a impossibilidade denotativa no referente ocidental de “Estado” Assim, cada dinastia, cada escola (*chia*) pontua sua cronologia e a cronologia continente tem base étnica e registro histórico com a dinastia Shang (-XVIII a -XII), sem se reduzir a ela (cotejar Mateos *et alii*, 1977-III: 131).

O signo “Direito”, quando referido - e não-subsumido - a essa diversidade da *Normação* (ação de vincular um *legisigno*, ou *signo de lei* na espécie dogmática, a uma conduta subjugada) no mercado mundial implica o erro lógico de designar o gênero por uma de suas espécies, como visto no item 1.

O conceito de “Estado” - naquela tradição em que domina a *lex in genere*, em relação à *lex in casu* -, toma por base uma estrutura de força-poder (*Gewaltstruktur*), no sentido de monopólio da força, considerando-a como *violência legítima* (Müller, 1998: 99), na exaltação da *força*, não da paz, um índice de que a Teoria Jurídica é construída por machos e valorizando a dominância do macho similar da *política chimpanzé*. Nesse passo histórico, é curioso observar a afinidade diacrônica entre os textos de Akoun, Wrangham-Peterson, e Hobbes.

Esses textos expõem a ausência de distância crítica apontada nos itens 1 e 2, tanto da Teoria Política, quanto da espécie Direito, no particular das Teorias de Estado, resignadas ao conhecimento comum e justificador da força, própria à testosterona de metade da espécie dos *humanos*, excluindo a *política estrogênica* da paz desarmada ou *política bonobo* (item 6), um critério parcial e impróprio para uma generalização científica que a teoria intenta com a designação “Estado”

Para Hobbes, na tradição do mando-casual do tipo étnico anglo-saxão, “[e]m todos os lugares onde os homens viveram enquanto pequenas Famílias, roubar e espoliar um ao outro sempre foi ato de Comércio, e assim, longe de ser reputado contra a Lei de Natureza, quanto maior a espoliação ganha, maior era a honra; os homens não observavam nenhuma outra Lei senão a Lei da Honra; vale dizer, privavam-se da crueldade, deixando aos homens suas vidas e instrumentos de agricultura. Tal como faziam então as pequenas Famílias, assim fazem hoje as Cidades e os Reinos, que nada mais são do que Famílias maiores que, para a própria segurança, aumentando os Domínios, sob qualquer pretexto de perigo e medo de Invasão, ou assistência que pode ser dada aos Invasores, envidam o quanto podem, para subjugar, ou debilitar seus vizinhos, por força ostensiva e artifícios secretos, justamente por falta de outra Precaução, e por isso e em épocas futuras serão lembradas com honra.” (1997: 93)

Essa afirmação de Hobbes do roubo, da espoliação e da força, da real Coletividade-Bando, como fazem Cidades e Reinos, contudo lembrada com honra qual nominal *Coletividade-Estado*, é similar à do *ladrão nobre* descrito por Hobsbawm, “aquele que corrige os erros [da nominal Coletividade-Estado e real Coletividade-Bando], que dispensa a justiça e promove a eqüidade social (...) ‘nunca mata, a não ser em legítima defesa (...)’” (1975: 37-38)

Hobbes e Hobsbawm postulam com tal asserção, que as formalidades comunicativas entre selvagens *humanos* partilha o mando com a *força* na política, e que a força permanece como fundamento alternativo das formalidades comunicativas entre coletividades para a Teoria de Estado.

“Nos locais onde a força do Estado é remota, ineficiente e fraca, na verdade o governo sentir-se-á tentado a estabelecer boas relações com qualquer grupo forte local que não consiga derrotar. Se os ladrões dispuserem de força suficiente, terão de ser conciliados, como qualquer outro centro de força armada. Todos aqueles que viveram em épocas em que o banditismo se tornou descontrolado sabe que as autoridades locais têm de estabelecer um *modus vivendi* com os chefes dos ladrões, tal como todo cidadão de Nova Iorque sabe que a polícia possui relações análogas com os bandidos urbanos” (Hobsbawm, 1975: 49-50).

Como se observa, a Teoria de Estado de Hobbes não distinguiu qualitativa e quantitativamente a Coletividade-Bando da Coletividade-Estado quanto ao uso da força, enquanto Hobsbawm distinguiu a intermitência entre elas. Nessas intermitências de superposição política por força a nominal Coletividade-Estado implica real Coletividade-Bando. Suas lideranças são politicamente trocáveis: bandido autorizado ou autoridade bandoleira?

As “famílias maiores” referidas por Hobbes, honradas por força, designadas *πολις* (cidades) para os gregos, passando por outras designações como 國 (*kuo - nação*), reinos, repúblicas, *commonwealths*, *civitas*, estados, têm em comum para os *humanos* a designação “pátria” como referente “[d]a defesa da comunidade pelo macho” em aliança ou coligação (Wrangham e Peterson, 1998: 283-284), reveladora da exclusão da fêmea, porquanto não designada “mátria”, indiciando com isso também excluir o interesse feminino pela paz em favor do interesse masculino pela *força* nas Teorias de Estado.

“Entre os *humanos* e os chimpanzês, pelo menos, os grupos coligados de machos muitas vezes vão além da defesa (típica dos matriarcados dos macacos) para abranger a agressão não provocada, o que suscita a idéia de que nossos próprios conflitos intercomunitários poderiam ser menos terríveis se fossem conduzidos em favor dos interesses das mulheres em vez dos interesses dos homens. (...) Em poucas palavras: o patriotismo gera a agressão” (Wrangham e Peterson, 1998: 285). O “marcador genético, detectável antes do nascimento, que prediz violência” é o cromossomo Y do macho. “Os indivíduos com esse genótipo” diz Carey, “são nove vezes propensos a serem presos e condenados por um ato de violência, relativamente a pessoas sem esses genes” as fêmeas. (Carey, 1994: 37) No Brasil, desconsiderando esta política por força, o desacato à política por mando implica 95,6% de machos e 4,4% de fêmeas da coletividade encarcerada (Justiça, 1996: 15).

Entretanto, é precisamente a incivilidade da “força” do macho, em detrimento da civilidade do “mando” da fêmea, a opção *chimpanzé* tomada para fundamentar persuasivamente as Teorias de Estado referidas, em que pese a frequência dominante do mando nas superposições políticas, conforme os registros históricos e as taxas de uso da força, nos seus limites homicidas (itens 4 e 6).

#### 6. Política bonobo e política chimpanzé: intermitências

A pré-civilidade dos *humanos*, por alternância do mando similar à política *bonobo* *Si vis pacem, pacem age* (Modesto, 1997-a) com a frequência da força similar à política *chimpanzé* - *Si vis pacem, para bellum* -, reforçada pelas justificativas de “força” da parte macho da espécie na Sociologia, na Teoria Política, e no Direito pelas Teorias de Estado, só não partilha totalmente da incivilidade dos *chimpanzês* graças à dominância da política por mando frequente entre as fêmeas, relativamente ao resíduo de força, de algumas etnias pacíficas. “Um levantamento mundial dos registros etnográficos de 50 grupos representativos, que não são países, revelou que quatro dessas sociedades - os *todas*, os *tikopias*, os *dorobos* e os *esquimós de Cobre* não tiveram organizações militares regulares ou classes militares de qualquer espécie (...). Há ainda o caso dos *semai senoi*, um povo indígena de cerca de 13 mil pessoas que vive em comunidades de até 100 indivíduos, cultivando hortas e caçando para obter carne nas florestas tropicais úmidas da parte peninsular da Malásia” (Wrangham e Peterson, 1998: 105)

Há também o registro de uma etnia *polinésia* designada *mori*, com habitantes nas ilhas Chatham para eles Rekohu -, Nova Zelândia, descobertos no século X, cuja tradição implicava a política *bonobo* com “*a recusa em lutar na guerra*” O contacto com europeus veio por meio de caçadores de focas e baleias, que por lá criaram entreposto. No início do século XIX o contacto com a superposição política *chimpanzé* veio por invasão da etnia *maori*, também da Nova Zelândia. “*Por se recusarem a lutar, os morioris acabaram sendo escravizados.*” A etnia *mori* foi extinta em 1933. (Gurovitz, 1994: 6-10)

Parte dos *humanos* machos do *Planeta Terra* também participa da *política bonobo*, que tem no texto *Tao*, de Lao Tzy (-VI), a expressão do *interpretante emocional* da *augeridade*, o *criador de similaridades pacíficas* ou *eutímicas*, um dentre os três suportes da *semiose*, ou *ação sígnica*, na comunicação (Modesto, 1999).

Nesse texto *Tao* (por inédita *reversão* chinês-português de nossa autoria - Modesto, 1999), quando Lao Tzy descreve a ação política da Coletividade-Estado, mediante *interpretante lógico* involuntariamente cabente em uma “Teoria de Estado” as expressões de “força” são expressamente excluídas, qual *política bonobo* da real Coletividade-Estado. No texto *Tao* (uma *cosmovisão acausal* que se expressa mediante econômicos 5.321 *similigramas* *registros indiciando similaridade entre a imagem e o objeto diagramado*), a dominância da *quale* materna sobre a paterna no *Planeta Terra* (“*céu inferior*”) implica todas as sintaxes de uma relação política *segura* e *durável*:

“*céu inferior sendo parir  
então feito céu inferior mãe*” (capítulo 52);  
“*administra hominida servindo céu (...)  
ser nação enquanto mãe  
possível então amplo durar  
verdade significa profundar raiz segura caule  
amplo engendra durável mira enquanto tao*” (capítulo 59).

A primeira decorrência dessa *quale* materna implica administrar o espaço público mediante *vago fazer* - 無爲 *wu wei* e de forma similar ao espaço doméstico, por composição de interesses, dominando a exemplaridade (*shih* 式), com frequência residual de modelos (*fa* 法) e ritos (*li* 禮), composição que produz por contágio o retorno de um povo de conduta também compositiva:

“(...) *compondo administra nação  
então estranha utilidade armar (...)  
verdade então sápiete hominida declara  
meu vago fazer contudo povo próprio transforma  
meu gosto quietar contudo povo próprio compõe*” (capítulo 57).

Administrar a nação por composição de interesses tem por consequência a inutilidade da “força” das armas e da pena de morte (*homicídio torpe*). O receio da



morte não domina um povo, por conseqüência o homicídio torpe reverbera igualmente mortal para a própria intermitência da força dominante, pois amplia a matança no exemplo negativo do dominante:

*“povo amiúda porém sem recear morte  
suporta especular então matar acuaria enquanto  
disponha povo amiudado porém receando morrer (...)  
mede amiudar ser encarregando matar qual matar  
adulto (...) encarregado mata qual matar (...)  
medindo rareado ser sem lesada sua mão”* (capítulo 74).

As relações políticas ocidentais *latinas* e *anglo-saxãs*, em contraste com essas da etnia *han*, têm por fundamento um brocardo de Vegezio, “*Si vis pacem, para bellum*” - “*Se queres a paz, prepara a guerra*” (Fumagalli, 1981: 300) -, em realidade uma alogia, visto que paz e guerra não são similares mas antitéticos em relação ao querer, enquanto a relação política para Lao Tzy tem um fundamento diverso, material e formalmente lógico, com dados similares e complementares em relação ao querer, “*Si vis pacem, pacem age*” “*Se queres a paz, faze a paz*” (Modesto, 1997-a: 252).

Enquanto qualidade da ação política, o signo *potência* no ocidente tem freqüentemente a *força* por objeto, até os limites do homicídio e do genocídio próprio da *política chimpanzé*, a *potência* no oriente tem freqüentemente o *mando* por objeto, até o limite do *wu wei* próprio da *política bonobo*.

Aquela alogia ocidental que fundamenta a *política chimpanzé* tem por suporte sígnico na comunicação o *interpretante energético* da *brutação* (4ª classe sígnica: Modesto, 1999; Peirce, 1978-2.257: 147) na expressão mítica do *B'reshit*, atribuído a Moisés (1985-1), outro dentre os três suportes da *semiose* na comunicação. Nesse texto encontramos o conhecido ciclo *força e forra* (força de um e forra do outro) da tradição hebraica de *go'el*, o sanguífico deus “*El “vingador de sangue”* (Moisés, 1985-1.9,5-6: 42-43; Jerusalém, 1985-n.d; n.h: 43, 272), expresso no mando “*‘Quem matar Caim será vingado sete vezes’*” (Moisés, 1985-1.4,15: 37), cuja manifestação moderna está em execução por judeus no genocídio de palestinos em territórios ocupados destes desde 1967.

O ciclo da *força*, por domesticação mítica hebraica, tem a matança fratricida como ação de investidura no mando, vinda por *logos fático* - verbo executor - de Moisés (-XIII), presumido fundador da religião judaica e condutor do povo hebreu do Egito para a “terra prometida” Essa matança fratricida é a ação de *investidura* da tribo levita para o serviço sacerdotal do sanguífico preponente *Yhwh*, preparando o povo, desde Abraão (caldeu que teria nascido entre -XX e XV em Ur), para a conquista genocida da terra de Canaã.

*“Moisés viu que o povo estava desenfreado, porque Aarão os havia abandonado à vergonha no meio dos seus inimigos. Moisés ficou de pé no meio do acampamento e exclamou: ‘Quem for de lahweh venha até mim!’ Todos os filhos [da*

tribo] de Levi reuniram-se em torno dele. Ele lhes disse: 'Assim fala Iahweh, o Deus de Israel: Cinja, cada um de vós, a espada sobre o lado, passai e tornai a passar pelo acampamento, de porta em porta, e mate, cada qual, a seu irmão, a seu amigo, a seu parente.

*Os filhos de Levi fizeram segundo a palavra de Moisés, e naquele dia morreram do povo uns três mil homens. Moisés então disse: 'Hoje recebestes a investidura para Iahweh, cada qual contra o seu filho e o seu irmão, para que ele vos conceda hoje a bênção'* (Moisés, 1985-2.32,25-29: 154-155).

Como lembra Miles, o "que contava a favor dos levitas para Moisés não era o fato de terem identificado os líderes da idolatria, mas precisamente o fato de estarem dispostos a matar 'irmãos, vizinhos e parentes' Isso se parece muito com as demonstrações de violência dos membros de uma gangue, que provam assim sua capacidade de matar e a disposição de colocar a lealdade ao chefe acima de todos os outros valores (...) precisamente, matar a família para provar sua lealdade" (1997: 143).

Na lógica da *política bonobo* de Lao Tzy, a expressão armada da "força" tem por decorrência a ausência de vencedores - o *homicídio torpe re-produz homicídio*; enquanto a robustez armada implica a inferioridade daquela prisão cíclica da *força e forra* com as mortes, a maleabilidade e a debilidade implicam a superioridade da paz desarmada com a vida:

*"verdade então arma robusta medida sem vencedor (...)  
conquanto robustez grandeza residem inferior  
maleável débil residem superior"* (capítulo 76).

O sumo dessa superioridade desarmada que produz vida tem suporte lógico na paradoxal ação política *sem lutar* - 不爭 *pu cheng* - cuja imagem é a da água, que afia *hominidas* sem produzir coxos de guerra:

*"superior bom conforme água  
água boa afiando inúmeras coisas contudo sem luta  
reside multidão hominida enquanto lugar maldado  
conquanto indiciando por tao (...)  
adulto reflete sem lutar  
conquanto vagando coxeio"* (capítulo 8).

Para que não desprezemos a *indução cultural* implicada na expectativa mnemônica que tal *domesticação*, territorial e extraterritorial, representa (Kaltenmark, 2000: 13 e 9), a etnia *han*, a mais populosa do mundo, compõe aproximadamente um quarto do mercado mundial. Ocupando hoje 9 milhões e 597 mil km<sup>2</sup>, há aproximados 1 milhão e duzentos mil chineses, 95% da *etnia han* (1.140.000), e minorias como mongóis, manchus, tibetanas na periferia geográfica. (Larousse, 1995-6: 1361-1362)

Esta quarta parte da população mundial, nas suas superposições políticas, é condicionada desde o século -VI pela cosmovisão acausal expressa em *Tao* de Lao Tzy (ver Maspero, 2000: 20, 38-49, 89), diluída por um *corpus* de doutrinas que vão do mitológico à mística pessoal, *corpus* que a reflexão ocidental freqüentemente confunde com filosofia, ou sistematicamente busca converter em teologia, desde as tentativas de colonização religiosa perpetradas pela Companhia de Jesus, a partir dos jesuítas portugueses Francisco Xavier, em 1552, e Melchior Nunez Barreto, em 1555, e do florentino Matteo Ricci, em 1601 (Lécrivain, 1991: 42, 55-57). São aproximadamente 1.120 volumes e 1.476 títulos de obras (Kaltenmark, 2000: 11), além de mais de uma centena de traduções, só em inglês (Pine, 1996: XXI), deste texto de Lao Tzy, o mais conhecido e influente da cultura *han* no ocidente (Wing-Tsit, 1973: 137), mas que pende de abordagem atenta pelas disciplinas Sociologia, Teoria Política, e Direito.

É em função de tais dados da *política bonobo*, a política por mando entre os *han*, que se pode verificar a parcialidade com que se justifica e generaliza a intermitente superposição política por “força” das nominais Coletividades-Estado sobre as demais coletividades nos respectivos territórios de dominação, retirando da Sociologia, da Teoria Política, e do Direito, como se observa também por falta de universalidade da hipótese comum européia, o status de ciência *sensu stricto*, enquanto partilham da baixa seletividade do conhecimento comum, em que prepondera o macho avezado à “força” justificada por tais disciplinas.

A característica da pré-civilidade *humana*, por sua freqüência de *política chimpanzé*, portanto, pode ser resumida pela freqüência (e não-resíduo) da política por “força” justificada por sobreditas disciplinas reivindicando o monopólio da “força” própria da incivilidade dos *chimpanzés*, e representativa apenas do marcador genético da parcela macho da espécie humana, alternada à superposição política por mando, similar à civilidade *bonobo*, e à comunhão eutímica culturalmente expressa naquele texto *Tao*. Na incivilidade *chimpanzé*, conforme observamos descrito e resumindo, domina a superposição política por força, relativamente ao mando freqüente (Wrangham e Peterson, 1998: *passim*, 159-161, 178-182).

Aplicando exemplificadamente o modelo de civilidade da Hominilogia na ação política das coletividades *humanas*, notaremos uma *política bonobo* no caso da ação de *chineses* ao devolver - sem uso da força (*wu wei* - *vago fazer*) - um avião de espionagem EP-3E com 24 militares da Coletividade-Bando estadunidense que invadiu o espaço territorial da China, implicando no homicídio do piloto chinês que comandava um caça F-8 no próprio território, em 01/04/01, suportando a lesão em troca da expressão *very sorry* do bando agressor liderado pelo “*rogue preposed president*” George Walker Bush (Salgado, 2001: 56), considerado por britânicos em pesquisa o terceiro *humano* mais perigoso do mundo, superado apenas pelos promovidos Saddam Hussein, do Iraque, e Osama Bin Laden, árabe da organização bélica Al Qaeda (Tarde, 2002: 11A).

O complementar oposto da *política bonobo*, justificada por sua Teoria de Estado, podemos descrever na *política chimpanzé* daquela coletividade da etnia judaica que, mediante a *técnica do holocausto* - abstração retórica da própria vontade

em nome da presumida vontade homicida de um sanguífico deus macho, 'El, de Isra'El (uma teofederação - ver Modesto, 1999) -, técnica também designada *Nazi-Jewish* ou "*Judeu-Nazi*" pelos judeus Yeoshua Leibowitch e Israel Shahak (Said, 1997: 11), caracteriza "*os métodos usados pelos Israelitas para submeter e reprimir os Palestinos*" (Shahak, 1997: 24-25), usurpa terras que arbitra serem dadas num passado mítico e em corpo presente por esse deus *go'el*, *vingador do sangue* de Isra'El, e faz a limpeza étnica dos habitantes locais, com a cumplicidade das resoluções contrárias e inaplicadas da Coletividade-Bando ONU.

Para a conquista dessas terras, a Coletividade-Bando Israel, "Nazisrael" conforme designa José Arbex Junior (2002-a: 17), tem por fundamento totalitário de sua Teoria de Estado (Shahak, 1997: 37-39) o "*conceito [machista-racista] de Israel como 'um estado Judeu', como Israel se define formalmente (...) [por] Lei Constitucional (...) aprovada por uma enorme maioria do Knesset. Por esta lei, a nenhum partido, cujo programa se oponha abertamente ao princípio de 'um estado Judaico' ou proponha alterá-lo por meios democráticos, é permitido participar nas eleições para o Knesset*"

Este "*exemplo mostra que o Estado de Israel não é uma democracia devido à aplicação de uma ideologia Judaica dirigida contra todos os não-Judeus e aqueles Judeus que se opõem a esta ideologia. (...) Os cidadãos de Israel não-Judeus não têm o direito de igualdade perante a lei. Esta discriminação é expressa em muitas leis Israelitas*" (Shahak, 1997: 16-17, 20).

Esse fundamento racista, totalitário e hitleróide da Teoria de Estado referida vem sendo implementado pelo genocida "*Ariel Sharon [que] propôs formalmente na Convenção do Likud que Israel devia adotar o conceito das fronteiras Bíblicas como política oficial*" (Shahak, 1997: 25). Para tanto, a *política chimpanzé* da Coletividade-Bando Israel promove a matança por homicídio bélico de palestinos desde 1967, quando ocupou suas terras na Faixa de Gaza, na Cisjordânia, e na Jerusalém Oriental, partilhadas pela ONU em 1947, (Abril, 2003), recrudescendo a matança em 29/03/02, quando, desde o início da segunda intifada ou levante contra a ocupação da Coletividade-Bando Israel, em 28 de setembro de 2000, até 29/09/02, 41 mil palestinos e 3 mil judeus foram feridos (Paulo, 2002-a: A18), enquanto o parcial escore homicida já está em 2,702 palestinos por 1 judeu mortos, por números do mercado político, ganho de 1.908 resistentes palestinos mortos em terras ocupadas, ao custo de 706 mortes judaicas invasoras, não incluídos os judeus mortos por judeus "por engano" até 14/03/03 (Paulo, 2003-e: A9; Paulo, 2003-f: A12), e sem contar a destruição dos espaços públicos da Coletividade-Estado Palestina, e da destruição punitiva das moradias dos familiares dos resistentes mortos, além de imóveis de acesso.

Esse arcaísmo tribal de pena coletiva, similar ao padrão homicida do deus *Yhwh* nas míticas Sodoma e Gomorra, vem pelo mando homicida do sequaz de Adolf Hitler, Ariel Sharon, e discípulos da Coletividade-Bando Israel com o quarto exército do mundo (Arbex Junior, 2002-b: 13, 93), militar e financeiramente cevados no mercado *chimpanzé* pelo estadunidense George Walker Bush.

Relevante lembrar. Esta segunda intifada, designada Al Aqsa, foi programadamente iniciada pela oposição de Ariel Sharon do partido Likud que, buscando desestabilizar o preposto pelo partido trabalhista Ehud Barak da nominal Coletividade-Estado Israel, “visitou” em 2000 por provocação o Santuário Nobre (Haram al Sharif), local mais sagrado de Jerusalém para palestinos e judeus, por estes designado Monte do Templo, implicando repulsa palestina imediata, que se disseminou pela cidade e territórios ocupados. (Paulo, 2002-b: A18) Valeu-se da revolta palestina que insuflou para titular-se como o primeiro-ministro judeu que poderia desinflar o movimento mediante a política do genocídio. Sharon implementou a insegurança e morte de 601 e ferimento de 3 mil da própria etnia para benefício pessoal.

A *domesticação* (ver item 2) que suporta o moiseísmo expresso pela nominal Coletividade-Estado EUA, com a real Coletividade-Bando de Bush, é a mesma da Coletividade-Bando de Ariel Sharon, a *Torah* (“Instrução”) hebraica, dominada pela *brutação* (ver item 1) de *Yhwh* e seu profeta Moisés, com o mando e força homicidas (Modesto, 1999). Seu derivado recente é o fundamentalismo protestante de espécie metodista de Bush (Aith, 2003: A23; Vulliamy, 2003: 13, 15, 16), variante sectária do anglicanismo, a teologia oficial da Inglaterra fundada pelo uxoricida contumaz Henrique VIII (1.491-1.547).

O hitleróide Bush, número um no mercado do *colt*, assertivo alcoólatra no espaço público (Vulliamy, 2003: 14), reticente da cocaína no espaço doméstico (Arantes, 2003: E4), apresenta folha corrida alentada. Trânsfuga da guerra do Vietnã (virtude paradoxal), sádico, empresário corrupto e vezeiro na fraude, tráfico de influência (Vulliamy, 2003: 14), graças a isso foi governador do Texas (1995-1998; 1999-2000), fracassou no voto popular para a presidência da República (2001-2004) com seus 49.819.600 votos (Tarde, 2003: 3A; Parkinson, Lamourie, 2003), perdendo para Al Gore (50.156.783), contudo pôde comprar mediante fraude, auxiliado pelo consanguíneo Jeb Bush governador na Flórida, o *status* de preposto da nominal Coletividade-Estado EUA.

Bush serviu-se da velha Teoria de Estado *chimpanzé* e dos coadjuvantes da Suprema Corte, que suspenderam a recontagem dos votos na Flórida para coonestar a malta (Paulo, 2001: A2), e toma como precedente (normóide simulando a espécie histórica *anglo-saxã* de mando-casual) de sua estratégia autocrata o modelo terrorista de Ronald Wilson Reagan (1981 a 1988).

Reagan, de 1982 a 1986, por meio do Departamento de Estado e da Central Intelligence Agency (CIA), financiou o terror dos guerrilheiros “Contra” instrumentos de sua Coletividade-Bando, buscando sabotar a Revolução Sandinista dominante na Nicarágua com Daniel Ortega. O terror de Reagan foi condenado pela Corte Internacional de Justiça da ONU, designando tal brutação no dialeto legista como “*uso ilegítimo da força*” (Chomsky, 2002: 11). A Coletividade-Bando EUA desacatou o julgamento, anunciando não mais aceitar a competência da Corte Internacional de Justiça. Com isso, essa nominal Coletividade-Estado denota e assume conduta de Coletividade-Bando, nos termos da Carta das Nações Unidas (ONU) de 1945, art. 94, 1ª e 2ª alíneas.

Se colocarmos em sintaxe lógica o terrorismo de Reagan com “A Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos de América” do Norte (America, 2002-V: 13-14), essa nominal Coletividade-Estado subsume-se como uma “*rogue state and terrorist collectivity*” pelos atributos 4 (patrocinar terrorismo) e 2 (desacatar leis internacionais e violar tratados em que são parte). “*Os Estados Unidos (...) são hoje a única nação que, ao mesmo tempo, foi condenada por praticar terrorismo internacional pela Corte Mundial e vetou uma resolução do Conselho de Segurança convocando os Estados a respeitarem o direito internacional*” (Chomsky, 2002: 12).

É com essa credencial de Coletividade-Bando e Estratégia de Insegurança Nacional e Internacional de 2002 que George Walker Bush fomenta no geral o mercado interno estadunidense. A utilidade gerencial de Bush como preposto da real Coletividade-Bando EUA está em servir aos interesses corporativos da indústria da tecnologia de armas, testando suas inovações de destruição em massa, e escoando sua produção pelo fomento de novos conflitos no planeta, e aos interesses energéticos de acesso ao petróleo no Oriente Médio, seus financiadores eleitorais (Vulliamy, 2003: 12-15), aliados do sionismo da costa leste do território norte-americano (Vulliamy, 2003: 16), que “*vê na recriação do Estado judeu um sinal divino de que a volta do Messias está próxima*” (Gryzinski, 2003: 44).

O reflexo administrativo dessa geopolítica industrial e comercial é a instrumentalização da nominal Coletividade-Estado Israel (Arbex Junior, 2002-b: 18), enclave e sucursal estadunidense numa região dominada por autocracias árabes fundadas no petróleo. Ariel Sharon é a *longa manus* dessa Coletividade-Bando EUA na região, além de outras associadas do bando pelo mercado mundial, caso do “*poodle da Casa Branca*”, o primeiro-ministro inglês Tony Blair (Sabino, 2003: 71). A expressão desse conflito comercial justapõe de um lado protestantismo e judaísmo e de outro islamismo, todos capazes de cortar a jugular do próprio filho, como Abraão com Isaac.

Seguindo essa tradição, George Walker Bush, com 155 *homicídios torpes* no currículo, é o maior homicida na história dos governadores das unidades federadas estadunidenses. *Homicídio torpe* é aquele homicídio sistemático justificado por expressa função jurisdicional e dissimulada função hierática (sagrada ou messiânica, conforme acima) da toga, mediante agentes da Coletividade-Bando, travestidos de Coletividade-Estado. (Modesto, 1999) Na história recente das matanças no território estadunidense, Bush só é superado em números por Timothy James McVeigh, que mediante 2 mil quilos de explosivo detonados na garagem do prédio do governo federal da cidade de Oklahoma, matou 168 pessoas em 1995. (Parkinson, Lamourie, 2003)

Com esse currículo, o autocrata Bush foi beneficiado pela *fortuna* de gerenciar o ódio responsivo dos excluídos e lesados do planeta e das vítimas próximos e remotos do petróleo, como palestinos da segunda Intifada ou levante contra a ocupação da Coletividade-Bando Israel na Faixa de Gaza, Cisjordânia e Jerusalém Oriental (2000-2002) - a primeira foi de 1987 a 1991 (Veja, 2002-1.747: 49) -, além de árabes, afeganes, ..., contaminados pela memória histórica de índios, mexicanos, cubanos, panamenhos, nicaraguenses, chineses, coreanos, vietnamitas, ..., que retaliaram em 11 de setembro

de 2001 aqueles 168 anos de homicídios e matanças de estadunidenses em 228 anos de independência (ver fig. 3).

Essa retaliação, cuja autoria intelectual não foi comprovada, ainda que se tenha um culpado de plantão, Osama Bin Laden, teve por teatros o World Trade Center em Nova York e índice do mando excludente (2.948 mortos), a Secretaria da Defesa e do Estado-Maior das Forças Armadas dos Estados Unidos da América do Norte (Pentágono) em Washington (184 mortos) e índice de força da *política chimpanzé*, e o avião abatido na Pensilvânia (quarenta mortos), totalizando 3.191 mortos, incluindo os quinze árabes dentre os dezoito seqüestradores (Times, 2002: H2), exibiu de modo convincente que respectivos 77% e 78% dos séculos XIX e XX investidos em homicídios e matanças por estadunidenses pelo mundo qualificaram de onipresente o ódio dos lesados, sem implicar onipotência para aquela Coletividade-Bando, a despeito da sua vantagem tecnológica e bélica.

Sem lastro de mando crível nas eleições de preposto da nominal Coletividade-Estado EUA em 2000, fracassado nessa crença na onipotência da tecnologia bélica, como indiciado e reiterado depois de 11.09.01, e fracassado no suborno pelos quais teria em mãos o suspeito Osama Bin Laden (US\$25 milhões por informações que levem à captura Paulo, 2003-b: A12), depois da invasão do Afeganistão em 2001 e do golpe de Estado imposto à esta nominal Coletividade-Estado - a Coletividade-Bando dos talebans -, produzindo entre 3,1 mil e 3,6 mil mortos (Sandoval, 2003: A19), Bush amalgamou aqueles interesses industriais, comerciais e energéticos ao ódio pessoal (Paulo, 2003-g: A2) e emulação vingativa com a suposta tentativa de Saddam Hussein de assassinar o pai George Herbert Walker Bush, quando em visita ao Kuwait em 1993 (Paulo, 2003-h: A11), para empreender razia a este seu congênere autocrata e ex-aliado.

Para tanto, Bush reiterou durante meses a tradição de cooptar as Coletividades-Estado partícipes do Conselho de Segurança da ONU para dar credibilidade a seu mando genocida por intermédio de resolução desse conselho. Utilizou-se de seu arsenal *Far West* (bando). Mentiras e provas falsas (imputar ao Iraque parelha com a Coletividade-Bando EUA na posse de armas biológicas, nucleares ou químicas; vincular os inimigos políticos Saddam Hussein a Osama Bin Laden Anderson, 2003: A18), blefes, compra de votos ("*a diplomacia do dólar*") [Entous, 2003: A9], "*prática comum*" na ONU Holsti, 2003: A12), chantagem bélica a Coletividade-Estado caso veto resolução ditada por Bush (Press, 2003: A12), suborno (o vice-presidente Dick Cheney -, Reuters, 2003: A16), escuta clandestina ...

A base dos dados demonstrativos da intermitente superposição política estadunidense implicando Coletividade-Bando pode ser ampliada, basta acessar a internet buscando pelos índices do *Far West*: "mentira" ... "suborno" ... queimas de arquivo, associados às alcunhas de integrantes e escravos do *staff* de Bush, como Donald Rumsfeld e seus comparsas, o iraquiano Saddam Hussein (1979-2003) e o coreano Kim Jong II (1994-) (Canzian, 2003-b: A16). A diferença entre Fernandinho Beira-

Mar (Luiz Fernando da Costa) gerente de um bando em território brasileiro e o estadunidense George Walker Bush é uma questão de escala.

A intermitência dessas tentativas de mando crível e dissimuladas vilezas por Bush, desmascaradas em tempo real e reproduzidas *urbi et orbi* pelo rádio, pela televisão, pelos jornais, pela internet, implicaram reflexão madura da Coletividade-Família que, reciclando o aprendizado das estratégias gandhianas e lennonianas do século passado em face das mesmas Coletividades-Bando e suas intermitências políticas, exprimiu-se mediante ações próprias da *política bonobo*.

Na primeira metade do século XIX, a estratégia gandhiana (Mahatma Gandhi, 1869-1948) de desacato à dominação inglesa na Índia implicou no espaço público o mando político (assimétrico) da *Satyagraha* (*verdade tenaz*) mediante *ahimsa* (*não-violência*), espécie no gênero *wu wei* (itens 4 e 6).

Na segunda metade do século, a estratégia lennoniana (John Ono Lennon, 1940-1980 - Modesto, 1999) desacata a dominação estadunidense no Vietnã, criando e induzindo expectativas pacíficas por meio da música e dos *alter-mentes* (medicamento  $\equiv$  alimento  $\equiv$  “droga” Modesto, 1994, 1999), expandindo o espaço doméstico e o mando eutímico (simétrico) para o espaço público, rompendo fronteiras e limites com o suporte do próprio corpo no uso de camisetas estampando mensagens contra a guerra, *badges*, passeatas, festivais, performances, subvertendo até a propaganda dos outdoors para “vender” a paz.

Ambas estratégias, a de Gandhi e a de John Lennon, incidiram sobre dominação ou genocídio já em curso (ingleses na Índia de 1772 a 1947, estadunidenses no Vietnã de 1955 a 1975), com respectivas velocidades e alcances tecnológicos nas escalas do rádio e da televisão.

O repertório das estratégias de Gandhi e Lennon, partilhado pela expectativa mnemônica dos humanos nesse século XXI, foi acelerado para a velocidade e o alcance tecnológicos na escala da internet.

Incorporando tanto a potência do mando eutímico quanto do mando político, a liberdade acausal da Coletividade-Família mundial no espaço doméstico exprimiu no espaço público a *política bonobo* desqualificadora da Coletividade-Bando estadunidense, antecipando condenação e desacato às justificativas de uma invasão territorial vindoura por mentira e fraude dos acólitos de Bush para a suposta “posse de armas de destruição em massa” pelo Iraque (o slogan para o ciclo da destruição e para o empreendimento de reconstrução do Iraque pela *famiglia* Bush), mediante o ódio performático de repúdio ao genocídio por vir, com recordes de ações pacifistas e o maior protesto da história mundial por praças e passeatas na América, África, Europa, Ásia, e Oceania.

O circo das Coletividades-Bando travestidas de nominiais Coletividades-Estado, a cada época no respectivo padrão midiático dominante, pode gerar a ilusão de alta frequência da força pela mobilização da atenção, reduzindo a percepção de mundo à singularidade referida aos ambientes de conflito. Sem distância crítica, essa distorção é reproduzida como “verdade” nas Teorias de Estado *chimpanzé*.



Os complementares opostos Coletividade-Bando estadunidense de um lado e o surto pacifista mundial de outro, adiante quantificados respectivamente os homicídios bélicos estadunidenses e os desazos bélicos (não-implicação homicida) no espaço público pela Coletividade-Família mundial, demonstram que a força não é dominante o suficiente para fundamentar qualitativamente uma Coletividade-Estado, também pelo grau de repulsa que gera, ainda que o padrão midiático deixe de registrar o fato, como na primeira metade do século XIX.

A alta frequência de manifestações pacifistas nos dias 15 de fevereiro e 15 de março de 2003, sem contar as manifestações diárias durante o genocídio, implicaram circunstância tecnicamente feliz para falsificar a asserção de “dominância da força”, pondo à vista e aos olhos a expressividade da desqualificação do homicídio pelas lentes do padrão midiático que, sem ele, ficaria oculta.

Pôde-se observar essa quantificação da Coletividade-Família no teatro planetário de 15.02.03 mediante estimativas conservadoras (da Polfícia): Rio de Janeiro (3 mil), São Paulo (8 mil), Buenos Aires (10 mil), Santiago (3 mil), Assunção (400), Nova York (250 mil), Ottawa (milhares), Quebec (milhares), Cidade do Cabo (5 mil), Londres (750 mil), Madri (660 mil), Barcelona (1,3 milhão), Paris (250 mil), Bruxelas (50 mil), Amsterdã (70 mil), Roma (1 milhão), Oslo (60 mil), Berlim (600 mil), Atenas (150 mil), Tel Aviv (2 mil palestinos e israelenses lado a lado), Damasco (200 mil), Bagdá (dezenas de milhares), Bangcoc (2 mil), Tóquio (5 mil), Auckland (5 mil) ...

No Brasil, o preposto da Coletividade-Estado Luiz Inácio Lula da Silva apoiou oficialmente os atos pela paz, com incentivo de participação para os integrantes de primeiro escalão do governo; além do Rio de Janeiro e de São Paulo, houve manifestações em Manaus (AM), Fortaleza (CE), Recife (PE), Salvador (BA), Brasília e Goiânia (GO), Belo Horizonte (MG), Vitória (ES), Sorocaba (SP), Curitiba e Foz do Iguaçu (PR), Florianópolis e Chapecó (SC), Porto Alegre (RS) ... (Paulo, 2003-d: A16 e A17)

*“Milhões de manifestantes foram às ruas ontem [15/02/03] em cerca de 60 países - mais de 600 cidades - para protestar contra uma ação militar no Iraque e para pedir paz, numa mobilização global inédita contra uma guerra que ainda não começou. (...) [A] estimativa mais conservadora coloca o total [de participantes] em ao menos 5 milhões de pessoas”* (Paulo, 2003-c: A15).

Reiterando aquele protesto de 15 de fevereiro em 15 de março, pôde-se observar indiciada mais uma vez a Coletividade-Família como descrita nas correlações fenomenológicas do item 1. *“Os pacifistas não têm líderes nem chefes. Eles formam na Europa e nos Estados Unidos uma rede difusa e horizontal de entidades. Um último levantamento indica que o território norte-americano está empipocado por 249 agrupamentos regionais (...) ninguém é dono do movimento (...). Esse ecumenismo é permitido pelo fato de inexistir entre os pacifistas uma única orientação ideológica, com guardiões de ortodoxias e disputas de espaço com dissidentes.*

*Há de tudo. Como empresários que deram dinheiro para a campanha eleitoral de George W[alker] Bush, marxistas belgas, luteranos alemães, bispos*

*italianos, estudantes muçulmanos na Holanda (...). A internet não permitiu só baixar os custos de mobilização (...) que seria caríssimo se dependesse do correio. Permitiu também diluir os centros de poder. (...) Cada militante escolhe o seu cartaz, faz o download pela internet e ainda imprime, para levar no bolso, os panfletos que irá distribuir. O salto qualitativo não é apenas tecnológico. É também de qualidade política” (Natali, 2003: A20)*

Contudo, empregando 30% do PIB em gastos militares (Canzian, 2003-a: A20), com o apoio em tempo real de 78% dos estadunidenses, George Walker Bush promove o genocídio iraquiano (Paulo, 2003-j: A16), indiciando e dando expressão à Coletividade-Bando estadunidense no mercado mundial, com seu grau e medida de lesividade e terror: são 1.254 mortos civis e 5.112 feridos (Sandoval, 2003: A19), ao custo de 145 estadunidenses mortos de 20 de março, início da invasão, até 9 de maio (Paulo, 2003-k: A16).

Dentre as armas de destruição em massa, foi utilizada uma “*descarga de quase 300 toneladas de projéteis de urânio empobrecido [ou enfraquecido] pelos tanques anglo-americanos [no Iraque]” (Angelo, 2003: A11). “Recente visita dos observadores [da ONU] ao Iraque constatou inúmeros casos de câncer e de deformações genéticas causados pela bomba de urânio enfraquecido” (Almeida, 2003: A2). São os resquícios da invasão da Coletividade-Bando estadunidense em 1991. “Os casos de câncer [em Basra] teriam aumentado muito nos anos 90 - cerca de 150%. Os iraquianos culpam a munição com urânio que teria sido usado pelos norte-americanos na Guerra do Golfo pelo problema” (Paulo, 2003-i: A15).*

Na pré-civilidade dos *humanos*, freqüentes a política por força, como vimos nesse início de milênio com Bush e Sharon, e a política por mando, como vimos com a Coletividade-Família mundial, com dominância do mando relativamente à força, como se observou quantificado nos casos históricos documentados, em que pese o êxtase homicida da Coletividade-Bando estadunidense visto no item 4, e sem que esta força se tenha reduzido ao residual como entre os *bonobos*, e, contudo, é aquela freqüência não dominante da “força” que fundamenta as disciplinas Sociologia, Teoria Política, e Direito, sem qualquer amparo demonstrativo de generalidade e universalidade na história humana.

Como se observa, a Teoria do Estado encontra respaldo justificador da “força” nas sobreditas disciplinas, partindo da superestimação da força na política, o objeto reduzido à política por “força” Sem a re-composição desse objeto pela Hominilogia e para incluir a política por mando, oculta-se a superposição política por mando eutímico da parcela fêmea dos *humanos* e a superposição política por mando político da Coletividade-Família com a *política bonobo*, padrão de civilidade para fêmeas e machos *humanos* já previsto por Lao Tzy em sua involuntária “Teoria de Estado” há 2,6 mil anos.

São Paulo, agosto de 2002.

(Atualizado pelo autor em maio de 2003)

## Referência Bibliográfica

ABRIL, Almanaque (2003). CD-ROM. Mundo. Países. Em *Almanaque Abril*. São Paulo: Editora Abril.

AITH, Márcio (2003). Bush coloca religião no centro da vida política. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A23. 23/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

AKOUN, André *et alii* (1983). *Dicionário de Antropologia*. Traduzido por Germiniano Cascais Franco. Lisboa: Editorial Verbo.

ALMEIDA, Luciano Mendes de (2003). *Justiça e Paz*. Em *Folha de S. Paulo*. Opinião. P. A2. 22/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

AMERICA, United States of [North] (2002). *The National Security Strategy of the United States of [North] America*. September 2002. George Walker Bush. 25/09/02. Washington: <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>.

ANDERSON, Lisa (2003). 'EUA não conseguirão regime confiável'. Entrevista. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A18. 18/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

ANGELO, Cláudio (2003). *Ambiente sofreu muito mais sob Saddam*. Em *Folha de S. Paulo*. Ciência. P. A11. 05/05/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

ANÔNIMO AKKAD (1994). *Enuma elish – poema babilônico de la creación*. Edición y traducción del acadio dialetal por Federico Lara Peinado. Colección Paradigmas. Biblioteca de Ciencias de las Religiones. P. 45-89. Madrid: Editorial Trotta.

ARANTES, Silvana (2003). Antiamericanismo se faz presente no evento. Em *Folha de S. Paulo*. Ilustrada. P. E4. 12/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

ARBEX JÚNIOR, José (2002-a). Nazisrael. Em *Caros Amigos*. Nº 61. Abril de 2002. P. 17. São Paulo: Editora Casa Amarela.

ARBEX JÚNIOR, José (2002-b). *Terror e esperança na palestina*. Série história imediata. São Paulo: Editora Casa Amarela.

ARIÈS, Philippe (1981). *História social da criança e da família*. Traduzido por Dora Flaksman. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan.

ARISTÓTELES (1998). *Política*. Edição bilingue. Traduzido do grego por António Campelo Amaral e Carlos de Carvalho Gomes. Coleção: Vega Universidade / Ciências Sociais e Políticas. Lisboa: Vega.

BOHR, Niels (1995). *Física atômica e conhecimento humano ensaios 1932-1957*. Traduzido por Vera Ribeiro. Revisão técnica pelo físico Ildeu de Castro Moreira, do Instituto de Física da UFRJ. Rio de Janeiro: Contraponto.

BONALUME NETO, Ricardo (1991). Lógica intervencionista domina história dos EUA. Em *Folha de S. Paulo*. Guerra. P. 6-Especial. 03/02/91. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

CANZIAN, Fernando (2003-a). Bush parte agora para ataque na frente doméstica. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A20. 20/04/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

CANZIAN, Fernando (2003-b). Empresa ligada a Rumsfeld ajudou a Coréia. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A16. 10/05/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

CAREY, Gregory (1994). Interview to Philip Elmer-Dewitt. The genetic revolution. In *Time*. P. 30-37. 17/01/94. New York: Time.

CHOMSKY, Noam (2002). A nova guerra contra o terror. Em *Estudos avançados Universidade de São Paulo*. V. 16, no 44. Janeiro/Abril de 2002. P. 5-33. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.

DAVID, René (1996). *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Traduzido por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes.

ENTOUS, Adam (2003). Dólares podem conquistar votos. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A9. 10/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

FOUTS, Roger; MILLS, Stephen Tukel (1998). *O parente mais próximo: o que os chimpanzés me ensinaram sobre quem somos*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Objetiva.

FOX, Robin Lane (1993). *Bíblia: verdade e ficção*. Traduzido por Sergio Flaksman. São Paulo: Companhia das Letras.

FUMAGALLI, Giuseppe (1981). *L'ape latina*. P. 300. Item 2.582. Milão: Editore Ulrico Hoepli Milano.

FUND, United Nations International Children's Emergency (2002). *Impact of armed conflict on children*. 22/08/02. <<http://www.unicef.org/graca/patter-ns.htm>>.

GARMUS, Ludovico (1992). Pentateuco e Notas Explicativas. Em *A Bíblia*. Traduzido diretamente dos originais hebraico, aramaico e grego, com recorrência à Bíblia Hebraica de Stuttgart e à edição crítica de Goettingen. P. 25-234. Petrópolis: Vozes.

GILISSEN, John (1995). *Introdução histórica ao direito*. Traduzido do francês por A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

GRYZINSKI, Vilma (2003). Quem é o inimigo. Em *Veja*. Especial. Edição 1791. P. 42-44. 26/02/2003. São Paulo: Editora Abril.

GUROVITZ, Helio (1994). Povo moriori habitou ilhas [Chatham, Nova Zelândia]. Em *Folha de S. Paulo*. Ciência. P. 6-10. 25/12/94. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

HEISENBERG, Werner (1989). *Physics and Philosophy*. Introduction by Paul Davies. London: Penguin.

HESÍODO (1991). *Teogonia: a origem dos deuses*. Edição bilingüe grego-português. Traduzido do grego por Jaa Torrano. P. 103-163. São Paulo: Iluminuras.

HOBBS, Thomas Hobbes of Malmesbury (1997). *Leviathan, or the matter, forme, & power of a common-wealth ecclesiasticall and civill*. Authoritative text with Backgrounds and Interpretations of Pierre Bayle, Thomas Hobbes, Robert Filmer,

James Harrington, Bishop Bramhall, Edward Hyde, Gottfried Wilhelm Leibniz, Charles-Louis de Secondat (Montesquieu), Henry Sidgwick, Michael Oakeshott, Leo Strauss, Johann P. Sommerville, Richard Tuck, Jean Hampton, David Johnston, George Kateb, Richard E. Flathman. A Norton Critical Edition in the History of Ideas by Richard E. Flathman and David Johnston. London: Norton & Company.

HOBBSAWM, Eric J. (1975). *Bandidos*. Traduzido por Donaldson Magalhães Garschagen. Rio de Janeiro: Editora Forense.

HOFF, Paul (1991). *O pentateuco*. Traduzido por Luiz Aparecido Caruso. Belo Horizonte: Editora Vida.

HOLSTI, Ole (2003). Crise é vital para futuro da ONU, diz analista. Entrevista. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A12. 08/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

JELLINEK, Georg (1954). *Teoría General del Estado*. Traducido de la segunda edicion alemana y prólogo por Fernando de los Ríos. Editora Albatros: Buenos Aires.

JERUSALÉM, Escola Bíblica de (1985). Notas. Em *A Bíblia de Jerusalém*. Traduzidas por José Raimundo Vidigal, diretamente dos originais da Bíblia Hebraica de Stuttgart. P. 31-2329. São Paulo: Edições Paulinas.

JUSTIÇA, Ministério da (1996). *Censo penitenciário de 1995*. Departamento Penitenciário Nacional DEPEN. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP. Brasília: Imprensa Nacional.

KALTENMARK, Max (2000). Prefácio. Em *El taoísmo y las religiones chinas*. De Henri Maspero. P. 9-13. Madrid: Editorial Trotta.

KISSINGER, Henry (1996). *Diplomacia*. Traduzido por Ana Cecília Simões *et alii*. Lisboa: Gradiva.

LAO TZY (inédito). *Tao*. Reversão chinês-português por Luiz Sergio Modesto. Fonte nos manuscritos da *Fa Chia* (Escola Modelar) de Ma Wang Tui (-II), da *Tao Chia* (Escola Tao “Cósmico”) de Wang Pi (+III), e da *Tao Chiao* (Escola “Mística”) de Shang Hai Pan (+XX; Xilogravura de Shang Hai; explicação e comentário por Han Shan). São Paulo: Sibila Edicção.

LARA PEINADO, Federico (1994). Introducción y Notas. Em *Enuma elish – poema babilónico de la creación*. Edición y traducción del acadio dialetal por Federico Lara Peinado. Colección Paradigmas. Biblioteca de Ciencias de las Religiones. P. 9-35; 91-113. Madrid: Editorial Trotta.

LAROUSSE (1995-6). China. Em *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*. V. 6. P. 1361-1374. São Paulo: Nova Cultural.

LAROUSSE (1995-9). Estados Unidos da América (EUA). Em *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*. V. 9. P. 2237-2248. São Paulo: Nova Cultural.

LAROUSSE (1995-24). Vietnã. Em *Grande Enciclopédia Larousse Cultural*. V. 24. P. 5945-5948. São Paulo: Nova Cultural.

LÉCRIVAIN, Philippe (1991). *Pour une plus grande gloire de dieu - les missions jésuites*. Paris: Gallimard.

LINCOLN, The New Lincoln Library Encyclopedia. (1978). *American History*. In The Lincoln Library of essential information. V. 1. P. 439-516. Columbus. The Frontier Press Company.

MACKENZIE, John L. (1984). *Dicionário bíblico*. Traduzido por Álvaro Cunha et alii. São Paulo: Edições Paulinas.

MARKERT, Christopher (1989). *Yin-Yang – polaridade e harmonia em nossa vida*. Traduzido por Alayde Mutzenbecher. São Paulo: Cultrix.

MASPERO, Henri (2000). *El taoísmo y las religiones chinas*. Traducido por Pilar Gonzáles España y Rosa María López. Colección Paradigmas. Nº 25. Biblioteca de Ciencias de las Religiones. Madrid: Editorial Trotta.

MATEOS, Fernando; OTEGUI, Miguel; ARRIZABALAGA, Ignacio (1977). *Diccionario español de la lengua china*. Madrid: Espasa-Calpe.

MICROSOFT (1998). United States of America. In *Microsoft Encarta Encyclopedia*. U.S.A.: Microsoft Corporation.

MILES, Jack (1997). *Deus: uma biografia*. Traduzido por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras.

MODESTO, Luiz Sergio (1994). *As Drogas do Estado*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semiosologia apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo USP -, e defendida em 30/06/95, para obtenção do título de Doutor em Direito do Estado (Política). São Paulo: Sibila Edicção.

MODESTO, Luiz Sergio (1997-a). Regularidades políticas: mando-causal [ — ] e mando-casual [ - - ]. Em *Revista da Faculdade de Direito Universidade de São Paulo*. P. 243-254. V. 92, 1997, janeiro/dezembro. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa.

MODESTO, Luiz Sergio (1997-b). ONU: fundamentalismo puritano no mercado. Em *Drogas: a hegemonia do cinismo*. Organizado por Maurides de Melo Ribeiro e Sérgio Dario Seibel. P. 91-104. São Paulo: Memorial - Fundação Memorial da América Latina.

MODESTO, Luiz Sergio (1998). “É preciso distinguir a relação entre você, seu prazer e o dano para terceiros, se houver”. Em *Se liga! O livro das Drogas*. De Mylton (Myltainho) Severiano da Silva, Luiz Sergio Modesto, Davi Molinari. P. 190-216. Rio de Janeiro: Record.

MODESTO, Luiz Sergio (1999). *Arquétrio Fratura Colateral da Cultura*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semiosologia apresentada perante o Programa de Estudos Pós-Graduados em Comunicação e Semiótica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP -, e defendida em 21/09/99, para obtenção do título de Doutor em Comunicação e Semiótica, em Curso de Pós-doutorado. São Paulo: Sibila Edicção.

MODESTO, Luiz Sergio (2001). Paz de Lennon intimida coletividade-bando EUA. Em *Caros Amigos*. ISSN 1414-221X. Nº 55. Outubro de 2001. P. 25. São Paulo: Editora Casa Amarela.

MOISÉS (1985-1). Gênesis [*B'reshit*]. Em *A Bíblia de Jerusalém*. Traduzido por Domingos Zamagna, diretamente dos originais da Bíblia Hebraica de Stuttgart, com notas da École Biblique de Jérusalem. P. 31-105. São Paulo: Edições Paulinas.

MOISÉS (1985-2). Êxodo [*Sh'mot*]. Em *A Bíblia de Jerusalém*. Traduzido por Gilberto da Silva Gorgulho, diretamente dos originais da Bíblia Hebraica de Stuttgart, com notas da École Biblique de Jérusalem. P. 106-167. São Paulo: Edições Paulinas.

MONTAGU, Ashley (1988). *Tocar, o significado humano da pele*. Traduzido por Maria Sílvia Mourão Netto. São Paulo: Summus Editorial.

MOTYER, J. A. (1986). Os nomes de deus. Em *O mundo da bíblia*. Traduzido por José Raimundo Vidigal. P. 157-158. São Paulo: Edições Paulinas.

MÜLLER, Friedrich (1998). *Quem é povo? A questão fundamental da democracia*. Traduzido por Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad.

NATALI, João Batista (2003). Ativistas criam forma alternativa de política. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A20. 16/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

NATIONS, People of the United (2002). *Charter of the United Nations*. 22/09/02. <<http://www.un.org/aboutun/charter/index.html>>.

PARKINSON, Dave; LAMOURIE, Tracy (2003). *The telexecutioner - George W. Bush - President of The United States of America*. 12/04/03. <<http://www.ccadp.org/serialpresident.htm>>

PAULO, Folha de São (2001): Quem venceu?. Em *Folha de S. Paulo*. Opinião. Editoriais. P. A2. 20/11/01. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2002-a). Protestos marcam aniversário da intifada. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A18. 29/09/02. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2002-b). Saiba mais sobre a intifada. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A18. 29/09/02. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-a). Recorde funesto. Em *Folha de S. Paulo*. Opinião. Editoriais. P. A2. 01/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-b). Bin Laden pede ataques suicidas, diz TV. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A12. 12/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-c). *Maior protesto da história pede paz*. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A15. 16/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-d). *O mundo contra a guerra*. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A16-A17. 16/02/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-e). Ação de Israel mata 11 palestinos e fere 140. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A9. 07/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-f). Israel mata 2 israelenses por engano e 5 palestinos. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A12. 14/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-g). A América e o mundo. Em *Folha de S. Paulo*. Opinião. Editoriais. P. A2. 16/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-h). Entenda a crise. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A11. 19/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-i). *Cidade já fez rebelião contra Saddam em 91*. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A15. 26/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-j). Os EUA e a guerra. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A16. 16/04/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PAULO, Folha de São (2003-k). Helicóptero americano cai e mata 3. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A16. 10/05/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

PEIRCE, Charles Sanders (1978-1). Principles of philosophy. In *Collected papers of Charles Sanders Peirce*. V. I. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

PEIRCE, Charles Sanders (1978-2). Elements of logic. In *Collected papers of Charles Sanders Peirce*. V. II. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.

PETERS, F. E. (1983). *Termos filosóficos gregos - um léxico histórico*. Traduzido por Beatriz Rodrigues Barbosa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

PIAGET, Jean (1978). *A formação do símbolo na criança imitação, jogo e sonho, imagem e representação*. Traduzido por Álvaro Cabral e por Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Guanabara, Koogan.

PINE, Red (PORTER, Bill) (1996). Introduction. Commentaries. Glossary. Em *Taoteching*. Lao-Tzu. Translated from chinese of the Mawangtui text, Fuyi text, Tunhuang text, and texts of Wang Hsi-chih, Yen Tsun, Ho-shang Kung, Wang Pi to english by Red Pine, with selected commentaries of the past 2000 years. P. IX-XXII; 2-163; 165-179. San Francisco: Mercury House.

PLATÃO (1990-21). Teeteto, o De la ciencia. Em *Platón - obras completas*. P. 892-941. Traducción del griego, preambulo y notas por Jose Antonio Miguez. Madrid: Aguilar.

PLATÃO (1990-28). Las leyes, o De la legislación. Em *Platón - obras completas*. P. 1274-1516. Traducción del griego, preambulo y notas Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar.

PRESS, Associated (2003). EUA ameaçam país que vetar nova resolução. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A12. 13/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

REUTERS (2003). Empresa ligada a Cheney admite suborno na África. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A16. 10/05/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.



RIDLEY, Matt (2000). *As origens da virtude um estudo biológico da solidariedade*. São Paulo: Editora Record.

ROHTER, Larry (1994). EUA mantêm tradição centenária. *The New York Times*. Em *Jornal da Tarde*. Internacional. 17/09/94. P.12. São Paulo: O Estado de São Paulo.

ROOS, Darius (2002). EUA usam videogame na guerra. Em *Superinteressante*. Supernovas. Edição 179. Agosto de 2002. P.22. São Paulo: Editora Abril.

SABINO, Mario (2003). A Europa estilizada. Em *Veja*. Especial. Edição 1796. P. 70-71. 02/04/2003. São Paulo: Editora Abril.

SAID, Edward (1997). Prefácio. Em *História judaica, religião judaica - o peso de três mil anos*. Traduzido por Artur Craveiro Lopes. P. 10-14. Lisboa: Hugin Editores.

SALGADO, Eduardo (2001). O império se desculpa. Em *Veja*. Internacional. Edição nº 1696. 18/04/02. P. 56-57. São Paulo: Editora Abril.

SANGER, David (2003). A doutrina de guerra de Bush. Do "The New York Times". Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A16. 19/03/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

SANDOVAL, Pablo X. de (2003). Saldo de baixas entre civis pode chegar a 14 mil. Em *Folha de S. Paulo*. Mundo. P. A19. 15/04/03. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

SHAHAK, Israel (1997). *História judaica, religião judaica - o peso de três mil anos*. Traduzido por Artur Craveiro Lopes. Lisboa: Hugin Editores.

TARDE, *Jornal da* (2002). Estes são os três homens mais perigosos do mundo. Em *Jornal da Tarde*. Mundo. P. 11A. 03/09/02. São Paulo: O Estado de São Paulo.

TARDE, *Jornal da* (2003). De onde vêm as bombas que nos atingem. Em *Jornal da Tarde*. Editoriais. P. 3A. 20/03/03. São Paulo: O Estado de São Paulo.

TEICHER, Martin H. (2002). Scars that won't heal: the neurobiology of child abuse. In *Scientific American*. March 2002. V. 286. Nº 3. P. 54-61. New York: Scientific American.

TIMES, *The New York* (2002). Os números. Em *O Estado de São Paulo*. Panorama. 11/09/02. P. H2. São Paulo: O Estado de São Paulo.

VEJA (1994-1.361). O preço da glória. Em *Veja*. Notas internacionais. Edição 1.361. P. 93. 12/10/94. São Paulo: Editora Abril.

VEJA (1995-1.397). Os mercadores da morte. Em *Veja*. Notas internacionais. Edição 1.397. P. 45. 21/06/95. São Paulo: Editora Abril.

VEJA (2000-1.673). Essa é de doer. Em *Veja*. Educação. Edição 1.673. P. 94. 01/11/2000. São Paulo: Editora Abril.

VEJA (2002-1.747). Só a dor é a mesma. Em *Veja*. Edição 1.747. P. 46-49. 17/04/02. São Paulo: Editora Abril.

VEJA (2002-1.751). Vítimas da guerra. Em *Veja*. Contexto. Edição 1.751. P. 33. 15/05/02. São Paulo: Editora Abril.

VULLIAMY, Ed (2003). Do fundo do copo ao topo do poder - a trajetória do homem que está prestes a lançar os Estados Unidos numa nova cruzada de conseqüências globais. *The Observer*. Em *Carta Capital*. Especial. Edição 227. P. 10-16. 12/02/03. São Paulo: Editora Confiança.

WEBER, Max (1980). *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*. Traducido por José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máynez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica.

WING-TSIT Chan (1973). *A source book in chinese philosophy*. Princeton (New Jersey): Princeton University Press.

WRANGHAM, Richard; PETERSON, Dale (1998). *O macho demoníaco - as origens da agressividade humana*. Traduzido por M. H. C. Côrtes. Rio de Janeiro: Editora Objetiva.

# BRASIL, SUSTENTABILIDADE, DIREITO COSMOPOLITA<sup>1</sup>

*Guilherme Assis de Almeida*

Doutor em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador-senior licenciado do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. Assessor especial da Secretaria de Estado de Direitos Humanos.

*Para as meninas do Grupo Hannah Arendt*

**Resumo:**

A cidadania cosmopolita, a transformação da pessoa humana em sujeito de Direito; o direito à hospitalidade que ganha uma forma jurídica concreta por meio do reconhecimento de refugiados são alguns dos itens abordados neste artigo.

**Abstract:**

The cosmopolitan citizenship, the transformation of the human person in a creditor; the right to the hospitality that earns a concrete juridic form through the recognition of refugees are some of the itens boarded in this article.

**Unitermos:** Direito Cosmopolita; Direito Internacional dos Refugiados; relatório Brundtland.

*“Art. I Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”*

(Declaração Universal dos Direitos Humanos 1948)

O art. I da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ao estabelecer que a dignidade da pessoa humana advém do fato do nascimento, inaugura uma nova forma de cidadania (o direito a ter direitos, de Hannah Arendt). De agora em diante, ela não mais se vincula à existência jurídica de uma nacionalidade, mas é

---

1. O presente artigo mostra de forma breve e sintética algumas conclusões que alcancei, enquanto pesquisador-senior do Núcleo de Estudos da Violência/USP na pesquisa financiada pela FAPESP - intitulada “*Teoria Integrada dos Direitos Humanos*”. A detalhada fundamentação teórica das teses aqui esboçadas está sendo feita no âmbito da pesquisa. Para troca de idéias e sugestões, sempre muito bem-vindas: [guialme@yahoo.com](mailto:guialme@yahoo.com)

adquirida por meio do mero nascer vivo. A cidadania que tem como pré-requisito a nacionalidade é a cidadania do Estado-Nação, a nova forma de cidadania inaugurada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) pode ser definida como cidadania cosmopolita.

O Direito Internacional dos Refugiados (DIR), uma das três vertentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é de grande valia para ilustrar a cidadania cosmopolita. De acordo com o art. 1º da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra, 1951), é refugiado todo aquele ou aquela que tem *“bem fundado temor de perseguição em razão de: raça, religião, nacionalidade, pertencimento a grupo social ou opinião política”* Ocorre a perseguição quando o ser humano tem ameaçado dois de seus *“mais mínimos direitos humanos”*: a vida e a liberdade. A pessoa, uma vez perseguida, apesar de continuar detendo o estatuto jurídico de nacional em seu próprio país, vislumbra dificuldades intransponíveis para o normal exercício da cidadania. Diante disso, o indivíduo vê-se obrigado a deixar seu país de nacionalidade ou residência habitual para buscar asilo em outro país. Se tiver sua condição de refugiado reconhecida por qualquer outro país da comunidade internacional e signatário da Convenção de Genebra, 1951, o ser humano readquirirá o seu mais mínimo direito fundamental, vale dizer: a cidadania. Parece óbvio, mas é importante enfatizar que desta feita o exercício da cidadania terá lugar num país que não é o mesmo país da nacionalidade ou de residência habitual do buscador de asilo. Essa verdadeira alquimia jurídica só se tornou possível graças ao art. I da Declaração de 1948 que afirma - de modo assertivo - a inerente dignidade do ser humano. O exercício da cidadania cosmopolita, surgida no âmbito do DIDH, independe da existência de um vínculo jurídico do cidadão com seu país, já que pode ser exercida em qualquer outro país da comunidade internacional.

Uma das mais importantes novidades teóricas do Direito Internacional Público (DIP), no século XX, foi a transformação da pessoa humana em sujeito de Direito. Essa transformação foi possível graças ao surgimento do DIDH. Até então o Direito Internacional Público (DIP) dizia respeito às relações dos Estados e das Organizações Internacionais entre si. O fato de a pessoa humana possuir direitos próprios, que são oponíveis aos Estados, é a mudança propiciada pelo DIDH. Defendo a tese de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um “Direito de transição”; ele próprio muda a estrutura do Direito Internacional e inicia a elaboração teórica do Direito Cosmopolita.

No terceiro artigo definitivo para a Paz Perpétua, Kant afirma que *“o Direito Cosmopolita deve limitar-se às condições da hospitalidade universal”* Kant também define o que entende por hospitalidade: *“Fala-se aqui, como nos artigos anteriores, não de filantropia, mas de direito, e hospitalidade significa o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude de sua vinda ao território de outro”* <sup>2</sup>

---

2. Valho-me aqui da edição: KANT, Immanuel *“A Paz Perpétua e Outros Opúsculos”* Trad. Artur Morão Lisboa: Edições 70, 1995. p. 137.

O direito à hospitalidade deve ser visto de forma ampla, enquanto recepção amável do outro, do diferente, do estrangeiro. Essa recepção realizada de forma amorosa não é um assunto poético estranho ao mundo do Direito. Mas uma imperiosa necessidade para o reconhecimento de qualquer ser humano.

*“A maior parte do universo, senão sua quase totalidade, está, pelo contrário, destinada ao caos, à dispersão e à desintegração. Os sujeitos estão, portanto, completamente perdidos no universo.*

*Escrevo que o ser-sujeito nasceu num universo físico, que ignora a subjetividade que fez brotar, que abriga e, ao mesmo tempo ameaça. O indivíduo vivo vive e morre neste universo onde só o reconhecem como sujeito alguns congêneres vizinhos e simpáticos. É, portanto, na comunicação amável que podemos encontrar o sentido de nossas vidas subjetivas.”<sup>3</sup>*

O direito à hospitalidade ganha uma forma jurídica concreta por meio do reconhecimento da condição de refugiado<sup>4</sup> que é – propriamente - um ato do Direito Cosmopolita, já que se trata da outorga da proteção jurídica de um Estado a um estrangeiro de qualquer parte do Planeta. Nesse reconhecimento, não é levada em conta a qualificação jurídica da pessoa, mas seu pertencimento à espécie humana. O que interessa é proteger a dignidade de sua condição humana.

Analisando o DIDH à luz da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale, temos que: a dignidade da pessoa humana é o valor que inspira a criação do DIDH, os campos de concentração do Estado nazista e as bombas atômicas de Hiroshima e Nagasaki são os fatos em virtude dos quais é criado o DIDH e a não-violência é o princípio de organização com uma função diretiva que orienta a criação das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>5</sup>

Enquanto direito protetivo, o DIDH visa proteger a dignidade da pessoa humana. Para a efetiva proteção da dignidade é fundamental o exercício da não-violência. O ser humano só tem dignidade se se pode desenvolver, transformando aquilo que tem como potencial em realizações concretas<sup>6</sup>. A violência, de forma ampla, pode ser definida como tudo aquilo que impede o desenvolvimento do ser humano.

*“A violência é aqui definida como a causa da diferença entre o potencial e o actual, entre o que poderia ter sido e o que é. A violência é o que*

---

3. MORIN, Edgard *Computo ergo Sum (a noção de sujeito)* Ciência como Consciência, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 328

4. Diferentemente da concessão do asilo político, o reconhecimento da condição de refugiado por parte de um Estado é um ato declaratório e não-constitutivo.

5. Para uma detalhada análise dessa questão consulte: ALMEIDA, Guilherme Assis de *Direitos Humanos e Não-Violência*. São Paulo: Editora Atlas, 2001. Especialmente capítulos 1 e 2.

6. Para um completo e brilhante estudo dessa questão: SEM, Amartya *Desenvolvimento como Liberdade* Trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

7. GALTUNG, Johan “Violência, Paz e Investigação sobre a Paz” em *Teoria das Relações Internacionais*. BRAILLARD, P. (org.) Lisboa: Fundação Callouste Gulbenkian, 1990. p. 334

*umenta a distância entre o potencial e o actual e o que impede a diminuição dessa distância.”<sup>7</sup>*

No estágio crítico atual do planeta Terra e da espécie humana que estamos atravessando, a única forma de desenvolvimento capaz de garantir a continuidade da vida de todos nós e do nosso Planeta é o desenvolvimento sustentável<sup>8</sup>

O conceito de desenvolvimento sustentável surge no Relatório Brundtland (também conhecido como “Nosso Futuro Comum”), em 1986. Todavia, será na Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, que o termo “desenvolvimento sustentável” aparece pela primeira vez em um documento jurídico: a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que no seu primeiro princípio assevera:

*“Princípio 1: Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza.”*

É imprescindível compreender que hoje o desenvolvimento sustentável é um direito humano inalienável e um princípio do Direito Internacional Público. Sua definição mais sintética e precisa é dada pelo próprio autor do relatório “Nosso Futuro Comum” Go Brundtland: *“Desenvolvimento Sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.”* O conceito de sustentabilidade tem em seu cerne a não-violência. Desenvolvimento sustentável é, em sua essência, o desenvolvimento não-violento.

Desenvolvimento é um tema essencial para o Brasil. Esclarece-nos Celso Lafer:

*“O Brasil, como país de contrastes, como um “Outro Ocidente” com inserção no Terceiro Mundo, vive tanto os problemas de meio-ambiente derivados da pobreza, quanto os da produção industrial moderna. Por isso pôde contribuir para trabalhar a idéia de desenvolvimento sustentável como idéia heurística, que relegitou conceitualmente o tema do desenvolvimento dentro de uma visão de “tema global” reposicionando sob o signo da cooperação esses aspectos das relações Norte/Sul, no mundo pós-Guerra Fria.”<sup>9</sup>*

*Uma comunidade internacional na qual todos seus integrantes desenvolvam-se só tornar-se-á possível quando a sustentabilidade for a força-motriz de sua atividade econômica.*

O Brasil, sede da ECO-92 e um dos participantes mais ativos da Rio +

8. Para uma detalhada análise do Desenvolvimento Sustentável: OLIVEIRA, Silvia Menicucci de “Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: desenvolvimento sustentável na perspectiva de implementação dos Direitos Humanos” em ALMEIDA, Guilherme Assis de e PERRONE-MOISÉS Cláudia (Orgs.) *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Instrumentos Básicos*. São Paulo: Editora Atlas, no prelo.

9. LAFER, Celso *A Identidade Internacional do Brasil e a Política Externa Brasileira* Passado, Presente e Futuro. São Paulo: Perspectiva, 2001. P. 79 e 80.

10, é o espaço geográfico, que Darcy Ribeiro chamou de “*moderna civilização tropical da biomassa*”, de responsabilidade planetária sem precedentes na efetivação histórica do desenvolvimento sustentável.

A fim de que essa responsabilidade venha a ocorrer, urge que equacionemos o quanto antes nossos mais graves problemas internos: erradicação da pobreza absoluta, redistribuição de renda. Importante saber que o equacionamento de nossos problemas internos dar-se-á concomitantemente com nossa atuação internacional em prol da sustentabilidade.

Apesar da angústia do presente, a natureza do Brasil indica nossas potencialidades para construção de um futuro sustentável.

*“Nenhum outro país reúne o mesmo elenco de condições favoráveis para, valendo-se das vantagens naturais do trópico (o sol é e será sempre nosso), explorar o trinômio biodiversidade-biomassas-biotecnologia com o intuito de otimizar, integrados em sistema de produção, os seis usos da biomassa: alimentos humanos, rações animais, bioenergia (substituindo hidratos de carbono por hidrocarbonetos), fertilizantes, materiais de construção e insumos industriais. E para liderar assim, em escala mundial, o processo de invenção de uma civilização moderna de biomassa, ecologicamente correta, herdeira das civilizações tradicionais do vegetal.”*<sup>10</sup>

A construção de um futuro sustentável é uma tarefa de tamanha urgência, imprescindibilidade e importância que não pode ficar nas mãos, apenas e tão-somente, dos Estados. É preciso que todos os cidadãos do mundo assumam essa tarefa. A Carta da Terra, documento que enuncia “valores e princípios para um futuro sustentável” e que nesse ano na Rio + 10, em Johannesburgo, poderá ser adotado pela Assembléia das Nações Unidas, compreendeu a magnitude desse problema.

*“Necessitamos com urgência de uma visão compartilhada de valores básicos para proporcionar um fundamento ético à comunidade mundial emergente. Portanto, juntos na esperança, afirmamos os seguintes princípios, todos interdependentes, visando um modo de vida sustentável como critério comum, através dos quais a conduta de todos os indivíduos, organizações e empresas, governos e instituições transnacionais será guiada e avaliada.”* (Preâmbulo)

A responsabilidade individual pela concretização dos direitos humanos é um tema que apesar de sempre ter estado presente no DIDH nunca foi colocado de forma tão explícita como no momento atual. Faço referência tanto à aprovação do Estatuto de Roma, documento criador do Tribunal Penal Internacional, que estabelece a responsabilização individual por crimes que violem o Direito Penal Internacional; ao “Manifesto 2000 da UNESCO por uma Cultura de Paz e Não-Violência” e à “Carta da Terra” os quais indicam a responsabilidade dos indivíduos na concretização dos direitos humanos e da sustentabilidade.

Superadas a “fase legislativa” e a “fase de implementação” dos direitos

---

10. SACHS, Ignacy *Quo Vadis, Brasil?* em “Brasil um Século de Transformações” WILHEIM, Jorge PINHEIRO, Paulo Sérgio e SACHS, Ignacy. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 495.

humanos, entramos na fase de responsabilização individual. Essa fase aponta caminhos para o incremento da elaboração teórica do Direito Cosmopolita.

A nova cultura que está no bojo da sociedade de informação permite-nos - de maneira inédita - a criação de redes de comunicação entre homens e mulheres capazes de constituírem uma verdadeira inteligência coletiva. O projeto "Collective Intelligence" dirigido por Pierre Lévy e promovido pela Universidade de Ottawa, bem como o *software* "Árvores de conhecimentos" <sup>11</sup> são exemplos concretos dessa etapa histórica que presenciamos. Essas "comunidades sem fio" são o suporte necessário para a efetivação do Direito Cosmopolita.

Inteligência coletiva, enquanto fundamento. Não-violência como princípio, sustentabilidade enquanto meta, e estabelecimento de uma ética e cultura transnacional e planetária como baliza da ação. Aos poucos... vai delineando-se o Direito Cosmopolita.

Quanto ao estabelecimento de uma cultura transnacional, o Brasil, por ser um País multiétnico, tem uma enorme contribuição a dar na aprendizagem do convívio das diferenças. Urge que deixemos de ser "*desterrados em nossa terra*" -no dizer de Sérgio Buarque de Holanda - e que sejamos capazes de ser um exemplo na realização do desenvolvimento sustentável. Para o bem-estar de nosso povo, para conservação do Planeta. Essa vital e inadiável tarefa histórica não será feita sem a participação de cidadãos e cidadãs da Terra-Pátria. Oxalá!

São Paulo, agosto de 2002.

---

11. Para conhecer as "árvores de conhecimentos", navegue: [www.globenet.org/arbore](http://www.globenet.org/arbore)



# A FENOMENOLOGIA DO DIREITO E O PENSAMENTO DE ADOLPH REINACH<sup>1</sup>

Vivianne Geraldtes Ferreira  
Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente trabalho apresenta o estudo do Direito, a partir da teoria de Adolph Reinach, sob uma perspectiva fenomenológica, buscando demonstrar a existência de conceitos jurídicos apriorísticos. Segundo A. Reinach, da mesma forma que são os números independentes da ciência matemática, e de toda e qualquer compreensão humana, existem conceitos jurídicos essencialmente independentes de todo e qualquer Direito Positivo, existentes *a priori* e intelectualmente evidentes, como por exemplo, a promessa enquanto fonte de pretensões e obrigações. Estes conceitos jurídicos puros são descobertos pelo Direito Positivo, e não por ele criados.

## Abstract:

This work presents the study of Law, based on the doctrine of Adolph Reinach, under a phenomenological perspective, intending to prove the existence of *a priori* legal concepts. According to A. Reinach, as well as numbers are independent of any and all mathematical theory, and also of any human comprehension, there are legal concepts essentially independent of any and all Positive Law, existing *a priori* and intellectually evident, as, for example, promise as source of rights and obligations. These juridical concepts are discovered by Positive Law, and not created by it.

**Unitermos:** Direito apriorístico; fenomenologia; Adolph Reinach.

## 1. A proposta de A. Reinach.

A busca pela definição do que é o Direito é, também, a busca por alguma estrutura. É inerente ao homem, mergulhado no caos de sua própria existência, a busca por certeza<sup>2</sup>. O objetivo de A. Reinach foi pensar fenomenologicamente sobre o Direito, buscando por sua estrutura, ou seja, pelo seu ser puro, independente de qualquer conceito jurídico positivo, ou mesmo *jusnatural*.

---

1. O presente artigo foi elaborado a partir de pesquisa realizada durante bolsa de iniciação científica, concedida pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP (2001/2002). A autora foi orientada pelo Professor Doutor Ari Marcelo Solon, professor associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2. FLUSSER, Villem, *Língua e realidade*, São Paulo, Herder, 1963.

A. Reinach<sup>3</sup> (1883-1917) foi aluno de E. Husserl, tendo sido profundamente influenciado pelas idéias da Escola Fenomenológica. E. Husserl deve, inclusive, conforme agradecimento presente no prólogo de suas *Investigações Lógicas*, a reedição deste trabalho ao incentivo e colaboração de A. Reinach. Quando da fundação do *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologie Forschung*, E. Husserl convidou A. Reinach para ser um dos redatores – onde foi inicialmente publicada a obra por nós estudada. No início da Primeira Guerra Mundial, lecionava A. Reinach filosofia na Universidade de Göttingen, tendo morrido no ano de 1917 no campo de batalha, após ter se convertido no *front* à religião protestante.

*Zur Phänomenologie des Rechts: die apriorischen Grundlagen des burgerlichen Rechts*<sup>4</sup> sua obra mais extensa e valiosa, foi publicada no *Jahrbuch für Philosophie und phänomenologie Forschung* do ano de 1913 (pp. 685/847). É um convite àqueles que desejam pensar fenomenologicamente sobre o Direito. Para A. Reinach, a fenomenologia é o método de filosofar exigido pela problemática filosófica, e também pela Filosofia do Direito, perdida em meio a teorias gerais de Direito Positivo.

Todo e qualquer Direito Positivo é fruto dos conceitos morais e econômicos de sua época, sendo seu conteúdo necessariamente dado pelo tempo. Não é possível a existência de qualquer Direito Positivo que se encontre à margem da História, constituído por leis que existam *em si*, independentemente das influências do tempo, como ocorre com as leis matemáticas. Estas leis, assim como os números e as formas geométricas, existem independentemente de sua verificação empírica, independentemente até mesmo da compreensão humana.

Através do estudo de determinado ordenamento jurídico positivo é possível elaborar conceitos e normas gerais que se aplicam apenas a esta ordem jurídica. Este tem sido em grande parte o papel da Ciência do Direito – elaborar teorias gerais do Direito Positivo.

Ao propor estudar o Direito com clareza e evidência intelectual, A. Reinach coloca-se contra o positivismo desmedido e, utilizando-se da nova filosofia desenvolvida por E. Husserl, busca pelas leis e conceitos jurídicos existentes *a priori*.

Para a fenomenologia do Direito<sup>5</sup> os conceitos jurídicos não são criados

---

3. As informações disponíveis sobre A. Reinach são quase tão escassas quanto sua obra. As considerações sobre a vida deste filósofo foram obtidas no prólogo de J. M. A. M. Taladriz à edição espanhola de *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*.

4. Em nossa pesquisa foi utilizada a tradução espanhola de José Luís Álvarez (REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934).

5. O objetivo de A. Reinach foi aplicar a fenomenologia ao Direito, alcançando a essência de seus conceitos e formações. Desta forma, seria então estudada a ciência pura do Direito. Interessante ressaltar que também foi este, de certa forma, o objetivo de H. Kelsen: o desenvolvimento de uma ciência pura do direito, destituída de qualquer elemento que não seja jurídico, “*purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente de sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto.*” (KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. XI). No entanto, H. Kelsen desenvolveu uma teoria pura do Direito Positivo, livre de qualquer relação com a metafísica.

pelo direito positivo, mas sim encontrados por ele. Há conceitos jurídicos que possuem um ser próprio, assim como os números, independentemente do Direito Positivo. A estrutura ôntica do Direito não pode ser obtida através da percepção, mas sim da intuição; o que intuímos vale estrita e legalmente para ela. O *ser assim* baseia-se na essência do que *é assim*.

A essência do Direito não apresenta as particularidades dos conceitos jurídicos existentes no Direito Positivo, mas sim o que vale universal e necessariamente, sendo que as variações de um mesmo conceito jurídico essencial serão regidas tanto pela essência deste mesmo conceito jurídico quanto pelas leis apriorísticas e conexões de essência a ele relacionadas. Portanto, *para as formações jurídicas valem proposições apriorísticas*.

O Direito apriorístico, como ciência de essências, é formado por objetos diferentes daqueles normalmente encontrados na natureza: não são objetos físicos nem psíquicos. Ao contrário: são objetos de um novo tipo, que possuem a particular característica de existirem por determinado período de tempo, sendo que para estes objetos valem leis apriorísticas. As leis apriorísticas – de essência – são eternas, mas os conceitos em si, verificados no mundo empírico, são temporais.

A um proprietário não é necessário explicar o que significa propriedade. Sua relação com a coisa que lhe pertence é imediatamente clara e evidente. A propriedade é, enquanto poder jurídico relacionado com a coisa, portanto, conceito jurídico puro, cuja existência é assegurada por leis e conexões essenciais – e não pelo Direito Positivo.

## 2. A fenomenologia.

A fenomenologia é fruto da necessidade de constituição de uma nova filosofia, *"...a philosophy that – in contrast to the secondary productivity of renaissance philosophies – seeks by radically clarifying the sense and the motifs of philosophical problems to penetrate to that primal ground on whose basis those problems must find whatever solution is genuinely scientific."*<sup>6</sup> A fenomenologia busca, portanto, ir além do mundo natural: busca pela essência das coisas, pelas coisas como elas são.

O problema inicial da fenomenologia é o próprio problema do conhecimento. *"Como pode o conhecimento estar certo da sua consonância com as coisas que existem em si, de as atingir?"*

Ao falar em *fenômenos puros*, E. Husserl não pretende expressar essências que permanecem encerradas dentro de vivências, ou mesmo da razão, esperando para serem reveladas. Ao contrário, as essências se constituem, são exibidas através das vivências. As essências não se encontram encerradas dentro da razão, enviando sinais para a consciência. Não importa para a fenomenologia o fenômeno singular, mas o que nele se constitui. *"A fenomenologia é ciência dos fenômenos cognoscitivos como*

---

6. HUSSERL, Edmund, *Pure phenomenology, its method and its fields of investigation*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1981, p. 1.

*fenômenos (Erscheinungen), manifestações, atos da consciência em que se exibem, se tornam conscientes, passiva ou ativamente, estas e aquelas objetividades; e, por outro lado, ciência destas objetividades enquanto a si mesmas se exibem deste modo.*<sup>7</sup>

A fenomenologia é, em primeiro lugar, o método próprio da teoria do conhecimento enquanto pensamento propriamente filosófico, e se dá pela busca da essência das coisas. Em razão da busca da fenomenologia pelo ente em sentido absoluto, existe o método fenomenológico enquanto atitude intelectual especificamente filosófica.

Os fenômenos são vivências interiores – dadas imediatamente à consciência através da intuição – de objetos exteriores. Estes últimos não interessam à fenomenologia, tampouco ao mundo natural, percepção, ciências empíricas etc. O objetivo da fenomenologia é alcançar a essência do fenômeno, ou seja, sua estrutura de significação.

O conhecimento natural implica a chamada “*atitude teórica natural*”: começa e permanece encerrado na experiência. O modo através do qual se dão seus objetos de investigação é a percepção, e seu campo de investigação é o mundo.

As ciências empíricas são, pois, ciências de fatos, ou seja, constatações empíricas – individuais – do mundo. Isto implica necessariamente a incerteza, já que os fatos são por natureza mutáveis e incertos: “... a universalidade empírica nada mais é do que uma extensão arbitrária de validade, pois se passa de uma validade que corresponde à maior parte dos casos, ao que corresponde a todos eles...”<sup>8</sup>

A esta incerteza contrapõe-se a necessidade de existência de algo certo, puro, que lhe seja inerente: sua essência – *eidós* – que é sujeita a verdades essenciais com diferentes graus de universalidade.<sup>9</sup> Toda coisa material tem sua própria forma essencial.

Esta essência pura é captada através da intuição essencial, em oposição à percepção em relação às ciências empíricas, e constitui um novo tipo de objeto, que se dá na intuição enquanto ele mesmo<sup>10</sup>

A relação existente entre determinando objeto individual, captado através da percepção, e a essência correspondente – *sua essência* – é o fundamento da relação existente entre ciências de fatos (empíricas) e as ciências de essências. “*Hay ciencias de esencias puras... Estas ciencias son puras de todo poner hechos en todos sus pasos mentales; o, lo que es equivalente, en ellas no puede tomar la función de fundamentación la experiencia, esto es, en cuanto forma de conciencia que aprehende o pone la realidad o la experiencia.*”<sup>11</sup> As ciências puras põem de lado toda a experiência como origem

7. HUSSERL, Edmund, *A ideia da fenomenologia*, Lisboa, 70, 2000, p. 34.

8. KANT, Immanuel, *Crítica da razão pura*, Rio de Janeiro, Ediouro, p. 23.

9. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a uma fenomenologia pura y una filosofía fenomenológica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 19.

10. Da mesma forma, A. Reinach afirma que os conceitos jurídicos puros configuram objetos temporais de uma nova espécie. Por esta razão, a fenomenologia é uma ciência nova, que se propõe a investigar o próprio conhecimento e o que se esconde atrás dele.

11. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a uma fenomenologia pura y una filosofía fenomenológica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 27/28.

ou método de investigação. O ato de fundamentação das ciências puras é a intuição essencial.

Disto resulta que toda ciência pura é absolutamente independente de toda e qualquer ciência de fatos. A partir de fatos têm-se somente fatos, e não essências. O mesmo, no entanto, não se passa com as ciências empíricas.<sup>12</sup> *“No hay ninguna que, plenamente desarrollada como ciencia, pueda ser pura de conocimientos eidéticos y, por ende, pueda ser independiente de las ciencias eidéticas, ya formales, ya materiales.”*<sup>13</sup> Desta forma, ao se utilizar de fatos, as ciências empíricas inevitavelmente estarão lidando com essências. Ainda, quanto mais desenvolvida uma ciência empírica, mais intrinsecamente estará subordinada às ciências essenciais.

Desta investigação pelas coisas enquanto o que elas são, ou seja, de suas essências, E. Husserl conclui que são os fenomenologistas os verdadeiros positivistas. *“Si positivismo quiere decir tanto como fundamentación, absolutamente exenta de prejuicios, de todas las ciencias en lo “positivo” en, pues, lo que se puede apprehender originariamente, entonces somos nosotros los verdaderos positivistas”*<sup>14</sup>

A essência de determinado objeto/fenômeno pode ser obtida através da intuição. A intuição para E. Husserl é a consciência de algo, livre e diretamente dirigida a ele. A intuição empírica ou individual é a percepção, que pode transformar-se em idéia, convertendo-se em intuição essencial. O que é intuído neste caso é a essência pura – *eidós*.

Para a fenomenologia, a intuição tem papel fundamental na apreensão do conhecimento. O homem transforma a vivência – *cogitatio* – intuitivamente em dado. A essência de certo objeto é intuitivamente obtida.

A fenomenologia busca pela clareza, pela compreensão da possibilidade deste apreender. O método fenomenológico, portanto, não pode ser o mesmo das ciências objetivas, pois *o ver não pode demonstrar-se*. Por esta razão, é necessário elevar-se intuitivamente além do conhecimento, alcançando essências universais.

É o princípio de todos os princípios que toda intuição imediata, na qual algo se dá originariamente, seja fundamento de conhecimento, devendo simplesmente ser tido como se dá.<sup>15</sup>

Na crítica do conhecimento através do método fenomenológico, num

---

12. Importante para a fenomenologia do Direito observar que ciências puras são independentes de ciências empíricas, enquanto estas freqüentemente se desenvolvem conforme aquelas. Daqui resulta a independência do direito apriorístico em face do Direito Positivo, embora este freqüentemente encontre os conceitos puros, e deles se utilize conforme as conveniências sociais, econômicas, políticas e morais de sua época.

13. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 29.

14. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 52.

15. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 58.

primeiro momento, todo conhecimento é colocado em questão. No entanto, por ter sido colocado em questão, não se pode dizer que ele não exista. Por esta razão é preciso partir de algum ponto indubitável.

Este ponto certo e indubitável, para E. Husserl, é a meditação cartesiana sobre a dúvida, ou *cogitatio* (vivência). A *cogitatio* é indubitável enquanto diretamente apreendida e experimentada: “o apreender e o ter intuitivos e diretos da *cogitatio* são já um conhecer”<sup>16</sup>, e também pelo seu caráter de imanência – dada em si mesma.

A *cogitatio* é o fenômeno psicológico na percepção e objetivação psicológica, devendo também ser reduzido por não ser um dado absoluto, ou seja, por ser o próprio aparecer.

A “evidência da *cogitatio*” é o primeiro dado absoluto da teoria do conhecimento, que prescinde de elementos previamente dados. A *cogitatio* é o primeiro fenômeno cognoscitivo. Mas mesmo a vivência pode incluir dados transcendentais, como o “eu”, por exemplo. Deve-se, então, proceder à redução fenomenológica. A busca da fenomenologia não é pelo fator psicológico, mas sim pelo que vale ainda que a realidade objetiva não exista.

O método de redução fenomenológica é a chave para a compreensão do que é a fenomenologia, sendo a grande inovação proposta por E. Husserl para fundação do que seria a verdadeira filosofia.

Num primeiro momento, o mundo é experimentado pelo homem em “atitude natural”, através da apreensão da realidade assim como ela é dada, e em primeira pessoa. Porém, o mundo não se esgota no experimentado, e sim se estende no infinito, tanto temporal quanto espacial. Por esta razão o que é conhecido está permeado por um “horizonte oscuramente consciente de realidade indeterminada”<sup>17</sup>

O mundo, embora permaneça o mesmo tal qual apresentado ao sujeito, tem seu conteúdo freqüentemente alterado, e não pode ser apreendido exatamente como ele é, visto ser contaminado pelos conceitos de espaço e tempo. Desta forma, o primeiro objeto de estudo fenomenológico deve ser uma forma fundamental de vida “atual”: a *cogito* cartesiana.<sup>18</sup> A atitude natural, por seus defeitos, não interessa à fenomenologia, que busca a claridade e certeza das “novas atitudes”

O instrumento metódico utilizado por E. Husserl para chegar ao fim da fenomenologia é a dúvida universal. É possível, com absoluta liberdade, duvidar de todas as coisas experimentadas. Esta dúvida perante algo efetivamente apreendido do mundo exterior acarreta necessariamente “*cierta abolición de la tesis*”<sup>19</sup> O que é

---

16. HUSSERL, Edmund, *A ideia da fenomenologia*, Lisboa, 70, 2000, p. 23.

17. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenologia pura y una filosofia fenomenologica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 65.

18. Nem toda *cogitatio* refere-se a objetos exteriores, embora constantemente o faça. Por esta razão, E. Husserl afirma ser possível a intuição de essências através de representações ideais, fantasias.

19. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenologia pura y una filosofia fenomenologica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 71.

separado da vivência continua existindo, porém passa a não ser mais considerado. Destaca-se do ser, através da dúvida, o não-ser.

A redução é o próprio ato de colocar entre parênteses tudo que é transcendente ao fenômeno, e este é o método próprio da fenomenologia proposto por E. Husserl. Através deste método, busca-se a certeza (essência) através dos fenômenos.

Mas o que deve ser colocado entre parênteses? Certo que não é tudo o que existe, ou-não restaria campo algum de estudo para a fenomenologia. “Ponemos fuera de juego la tesis general inherente a la esencia de la actitud natural. *Colocamos entre paréntesis todas y cada una de las cosas abarcadas en sentido óntico por esa tesis, así, pues, este mundo natural entero, que está constantemente “para nosotros ahí adelante”, y que seguirá estándolo permanentemente, como realidad de que tenemos conciencia, aunque nos dé por colocarlo entre paréntesis*”<sup>20</sup>

A redução fenomenológica não coloca em questão a existência do mundo natural, mas sim retira das vivências internas todo juízo sobre existências temporais e espaciais. Nenhum uso, portanto, será feito das ciências naturais ou de suas leis. O que restaria, então, após a redução fenomenológica? O que não resiste à redução é o mundo como fato, e subsiste o mundo como *eidós*. A expressão *consciência* compreende a todas as vivências. Dentro da consciência devemos nos ater ao que existe essencialmente. “*La conciencia tiene de suyo un ser propio, que, en lo que tiene de absolutamente propio, no resulta afectado por la desconexión fenomenológica.*”<sup>21</sup> Este ser é o resíduo fenomenológico, que espelha a região do ser. A redução é, portanto, o acesso à consciência pura.

### 3. Conceito jurídico puro: a promessa como fonte de pretensões e obrigações.

Segundo A. Reinach, a promessa não seria simplesmente a exteriorização da vontade. Seria, sim, uma essência pura, que cria um vínculo entre dois (ou mais) indivíduos, possui determinada duração e lhe é imanente que tenha determinado fim, seja através de seu cumprimento, renúncia ou revogação.

Primeiramente, são “produtos” da promessa duas formações jurídicas distintas: pretensão e obrigação. O que seriam, então, estas formações? Não se pode afirmar que nada são, pois *nada* não pode ter conseqüências no mundo externo, muito menos no mundo jurídico. Também não são objetos físicos, encontrados empiricamente no mundo natural, nem ao menos vivências (objetos psíquicos). Não são, ainda, objetos ideais, que segundo sua própria essência são externos. *Pretensão e obrigação são, portanto, objetos temporais de espécie singular*. Para estas formações valem leis essenciais, imediatamente inteligíveis, como, por exemplo, a lei de que a pretensão se extinga através de seu cumprimento. Esta lei não é captada através da experiência, mas provém, sim, da essência da pretensão como tal, sendo válida geral e necessariamente.

20. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenologia pura y una filosofía fenomenologica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económiza, 1997, p. 73.

21. HUSSERL, Edmund, *Ideas relativas a una fenomenologia pura y una filosofía fenomenologica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económiza, 1997, p. 76.

É ainda proposição sintética, pois o predicado (extinção por cumprimento) não está contido no sujeito (pretensão).

É imanente à essência tanto da pretensão quanto da obrigação a presença de um portador – sujeito da pretensão ou obrigação – e de um conteúdo – conduta do portador. O conteúdo pode, segundo as leis de essência, ser uma conduta atual ou futura do portador. Ainda, o destinatário da obrigação não deve necessariamente ser o destinatário do conteúdo da obrigação.

Utilizando-se apenas da intuição, A. Reinach conclui que é lei geral, inteligível em si mesma, que pretensões e obrigações relativas devam ter um fundamento. Desta forma, sempre que esse mesmo acontecimento (fundamento) ocorrer, nascerá necessariamente uma nova pretensão ou obrigação. Existe, portanto, uma relação causal entre acontecimento/fundamento e a pretensão ou obrigação.<sup>22</sup> No entanto, esta relação causal é diferente da relação causal que existe na natureza. A relação causal *a priori* é conexão de essência, imediatamente inteligível e necessária, pois a experiência não participa de sua construção. “*Un fundamento que puede producir pretensión y obligación es la promesa. De ella proceden – como mostraremos aún más de cerca – pretensión y obligación; podemos llegar a entenderlo, presentándonos con toda claridad lo que es una promesa, e intuyendo que se basa en la esencia de tal acto producir pretensión y obligación bajo determinadas circunstancias. Así, pues, de ningún modo es la experiencia la que nos enseña el entroncamiento existencial de estas formaciones, ni tampoco juega sólo un papel de cooperación; más bien, se trata de una conexión de esencia inmediatamente inteligible y necesaria*”<sup>23</sup>

Existem, no mundo, esferas infinitas de vivências. Para o nosso estudo, segundo A. Reinach, interessam aquelas vivências que não só pertencem ao “eu”, mas nas quais, também, o “eu” se mostre ativo. Estas vivências serão designadas como atos espontâneos. A algumas vivências, por outro lado, é essencial a existência de um outro sujeito para referência: são as vivências alheio-pessoais. Há atos, ainda, que além de se referirem a outro sujeito, são também dirigidos a este mesmo sujeito, devendo por este serem percebidas. Os atos espontâneos que, segundo sua essência, devem ser percebidos pelo outro sujeito são por A. Reinach chamados de atos sociais.<sup>24</sup> Os atos sociais são vivências de uma espécie própria: não são apenas ação externa, vivência interna ou mera manifestação de uma vivência interna. São, sim, um fazer do sujeito espontâneo, intencional, que devem ser percebidos pelo outro sujeito.

A promessa é um ato alheio-pessoal, pois exige sujeito contrário – ao

---

22. Segundo H. Kelsen, não se pode afirmar que exista relação de causalidade no universo jurídico, e sim relação de imputação. Apesar de ambos os conceitos serem análogos, a relação de causalidade implica em que se A é, B é. A relação de imputação, própria do Direito, diz que se A é, B deve ser, *ainda que necessariamente não seja* (KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 100/102).

23. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 42.

24. Aos atos sociais é fundamental a idéia de que devam ser percebidos, não sendo necessariamente atos alheio-pessoais.



qual se promete – e pressupõe a existência de determinada vivência interna, que é a intenção (vontade de prometer). Não é, porém, a simples declaração de vontade,<sup>25</sup> que constitui comunicação. É, sim, um ato espontâneo que produz efeitos ao penetrar no mundo exterior, independente da vontade, embora esta esteja em sua base. Para distinguir a promessa da simples declaração de vontade, é importante verificar o contexto lingüístico utilizado. A promessa deverá apresentar todas as características essenciais acima apresentadas.

A promessa é fonte de pretensões e obrigações. Não é suficiente à promessa, no entanto, que aquele ao qual ela se dirija a ouça, sem compreendê-la. É lei de essência que este segundo sujeito compreenda e tome conhecimento daquele ato como promessa. Por outro lado, não é necessária a aceitação, ou sua exteriorização, para que dela nasçam pretensões e obrigações. A relação criada por uma promessa é uma relação *obrigatória*.

Toda promessa tende à sua extinção, ou seja, à realização de seu conteúdo. Esta tendência ao cumprimento é transcendente à promessa, não sendo predicado seu. Baseia-se *a priori* na essência da pretensão, e não na promessa, enquanto tal.

A obrigação também pode ser anulada, o que, porém, não pertence à sua essência. *A priori*, a promessa não pode ser revogada. Ela existe e deve ser cumprida. O sujeito capaz de discutir sua validade e revogá-la é o portador da pretensão – destinatário da promessa. A revogação, em si, é ineficaz. Apenas com a renúncia nasce um poder eficaz sobre a relação social, e este poder é um poder jurídico. Assim, sob certas hipóteses, pode ser possível a revogação de uma promessa através de um poder jurídico. No entanto, somente o portador da pretensão pode conceder tal poder ao portador da obrigação.

Estas são as características essenciais da promessa: (i) pretensão e (ii) obrigação. São elas regidas por leis certas e invariáveis, apesar do que dispõe o direito positivo vigente.

O propósito de A. Reinach não foi formular uma teoria da promessa, e sim evidenciar que a promessa, *enquanto tal*, cria pretensões e obrigações. A promessa é um *ser dado*, e explicá-la, além de todas as linhas fundamentais expostas, tem o mesmo sentido de explicar que  $1 \times 1 = 1$ .

As conexões apriorísticas possuem uma dignidade que lhes é própria, apesar de serem fragilmente – através da intuição – dadas. De forma alguma dependem elas do Direito Positivo, ou da compreensão – e até mesmo existência – do próprio homem.<sup>26</sup>

---

25. É geralmente aceita pela doutrina a idéia de que a promessa seja uma declaração de vontade. No entanto, é interessante notar que também C. M. S. Pereira atribui como requisito do vínculo obrigacional ser a promessa dirigida a alguém, além de ser fonte de direitos e obrigações (PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 3a edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 349/350).

26. Para H. Kelsen, falar sobre uma obrigação, dando-lhe o nome de dever jurídico, é falar na verdade sobre uma norma jurídica que age sobre determinada conduta. O conceito de dever jurídico teria como objeto ligar às obrigações criadas por normas jurídicas certo caráter moral absoluto (KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 128/133).

#### 4. A fenomenologia do Direito e a dicotomia Direito Positivo e Direito Natural.

*“O Direito, como ciência sistemática, divide-se em Direito Natural que se funda em princípios puramente a priori, e em Direito Positivo (regulamentar), que tem por princípio a vontade do legislador... Há somente um único direito natural ou inato”*.<sup>27</sup>

Esta é a tradicional divisão a que se submete o Direito. De um lado, ou melhor, acima, está o Direito Natural, inutável e, como reflexo da Justiça que é, superior ao Direito Positivo. De outro, o próprio Direito Positivo, representado pelas normas jurídicas de determinado ordenamento.

É característica do Direito Natural sua aproximação com a Moral. Têm em comum as diversas correntes jusnaturalistas a defesa da existência princípios de conduta humana que são descobertos pela razão e devem ser observados pelo homem e, principalmente, pelo Direito Positivo, já que sua validade deriva desses princípios.

A. Reinach defende um novo estudo do fenômeno jurídico. Segundo ele, também o Direito possui conceitos que existem independentemente do Direito Positivo, assim como os números existem independentemente da ciência matemática. O Direito Positivo não cria conceitos jurídicos, e sim os encontra. Através do método fenomenológico, e principalmente da intuição, é possível chegar à essência das formações jurídicas e ao que vale estrita e essencialmente para elas. Os conceitos jurídicos *a priori* são, portanto, aqueles que, no sentido dado, são gerais e existem necessariamente.

Por outro lado, o Direito Natural – dada sua aproximação da Moral – não sobrevive à redução fenomenológica: para colocar o ser entre parênteses e captar somente sua essência, deve-se dar valor zero também ao homem, que é o palco dos valores morais.

A. Reinach afirma ser provável que a também a doutrina do Direito apriorístico seja apontada como de natureza jusnaturalista. Não deve, no entanto, ser confundida a doutrina apriorística do Direito com as teorias de Direito Natural. *“El derecho natural se há equivocado, ante todo, en dos puntos: en el tratamiento del derecho positivo y en el proyecto de un derecho material y, no obstante, válido incondicional y generalmente”*<sup>28</sup> O Direito apriorístico é independente de todo e qualquer Direito: do vigente, do válido e do pensado como válido.

O Direito Natural é colocado por seus defensores como superior ao Direito Positivo vigente. Por esta razão, deveria ser utilizado para suprir as lacunas existentes e deixadas pelo Direito Positivo. Suas normas, ainda, deveriam ser suas normas aplicadas em detrimento das normas de Direito Positivo, caso existisse entre elas conflito. O mesmo, no entanto, não é válido para a doutrina apriorística do Direito.

---

27. KANT, Immanuel, *Doutrina do Direito*, São Paulo, Conc, 1993, p. 55.

28. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 221.

A pureza do Direito *a priori* consiste em ser ele totalmente independente do Direito Positivo, bem como de normas jusnaturais, sendo ainda indiferente à sociedade e seu tempo, valores, desejos e necessidades. São leis do ser, que podem até mesmo ser tidas pelo Direito Positivo como algo que não deve ser. O Direito puro vale em si e para si.

Em muitos campos da sociedade existe regulação por normas não-escritas de origem apriorística. No entanto, tal fato não autoriza, de forma alguma, recorrer-se indiscriminadamente ao Direito puro. Deve este ser guia do legislador, e não do juiz na análise do caso concreto.

Não deriva o Direito apriorístico da natureza das coisas – como seria o Direito Natural – pois suas legalidades são sustentadas por si mesmas e são indiferentes aos homens e à própria natureza, tais quais seus objetos, que não são físicos ou psíquicos por não pertencerem à natureza. Tal qual conceitos matemáticos, sua existência é indiferente ao conhecimento, a seu respeito, pelos homens. As leis apriorísticas valem não-somente para este mundo de homens, *mas para qualquer mundo pensável*.

Por outro lado, temos uma aparente contradição entre Direito Positivo e Direito apriorístico. A despeito de toda a evidência intelectual que cerca os conceitos essenciais expostos pelo autor, dentre os quais a promessa, sobre a qual nos detivemos neste trabalho, parece que todos eles, bem como legalidades e conexões essenciais, são contrariados pelo Direito Positivo. Como falar na validade absoluta do Direito *a priori*, já que o Direito Positivo pode contrariá-lo? Existe, então, contradição entre as proposições do Direito apriorístico e as normas do Direito Positivo?

Certamente, somente podemos falar em contradição entre proposições de espécie determinada e idêntica de conteúdos contraditórios. Neste sentido, não existe contradição entre Direito apriorístico e Direito Positivo.

As proposições do Direito apriorístico são proposições de juízo, pois põem o ser como existente, sendo ainda a relação entre dois conceitos – sujeito e predicado. São as proposições de Direito Positivo também proposições de juízo? Geralmente é aceita a idéia de que as proposições de Direito Positivo são, sim, proposições de juízo hipotético. Porém, na verdade não são nem proposições de juízo, muito menos hipotéticos. Não temos em relação às proposições de Direito apriorístico a existência de um ser que se poderia julgar como verdadeiro ou falso, conforme existisse ou não o ser. As proposições de Direito Positivo são, na verdade, determinações, que não podem sofrer julgamento sobre serem verdadeiras ou falsas. O motivo da confusão entre Direito apriorístico e Direito Positivo existe em razão de coisas diferentes serem expressas com as mesmas palavras. A doutrina afirma (julga), com base em determinações de Direito Positivo, e suas afirmações (juízos) podem ser verdadeiras ou falsas. Porém, as determinações do Direito Positivo podem, em si, ser vigentes ou não, justas ou injustas, mas não verdadeiras ou falsas. Desta forma, não existe contradição autêntica entre as leis de essência e o Direito Positivo, pois não são equivalentes, nem existem *em si*.

As determinações do Direito Positivo também não são ordens. Apesar de ordem e determinação serem atos sociais, por necessitarem de percepção para serem

válidas, a determinação não é ato alheio-pessoal. Sua substância não exige uma circunstância pessoal, apesar de sua execução ser dirigida a pessoas. O conteúdo de ambos os atos também é diferente. A ordem sobre conduta é dirigida à pessoa que é ordenada. A determinação, por outro lado, não assume esta “direção” pessoal.

A ordem, ainda, pressupõe como vivência interna a vontade de que algo certo e determinado seja feito. A vontade que fundamenta a determinação tem caráter geral de que algo deva ser. A partir da determinação, no entanto, nasce uma ordem a uma pessoa determinada, ou seja, à pessoa que deva executar<sup>29</sup> o quanto determinado.

A determinação, em si, não deve ser confundida com sua vivência, ato, proposição, conteúdo ou efeito de determinação. O ato de determinação (A deve ser B) difere da proposição de determinação, que é a objetivação do ato de determinação. As proposições de determinação são encontradas, por exemplo, nos códigos, e configuram determinações do tipo “faça isto”, não expressando nenhum juízo.

O conteúdo da determinação, por outro lado, pode expressar um juízo, ou seja, o dever-ser de certo estado de coisas, ou uma ordem dirigida a conduta das pessoas. Pode ser, sim, conteúdo de determinação uma conduta própria.<sup>30</sup> Na verdade, estas duas possibilidades essenciais de conteúdo das determinações expressam diferentes formas de desenvolvimento dos atos. Os juízos, por exemplo, são atos de adaptação.<sup>31</sup> A essência refere-se a algo existente. Se este algo não existe, o julgador deverá fazer uma adaptação, ou seja, considerá-lo como existente, ou seja, que exista em si. Assim, em princípio é possível que a determinação tenha como conteúdo algo que não exista efetivamente, ou seja, que não possua essência correlata. A determinação é livre e tem caráter temporal, sendo relacionada somente ao ato do determinante. Por outro lado, se existe um dever, não há que se falar em adaptação, pois a determinação passará a reger dever já existente.

Pode-se falar, em relação às determinações, sobre eficácia. São eficazes os atos que por sua execução querem efetivar algo e eventualmente efetivem certa modificação no mundo exterior. Quem determina o faz em relação ao tempo – agora – e a um determinado número de pessoas. Esta é a vigência das determinações.

Toda determinação, por sua natureza, tende a sua realização, ou seja, a realização do que põe como devendo-ser. Este dever-ser, para que possa tender à realização, não pode ser *a priori* necessário ou impossível.<sup>32</sup> Só é conteúdo de

29. Se A deve ser B, então farci B – esta é a execução da determinação.

30. Por esta razão, o Estado se submete a suas próprias leis.

31. Os atos de adaptação podem ser logicamente exatos ou inexatos. Serão exatos se realmente existe o que põem como existente.

32. Evidente aqui a influência sobre A. Reinach de seu tempo. Também H. Kelsen afirma que o conteúdo de uma norma jurídica não pode ser necessário ou impossível, não atingindo a eficácia/vigência da norma a possibilidade de ser desrespeitada. “Uma norma que preceituasse um certo fato que de antemão se sabe que necessariamente se tem de verificar, sempre e em toda parte, por força de uma lei natural, seria tão absurda como uma norma que preceituasse um certo fato que de antemão se sabe que de forma alguma se poderá verificar, igualmente por força de uma lei natural” (KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6a ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 12).

determinação o que possa ou não ser, ou seja, o que possa ou não ser cumprido, e deve ainda ser temporal, ter determinada duração. Se a determinação é eficaz, ela existe para seus receptores como devendo-ser. Este dever-ser se constitui no próprio ato de determinação e vale perante aqueles que o consideram eficaz. No ato de determinação incluem-se três tipos de dever, que não se confundem com deveres morais: *“el deber ser existente en sí que fundamenta las determinaciones que le ponen como algo a realizar; el deber ser que se constituye en el acto que vale para un determinado círculo de personas, que nace de todas las determinaciones eficaces, estén o no fundamentadas; y, en fin, el mero estar puesto como debiendo ser, que existe relativo a todas las determinaciones fundamentadas e infundamentadas, eficaces e ineficaces”*<sup>33</sup>

Assim, ao lado dos objetos de natureza física e psíquica, A. Reinach apontou a existência de objetos de um novo tipo, objetos temporais que nascem dos atos sociais. No entanto, a partir das determinações nasce uma realização necessária – mas não totalmente obrigatória – do que deve-ser, o que não ocorre com tais objetos temporais. As determinações não são realmente capazes de criar automaticamente o dever-ser objetivo, ou seja, a conduta determinada. Mas, através delas nasce o que deve-ser, se executada a conduta. O exemplo dado por A. Reinach é o da determinação por um juiz acerca da transferência ou atribuição de certa propriedade a uma pessoa, e a determinação da atribuição do direito de receber pagamento a outra pessoa, ex-proprietária. A obrigação de pagamento não nasce imediatamente a partir dos atos sociais praticados por estas duas pessoas, mas sim da determinação *em si* do juiz. Não é necessário que se realize o pagamento para que se opere uma modificação no mundo exterior. A conduta determinada já é real no momento da determinação, e apenas por ela.

Quais seriam, então, os pressupostos de eficácia das determinações? O agente determinante deve ter o poder de criar determinações que vinculem pessoas, poder este que deve ter sido outorgado por estas mesmas pessoas. A determinação não cria um direito, mas torna eficaz certa pretensão preexistente: assim nasce uma segunda – e nova – pretensão de que a parte condicionada realize a primeira pretensão – preexistente. *“Vemos, y es lo esencial, que en todos estos casos la determinación no tiene fuerza directa creadora de derechos; sólo provoca una especialización de derechos y obligaciones que fluyen de otras fuentes”*<sup>34</sup> A submissão – ato social e alheio-pessoal – equivale a uma declaração, à pessoa que determina, do tipo “deve ser assim, conforme o determinado”, ocorrendo a outorga do poder de produzir em si efeitos jurídicos.

As determinações não têm força suficiente para derrogar conexões apriorísticas. Pelo contrário, pressupõem sua validade. A função das determinações é criar formações jurídicas que não existem *a priori*, ou tornar ineficazes formações

---

33. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 178.

34. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 180.

jurídicas existentes em decorrência de conexões apriorísticas. Afinal, examinando o estado de coisas, o *ser assim* pode não coincidir necessariamente com o *dever-ser*, por motivos morais, econômicos, políticos etc. O dever ser não é suficiente para afetar o Direito *a priori* em si e para si, devendo-se a ele somar outros fatores que fundamentam a exclusão de certa formação jurídica apriorística. Estes fatores são a função da determinação.

Assim como as leis do ser, as proposições do dever-ser admitem fórmula geral. As pessoas podem, portanto, submeter-se, para regular relações jurídicas entre si, a determinações gerais de outras pessoas. Estas determinações gerais diferem das determinações concretas, que criam ou destroem legalidades próprias do ser. *“Supongamos primeramente que exista una conexión apriorística, según la que sea imposible que ciertas formaciones jurídicas nazcan de determinados actos sociales (una pertenencia, p. ej., de una promesa). Entonces, naturalmente, la determinación no puede hacer que a pesar de todo llegue aquel nacimiento. Solo tenderá a que cuantas veces se ejecute un acto social de aquella especie, deba nacer inmediatamente la formación jurídica. Si tal determinación es eficaz, nace en realidad; pero nunca por la promesa, sino según la promesa y por determinación”*<sup>35</sup> O mesmo não ocorre com conexão de necessidade. Se uma determinação impede a ocorrência de certa conexão essencial, determinando o nascimento de ato diverso daquele que *a priori* nasceria, não é esta determinação capaz de gerar tal ato, diferente da essência do vínculo em questão, mas sim age impedindo efetivamente a ocorrência da conexão entre eles. O vigor da conexão de essência é retirado pela determinação, apesar desta pressupor sua existência.

Por outro lado, podemos distinguir dois tipos de conexão de essência: i. aquelas que valem em todas as circunstâncias; e ii. aquelas que valem desde que não exista certo estado de fato. Neste último caso, não significa que o ato não exista, mas sim que em algumas circunstâncias ele não é válido, ou melhor, não é vigente. Apenas *em si e por si* possuem vigência sem exceção.<sup>36</sup>

O ato e sua objetivação (proposição de determinação, tal qual uma norma jurídica presente em um código) compõem o que deverá ser. Para A. Reinach a fundamentação ou validade decorre do fato do dever ser corresponder ao dever ser em si (o que é). Sua eficácia ou vigência decorrem do conteúdo do dever, que encontrará sua objetividade junto ao grupo de pessoal ao qual se dirige.

Após todas as considerações acima apresentadas, é o momento de se rechaçar a “contradição” aparentemente existente entre a doutrina apriorística do Direito e o Direito Positivo, divergência esta existente em razão de diferenças entre as leis do

35. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 183.

36. Esta é uma das relações existentes entre Direito apriorístico e Direito Positivo. Com efeito, é facultado ao legislador – e não ao juiz – reconhecer ou não a validade de determinada conexão apriorística. Se não o fizer, a conexão apriorística não terá deixado de existir, apenas não tendo vigência em face de tal determinação.

ser e as determinações do dever-ser – o que impossibilitou o acesso às conexões jurídicas de essência.

Não podem ser tais divergências ou contradições argumentos *contra* o Direito apriorístico, visto que é justamente a existência de conexões de essência que tornam evidentes e possíveis tais diferenças. Afinal, são as próprias conexões apriorísticas que possibilitam a eficácia das determinações que lhes são contrárias.

As determinações jurídicas põem seu conteúdo como “devendo-ser” Não são afirmações do *ser assim*,<sup>37</sup> ou ordens de conduta – o Direito Positivo não é ordem coativa.

As objeções levantadas contra o Direito apriorístico têm dois pontos de partida: a proposição de determinação ou o efeito da determinação.

A suposta contradição entre leis de essência e proposição de determinação não existe. Com efeito, só existe contradição entre conceitos da mesma espécie ou gênero – e que deveriam ter as mesmas características. Uma determinação, qualquer que seja seu conteúdo, não é capaz de contradizer uma situação essencialmente existente, podendo simplesmente ser diferente de uma situação existente por essência. A diferença eventualmente existente entre o que é e o que deve ser pode até ser fonte da determinação, agindo esta para retirar a força da lei *a priori*. Portanto, é efeito deste ato o fato de que a conexão *a priori* – de que toda promessa seja fonte de pretensões e obrigações, por exemplo – seja válida sem exceção, exceto quando disposto de outro modo em determinação eficaz.

As determinações do direito positivo põem a situação de *dever-ser*, transformando-a em *ser*.<sup>38</sup> Mas esta transformação não é a única função do Direito. Além de criar direitos e obrigações, cuida o Direito em garantir sua realização. “*El derecho positivo tiene la misión de cuidar de la existencia de lo de tal manera ordenado, o de la posibilidad de existencia de lo permitido*”<sup>39</sup> Este é papel assumido pela *tutela jurídica*, através de ações (judiciais) que visam obter a conduta pretendida através da coação.

O Direito Positivo, ao contrário das leis de essência, eternas e imutáveis, pode vincular suas determinações à Justiça ou a necessidades da sociedade, mas, também, pode interpretar certos atos indeterminados como atos sociais determinados – por exemplo, ao equiparar a compra e venda de um imóvel a uma promessa com pagamento futuro (o que não é possível segundo as leis apriorísticas).

O verdadeiro conflito entre leis não é aquele tradicionalmente concebido pela Filosofia do Direito, mas sim, dentro da doutrina apriorística do Direito, aquele conflito entre uma lei de essência (lei do ser, algo que simplesmente é de tal forma) e uma lei do Direito Positivo, que não passa de uma *determinação*, sendo que a lei existe

---

37. Esta é uma diferença entre as determinações e as leis essenciais do Direito apriorístico.

38. V. colocação de K. Larenz sobre o positivismo no item 6.

39. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 190.

apenas em relação àquela determinação. O conflito existiria, portanto, entre o ser e o dever-ser. Importante ressaltar que, por sua própria natureza, as leis *a priori* possuem prioridade lógica em relação às determinações do Direito Positivo. *Como pode o que existe no mundo ser diferente do ser, apesar desta prioridade lógica?* O que existe no mundo é o que é conhecido, e depende do desenvolvimento da própria ciência que o conhece. É este o problema do conhecimento – tal como apresentado por E. Husserl como alcançar a essência do ser.

Não é contraditório o conflito entre uma lei do Direito Positivo e uma lei apriorística. O que ocorre é a modificação desta lei apriorística por uma determinação eficaz que produz uma lei, que existe, no entanto, somente em decorrência desta determinação, e numa relação de dependência com esta. Haverá correspondência entre lei apriorística e lei positiva, quando o *ser* for também o *dever-ser*. Somente existe diferença entre ambas, quando tal situação for desejável em consideração à totalidade das relações sociais, econômicas, políticas e morais. Persiste, porém, a prioridade lógica do Direito apriorístico, da mesma forma como existe prioridade lógica, segundo E. Husserl, entre as ciências de essências e as ciências de fatos.

A esta prioridade lógica soma-se uma certa prioridade psicológica. Os sujeitos determinantes - os legisladores - são frequentemente condicionados pelo que “é”, recusando-se muitas vezes a determinar que o que deve ser seja em lugar do que é em si e para si. Ainda, os sujeitos agem frequentemente segundo o que é, embora o ser não corresponda, segundo o Direito Positivo, ao que deve ser. Este fenômeno é chamado por A. Reinach de *ontologismo*.<sup>40</sup>

No desenvolvimento do Direito Positivo ocorre uma “emancipação interna” das leis apriorísticas do ser ao serem incorporadas ao Direito Positivo determinações que, embora não correspondam ao ser, são desejadas pelo tráfico social. Tampouco é necessário o reconhecimento da existência das leis apriorísticas pelos homens para que estas efetivamente existam e sejam válidas.

Ao lado das determinações válidas e eficazes enquanto forças criadoras de existência, existe a natureza e também os fatos nela existentes. Em relação a estes fatos, demonstráveis empiricamente, podem agir considerações de valor, através de determinações, que os desejem como não-existentes. Neste caso, não atua a força criadora e soberana da determinação, mas, sim, atua a *ficção*. Se um fato da natureza produz determinado efeito jurídico considerado indesejado, pode-se, através de uma determinação, extinguir seu efeito, ou, através de uma ficção jurídica, considerar o fato como não-existente. Isto ocorre por não ser a determinação capaz sempre de alterar a realidade, a natureza das coisas.

Para obter tal resultado, utiliza-se o direito da ficção, como que ignorando o mundo real. Um exemplo é o problema da pessoa jurídica.<sup>41</sup> É lei de essência, com

40. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 20.

41. H. Kelsen aponta a tentativa da doutrina de demonstrar que as pessoas jurídicas, ao lado das pessoas naturais, são pessoas reais. “Mas estas tentativas são tanto mais baldadas quanto é certo que



vimos, que somente pessoas possam ser titulares de direitos e obrigações pela natureza dos atos sociais envolvidos. Uma determinação, ainda que plenamente válida e eficaz, não pode alterar esta legalidade essencial de forma a transformar algo em pessoa. Quando o Direito Positivo atribui direitos da personalidade à pessoa jurídica<sup>42</sup> não lhe é capaz de atribuir personalidade, mas sim a trata como se personalidade tivesse.<sup>43</sup> A personalidade atribuída à pessoa jurídica não deve ser confundida com a personalidade de seus membros – embora pela ordem jurídica positiva seja possível a desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com o Direito Positivo, pessoa jurídica e pessoas físicas são pessoas diferentes, embora essencialmente a existência de pessoas jurídicas seja impossível.

A. Reinach afirma, ainda, que o problema da pessoa jurídica, ou seja, se é ou-não efetivamente pessoa, com personalidade diversa da de seus membros, só pode ser tido como problema se pressuposta a existência de conexões jurídicas apriorísticas. Tal problema não tem sentido para aqueles que não consideram nada existente além do Direito Positivo.

Podemos concluir que o Direito Positivo tende a utilizar-se cada vez mais das formações jurídicas puras, ainda que sejam estas independentes de todo direito vigente e (moralmente) válido, pela simples razão que não há como ser de outra forma: é dado evidente da consciência. O Direito puro é superior ao positivo, mas não por razões jurídicas ou morais, mas por razões filosóficas. As proposições de Direito apriorístico devem ser tidas como juízos sintéticos *a priori* de I. Kant, como os conceitos de matemática pura. No entanto, não se desenvolvem necessariamente na natureza através da experiência. São, portanto, totalmente independentes e indiferentes ao Direito Positivo e à sua própria verificação, nem podem ser deduzidas do Direito Positivo. Não se trata, também, de acreditar na existência do Direito puro. É preciso investigar fenomenologicamente até se atingir a evidência intelectual necessária.

---

*uma análise mais profunda revela que também a chamada pessoa física é uma construção artificial da ciência jurídica, que também ela é apenas uma pessoa 'jurídica' (KELSEN, Hans, Teoria Pura do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 192). O conceito de pessoa, para H. Kelsen, tem como função atribuir a qualidade de portador de direitos e obrigações a um ser humano ou ente. Na verdade, a personalidade é esta concentração de normas jurídicas, atribuindo direitos ou obrigações, num mesmo sujeito. Por esta razão, ambos os conceitos – pessoas físicas e jurídicas – são construções artificiais do Direito Positivo.*

42. "... Direitos da Personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções" (FRANÇA, Rubens Limongi, *Direitos da personalidade – Coordenadas fundamentais*, RT 667/9). Sobre o alcance das pessoas jurídicas pelos direitos da personalidade, afirma C. A. Bittar que, uma vez sendo as pessoas jurídicas entes dotados de personalidade segundo o Código Civil, "fazem jus ao reconhecimento de atributos intrínsecos à sua essencialidade, como, por exemplo, os direitos ao nome, à marca, a símbolos e à honra" (BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 13).

43. Art. 52 do novo Código Civil (Lei 10.406/02): "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

## 5. Relação entre Direito e Estado: Direito apriorístico e Justiça.

Tendo-se em consideração as diferenças essenciais existentes entre Direito Positivo e Direito apriorístico, bem como entre Direito Natural e Direito apriorístico, cabe-nos agora refletir sobre a relação existente entre Direito apriorístico e Justiça.

A. Reinach afirma apenas, brevemente, não ser possível estabelecer qualquer relação entre Direito apriorístico e Justiça, uma vez sendo esta última um valor moral.<sup>44</sup>

No entanto, o mesmo tema encontramos na obra de E. Stein, *Eine Untersuchung über den Staat*.<sup>45</sup> Cumpre salientar que E. Stein,<sup>46</sup> jovem intelectual judia, foi aluna de E. Husserl e de A. Reinach. Enviada por E. Husserl ao funeral de A. Reinach, E. Stein foi incumbida pela viúva de organizar seus últimos escritos, tendo assim estudado profundamente a obra de A. Reinach. E. Stein foi morta em 7 de agosto de 1942, no campo de concentração de Auschwitz, Polônia, tendo sido canonizada, em 11 de outubro de 1998, pelo papa João Paulo II como Santa Teresa Benedita da Cruz.

E. Stein afirma, primeiramente, que a expressão “direito” pode ser utilizada de duas formas. A primeira, indicando um “estado de direito” (*Rechtsverhalte*) que existe independentemente de qualquer ato de arbítrio, e independente também de ser reconhecido por alguém como direito vigente – este é o Direito puro. “*A côté de ce droit il y a le droit en vigueur, le droit dit positif. Le droit pur est le même en tous temps et dans toutes les cultures; pérenne, il n’est pas proclamé à un moment donné. En revanche, le droit positif est une création ou une application arbitraire, ce qui lui vaut d’être largement diversifié*”<sup>47</sup>

Tanto o Direito puro quanto o Direito Positivo têm o mesmo objetivo: regular a conduta humana. O Direito Positivo é válido quando este objetivo, com realidade temporária, é reconhecido. No entanto, a existência mesma do Direito puro não se confunde com a validade do Direito Positivo. Esta tem começo e fim, o que não se aplica ao Direito puro, que é atemporal. A relação existente entre Direito puro e Direito Positivo é, portanto, a relação existente entre essência e fato.

O Direito puro, ainda, pode “se realizar” ou seja, tornar-se positivo. O legislador, reconhecendo um valor em determinada situação pode tornar positivo o

---

44. REINACH, Adolph, *Los fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934, p. 224.

45. Foram utilizadas edição em alemão (STEIN, Edith, *Eine Untersuchung über den Staat*, Tübingen, Max Niemeyer, 1970), como complementação, e principalmente a edição em francês (STEIN, Edith, *De l’Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989).

46. As informações biográficas sobre E. STEIN foram obtidas no site da Internet [www.carmelnet.org/sword/v58/08.htm](http://www.carmelnet.org/sword/v58/08.htm).

47. STEIN, Edith, *De l’Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 64.

Direito puro. O primeiro direito puro posto em vigor é, portanto, o direito de legislar, pois a partir do direito de legislar é que podem os demais direitos puros ser positivados.

Os atos legislativos (leis) impõem ou indicam certa conduta a um sujeito, sendo formulados, no entanto, como ordens, e sim como proposições teóricas e que *“indique une norme d'action imposée aux individus relevant du domaine d'autorité où elle est en vigueur, et plus particulièrement à ceux qui sont chargés de faire respecter le droit”*.<sup>48</sup> Quando se reconhece o quanto estabelecido por tal proposição teórica, o Direito é efetivamente executado – este é o domínio de validade da legislação. No entanto, difere de algo prescrito com necessidade, que é o caso da formação jurídica pura. Neste último caso, o caráter de necessidade é inerente à coisa, e em relação ao Direito puro a disposição normativa e a execução do prescrito é que lhe são conforme. Geralmente, não é o Direito Positivo derivado do Direito puro, mas sim decorrente da arbitrariedade do legislador. A obediência ao Direito Positivo, por outro lado, não significa desobediência ao evidente, mas sim submissão à vontade do legislador.

O “eu” é centro de acontecimentos psicológicos, nascidos necessariamente de certos contatos com o mundo exterior, contra o qual existe um movimento contrário interior. Pode ocorrer que a espontaneidade não participe, o que, porém, não é sempre possível. Não existe, por exemplo, uma resolução arbitrária – mas podem existir diferentes razões para tal resolução. É possível, por exemplo, que o sujeito atuante – no caso o legislador – tenha uma percepção clara, no sentido de *intuição pura*, que sirva de fundamento a um estado-de-valor reclamado e a ser realizado através de sua transformação em Direito Positivo. Opera, assim, o sujeito como executor de normas absolutas: é o que ocorre ao legislador, quando proclama uma lei que também é formação de Direito puro. Seu efeito tem alcance social, sem, no entanto, ter como objeto direto o comportamento de pessoas.

Ao lado desta possibilidade, pode também ocorrer que seja o Direito Positivo completamente indiferente ao Direito puro, transformando em Direito apenas o que é desejado por alguns indivíduos.

Necessário verificar agora quem é o sujeito capaz de realizar tais atos espontâneos – atos legislativos. *“Un acte spontané est un libre agir spirituel, et nous appelons “personne” le sujet d'un tel agir... Nous avons dit de l'État que'il est souverain, ce qui signifie que'il lui-même l'acteur de son droit”*<sup>49</sup> Para que isto seja possível é necessário que o Estado, enquanto comunidade, ao mesmo tempo, seja sujeito e objeto do direito em vigor. Somente um grupo de indivíduos livres pode declarar sua soberania e seu domínio de autoridade, formando o Estado. Porém, o Estado não se restringe à comunidade anteriormente estabelecida.

A atividade do Estado não se esgota no ato de legislar, utilizado pela autora apenas para iluminar a relação entre Direito e Estado. Para tanto, utiliza E. Stein a diferença entre determinação e comandos ou ordens – a mesma de A. Reinach. As

---

48. STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 64.

49. STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 67/68.

determinações são dirigidas a todos os membros submetidos à esfera de domínio estatal buscando em relação à uma certa pessoa tal conduta. Entre a determinação e comportamento da pessoa que a reconhece e cumpre está o Direito Positivo.

Para o Estado, porém, os atos sociais apresentados como ordens são importantes, mas exigem complementação de outros tipos de atos – as determinações: No entanto, a determinação deve servir de guia dos comportamentos possíveis, ser visar efetivamente à específica conduta humana. Por esta razão, não é o direito obrigatório. No entanto, sendo a ordem ato alheio-pessoal, deve o cidadão a quem se dirige entender, compreender e realizar o ordenado. Devem tais atos possuir, portanto publicidade. A ordem, por sua vez, de tornar tais atos públicos é dirigida não a todos mas àqueles incumbidos de tal tarefa pelo Estado.

A interpretação do conteúdo das determinações deve ficar obrigatoriamente, a cargo do Estado, ou de quem este determine, sob pena de estar soberania estatal (pela interferência legiferante de pessoa estranha ao Estado) maculada. A interpretação dada pelo Estado é conteúdo de determinação posterior à determinação interpretada. Não pode o Estado, portanto, desincumbir-se de tal tarefa. *“L'interprétation des dispositions et les décisions théoriques concernant les différents cas qui tombent dans son domaine d'application pourraient se résumer sous le titre de « jurisdiction (Rechtsprechung), opposable à la législation (Rechtssetzung) – à la promulgation originarie de dispositions ”*<sup>50</sup>

Os atos teóricos envolvidos na interpretação de uma determinação não são espontâneos no mesmo sentido dos atos legislativos. A lei que se impõe por ato isolado do legislador não é equivalente ao nosso arbítrio. É certo que o intérprete utiliza sua *espontaneidade* ao interpretar e analisar o caso concreto e as determinações em jogo. O trabalho teórico envolvido na interpretação das determinações não significa para a jurisdição estatal, um fim em si mesmo, mas sim tendo como função torna possível a aplicação do direito vigente – produção de norma jurídica individual. *“La jurisdiction ne fait pas que décider, elle declare. Ainsi elle s'adresse directement aux individus concernés et établit le contact, ce qui manque aux dispositions en tant que telles ”*<sup>51</sup>

A jurisdição, enquanto execução das determinações, pode ainda se completada por atos que, embora não lhe digam respeito, possibilitam o cumprimento de suas decisões: *“appels, avertissement, ordres adressés nominalement, menaces sanctions, punition ”*<sup>52</sup> Tais atos, juntamente com os atos legislativos e a jurisdição são englobados pela Jurisprudência (*Rechtspflege*).

Ao lado de seu poder legislativo, atua também o Estado como empreendedor, declarando guerra, colonizando outros países, desenvolvendo política econômicas, criando escolas ou instituições sociais etc. Nestes casos, age o Estado

50. STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 75.

51. STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 76.

52. STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 76.

livremente, sem necessitar de atos legislativos para tanto, através de comandos chamados de atos de governo. Tais atos são espontâneos e requerem o consentimento do comandado, razão pela qual, por dever ser o comandado livre para consentir, não pode o Estado eliminar a liberdade de alguém. Os atos de governo são, assim como os atos legislativos, objetos essenciais, e uma espécie de ato complementa o outro, enquanto instrumentos de execução.

Pode-se dizer que possui o Estado o direito de elaborar ordens. O primeiro direito, como afirmado acima, é o direito de legislar. A este direito podemos somar o direito a governar. Porém, uma vez que o próprio Estado possui tais direitos, seu ato de constituição precederia a existência do Direito, de modo que não seria o Estado legalmente constituído. No entanto, ao colocar um ato, o Estado o reivindica como seu direito: *“l'État et le droit naissent simultanément. Cela signifie: là où il y a un État, il y a aussi, selon l'idée, un droit positif, même si aucune disposition légale n'a encore été énoncée”*.<sup>53</sup>

Por tudo quanto exposto acima, E. Stein conclui que é a soberania a essência do Estado. Tal soberania advém da própria liberdade dos indivíduos que o constituem. Esta liberdade, para que o Estado exista, não deve ser atingida, e deve a soberania estatal ser reconhecida por todos. A existência do Estado é, portanto, bastante frágil, por ser mesmo fundamentada por este reconhecimento. A garantia mais forte da “sobrevivência” estatal é a comunidade existente anteriormente ao Estado e ao Direito, regulando suas relações.

Uma vez estabelecida a estrutura particular do Estado, pode-se perguntar se está ou-não o Estado destinado à realização de certos valores. Como vimos, a missão própria do Estado é a realização do Direito puro, e não simplesmente da forma do Direito, que é o Direito Positivo. O Direito puro necessita, enquanto direito justo em si mesmo, do Estado para ser reconhecido, em sua esfera de dominação, como Direito em vigor. Portanto, a idéia de Justiça guarda relação intrínseca com o Direito puro. *“Là où le droit pur s'exerce, là règne la justice”*<sup>54</sup>

A Justiça é, portanto, um predicado de valor que se pode atribuir à uma ordem jurídica em vigor e que exprime a conformidade desta ao Direito puro. Porém, não é condição *sine qua non* do Estado a realização da Justiça. Por esta razão nem sempre coincide Direito puro e Direito Positivo, podendo o Direito em vigor ser tido como injusto.

## 6. Conclusão.

Tivemos um longo percurso percorrido até aqui. Toda a complexidade desta estrutura ôntica jurídica proposta por A. Reinach foi-nos apresentada, sem antes deixar de causar certa surpresa, surpresa esta própria do momento no qual algo evidente, até então ignorado, se nos apresenta.

---

53. STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 79.

54. STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989, p. 145.

A fenomenologia do Direito de A. Reinach, refletida em sua doutrina apriorística, é uma nova proposta a problemas que já foram, de algum modo, consagrado pelo tempo, e também pelo fato de não lhes terem sido apresentadas respostas definitiva: A doutrina apriorística do Direito é, ainda, manifesto contra a idéia de um Direito Natural – e sua confusão com este – bem como, e especialmente, demonstração de sua total independência em relação ao Direito Positivo.

À época de A. Reinach, o positivismo reinava absoluto em face de todas as demais teorias acerca da natureza do Direito. O pensamento neokantista, com toda sua gama de seguidores no final do século XIX e início do século XX, propunha considerar a realidade como um processo de transformação realizado pelo pensamento que ora lhe atribuía o *status* de fato, ora lhe atribuía o *status* de valor.<sup>55</sup> Assim apresentava-se a norma jurídica como um esquema de interpretação da realidade. “( *que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui... o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica a saber, de uma interpretação normativa* ”<sup>56</sup> Para H. Kelsen, esta significação jurídica emprestada a um fato por uma norma jurídica, por sua vez, é fundamentada em uma outra norma, e assim por diante, até se alcançar a norma fundamental, que concentra toda a validade da ordem jurídica.

No entanto, o pensamento positivista guiado por esta visão neokantiana do direito não responde a muitas das questões concernentes à ciência jurídica especialmente no que toca à existência de objetos que trazem em sua própria essência algo que nos permita *a priori* classificá-los como jurídicos. “*Mas será verdade que os diversos modos em que se nos apresentam as coisas da natureza inanimada, a vida orgânica, as sensações e vivências anímicas, as obras do espírito ou o comportamento significativo de uma pessoa, assentam apenas numa diferente maneira de conceber do observador? Não se fundamentarão já, pelo contrário, ou não estarão já pré conformados, no próprio modo de ser, na própria estrutura “objectiva” desses dados?*”<sup>55</sup>

É neste cenário filosófico que surge a Escola Fenomenológica de E. Husserl e sua busca pela essência das coisas, do ser enquanto o que ele é. Através da intuição – que é a ferramenta própria do pensamento filosófico – pode-se alcançar que a simples percepção não alcança. Assim, o conhecimento supera os limites do mundo natural, alcançando o que existe essencialmente. Estas essências são objetos *priori*, munidos do caráter de necessidade e universalidade.

55. LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian 1974, p.138/139.

56. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 4/5.

57. LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian 1974, p. 138.

A despeito de apenas E. Husserl ter sido capaz de desenvolver plenamente o método fenomenológico, muitos de seus discípulos aplicaram-no nos mais diversos campos do conhecimento. Assim, A. Reinach foi o único autor a, satisfatoriamente, se utilizar da fenomenologia para um estudo da ciência jurídica e seus objetos.

O Direito, para A. Reinach, não se restringe aos diversos ordenamentos jurídico-positivos em vigor. Na verdade, o Direito, assim como a matemática e a geometria, ultrapassa essa realidade fática limitada pelo Direito Positivo, visto que existem objetos jurídicos independentes de todo e qualquer Direito Positivo, melhor, de todo e qualquer mundo natural. Tais objetos jurídicos existem ainda que nada mais existisse, e são válidos para todo mundo pensável. Isto se dá pois são estes objetos jurídicos – e suas conexões e legalidades – essências, assim como o são os números para a ciência matemática.

A maior parte das ordens jurídicas reconhece que a promessa é fonte de pretensões e obrigações. Qual a razão de tal fenômeno? Além do mundo real, tal fenômeno jurídico se dá pois *essencialmente* a promessa é fonte de direitos e obrigações – ainda que o Direito Positivo assim não determinasse. Por outro lado, pela própria essência dos atos sociais envolvidos, não é possível que haja a cessão de pretensões (direitos relativos), dado sua natureza estritamente pessoal, embora o Direito Positivo assim admita.

Esta independência de todo e qualquer Direito Positivo não encerra a validade do Direito apriorístico. Com efeito, o Direito Positivo apenas “forja” certas realidades através de determinações. Estas realidades criadas pelo Direito Positivo existem apenas enquanto perdurar sua determinação/norma jurídica criadora. O mesmo não ocorre com o Direito apriorístico: este é marcado pela intemporalidade, pelo seu caráter de proposição universalmente válida e necessariamente verificável. “*As figuras jurídicas que Reinach tem em mente existem numa relação com determinadas pessoas, e numa determinada época. As suas formas estruturais, porém, têm um ser extratemporal e são portanto necessariamente anteriores ao Direito positivo enquanto tal*”<sup>58</sup>

Tais objetos jurídicos apriorísticos devem ser apreendidos pelo legislador através da intuição e transformados em Direito Positivo, aproximando, assim, o Direito Positivo (ciência de fatos) do Direito apriorístico (ciência de essências). Não deve, no entanto, servir-se o juiz do Direito apriorístico, visto ser o Direito Positivo, no limite estabelecido por sua vigência, soberano.

O Direito apriorístico, embora eterno e imutável, não deve ser confundido com o Direito Natural, em qualquer de suas correntes. O Direito apriorístico têm caráter lógico, como a matemática e a geometria – e outras ciências puras, não tendo qualquer relação com a moral. Seus conceitos não têm significação moral; pelo contrário, sua superioridade em relação ao Direito Positivo é filosófica, assim como são as ciências

---

58. LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1974, p. 140

de essência superiores – embora independentes – em relação às ciências de fatos, uma vez existirem essências independentemente da realidade fática.

Pelo contrário, o Direito apriorístico existiria ainda que contra toda a moral existente. Não é a moral que possibilita sua existência, mas sim sua essência, que não permite que sejam as coisas de outro modo.

Por esta razão, não estabelece A. Reinach qualquer relação entre Direito apriorístico e Justiça. Mais uma vez, uma sutil diferença separa o Direito apriorístico das teorias jusnaturalistas: encontra o primeiro sua força na própria filosofia, em sua essência, no fato de não poder ser de outra forma. A Justiça, porém, encontra-se sempre ligada à moral, que não intemporal. No entanto, em E. Stein – e seu pensamento fortemente influenciado por sua convicção religiosa – encontramos o Direito puro como cerne da Justiça realizada em um Estado. Ainda assim, não adquire o conceito de Justiça contornos morais, significando apenas certo valor atribuído ao Estado – como Estado *justo* – que reconhece como Direito Positivo o Direito puro.

Não podemos nos esquivar ao enfoque totalmente revolucionário dado ao Direito por A. Reinach. Embora não tenha esclarecido totalmente a relação entre Direito apriorístico e Direito Positivo, a proposta de A. Reinach vai totalmente contra o confortável pensamento positivista. Confortável enquanto conivente de certa forma com ordens jurídicas, cuja validade repousa sobre a força, e não sobre a legitimidade própria do Direito. “*Mas essa é a vantagem dos tiranos – impor pelo medo tudo o que dizem e fazem*”.<sup>59</sup>

Enquanto ciência dotada de conceitos jurídicos puros, o Direito encontraria, enfim, sua própria natureza e fundamento. Estaria o Direito repousado na filosofia que misteriosamente permite o acesso de seres limitados ao infinito, através do conhecimento, e teria como função primordial regular relações humanas de acordo com a própria natureza dos atos praticados – nem mais, nem menos.

Podemos afirmar que somente através da fenomenologia pode-se admitir a existência da filosofia, sem restringi-la a recapitulações de momentos historicamente relevantes para o pensamento humano. E, admitindo a existência da filosofia, nos moldes do pensado por A. Reinach, tem-se o Direito apriorístico, superior e indiferente às necessidades humanas, válido para todos e para ninguém.

São Paulo, agosto de 2002.

#### Bibliografia.

BITTAR, Carlos Alberto, *Os direitos da personalidade*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.

FLUSSER, Villem, *Língua e realidade*, São Paulo, Herder, 1963.

FRANÇA, Rubens Limongi, *Direitos privados da personalidade*, RT 567.

---

59. SÓFOCLES, *Antígona*, São Paulo, Paz e Terra, 1999, p. 24.



HUSSERL, Edmund, *A ideia da fenomenologia*, Lisboa, 70, 2000.

\_\_\_\_\_, *Doutrina do Direito*, São Paulo, Cone, 1993.

\_\_\_\_\_, Edmund, *Pure phenomenology, its method and its fields of investigation*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1981.

\_\_\_\_\_, *Ideas relativas a una fenomenologia pura y una filosofia fenomenologica*, Cidade do México, Fondo de Cultura Económiza, 1997.

KANT, Immanuel, *Crítica da razão pura*, Rio de Janeiro, Ediouro.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian0, 1974.

REINACH, Adolph, *Fundamentos apriorísticos del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1934.

SÓFOCLES, *Antígona*, São Paulo, Paz e Terra, 1999.

STEIN, Edith, *De l'Etat*, Fribourg, Les Éditions Universitaires, 1989.

\_\_\_\_\_, *Eine Untersuchung über den Staat*, Tübingen, Max Niemeyer, 1970.



# **TRABALHOS ACADÊMICOS**



## O DIREITO ANTROPOLÓGICO

*Pablo de Camargo Cerdeira*

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

### Resumo:

Este texto versa sobre o Direito antropológico, uma das teorias do Direito pertencente à chamada corrente do culturalismo jurídico. Foca-se, entretanto, nas diferenças entre elas, algumas fundamentais como, por exemplo, na determinação do objeto da ciência jurídica.

### Abstract:

This text is about the anthropological law, one of the theories of the law belonging to the called law culturalism. It is focused, however, in the differences among them, some of them fundamentals, as, for instance, in the determination of the object of the law science.

**Unitermos:** Antropologia; Direito pressuposto; Filosofia do Direito; teorias do Direito.

*\* que é Direito? Em que se funda ou se legitima o Direito? Qual o sentido da história do Direito?*<sup>1</sup>

A flexão sobre tais questões, comumente subvalorizadas por boa parte dos acadêmicos de Direito, é vital para que se teça um correto raciocínio acerca de muitos dos maiores problemas jurídicos enfrentados pelos profissionais da área, qualquer que seja sua especialização. É a partir das respostas às questões anteriores, que variarão de acordo com a teoria adotada, que se saberá responder com maior propriedade questões que versem sobre, por exemplo, os conflitos de leis no espaço, tão em voga nos tempos de globalização; ou, ainda, os problemas enfrentados quando dos estudos sobre a fonte de que emana a força de qualquer dos princípios administrativos, como o princípio da legalidade ou da publicidade. As aplicações das teorias do Direito, dos aspectos filosóficos sobre este, não apenas cabem em praticamente todas as questões jurídicas, mas, além, são também basilares na estruturação das buscas por respostas.

---

\* N. R.: "A composição do texto como ele aqui se apresenta, iniciando-se no meio de uma frase, sem conclusão e terminando com a introdução, sem o término da frase final, não constitui erro de edição. É, sim, estilo adotado pelo autor."

1. *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, 24 ed., Saraiva, 1998.

## II. O Direito antropológico.

Neste texto trataremos da fundamentação cultural do Direito, teoria que chamaremos de Direito antropológico ou Direito pressuposto – esta última denominação originada diretamente dos ensinamentos do professor Eros Roberto Grau<sup>2</sup>. Aqui, Direito antropológico será tratado como sinônimo de Direito pressuposto. Adotaremos um nome diferente do escolhido pelo professor Eros Grau com a finalidade de tornar mais clara a ligação existente entre a cultura e o direito, sem qualquer crítica ao termo por ele adotado.

É, entretanto, fundamental que se note desde já que existem diversas teorias denominadas do “Direito cultural”, e que a Teoria do Direito pressuposto não se confunde com as demais por uma série de razões, expostas todas no momento devido. Assim, quando falarmos sobre o Direito cultural - em sentido estrito, note-se, no singular - não estamos falando de Direito antropológico, mas, se falarmos de “direitos culturais” aí estaremos abrangendo tanto as teorias do Direito cultural como a Teoria do Direito pressuposto ou antropológico.

O Direito antropológico e o Direito cultural ainda em sentido estrito - são espécies do gênero direitos culturais -, aqui em sentido largo.

Também é base para este estudo os ensinamentos de Friederich von Savigny. O jurista alemão, responsável pela fundação da Escola Histórica do Direito, foi ferrenho defensor da origem cultural deste. Sua posição, entretanto, carregava forte base política vez que, naquela época, a Alemanha passava por um momento peculiar, com parte dos juristas apoiando a adoção do Código de Napoleão na íntegra, o que iria contra uma série de costumes enraizados nos estados que compunham a nova Confederação pós Congresso de Viena.

Antes de entrarmos no aspecto eminentemente jurídico, onde veremos as diferenças entre os tipos de direitos culturais, é de fundamental importância que se explique o que se entende por Antropologia e, conseqüentemente, por Direito antropológico.

## III. O estudo antropológico.

O estudo antropológico tem como objeto o “*instrumental superorgânico do homem*”<sup>3</sup> ou seja, sua cultura. É dentro desse instrumental que, segundo nossa posição, se encontra o Direito, tal qual a linguagem, a física, a economia, a música e todos os demais conhecimentos não instintivos do ser humano.

Desde há tempos, os estudiosos das ciências sociais buscam entender onde, como e quando ocorreu a diferenciação entre o *Homo Sapiens* e os demais animais. Tais estudos iniciaram-se já com Platão, com a definição de homem como um animal

---

2. *Direito Posto e Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996.

3. A. KROEBER, *O superorgânico* in Donald Pierson, *Estudos de organização social*, São Paulo, Livraria Martins, 1949.

racional, ou com Aristóteles, que o define como um animal político. Mas apenas por volta do final do século XVII, quando do *Ensaio acerca do entendimento humano*, de John Locke, realizado em 1690 e, posteriormente, com o trabalho de Jean-Jacques Rousseau, intitulado *Discurso sobre a origem e o estabelecimento da desigualdade entre os homens*, de 1775, é que se iniciam os estudos científicos sobre o que posteriormente seria chamado de cultura<sup>4</sup>. Aquele primeiro trabalho coloca o homem como *uma caixa vazia por ocasião do nascimento, dotada apenas de capacidade ilimitada de obter conhecimento*. Para Locke, nem mesmo a moral é inerente ao ser humano, tudo é fruto de seu aprendizado e construção. No mesmo sentido Rousseau, quando fixa no seu trabalho que a transição entre o homem e os pongídeos<sup>5</sup> se deu quando aquele passou a utilizar-se da educação, do ensino. Tal dedução partiu da observação de que muitos dos pongídeos têm capacidade de aprendizado similar à de uma criança humana, o que já bastaria para que eles tivessem, teoricamente, capacidade de evolução para algo parecido com o ser humano. Entretanto, diferentemente dos homens, que ensinam seus filhos, os macacos, mesmo os mais evoluídos, começam seu aprendizado praticamente “do zero”, ou seja, a eles não é oferecida a possibilidade de aprender sem experimentar, como o que os homens adultos proporcionam às suas crianças; todos os filhotes dos chimpanzés, por exemplo, só atingem um grau de conhecimento similar ao dos adultos de sua espécie quando também na fase adulta, apenas após ter vivido as experiências necessárias para a construção daquele instrumental. Já com os homens essa evolução é diferente. E é nesse ponto que Rousseau se apóia: justamente por ter capacidade de ensinar é que o homem se diferenciou dos demais; a cada geração o ser humano tem à disposição, a um custo-trabalho baixíssimo, uma série de informações que foram extremamente custosas aos seus antepassados.

Mas a determinação do objeto da antropologia tem seu marco inicial com Edward Tylor, em finais do século XIX, no seu *Primitive Culture*<sup>6</sup>. Foi ele quem criou o termo *cultura* (culture), formulado a partir do alemão *Kultur* – que originalmente versava sobre os aspectos imateriais, espirituais do conhecimento humano – e do *Civilization* francês – que tem como acepção as realizações materiais do homem. Cultura é, portanto, segundo Tylor, todo o rol de conhecimentos que o homem carrega, seja material ou imaterial, seja físico ou espiritual; é, enfim, tudo o que o homem tem de diferente para com os demais animais. Cultura para ele é, em última instância, a educação, a história, a economia, a língua, a música, a religião, as máquinas, as invenções, e tudo o mais que se avizinha do exposto e que os animais não têm, por mais distintas que possam parecer.

---

4. R. de B. LARAIA, *Cultura – Um conceito antropológico*, 14ª ed., Rio de Janeiro, 2001.

5. Dicionário Aurélio (resumido): “Pongídeos (S. m. pl. Zool.) Família que abrange os grandes macacos, e que compreende o gorila e o chimpanzé da África, e o orangotango e os gibões da Ásia. Todos os membros desta família são capazes de postura semipedal, têm polegar e primeiro pododáctilo que tendem a ser oponentes, polegar reduzido, são destituídos de cauda, e são cutarrinos.”

6. E. TYLOR, *Primitive Culture*, Londres, John Mursay & Co., 1958.

A origem do termo “cultura”, entretanto, é controversa. Alguns advogam a favor de uma origem latina, não sendo, portanto, uma criação de Tylor. É bem verdade que Cícero já a utilizava em seus textos como, por exemplo, quando se referia ao trato da terra para cultivo como sendo a *cultura agri*<sup>7</sup>. O fato é que, mesmo o termo não sendo uma criação recente, foi apenas com Tylor que ele passou a ser tomado cientificamente. Ou seja, mesmo que existisse um termo cultura anterior, proveniente do latim, não era o mesmo termo “cultura” que se utilizava para determinar o objeto da ciência chamada Antropologia. Adotaremos neste trabalho, portanto, o conceito de “cultura como todo o instrumental do homem que não é fruto de seus instintos”, como os arrolados acima.

Voltemos, pois, a Tylor: este, influenciado pelo darwinismo, classificava o homem de acordo com sua *evolução cultural* em uma única linha, toda reta, ou seja, baseava-se no unilinearismo. As populações européias representavam um dos extremos, a civilização; já os que não tinha essa cultura estavam abaixo dos europeus e acabaram por receber de Tylor o título de bárbaros; por fim, na outra ponta, os povos de nível cultural “mais baixo” eram tidos como selvagens. Aí ele colocava os índios. Esse tipo de pensamento, entretanto, se tornou a base de muitos dos diversos etnocentrismos pós-Tylor, muitas vezes radical, como o nazismo, sendo, por isso, muito atacado. Para ele, todos os homens tinham apenas uma mesma cultura, suas diferenças eram resultado do seu grau de evolução.

Franz Boas<sup>8</sup>, quase no início do século XX, e, de forma mais aprofundada, Stocking<sup>9</sup>, já após a metade do século XX, atacaram a teoria de Tylor com muito vigor. Eles pregaram, em substituição ao unilinearismo cultural, o multilinearismo, ou seja, a não-hierarquização das diferentes culturas existentes e aceitação das diferenças criadas pelos povos como resultado de sua evolução cultural, o que foi muito bem aceito à época e que se consolidou, prevalecendo como uma “verdade científica” da Antropologia até os dias atuais. Mas como a grande maioria das verdades científicas, principalmente das ciências sociais, não é considerada absoluta e ainda enfrenta alguma resistência. Mas por ser a mais aceita teoria, é essa que seguiremos no presente estudo.

Ainda acerca da superioridade cultural de determinado grupo sobre os demais, é interessante expor o comentário crítico de Montaigne sobre os hábitos antropofágicos dos Tupinambás: *Na verdade, cada qual considera bárbaro o que não se pratica em sua terra. Estimo que é mais bárbaro comer um homem vivo do que morto. E é pior esquartejar um homem entre suplícios e tormentos e o queimar aos poucos, ou entregá-lo a cães e porcos, a pretexto de devoção e fé, como vimos ocorrer com conterrâneos. Tudo isso é interessante, mas, que diabos, essa gente não usa calças!*

Cabe aqui uma nota curiosa, dentro de parênteses: a mesma citação, frase por frase, letra por letra, é também associada à figura de Maurício de Nassau,

---

7. M. REALE, Lições Preliminares ..., vide nota 1.

8. F. BOAS. *The limitation of comparative method of Anthropology*, Science, S.N., v. 4, 1896.

9. G. W. STOCKING Jr., *Race, Culture and Evolution*, Nova York, Free Press, 1968.



quando governante do Recife. É mais provável que este último tenha proferido tal comentário quando no Nordeste brasileiro, já que chegou a conviver com índios que praticavam a antropofagia. Por outro lado, aqueles que defendem a autoria de Montaigne nos mostram até mesmo o local onde teriam sido ditas tais palavras: na cidade de Ruão, na França, para onde alguns índios Tupinambás foram levados como curiosidades de um mundo distante e não-civilizado.

Outra questão que foi e ainda é fonte de controvérsias na Antropologia é a que tange à ordem de aparecimento e evolução da cultura e do homem como ser cultural: primeiro o homem esteve preparado para a cultura e então é que passou a desenvolvê-la ou o inverso é que correspondeu à verdade? Geertz<sup>10</sup> responde a esse questionamento com os estudos realizados sobre fósseis do *Australopiteco Africano*: este tinha o cérebro com cerca de dois terços do volume do cérebro humano, mas já tinha alguma cultura elementar, inclusive com algumas regras de comportamento em seu grupo. Segundo Clifford Geertz, portanto, não existiu uma ordem de desenvolvimento linear, mas sim uma simultaneidade. E foi apenas graças a essa evolução conjunta que o homem se desenvolveu: *o aumento do córtex permitiu o desenvolvimento de tarefas mais elaboradas, e as mesmas tarefas estimularam o desenvolvimento do córtex*. Logo, a cultura é fruto do homem, mas o homem é também fruto da cultura. Existe uma relação de simbiose entre a evolução biológica do ser humano e seu desenvolvimento cultural, sem qualquer ordem de precedência ou hierarquização.

Tomados os casos mais específicos, para tornar mais claro, temos que: a música é fruto do homem, mas este só se tornou apto a desenvolvê-la de forma mais elaborada quando evoluiu musicalmente, o que ocorreu quando passou a organizar os sons de forma que se tornassem agradáveis, mesmo que rusticamente. O mesmo se deu com a economia: o homem passou a desenvolver teorias e técnicas econômicas mais complexas na mesma medida em que aplicava as teorias e técnicas mais simples, que estimulavam a criação das mais evoluídas.

Da mesma sorte o Direito. Conforme o homem se organizava socialmente também criava normas de conduta. Tais normas possibilitaram as organizações sociais mais complexas, que, por sua vez, possibilitaram o amadurecimento do Direito.

É essa a base do gênero das teorias culturais do Direito. É desse Direito cultural que falam Emil Lask e Gustav Radbruch, da Escola de Baden, este último autor do Projeto Radbruch, quando ministro da Justiça na Alemanha, que previa a reforma do sistema de política criminal – e Miguel Reale, com sua Teoria da Tridimensionalidade do Direito.

Entretanto, não é esse Direito cultural o mesmo que se pretende na Teoria do Direito antropológico. Existe uma diferença fundamental que reside justamente no fato de se colocar a existência de não um, mas diversos direitos culturais, como será explicado de forma comparativa às demais teorias.

---

10. C. GEERTZ. *A transposição para a humanidade*, in Panorama da antropologia, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1966.

## IV. Dialética ascendente.

O Direito tradicionalmente é dividido em positivo e natural, sendo o primeiro aquele que aparece nas normas jurídicas postas pelo Estado e o outro o Direito “inato” ao ser humano, que pertence à sua natureza, conforme veremos.

Ainda existem diversas outras correntes, como as não menos importantes Racionalistas ou Contratualistas – tidos como subdivisões do Direito Natural –, tendo como representantes, por exemplo, Grócio, Hobbes e Locke; ou ainda as correntes Teológicas, representada, para ilustração, por São Tomás de Aquino. Tais vertentes, entretanto, trabalham sempre com o dualismo entre o direito positivado, colocado ou pelo Estado ou por um Príncipe, por exemplo, e o não-positivado, aquele que pode ter origem na natureza humana, ou em Deus, ou, ainda, em outras fontes. Tais não serão estudados aqui, bastando para este texto, introdutório, a diferenciação, ainda que não a melhor e nem a única, pelo menos mais simples, entre Direito Positivo e Direito Natural.

## IV.a.

Por Direito Natural entende-se aquele que independe de ordenamento ou positividade, podendo ter sua origem na natureza ou essência do homem, para os gregos – que não – obstante também a vinculavam aos Deuses –, teológica para os jus-filósofos do medievo ou, ainda contratual, para os modernos. Segundo seus defensores, é um direito não-escrito, não-criado pelo Estado e nem pelos seus titulares, simplesmente existe conjuntamente à natureza do ser humano. Assim o direito à vida, à liberdade.

Comumente associado a um dote divino, desde a Grécia Antiga é aceito como obra dos deuses. Na peça *Antígone*, de Sófocles, datada de aproximadamente 450 a.C., existe uma passagem muito interessante: uma das maiores punições aos traidores dos soberanos era a proibição do sepultamento de seu cadáver. O corpo do traidor deveria ser deixado insepulto para ser devorado pelos animais. Antígone, proibida por Creonte de sepultar seu irmão Polinices o faz mesmo assim, de forma simbólica, lançando um pouco de terra sobre seu corpo. Repreendida por Creonte, ela alega que descumpriu a norma imposta pelo tirano porque esta infringia uma norma dos deuses, a que garantia o sepultamento do corpo dos mortos. Ainda, segundo Antígone, ela apenas seguia “*as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim!, e ninguém sabe desde quando vigoram!*”.

O mesmo tema volta à tona em outra obra de Sófocles, chamada *Ájax*. O personagem principal, que dá nome à peça, um grande guerreiro da Grécia Antiga, se suicida ao descobrir que praticou atos contra seu próprio exército em um acesso de insanidade. Menelau e Agamemnom prosíbem que seu meio-irmão, Teucro, realize o sepultamento do corpo, como forma de punição pelos seus atos. Mas ao final do texto, o pior inimigo de Ájax, Odisseu, é que aparece para pedir que este tenha o funeral que “*todos os homens merecem*” no que foi atendido.

Ainda sobre o Direito Natural, São Tomás de Aquino, já na Idade Média, volta a colocar certos direitos como frutos divinos, e que apenas a partir desses direitos é que o homem deveria criar as normas positivadas, escritas. Dividia as normas jurídicas em três categorias, a das Normas Eternas, as Naturais e as Humanas. Entretanto, sua teoria objetivava claramente subordinar a criação das normas jurídicas aos interesses da Igreja, sendo atacado justamente por isso nos séculos seguintes.

Mantendo o conceito de Direito Natural, entretanto sob outro foco, John Locke pregou que alguns direitos do homem são inerentes à sua natureza, como o direito à liberdade e à propriedade. Assim como é homem, é livre e pode ter propriedades, por exemplo.

Já para Hobbes, o homem em seu estado natural vivia em guerra, em um estado em que ele era seu próprio lobo. Por isso a existência de um Direito Natural que objetive a pacificação dos seres humanos que vivem em sociedade. Este conceito de Hobbes foi atacado por antropólogos, como na afirmação de Richard Leakey, que diz que o homem, como um ser cultural, não é naturalmente nem agressivo e nem pacífico. Talvez em estágios anteriores ao processo cultural o homem fosse guiado por instintos algumas vezes mais agressivos e outras vezes mais pacíficos, mas após a criação do “*superorgânico*” ver a definição de Kroeber neste texto o homem deixou de ser naturalmente predeterminado para ser culturalmente determinado. *Não somos inatamente nada*<sup>11</sup>

Mesmo as noções de Direito Natural criadas posteriormente, como as teorias de Rousseau e de Locke, não são aceitas pela Antropologia, uma vez que partem de princípios apriorísticos. O homem não parece, aos antropólogos, carregar qualquer carga de naturalismo em seu comportamento após certa idade. Até mesmo os instintos são sobrepostos pelo “comportamento cultural”

Para os seguidores das teorias do Direito cultural, a conhecida Escola Clássica do Direito não encontra fundamentos que a sustente. O Direito, para eles, deve ser entendido como fruto do conhecimento, da “cultura” do homem.

#### IV.b.

O positivismo jurídico, que dispensa maiores apresentações, conseguiu preencher uma série de lacunas deixadas pelo Direito Natural, mas se deparou com alguns pontos que não pôde responder sem fazer algum tipo de concessão. Alguns abaixo:

Como justificar a existência de “sensos comuns” de Direito entre povos distintos, sem aparentemente qualquer ligação? E de onde emana o poder das normas materiais senão de um Direito Natural do homem?

Kelsen, da Escola de Viena, e opositor da Escola Clássica do Direito, esboçou uma explicação com seu conceito de norma fundamental pressuposta. Segundo

---

11. R. LEAKEY. *Estado - A Evolução da Humanidade*, Melhoramentos, São Paulo, 1982.

ele, a norma fundamental provém de uma Constituição “*produzida através do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos globais*”<sup>12</sup> Além disso, a norma fundamental pressuposta deve figurar na premissa maior de um silogismo em que não se pode determinar a pessoa de onde emana o poder da norma, ou seja, a norma fundamental não emana de ninguém ou de nada especificamente. Existe, e isso foi levantado por uma série de críticos, na afirmação kelseniana, uma tautologia, já que esta não se presta a provar a existência da norma fundamental, apenas a utiliza como justificativa para a legalidade em seu positivismo. O uso da expressão “termos globais” também compromete esse entendimento para os adeptos da teoria antropológica do Direito, na medida em que generaliza a norma fundamental a todo o globo, a todos os homens. O conceito de norma fundamental de Kelsen também não explica como alguns direitos tidos como fundamentais a alguns povos não o são para outros. Mesmo que utilizando o termo “costume” Kelsen não admite a existência de diversas normas fundamentais. Esta é única a todos os homens. O referido conceito kelseniano figuraria, portanto, muito mais próximo do Direito Natural do que do Direito Positivo propriamente dito, não fosse seu objetivo a construção de uma ciência pura do Direito. Ele, portanto, não estava interessado em justificar absolutamente todas as situações jurídicas, mas ocupava-se de evitar que a ciência jurídica se valesse de deliberações de outras ciências, não sendo, portanto, totalmente autônoma.

Segundo o Direito pressuposto existe uma resposta para a questão acima, que agora buscaremos clarear de forma bem sucinta. Como fruto cultural, o Direito ladeia a língua, a economia e os demais conhecimentos do homem. É parte de um todo social complexo, portanto dependente dos demais produtos do ser humano. Assim, não há que se falar em Direito Natural como algo transcendental, ou em norma fundamental com validade global; fale-se, sim, de direitos culturais, de noções intrínsecas a cada cultura e, conseqüentemente, jamais de um Direito único. As normas humanas, mesmo as fundamentais, só existem quando criadas e desejadas por aquele grupo cultural – ou continente cultural, segundo o professor Miguel Reale – e não há a necessidade de se pensar em normas divinas ou normas fundamentais dando o necessário suporte: basta a vontade daqueles que as criaram, aqueles mesmos a quem elas se destinam.

O Direito antropológico nos serve muito bem para explicar o que os conceitos anteriores, naturalistas ou positivistas, não faziam. Tome-se como exemplo a questão levantada acima sobre a razão que leva alguns povos a terem certos direitos por fundamentais e outros assim não os considerarem. Segundo o Direito pressuposto isso ocorre porque os princípios dos dois ordenamentos são distintos, vez que emanam de culturas distintas. Não existe relação maior entre os direitos do que existe entre as culturas dos povos. Apenas na mesma medida em que aquelas são similares poderão os direitos – direitos no plural mesmo – serem coincidentes, inclusos aqui os seus princípios.

---

12. H. KELSEN. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1984.

VI. A contemplação da *theoria* - a relação entre o Direito pressuposto e a antropologia.

Diz-se pacificadora uma nova tese científica quando esta consegue sanar os conflitos decorrentes do não-entendimento entre doutrinadores de teses não-consoantes. Assim foi considerada a Antropologia, pelo menos em certos aspectos, quando conseguiu explicar uma série de indagações que as gerações anteriores a ela não vislumbravam responder.

Um exemplo. Segundo Heródoto, um rei egípcio resolveu elaborar um experimento em busca da “língua natural” dos homens. Para isso, isolou um grupo de crianças e apenas as trouxe de volta ao convívio social após crescidas. Para sua surpresa, a única expressão que emitiam era algo semelhante aos cabrejos; isso se deu porque tiveram como companhia, durante o período de seu desenvolvimento, apenas cabras.

Restou claro, após o desenvolvimento da Antropologia, que o homem não tem uma língua natural por uma série de razões, sanando as dúvidas que suscitavam conflitos entre as teorias anteriores.

Segundo Kroeber<sup>13</sup>, o homem desenvolveu um ferramental próprio, chamado cultura, que o permite ir além dos limites biológicos, como voar, negociar e organizar-se social e juridicamente; por isso é o homem “*superorgânico*”. É superorgânico porque não depende mais unicamente de seu organismo, ou seja, da natureza, para sobreviver; é capaz de, em vez de aguardar alguns milhares de anos para se adaptar a um ambiente frio, por exemplo, fazer um lar, mesmo que de gelo, e viver dentro dele aquecido sem precisar daquela pelagem extensa ou de uma vasta camada de gordura sob a pele, como o que ocorre com os demais animais polares.

Esse ferramental não se transfere biologicamente mas apenas através dos símbolos e das línguas. Com essa explicação tornou-se possível a definição do objetivo da Antropologia, elaborado por Geertz<sup>14</sup>: *tentar conciliar a unidade biológica humana com sua diversidade cultural*.

O conflito que afligia o antigo rei egípcio foi então apaziguado: o homem, apesar de sua natureza comum, sustenta-se sobre culturas diferentes, não existindo uma “cultura natural” dos seres humanos.

No mesmo sentido, o Direito pressuposto pode também ser considerado pacificador. A primeira grande dedução que se pode extrair dessa noção é que não existe superioridade entre os diferentes direitos. Da mesma forma que o unilinearismo hierárquico de Tylor é hoje ultrapassado, assim também o é qualquer busca por um Direito mais desenvolvido em relação aos demais. Cada ordenamento jurídico, ao menos no plano da idéias, é o melhor para aquele grupo social, pois é desenvolvido de acordo com as necessidades específicas do grupo, sejam elas econômicas, sociais, morais, religiosas ou de qualquer outra natureza. Não deve o cientista jurídico despendar suas

---

13. A. KROEBER, *O superorgânico* ... vide nota 3.

14. C. GEERTZ. *A transposição* ... vide nota \h 10 pág. \h 6.

pesquisas em busca dos princípios *do* Direito – atente para a junção da partícula *de* com o artigo *definido o* – sob pena de que nenhum resultado será alcançado.

O máximo que se pode fazer é pesquisar os princípios *de determinado* Direito, assim como se estuda a composição da música de determinado grupo social de acordo com as escalas, que podem ser diatônicas, pentatônicas ou cromáticas, mas não se estuda qual a escala musical é a correta, já que os sons pertencem à natureza e as notas musicais à cultura humana. Tais escalas vêm sendo adaptadas desde Pitágoras para que respeitem o mais possível a ordem natural dos sons, mas mesmo com a criação das escalas temperadas ou com o desenvolvimento de modernos aparelhos para a medição das frequências das ondas sonoras, jamais será possível dizer que determinada escala é mais adequada do que as outras justamente porque elas têm como base noções culturais.

Como exemplo dessa impossibilidade de se determinar conceitos culturais como sendo naturais podemos, mantendo o exemplo das escalas musicais, citar uma parte da evolução destas. Seguindo uma tendência cultural *de matematização* das notas, com a descoberta dos logaritmos tornou-se possível “fechar” as escalas musicais, o que levou à criação das escalas temperadas ou cromáticas. Baseados em tal ferramental surgiram diversos estudos sobre a forma matemático-natural das músicas, como os trabalhos *O Cravo Bem Temperado* e o *Tratado da harmonia reduzida a seus princípios naturais*, obras datadas de 1722 realizadas pelos “pesquisadores musicais” Bach e Rameau, respectivamente.

A música parecia, portanto, ser uma ciência acabada, que já havia encontrado a sua “equação fundamental” baseada nos “tons naturais matematizados”. Entretanto, no início do século XX, Debussy abandona a organização hierarquizante da música clássica e passa a valorizar modos mais antigos e os sistemas orientais de organização dos sons.

Apenas alguns anos após o trabalho de Debussy, volta à cena musical com grande força a busca pelos sons naturais, mas desta vez amparada não pelas descobertas matemáticas, mas sim pelos avanços tecnológicos que proporcionaram as gravações dos sons da natureza. Surgiu, assim, a música eletroacústica dos anos 40 que, ao mesmo tempo, tornava a música muito mais próxima dos sons naturais – conforme buscavam os clássicos dos anos 1700 – e fazia uma enorme revolução ao estilo de Debussy – abandonando totalmente a necessidade não-só de se ter escalas musicais como a de se ter um intérprete para as músicas.

O mais significativo de todo o exposto é que a cultura humana de cada período fez com que os estudos musicais caminhassem em sentidos diferentes. As descobertas matemáticas dos logaritmos favoreceram a música clássica e a *busca pelo natural*; as pesquisas sobre outras culturas, principalmente as mais antigas e as orientais, bem como o surgimento de um sentimento de inovação, possibilitaram a Debussy praticamente *abandonar o clássico e a natureza* e partir em busca de um *conceito posto* – por ele – de organização sonora; por fim, em nosso exemplo, as invenções tecnológicas oriundas do desenvolvimento trazido pela Segunda Guerra Mundial

permitiram aos músicos eletroacústicos uma *volta aos princípios clássicos* ao mesmo tempo que faziam uma nova ruptura. Conclui-se que a música, assim como o Direito, não tem um cerne, um bojo comum a todas as suas definições, mas depende da cultura ao seu redor.

## VII. Os direitos culturais.

Um dos autores que nos traz, contemporaneamente, a noção de Direito como um fenômeno cultural é o professor Eros Roberto Grau<sup>15</sup> que o divide em posto e pressuposto. Segundo o professor, o Direito deve ser dividido entre aquele que é pressuposto na sociedade, que faz parte da cultura daquele povo; e o Direito posto, colocado pelas leis como fruto do primeiro.

Originada no final do século XVII e desenvolvida durante o século XIX por Savigny em sua Escola Histórica do Direito, a Teoria Culturalista avançou bastante com os estudos da Escola de Baden, liderada por Emil Lask, Gustav Radbruch e com a vertente originada da Teoria da Tridimensionalidade do Direito, de Miguel Reale. Entretanto, o prisma utilizado pelo Direito antropológico é ainda um pouco diferente.

As correntes culturalistas atentaram para um importante aspecto da formação do Direito: ele é cultural. Para os culturalistas<sup>16</sup> o Direito objeto da Ciência do Direito deve estar fixado no tempo e no espaço, ou seja, culturalmente determinado. Mas, segundo tal Escola, ainda existe algo em comum entre todos os direitos, sua manifestação é que se dá de forma diferente nas culturas. Para o Direito pressuposto esse ponto comum entre os direitos, de forma isolada, não existe, apenas existem pontos comuns entre as culturas e os direitos, e estes, como parte da cultura, acabam por ter alguns aspectos similares. Uma maior distinção entre o exposto por culturalistas, como Radbruch, e o que defende o Direito poderá ser percebida abaixo, quando o Direito Internacional for o alvo de nossos estudos.

## VIII. Dialética descendente - o Direito pressuposto na prática.

No campo das pacificações trazidas pelo Direito pressuposto – quando utilizamos o termo no singular estamos fazendo referência à teoria, e não aos direitos pressupostos – uma das primeiras que se pode alicerçar é a questão da legitimidade. O fato de se considerar o Direito como linguagem cultural do homem social, ou seja, como conjunto de símbolos para a comunicação entre comunicante e comunicado, justifica a força coercitiva do Direito posto. O Direito posto só é legítimo e tem força quando é positividade do Direito pressuposto; em última instância, quando reflexo do interesse social. A força do Direito não vem, portanto, de deuses ou de normas

---

15. E. R. GRAU, *Direito Posto e Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1996.

16. M. REALE, *Teoria Tridimensional do Direito*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.

fundamentais, mas sim da vontade dos povos, ou seja, do *Volksgeist* proposto por Savigny.

É interessante notar aqui que semelhante citação já fora feita por São Tomás de Aquino quando disse que *qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza, se discordar desta já não será lei, mas corrupção da lei*. Apenas devemos notar que a derivação da natureza, para que sua citação fique de acordo com o Direito antropológico, deve fazer referência à derivação da cultura do povo e não da natureza no sentido transcendental que o termo assumia em sua obra.

Uma situação prática em que o Direito pressuposto pode servir de pacificador é a questão dos conflitos entre as fontes de Direito, principalmente entre tratados e convenções de Direito Internacional Público frente ao Direito Constitucional, óbvio, interno.

Muito se discute acerca do tema, havendo doutrinas que bradam pela supremacia da Constituição, não sendo esta revogável por tratado posterior ou anterior – ver Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicações do Direito* -, outros que dizem a questão depender da anterioridade de um ou de outro – ver Haroldo Valladão, *D.I.P.* – e os que pregam a supremacia das convenções internacionais – ver Hildebrando Accioli, *Manual de Direito Internacional Público*.

Sobre a questão acima, segundo o Direito pressuposto, considerando o Direito como um produto cultural em que o homem *cria e é criado* através dele, percebemos que as definições doutrinárias muito seguras e rígidas são as mais frágeis frente à “natureza cultural” inconstante e maleável do homem. Não se pode, assim, afirmar que os tratados se sobrepõem à Constituição ou vice-versa sem saber qual é o desejo do complexo social. Dependendo do Direito criado por aquela comunidade poderão os tratados internacionais serem aceitos com um peso maior ou menor que o da Constituição. E isso varia no espaço, no tempo e, a partir do Direito pressuposto, em mais uma dimensão, *no interior cultural-social de cada grupo*. Não bastam análises exaustivas do corpo legal positivo, isso não passará de uma análise indireta do Direito verdadeiro, que está junto à sociedade. Aqui fazemos, mais uma vez, referência aos estudos de Miguel Reale. Qualquer teoria que busque “comprovar cientificamente” que determinado Direito será o correto, ou o realmente válido, está fadada a não durar mais do que por um curto período de tempo, em um pequeno espaço e, ainda, de forma restrita ao interior cultural-social dos grandes grupos que formam o Povo de um Estado e que concordam com a teoria e a aceitam.

Nem mesmo a Constituição pode estar acima do Direito antropológico: o que ela pode é materializar determinados princípios ou interesses de determinado momento, mas deve estar sempre apta a se transformar de acordo com os interesses do grupo *a partir do qual é criada e que ajuda a criar*.

O próprio Direito Internacional pode ser discutido sob a visão do Direito antropológico. Existe alguma cultura que seja totalmente comum a todos os homens? Se existir tal parcela, ela com certeza será ínfima se comparada à diversidade cultural



humana. Da mesma forma o Direito Internacional só pode existir nas mesmas proporções em que todas as culturas tenham aspectos comuns.

De fato, o Direito Internacional ainda mantém estreitos laços para com as Leis de Talião ou o Código de Hammurabi. Ainda vigora como um dos termos mais utilizados do Direito Internacional o “direito de retaliação”. Não existe uma lei que obrigue a todos os países porque não existe uma cultura comum entre todos eles. Não se pode imaginar uma lei cogente sem que uma vontade comum dos homens a crie, segundo o Direito antropológico. Por isso, no âmbito do Direito Internacional, *a Espada se sobrepõe à Balança*; a imperatividade das normas e das decisões só existe como fruto da força dos países e não como fruto de uma cultura amplamente aceita. Ainda vale, no Direito Internacional, boa parte dos ensinamentos de Espinoza, que via na força a justificação do Direito e do Estado, só sendo inviolável o pensamento em razão de sua natural inviolabilidade<sup>17</sup>

Aqui pode ser feita nota a respeito da diferença entre a Teoria do Direito cultural de Radbruch e a apreciada pelo Direito antropológico. Segundo aquele, assim se apresenta o Direito Internacional na questão referente à Soberania:

*“Vendo as coisas através do dogma da soberania, pode dizer-se que as dificuldades e contradições que aí surgem são as mesmas que surgem nas relações entre o Estado e a Igreja, quer na teoria legal, quer na dos privilégios, em matéria de concordatas. Para cada Estado em face de todos os outros, tanto o reconhecimento por ele prestado a estes, como a promessa de cumprir qualquer contrato com eles, nunca poderão deixar de se lhe apresentar com o caráter duma concessão graciosa, outorgada por um ato jurídico unilateral. Assim, o quadro que o dogma da soberania nos pinta da vida jurídica dos Estados nas suas mútuas relações de coexistência, está longe de ser duma comunidade jurídica entre sujeitos de direitos iguais, obrigados a um recíproco reconhecimento. Assemelha-se antes ao duma arena povoada de feras. Cada uma delas pretende para si todo o espaço em volta. Mas como nenhuma pode destruir ou expulsar as outras, daí resulta que todas se vêm obrigadas a tolerarem-se mutuamente, rodando continuamente em volta umas das outras, arreganhando os dentes e rugindo”*<sup>18</sup>

Note-se – e essa é uma das diferenças entre o Direito Antropológico e o Direito Cultural – que, nos dias atuais, com o aumento da integração entre os povos e o conseqüente incremento da parcela comum da cultura, temos um acréscimo também no Direito Internacional antropológico e, portanto, legítimo. Mas ainda existe muita divergência cultural entre os povos para que se fale em um Direito Internacional amplo, com as pessoas físicas figurando como sujeitos de direito. Isso só é possível em locais onde a cultura nuclear de cada povo já se apresenta consolidada e que, portanto, a entrada de outras culturas ocorre de forma não-prejudicial, como no caso da Europa.

---

17. G. DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, tradução de Antônio José Brandão, 5º ed. traduzida, 10ª ed. italiana, Coimbra, Armênio Amado, 1979.

18. G. RADBRUCH, *Filosofia do Direito*, Coimbra, Armênio Amado, 1977.

Os países europeus já têm, cada um, sua formação cultural bem determinada, o que lhes propicia a chance de um caminhar rumo a uma cultura geral de seu povo e, conseqüentemente, à construção de um Direito comum, como está previsto para a União Européia para o ano de 2009.

Mas o Direito Internacional, de forma geral, é ainda pouco fundamentado em normas culturais. As anomalias dessa forma de Direito – que, para o Direito antropológico, não chega a ser um Direito mesmo – são inúmeras, como por exemplo, quando um Estado com força maior que os demais decide, unilateralmente, não se submeter às regras que os outros estão tentando impor e nada se pode fazer. Veja, para ilustrar, o caso do ataque gerido pela OTAN aos Bálcãs sem o consentimento do Conselho de Segurança da ONU.

Se não existe uma cultura que imponha as normas, estas não existem senão no plano das teorias que a aceitam. As normas que não decorrem do Direito ou, em última instância, da cultura, são aquelas que não produzem efeitos, são mitigadas no plano da eficácia.

Os próprios Direitos Humanos estão sujeitos aos direitos antropológicos e, por isso, dificilmente algum dia serão totalmente aceitos e respeitados. Aplica-se o mesmo raciocínio que serviu ao Direito Internacional. Apesar dos enormes esforços para que todos os povos respeitem os Direitos Humanos, é pouco provável que se convença quem foi criado fora da cultura ocidental pós-Revolução Francesa de sua importância e de seu valor, para nós, universal. Apenas com um grande movimento de imposição cultural isso seria possível. Mas nesse caso estaríamos trocando uma violência por outra: o processo de aculturação dos povos.

Mesmo que nos pareça uma violência menor retirar certos aspectos culturais de determinados grupos para que estes aceitem, por exemplo, os Direitos Humanos, para eles isso pode representar muito mais do que podemos perceber em uma primeira análise. Conforme já foi dito diversas vezes, o homem é fruto da cultura e esta fruto dele: retirar alguns aspectos da cultura de um povo significa retirar parte do próprio homem criado nela. É mesmo uma mutilação do *Volks*.

Para ilustrar esse tipo de violência, vale citar o escritor Ariano Suassuna, que coloca-se totalmente contrário ao processo de globalização, já que este tem sido feito sempre de forma unilateral. *Não existe globalização propriamente dita, não existe troca de idéias, experiências, enfim, de cultura, mas apenas a entrada, de forma brusca, de costumes dos países economicamente mais fortes sobre os menos favorecidos.* Suassuna, parafraseando idéia de Machado de Assis sobre a divisão do Brasil, chegou a dizer: *a globalização imposta pelo Brasil Oficial – aquele das grandes cidades –, está destruindo o Brasil Verdadeiro – o Brasil não-globalizado.* O mesmo vale para a imposição cultural entre países.

Assim, não sendo os direitos superiores a nenhuma cultura, haja vista que sua relação é de inserção nas culturas, enquanto todos os povos não aceitarem, em um processo que deve ser iniciado no seu interior cultural, os Direitos Humanos, estes jamais terão validade universal. Sua imposição de qualquer outra forma, além de

representar uma violência, jamais trará os resultados esperados. É preciso muita cautela quando se fala na aplicação global de qualquer Direito, seja ele humano ou nacional, para que não se cometa com a cultura jurídica o mesmo que se vem fazendo para com os demais ramos da cultura.

#### IX. O problema da Teoria do Direito pressuposto.

Já vimos uma série de razões para que as diversas escolas do Direito, como a do Direito Natural ou a do Direito Positivo, fossem consideradas, hoje, isoladamente, inadequadas. E não há motivos para que o mesmo não aconteça com o Direito pressuposto ou antropológico. Por isso já nos adiantamos e mostramos aqui um dos maiores problemas para a verificação de tal Teoria.

A Teoria do Direito pressuposto – ou antropológico –, por ser ela ao mesmo tempo cria e criadora da cultura humana, por estar no mesmo nível que os demais frutos culturais, enfrenta um paradoxo, similar àquele das duas cobras que estão se devorando uma a cauda da outra: supondo ser uma verdade absoluta que o Direito é fruto cultural, se determinada cultura estabelecer que o Direito não pertence à cultura – pode dizer, por exemplo, que ele é natural –, ele então não será pertencente à cultura, mesmo que para que isso se torne verdade, para que o dizer jurídico tenha força, o Direito precise pertencer à ela.

Como em toda ciência, principalmente nas humanas, dificilmente uma teoria será eterna. Se o paradoxo acima for problema bastante para a sustentação do Direito pressuposto, então este está já está também fadado a ser, em breve, superado por mais alguma nova teoria.

Além disso, o Direito pressuposto cuida apenas do aspecto fenomenológico do Direito – que, para essa teoria é o bastante. Entretanto, aos olhos dos seguidores de outras escolas, o Direito cultural é falho ao não atentar para os aspectos lógicos e deontológicos da Filosofia do Direito, ou seja, das relações do Direito com a Moral e outras áreas afins e das relações entre seus sujeitos, bem como não se foca sobre a atuação normativa, deôntica.

Assim, face às inúmeras críticas que se pode fazer, concluímos apenas que certo estava James Joyce em seu *Finnegans Wake*:

#### I. Introdução.

Segundo Miguel Reale, é papel da Filosofia do Direito responder a essas três questões básicas O

São Paulo, outubro de 2002.



# CRISE NO DIREITO BANCÁRIO: FENÔMENO CONTRATUAL, RELAÇÃO BANCO/CLIENTE, PODER INSTITUCIONAL E PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.

*Fabrizio Pasquot Polido*

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo.

*“Entre o forte e o fraco,  
a liberdade escraviza e a lei liberta.”*

Lacordaire

## Resumo:

O objetivo básico deste trabalho é inserir alguns problemas do Direito Bancário num contexto de aperfeiçoamento e transição, como fatores de crise. A abordagem principal propugna pelo exame de alguns aspectos centrais do Direito contratual brasileiro e suas transformações, da relação Banco/cliente, os papéis assumidos e o fenômeno contratual envolvido nas práticas e operações bancárias. Do mesmo modo, o poder institucional do Banco é revelado em sua capacidade de criar normas e desenvolver contratos complexos. Finalmente, verifica-se a questão da proteção do consumidor dentro do Direito Bancário e propõe-se uma nova alocação dos contratos através da utilização de princípios existentes na sistemática brasileira da defesa do consumidor. Assim, será possível obter a construção de uma análise panorâmica sobre alguns enfoques elementares revelados pelo Direito Bancário no início do século XXI.

## Abstract:

The basic purpose of this paper is to insert some banking law matters in an improvement and transition context as crisis features. The main approach claims to an exam about central aspects of Brazilian contractual law and its changes, about Bank/client relationship and the contractual phenomenon involving banking practices and operations. In the same way, the institutional power of the Bank is exposed in its skill of creating norms and enforcing complex contracts. Finally, it refers to the problem of consumer's protection inside banking law and it recommends to a new model of contractual principles of Brazilian consumer's law system. Such case, it will be possible to build a global analysis that involves some elementary points revealed by banking law in this 21's century beginning.

---

\* Integrante do “Grupo de Monitoria e Pesquisa do Departamento de Direito Comercial da FDUSP” Monitor da Disciplina Teoria Geral do Direito Comercial. Ex-bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica-PIBIC, do CNPq, junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**Unitermos:** banco, cliente, contratos bancários, poder institucional, defesa do consumidor, princípios contratuais.

## I - Considerações Preliminares

A frase em epígrafe, reiteradamente invocada pelos juristas antigos, ilustrou, no passado, uma discussão que pôs em evidência os problemas mais comuns que a contratualística clássica apresentava. O ocasional desequilíbrio entre as partes envolvidas em determinados contratos e a crença na força da lei como único instrumento hábil para corrigir tal deformidade justificavam formalmente tal assertiva. Em decorrência dessa concepção, restou evidente uma pressão para que o próprio sistema de Direito Privado fosse reformulado em suas bases: princípios como a autonomia da vontade, *pacta sunt servanda* e relatividade dos efeitos contratuais foram, pouco a pouco, levados a um processo de mitigação, principalmente em face do sintoma de repulsa ao individualismo criado pelo liberalismo econômico.

A expressividade de um tempo dominado pela racionalização das instituições: a Família, a Escola, a Igreja, a Empresa, todos setores coadjuvantes e dependentes de mútuo relacionamento, fez com que a sociedade repensasse as práticas contratuais que contribuíssem ainda mais para um regime de desigualdades econômicas, um regime massificado, em que *igualdade de todos perante a lei* mostrava-se um axioma impraticável, quando não muito uma falácia do Direito Positivo para alimentar esperanças em torno de um sistema supostamente voltado para o privilégio da Justiça. Dentro desse quadro, não foi mais possível pensar no Direito contratual como a única e mais formidável invenção do capitalismo, porém admitir a hipótese de que novos enunciados precisavam ser criados para a reflexão da sistematicidade do próprio fenômeno jurídico, identificando uma regra como aplicável ou não a determinado problema.<sup>1</sup>

A partir daí, tanto a nova ordem de produção do mercado, baseada na especialização da economia, bem como o modelo welfarista (em que um Estado intervencionista age diretamente na esfera privada, por meio de políticas legislativas diretas), ambos em auge no Pós-Guerra<sup>2</sup>, determinaram novos contornos para o Direito

---

1. Porto Maccdo Jr., Ronaldo, *Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor*, São Paulo, Max Limonade, 1998. pp.44-45. Vale ressaltar também que isso fora uma reação contra a omissão do Direito Positivo diante dos abusos concernentes à livre contratação entre as partes, em que dois focos de poder são detectáveis, mas entre eles existe nítido desequilíbrio. Por conta disso, novos mecanismos foram sendo resgatados do passado, como, por exemplo, a cláusula *rebus sic stantibus*, do Direito Canônico, a permitir a intervenção no conteúdo dos contratos através de sentença judicial que produza os efeitos não concluídos, quando em situações de desequilíbrio das partes e superveniência de fatos econômicos prejudiciais. A propósito, ver Gomes, Orlando, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 21ª edição, 2000. p. 26

2. Tratava-se justamente do momento propício para a adoção de medidas de planejamento a priorizar a humanização das arbitrariedades do mercado de trocas, a realização de determinadas finalidades públicas e concretização de um modelo estatal de todas as classes. A propósito, Rocha Scott, Paulo Henrique, *Direito Constitucional Econômico: Estado e Normalização da Economia*, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2000. especialmente pp.54-62

contratual como, por exemplo, a crença nas medidas protetivas do interesse social e o complexo normativo do respeito à ordem pública. Criou-se o paradigma do controle social, no qual a concepção tradicional de mercado não seria causa dos contratos, vez que qualquer que fosse a forma econômica organizada pela sociedade, não poderia ela atender a escolhas meramente voluntárias, mas estar condicionada às produções em massa. Daí, por exemplo, o advento de inúmeras leis em favor da proteção do consumidor.<sup>3</sup>

Esse modelo de intervenção e controle estatal, entretanto, vem gradativamente se enfraquecendo, principalmente em face do cenário contemporâneo sustentado pela globalização econômica, revolução tecnológica e institucionalização dos conglomerados empresariais. Conquanto as relações de troca, as regras de satisfação de necessidades e os conflitos de interesses têm sido renovados em suas perspectivas, o que dá ao Direito contratual efetiva reorientação, enfrenta-se hoje um período de transição dos modelos. Dentro desse fenômeno (se assim se puder chamar), o Direito em sua unidade é colocado em questionamento, os seus paradigmas são reformulados, de modo a se conceber, para tal contexto, a denominação “crise da Pós-modernidade”<sup>4</sup> O que se vê são dúvidas pós modernas: a revolta de uma Ciência, realidade que o jurista geralmente não gosta, mas que, pelo menos, suscita, no novo milênio, indiscutível proposta de reflexão.<sup>5</sup>

Considerando que o Direito contratual é uma das principais peças dessa engrenagem atípica, os seus segmentos ficam comprometidos em sentido e extensão. Sentido porque, a cada dia, existe uma tendência para a especificação do fenômeno unitário que a contratualística outrora comportava. Hoje existem ramos com regras próprias - o fenômeno da “pulverização sistêmica”. que leva à perda da concepção de contrato, enquanto conjunto de promessas voluntárias e passa a contratos como conjunto de elementos especializados, como os administrativos, os internacionais, os de consumo e os bancários. Extensão, porque o contrato não mais atende a uma simples declaração bilateral de vontade, mas uma *fonte de interesses voltada para regulação de transações*

---

3. No Brasil o marco é a Lei 8078/90, o Código de Defesa do Consumidor, cuja implicação para a Teoria dos Contratos é bastante conclusiva. Até então, apenas o Código Comercial de 1850 e o Código Civil de 1916, produtos de uma sociedade agrícola e incipientemente industrial eram os mecanismos de regulação das práticas contratuais. A defesa do consumidor já era realidade na Europa, como em Portugal (DL n.446/85) e na Alemanha (ABG-Gesetz). cf. Coelho, Fábio Ulhôa. *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, São Paulo, Saraiva, 1994. pp. 123 e ss.

4. Claudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª edição revista, São Paulo, RT, 1998. pp. 90 e ss.) prefere não utilizar a expressão “Crise da Pós Modernidade”, porém reconhece que a sociedade contemporânea tem passado, de um modo geral, por um período de incertezas, de ruptura *Umbruch*, (segundo terminologia alemã), início de uma situação ainda não muito bem identificada. Talvez seja a desconfiança acerca da suficiência do próprio Direito para a filtragem dos problemas que a sociedade identifica no dia a dia.

5. Junqueira Azevedo, Antonio. “O Direito Pós Moderno e a Codificação”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol.94, Serviço Técnico de Imprensa, 1999. pp.3-11

*econômicas complexas e a desempenhar um papel de alocação de poder e riqueza.*<sup>6</sup> Do mesmo modo, em muitas situações, os valores nucleares que movem a contratualística revelam que as partes contratam, porque entre elas já existe um vínculo de dependência, sustentado pelas necessidades do mundo atual, além das pressões de consumismo e estabilização financeira.

Pois bem, feita essa exposição preliminar, em que se apresentou uma breve perspectiva do Direito contratual em sua transitoriedade, é provável que o sistema de Direito Bancário, tradicionalmente tido como complexo de operações técnico-jurídicas entre indivíduos: de um lado, o cliente e, de outro, a Empresa autorizada a exercer uma atividade financeira o Banco<sup>7</sup> tem sido beneficiado por todas as transformações acima mencionadas. A essência da relação Banco/cliente se altera, já que o vínculo que a encerra envolve situações determinadas por variáveis específicas, como as que serão abordadas mais a frente, de modo a revelar que a maior ou menor ligação entre os sujeitos envolvidos não se define por simples acordo de vontades e que a realidade em exame merece atenção, principalmente quando se pretender um modelo protetivo eficaz, porquanto o cliente dele precise, e de crescimento, porquanto o Banco também deste não vai se dissociar.

Através deste trabalho, a questão das relações contratuais dentro do âmbito bancário será explorada, ainda que brevemente, em torno dos sujeitos envolvidos, papéis que cumprem, de um lado a *Empresa - instituição financeira, fornecedora, intermediadora* e, de outro o *cidadão, o consumidor, o usuário*; o fenômeno contratual manifestado no Direito Bancário e seus problemas, o poder institucional do Banco e sua conexão com a difusão dos contratos, além da questão da caracterização da defesa do consumidor pelo tocante às relações bancárias e propostas para um modelo protetivo. Desse modo, longe de expor detalhadamente a dogmática dos esquemas encetados, porque isso já tem sido feito reiteradamente pela doutrina<sup>8</sup> propõe-se levar a cabo uma análise panorâmica de algumas peças do Direito Bancário, num momento em que ele se modifica profundamente, convivendo também com uma série de impasses que afetam o sistema: contradições entre normas produzidas, divergências nos tribunais, abusividade, inadimplência e altos índices de litigiosidade.<sup>9</sup>

---

6. Diante dessa perspectiva, a Empresa, o sindicato, as associações tornam-se centros produtores de normas, ditando interesses, consolidando o pólo de poder na relação contratual. Assim, todas as transações entre comerciantes e consumidores, por exemplo, criam mecanismos de satisfação de necessidades, gerando um diferencial de poder em função da própria posição do contratante no mercado, bem como de sua posição relativamente a composição de interesses, como no caso da relação banco/cliente e a de Empresa/funcionário. cf Porto Macedo Jr, Ronaldo, ob.cit., especialmente pp.51 e ss.

7. cf. Covello, Sergio. *Contratos Bancários*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1991.p.40

8. Cf.Rizzardo, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*, 4ª edição, São Paulo, RT, 1999. especialmente pp.10 e ss; Gomes, Orlando, op.cit, pp.326 e ss e Mello Casado, Marcio, *Proteção do Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*, São Paulo, RT, 2000. pp.15 e ss.; Covello, Sergio ob.cit., especialmente 43 e ss.

9. A propósito, Wald, Arnaldo. "A Patologia do Direito Bancário: causas e soluções", in *Revista de*



## II- Relações Banco/Cliente

### 1. Distinção entre papéis.

As relações bancárias, encaradas sob a égide de um complexo de operações numéricas e qualificadas num contexto técnico-jurídico que despersonaliza os sujeitos, determinam a distinção de papéis relevantes, quer no enfoque daquele que promove as relações, isto é, o Banco, quer no enfoque daquele que se utiliza das relações, o cliente. Essa abordagem é interessante para descrever o modo que a relação Banco/cliente é coordenada, sendo que tal hipótese ainda será analisada para melhor explicitar o problema em exame no presente trabalho.<sup>10</sup>

Como analisou Jean Escarra<sup>11</sup> o Banco atrai o público, exercendo nele um poder de ordem material, psicológica e moral. O maior de todos, entretanto, é sem dúvida o poder de conferir crédito, porquanto se leve em conta a confiança daqueles que recorrem à instituição. O Banco não é apenas um ente autorizado a funcionar como tal, revestido da forma que o Direito impõe, isto é, a *instituição financeira revestida de personalidade jurídica de cunho público ou privado e que tenha como atividade principal a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros ou de terceiros em moeda tradicional ou estrangeira e a custódia de valor de propriedade de terceiros* (e.g. regra do art. 17 da Lei n. 4.595/64). Ele é uma instituição dotada de poder financeiro, contratual, intermediador e de vinculação. Na medida em que todos esses focos interagem, as relações bancárias tornam-se necessárias e impõem, às partes envolvidas, compromissos múltiplos e recíprocos. Nessa perspectiva, o elemento *confiança* investe-se de singularidade, já que o cliente se vale desse atributo em relação ao Banco e vice-versa<sup>12</sup>. Desde logo o suporte à relação é um nexó não apenas jurídico, porque, se assim fosse, ter-se-ia uma justificação na contratualística tradicional, porém de uma vinculação intersubjetiva, em que as partes se completam mutuamente.

---

*Direito Bancário e Mercado de Capitais*, n.7, Ano 3, janeiro-março, São Paulo, RT, 2000, pp.36-52 e Wambier, Luiz Rodrigues. "Contratos bancários e o Código de Defesa do Consumidor", in *Revista dos Tribunais*, n.742, ano 86, São Paulo, RT, 1997. pp.57-68

10. cf. seção III *infra*.

11. *Principes de Droit Commercial*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936. pp.116. A propósito de considerar que o Banco concentre em si atributos variados, que levam o cliente à satisfação de suas necessidades e à garantia de proteção, o autor assinala: "*La qualité du personnel la façon dont il sait se faire apprécier du client, la bonne exécution du travail, ont aussi une très grande importance. La diffusion des sièges, leur bon emplacement, le luxe et le confort des installations ne sont pas à négliger; mais il ne faut pas s'exagérer leur influence: les goûts de la clientèle, à cet égard, sont assez divers*"

12. A respeito do elemento confiança, Sérgio Covello, ob.cit. p.38, analisa: "*Importa a confiança que o indivíduo inspira no tocante à honestidade, à solvabilidade, à vontade de cumprir as obrigações contraiadas; daí o rigoroso serviço de cadastramento e informações que os Bancos mantêm entre seus serviços para aquilatar essa virtudes no cliente antes de celebrar: Importa a confiança que o banco inspira na coletividade, por meio da honestidade, da solvabilidade, da segurança, sigilo nas operações e na precisão dos serviços que presta.*"

Havendo uma interdependência necessária, os elementos que compõem uma determinada relação dentro da atividade bancária distinguem-se por seus papéis. O Banco é sujeito-empresa, sujeito-fornecedor e sujeito-intermediador, vindo a exercer funções variadas: i. administração da moeda, com significado de sistematizar um crédito elástico que proporcione necessário desenvolvimento econômico; ii. mecanismo de pagamentos e transferências de fundos, em que os títulos de crédito, como os cheques, são sacados e depositados; iii. agregar poupança, no sentido de reunir recursos e disponibilizá-los para fins econômicos desejáveis, além de remunerar o poupador através de pagamento de juros e garantir-lhe a devida proteção de seu dinheiro; iv. estender o crédito, isto é, disponibilizar, sob a forma de empréstimos, o que poderá viabilizar de alguma forma a atividade do cliente, seja ela agrícola, comercial, ou industrial, além de destino a consumo próprio; v. prover serviços de corretagem, com a compra e venda de ações e vi. vender produtos, como cartão de crédito, cartão 24 horas, planos de saúde, seguros de vida, de residências e de automóveis.<sup>13</sup> Para exercer essas tarefas, os Bancos conformam-se enquanto instituições comerciais, a realizar “operações a varejo” tais como depósitos, descontos, abertura de crédito, empréstimos pessoais para consumo, prestações de serviços e de cobranças de toda a espécie, instituições de crédito industrial, como ao conceder empréstimos de longo prazo para as indústrias a fim de que elas obtenham recursos para modernização de seu maquinário e também instituições de investimentos que realizam “operações ao atacado” sob a forma de participação e financiamento a médio e longo prazo com intento de gerar suprimento de capital, quer oriundos de recursos próprios, quer de recursos tomado de terceiros (clientes ou outros Bancos).<sup>14</sup> Hoje, verificando-se que atua em muitos setores ao mesmo tempo, o Banco também não fica fora da incidência dos efeitos da globalização econômica, vindo a se remodelar em função de vários fatores, como a comunicação eletrônica, a volatilidade da moeda, a disseminação das transações internacionais<sup>15</sup>, a ampliação de um ambiente competitivo e a transição do modelo de regulação a que está submetido.<sup>16</sup>

No outro pólo da relação, existe o cliente, que é sujeito-cidadão, sujeito-consumidor e sujeito-usuário. Cidadão, enquanto destinatário de normas constitucionais, concentrando em si direitos e deveres. O conjunto de cidadãos forma um grupo social que tem expectativa à consolidação de prerrogativas, como quando na hipótese de estar tutelado pela ordem econômica, tendo em vista a livre iniciativa e a valorização do trabalho.<sup>17</sup> É também consumidor, porquanto se encontre numa cadeia de consumo,

13. Reed, Edward W e Gill, Edward K. *Bancos Comerciais e Múltiplos*, São Paulo, Makron Books, 1994. pp.3-7

14. cf. Covello, Sergio Carlos, ob.cit., especialmente pp.19-21

15. cf. Wald, Arnoldo, “A Patologia do Direito Bancário: causas e soluções”, p.43

16. cf. Salomão Filho, Calixto. “Condutas Anticoncorrenciais no Setor Bancário” In *Revista de Direito Mercantil*, n.114, ano XXXVII, abril-junho, São Paulo, Malheiros, 1999. Especialmente pp. 69 e ss; Reed, Edward W e Gill, Edward K., op.cit., pp.13 e ss.

17. Casado, Márcio Mello. *Proteção ao Consumidor de Crédito Bancário e Financeiro*, São Paulo, RT, 2000. pp.21 e ss.

enquanto utilize um bem ou serviço para si, ou para que seu padrão de vida possa ser melhorado. Por outro lado, ainda que não seja o destinatário final da cadeia de consumo, pode haver situações em que o cliente-consumidor esteja, por necessidade, desempenhando esse papel, tendo que empregar o bem ou serviço obtido para o incremento de uma atividade que desempenha.<sup>18</sup> Também é usuário, enquanto indivíduo que, condicionado pela força da mídia - rádio, televisão, revista e Internet, é induzido a contratar, vindo a adquirir novos recursos para satisfazer suas necessidades.<sup>19</sup>

A dimensão de como os elementos da relação Banco/cliente se arranjam envolve um conhecimento de seus papéis e de suas distinções e que, diante de sua particularidade, dá informações básicas para as perspectivas de um regime contratual em mudança.

## 2. Regime contratual em crise

### 2.1. Análise do fenômeno contratual bancário e suas manifestações

Sempre houve dificuldade de se admitir o Direito Bancário enquanto um ramo autônomo do Direito, principalmente por sua submissão histórico-normativa ao Direito Comercial. O que se observa geralmente, dentro da questão da pluralidade sistêmica, é a existência de uma facção do Direito Privado a prever a organização do Sistema Financeiro, regulando as atividades das instituições de crédito e sociedades financeiras. Todavia, o Direito Bancário, ao assumir correspondência à disciplina jurídica dessas entidades, acaba subjugando-se também às regras de Direito Público. Isso ocorre no tocante do Direito Administrativo, enquanto se atribui ao Banco Central, por exemplo, a tarefa de fiscalizar e supervisionar a atividade desenvolvida pelas instituições financeiras, e também pela a influência do Direito Econômico, primordialmente quando informa a tutela da livre-iniciativa, proteção da concorrência e da poupança popular. Nesse contexto, enfim, estão inseridas várias circunstâncias que, teoricamente, propugnam pela orientação sistemática do Direito Bancário, de um lado em seu arcabouço de operações jurídicas e, de outro, dos interesses coletivos e difusos a serem assegurados.<sup>20</sup>

Todavia o grande problema não é o questionamento sobre a autonomia. O tratamento do Direito Bancário dentro de regimes contratuais, que não sejam rígidos e carentes de funcionalidade, é que tem sido a grande dificuldade na boa compreensão

---

18. Efig, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, RT, 1999. pp.39

19. cf. Lima Marques, Cláudia Lima, ob.cit., pp. 53 e ss; Casado, André Mello, ob.cit., p.17

20. A propósito, ver Menezes Cordoiro, Antonio. "O Direito Bancário Privado". In *Direito Bancário: Actas do Congresso Comemorativo dos 150 anos do Banco Central de Portugal*. Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra, Coimbra Editora, 1997. pp.18 e ss.; Abrão, Nelson, *Direito Bancário*, 3ª edição, São Paulo, RT, 1996.

do tema, já que existe uma série de variáveis que implicam a dinamização dos elementos envolvidos na relação Banco/cliente. Como abordar o fenômeno contratual no âmbito bancário, quando ao jurista são apresentadas situações dotadas de complexidade, em que a simples aplicação de normas jurídicas nem sempre dá resposta satisfatória aos conflitos que ocorrem no contexto das relações travadas?

Há um bom tempo, descobriu-se que os esquemas calcados no Direito Civil e no Direito Comercial tornaram-se inadequados para o tratamento da economia de massa, não atendendo às reais situações das partes envolvidas, principalmente quando exigências sócio-econômicas, baseadas nos serviços, na informatização e flexibilização do mercado foram se intensificando.<sup>21</sup> Banco e cliente figuram nesse contexto, enquanto, de um lado, tem-se a Empresa fortalecida em seu poderio financeiro-institucional e, do outro, um indivíduo qualquer, quer ele o cidadão, quer o pequeno e médio empresário, ambos não muito bem informados e muitas vezes carentes de garantias que possam conferir, às relações contratuais estabelecidas, o tão discutível binômio “segurança-estabilidade”

Atualmente, existe um distanciamento do conceito antigo que se tinha de atividade bancária, isto é, de estar ela enquadrada na categoria de ato de comércio e regida por uma série de formas por força da natureza que assume.<sup>22</sup> A tendência generalizada confirma a preferência de os Bancos contratarem por meio de cláusulas contratuais gerais e contratos de adesão, como outrora reconhecia Orlando Gomes<sup>23</sup> principalmente porque as instituições financeiras têm necessidade de se organizarem para que suas relações jurídicas possam se travar de modo uniforme e simples com uma série indeterminada de clientes. Daí a padronização dos esquemas e cláusulas contratuais mediante fórmulas homogêneas, geralmente impressas e simplificadas. Do mesmo modo, não há lugar para a negociação individual numa lógica que leva em conta padrões gerais de comercialização, projeção de valores, simulações de cálculos complexos e análises macroeconômicas. A contratação por adesão tem sido, nesse *iter*, uma exigência de ordem prática dentro do sistema bancário, voltada para uma estimativa empresarial, pela qual a instituição financeira visa buscar a satisfação das necessidades operacionais, - como a venda de produtos, cartões e títulos de capitalização e a provisão de crédito elástico, o qual é captado do público e, mediata ou imediatamente, destinado

---

21. cf. Coelho, Fabio Ulhôa, *ob.cit.*, pp.128

22. Assim como no artigo 120 do Código Comercial de 1850, em que “*as operações de Banco serão decididas e julgadas pelas regras gerais dos contratos estabelecidos neste Código, que forem aplicáveis segundo a natureza de cada uma das transações que se operarem*”. Do mesmo modo, o regramento dado pelo Regulamento n. 737/1850, a considerar a atividade bancária como ato de comércio, como se via tradicionalmente no passado. Em analogia, o Direito francês também reputa comerciais as operações bancárias (como no art. 632 do *Code de Commerce* de 1807), nas quais, como explica Jean Escarra, *ob.cit.*, p.126 e ss., configura-se o vínculo entre o pólo comerciante- o Banco- e o não-comerciante- o cliente. Eis portanto, a visão que se tem, na maioria das vezes, quando o contrato bancário é abordado em seus pressupostos dogmáticos.

23. *ob.cit.*, especialmente pp. 324 e ss.

a atividades e negócios variados. Do outro lado, resta ao cliente aceitar, enquanto precise, tem interesse, ou requer fomentar alguma atividade que exerce, seja ela de cunho pessoal ou coletiva.<sup>24</sup>

Existe uma razão que vem acentuar a prática da adesão disseminada no contexto da relação Banco/cliente. A homogeneização das necessidades, na verdade, fruto da indução ao consumeirismo, da associação à publicidade e métodos agressivos de marketing, além da promessa de garantia de conforto após a morte e contra a incerteza das relações a serem constituídas no futuro, vem difundir a tratativa por adesão no Direito bancário. Com isso, a duração dos vínculos contratuais, (porquanto não exista apenas um, mas uma conexão deles), tende à longevidade, estendendo-se no tempo.<sup>25</sup> Os contratos bancários, em geral, inserem-se nesse esquema, já que passam a envolver feixes de obrigações que prometem qualidade e segurança, e, desse modo, adquirirão a nota de continuidade no tempo. Isso é evidente, já que a ligação fundada na necessidade se completa, seja porque o Banco (instituição, provedor e intermediador) procure a maximização de lucros e serviços, seja porque o cliente (cidadão, consumidor e usuário) esteja orientado pela segurança, pressão de consumo e garantia contra riscos. Nesse sentido, é bem provável que uma cadeia normativa é consignada entre o Banco e o cliente, e o sistema de contratação gerado vem informar um conjunto de obrigações dotadas de prestações continuadas, cuja nota essencial é prolongarem-se no tempo.

As hipóteses de relações contratuais em que isso ocorre são variadas e cada qual tem uma particularidade. A abertura de conta corrente ilustra a problemática de modo bem claro. Nela, Banco e cliente travam uma relação de “dever” e “haver”, na qual coexistem depósitos e pagamentos vinculados. Para que essa operação se maximize, quantitativamente, nas instituições bancárias, a contratação se dá pela adesão do cliente às fórmulas pré-elaboradas - pouco lidas e conhecidas -, mas que, em sua amplitude, permitem a conexão jurídica com outras espécies de operações bancárias, tais como o crédito ao consumo, pagamentos em débito automático, transferências, carteiras de títulos, constituições de garantia, além prestações acessórias como o seguro e assistência médica.<sup>26</sup> Nesse caso é visível a vinculação do cliente ao Banco, já que através de uma simples operação, qual seja, a conta corrente, é possível que uma relação complexa seja engendrada, encadeando outras operações propícias ao desenvolvimento da atividade bancária. Através de um único contrato, vários negócios são mediamente celebrados e se prolongam no tempo, de modo que o *cliente-cidadão-usuário* esteja envolvido por inúmeras prestações de ordem técnica e relacional. Um exemplo

---

24. Coelho, Fábio Ulhôa, ob.cit., pp.129 e ss; De fato, o cliente, com grande frequência, sequer lê as cláusulas impressas, principalmente pela falta de tempo, falta de informação, pela confiança que tem no banco ou porque precisa, emergencialmente, do dinheiro à mão. Ainda que discorde, pouco resultado prático conseguirá - ou aceita, ou rejeita na totalidade, já que a parcialidade não surte efeitos no campo dos contratos de adesão. Por isso, o cliente vem se submeter a uma composição de regras e não ao velho esquema da <<declaração de vontades>>. cf. Rizzardo, Arnaldo, op.cit., p.23

25. cf. Lima Marques, Cláudia, ob.cit., pp.68 e ss.

26. cf. Menezes Cordicero, Antônio, ob.cit., pp.28 e ss

interessante é a abertura de crédito, geralmente conexas à conta corrente. Tal operação, tida tradicionalmente como ativa (porque o Banco disponibiliza o crédito e o direciona para o cliente)<sup>27</sup>, atinge índices de frequência altíssimos dentro da atividade bancária, em que o tomador pode se valer de uma “programação de uso” dentro de suas necessidades, ocasiões e prazos estipulados, como maneira de evitar a perda monetária. Estando vinculada à conta corrente, o Banco tem um controle elementar da operação, -já que remete ao cliente determinada quantia a ser utilizada-. mas não pode simplesmente cortar o crédito no curso do contrato quando este tem prazo determinado, o que seria o exercício de uma condição meramente potestativa.<sup>28</sup> A situação em tela, todavia, não é tão simples quando o referencial contratual é a operação de conta corrente, geralmente sem um prazo determinado, dotada de prestações continuadas e geradoras de outras operações. A adesão feita pelo cliente implica multiplicação de prestações, ficando ele adstrito ao Banco, sem muita oportunidade de interferir nas relações jurídicas desencadeadas.

Do mesmo modo, o crédito pessoal ou individual, produto que geralmente atinge tanto o cidadão comum, quanto a classe dos profissionais liberais, é mecanismo bastante simplificado para a concessão de crédito, adquirindo a dimensão de um empréstimo para consumo. O vínculo relacional estabelecido entre as partes envolvidas é influenciado pelo consumismo<sup>29</sup> que, enquanto variável de teor econômico, determina a aproximação entre as partes e, assim, a vigência do contrato firmado se estende no tempo. Quanto maior a quantia que o Banco empresta ao cliente, maior o intervalo de tempo para a execução das prestações contratuais. Além disso, há a circunstância de que o crédito pessoal pode ser destinado ao universo empresarial, ganhando a feição dúplice de crédito comercial e crédito industrial, tendo o escopo de fomentar as atividades desenvolvidas pela Empresa, seja na aquisição de serviços, no investimento em maquinário ou na melhoria de sua atuação no mercado. Assim, um número significativo de clientes é recepcionado pelo Banco, mesmo porque, o crédito individual, além de instrumento de intermediação, é também um produto a ser comercializado pela instituição bancária, em que pesem os esforços de divulgação e

---

27. cf. Covello, Sergio Carlos, ob.cit., p.28. O funcionamento desse mecanismo contratual se dá basicamente: 1. o cliente tem para si a disponibilidade de crédito até o montante acordado. Pode ele efetuar retiradas, seja em dinheiro, seja em forma de cheque, de uma só vez, ou parceladamente. Ter a disponibilidade de crédito não importa que o cliente tenha a titularidade do mesmo; 2. Uma vez tendo aproveitado o crédito, o cliente já é proprietário e devedor e daí o fato de o banco poder cobrar juros e encargos de manutenção do serviço. 3. Tecnicamente, e havendo inadimplemento, a dívida pode ser cobrada segundo o artigo 585 do CPC, incluídos os juros, correção monetária e encargos. cf. Rizzardo, Arnaldo, ob.cit., pp. 53 e ss

28. cf. Gomes, Orlando, ob.cit.p.329

29. A respeito do binômio consumo/necessidade, Sergio Covello, ob.cit., p.42, analisa: “O crédito pessoal não raro representa um crédito de consumo. Quem solicita esse tipo de crédito ao Banco o faz porque precisa comprar objetos de sua necessidade. É o crédito típico para aquisição de bens e serviços, que hoje em dia, são de uma constância extraordinária.

investidas de marketing. A relação estabelecida em ambos os casos, quer para cidadão, quer para o empresário, orienta-se por variáveis ligadas à necessidade e à pressão de consumo, de modo que o cliente, muitas vezes, move-se pela falsa impressão de um negócio bem acabado e vantajoso, além de receber informação deficiente no que concerne às técnicas e condições do crédito objetivado, bem como desconhecimento acerca dos direitos e obrigações resultantes da utilização dessa operação.<sup>30</sup> Consequentemente, para simplificar todo procedimento dessa operação, do ponto de vista jurídico, nada mais efetivo do que a utilização do contrato de adesão, que acelera a contratação entre Banco e cliente, permitindo a homogeneização das relações criadas.

Outra situação também ilustrativa está na construção da figura do cartão de crédito, bastante singular na atividade bancária contemporânea. Desde sua invenção, nos Estados Unidos, já no início da década de 20, e curiosamente com o intuito de as grandes Empresas atraírem uma clientela de confiança para depois mantê-la como consumidora de seus produtos, o cartão de crédito permite identificar o seu portador, habilitá-lo ao crédito e atribuir-lhe o dever de pagamento posterior. Para isso, existe um feixe de contratos implícitos que revela a existência de uma relação trilateral entre o titular do cartão (cliente), o emissor (Banco) e o fornecedor (qualquer um que aceite o valor pecuniário contido no cartão em contraprestação de um bem ou serviço fornecido). Geralmente, o Banco se utiliza do expediente de um contrato de adesão que contém cláusulas de outorga de poderes para o titular escolher o fornecedor que aceitar o serviço, e assim, negociar com o fornecedor o crédito embutido no cartão. Por outro lado, o emissor é dotado de poderes mais amplos, como o de esfacelamento da prestação contida na relação gerada pelo contrato de adesão em prestações conexas, quais sejam, o financiamento a curto prazo com juros compensatórios, o débito automático em conta corrente do cliente ou a emissão de título representativo para o débito encetado.<sup>31</sup> Do mesmo modo, perfazendo a categoria de um produto comercializado pela instituição emissora, o cartão de crédito tem sido utilizado com grande frequência na atividade dos Bancos. Isso explica a vantagem de cláusulas contratuais gerais serem estabelecidas, as quais podem, otimizando as negociações, permitir que um tempo maior seja dispensado para a publicidade e aprimoramento do serviço ligado ao cartão, daí sua proliferação no mercado enquanto instrumento propulsor do consumismo e amostra de crédito simplificado.

## *2.2. Implicações práticas desencadeadas pelos contratos bancários*

Os exemplos acima revelam, a grosso modo, como as operações bancárias se comportam diante de um regime contratual que envolve as partes Banco e cliente

---

30. Stiglitz, Gabriel A. *Proteção Jurídica del Consumidor*, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, Depalma Editora, 1990. pp.55 e ss.;

31. Abrão, Nelson, ob.cit., pp.122 e ss.; Efig, Antônio Carlos. ob.cit.,p.134

em uma série indefinida de situações que explicitam necessidade, vinculação intersubjetiva e consumismo. Justificado o mecanismo de que a instituição bancária pode se valer, a tarefa de isolar os fenômenos criados exige uma análise de como se comportam os resultados práticos dos negócios estabelecidos, isto é, quais as consequências comuns às relações jurídicas firmadas.

O mesmo problema no Direito português, por exemplo, ilustra bem o que acontece com a experiência contratual no âmbito bancário. Tem sido muito freqüente que o Banco elabore suas próprias cláusulas contratuais gerais, padronizando-as dentro de um setor exclusivo da economia por ele dominado. Tal situação vem trazendo, nas últimas décadas, como analisa Oliveira Ascensão<sup>32</sup> um certo “desconforto jurídico” no que concerne resolver especificadamente cada questão em que a relação Banco/cliente se manifesta, vez que, se não remeter o jurista ao puro casuismo, impede que uma disciplina geral sobre o problema, dentro do sistema de Direito Bancário, seja criada. Isso requer, na maioria das vezes, a aplicação de regras gerais aos contratos de adesão estabelecidos pelos Bancos, abundantes de “cláusulas de surpresa”, tais como as que são redigidas de modo a não permitir conexão com a matéria disposta no instrumento contratual, levando o cliente a um fato inesperado, como a aquisição de um produto novo, além de cláusulas proibidas, as quais vêm atribuir ao Banco a decisão unilateral sobre as obrigações a serem adimplidas pelo cliente, principalmente quando não se for possível excluir as variações fundadas em índices objetivos de correção monetária. Ao faltar uma disciplina especial para ser aplicada aos contratos bancários, grande é probabilidade de aplicação das próprias cláusulas predispostas pelo Banco ou entidade financeira em cada caso concreto. Nesse sentido, entre as partes resta uma distância significativa, em que não há interferências, nem participações definidas, principalmente por parte daqueles que utilizam os serviços bancários.

Do mesmo modo no Brasil a fragilidade dos contratos ora firmados para dar aporte às operações bancárias desponta como prova concreta de um caos instrumental que afeta imediatamente a ligação entre Banco e cliente. Particularmente tem-se assistido a uma completa ausência de efetividade, quando não muito, fraqueza sistêmica: situações envolvendo contratos leoninos, ilegíveis, impossíveis de serem cumpridos, revestidos de custos exagerados, aleatoriamente cobrados mediante débito em conta corrente, ou ainda a cobrança indiferenciada de juros rotativos no cartão de crédito sem notificação ao cliente. Essa pequena amostra reflete negativamente na eficiência do sistema de Direito Bancário e ataca a racionalidade da ligação relacional (conforme suscitado anteriormente, decorrência de variáveis ligadas à necessidade, pressão de consumo e métodos de publicidade agressivos). O cliente não pode simplesmente deixar de contar com o que o Banco lhe proporciona, daí a grande dificuldade residir no fato de que aquele, enquanto cidadão e usuário, está vinculado às operações, que este, enquanto

---

32. cf. Oliveira Ascensão, José. “Cláusulas contratuais abusivas nos serviços bancários e financeiros” In *Revista Forense*, vol.347, julho-setembro, Rio de Janeiro, Forensc, 1999. pp.130 e ss.



uma instituição indispensável à vida econômica da sociedade, utiliza-se para exercer suas atividades. Parece um dilema, portanto.<sup>33</sup>

A questão dos juros inseridos nos contratos bancários também exemplifica o impasse desencadeado. A sua estruturação decorre de uma exigência de ordem econômica, cujas conseqüências também importam para os instrumentos que o Direito ora apresenta para minimizar os resultados prejudiciais. Nem sempre, os juros são *a recompensa que aquele indivíduo (que tem dinheiro no momento) recebe do tomador, como forma de ser remunerado pelo sacrifício que fez ao abrir mão de um bem que poderia ser utilizado para outro fim*.<sup>34</sup> O mútuo, por exemplo, - quando informa um crédito para consumo, crédito pessoal, financiamento e outras operações ativas da atividade bancária-, leva junto de si a cobrança de juros e comissão de permanência (juros compensatórios ou retributivos) desde o momento em que o Banco dispõe ao cliente o dinheiro negociado. Ocorre, porém, que esses juros não são regulados pela Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33), diploma que veda a fixação de juros acima da estipulação legal de 6% ao ano, mas pela Lei n. 4.595/64, a qual prescreve a competência do Conselho Monetário Nacional para limitar, na medida do necessário, a taxa de juros das operações e serviços bancários. Essa orientação é reforçada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, através da Súmula n.596, reiterou a inaplicabilidade da Lei de Usura às taxas de juros e outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Muitas vezes, os contratos bancários, frente a esse contexto, carregam consigo juros superiores a 12% ao ano, já que, na prática, o Conselho Monetário Nacional não limita, conforme seria sua competência, nem fixa, diante de exigências protetivas, uma taxa legal. Nas épocas de desvalorização da moeda, os juros reais oscilam e, para que a estabilidade seja alcançada, principalmente em um sistema fragilizado, o Governo propõe uma série de políticas econômicas que mantêm os juros em níveis elevados. Nesse momento, as implicações no mundo do Direito são preocupantes, já que essa oscilação de juros desestabiliza as operações bancárias, enfraquecendo os vínculos entre Banco e cliente.<sup>35</sup> Em se tratando de um contrato de adesão utilizado pelo Banco, em que as cláusulas estão já formuladas e fixas, a oscilação dos juros reais da economia passa a elemento

---

33. A propósito, ver Wambier, Luiz R., ob.cit, pp.58 c ss; A esse respeito também, Menezes Cordeiro, ob.cit., p.31, esclarece: "*Muito mais ponderosa é a quebra da relação bancária complexa: o cliente, ainda que inadimplente, temerá, antes do mais, o corte do crédito*". Isso é bem provável, já que, nessas circunstâncias, o indivíduo que contratou com o Banco o fez porque precisava de recursos para arcar com outras obrigações, ou ainda, se empresário, fomentar a atividade que desenvolve. Daí a manutenção de uma relação que lhe permita satisfazer determinadas necessidades

34. Nóbrega, Mailson e Loyola, Gustavo. "A Caderneta de Poupança e o Código de Defesa do Consumidor". In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n.6, ano 2, setembro-dezembro, São Paulo, RT, 1999. pp. 260 c ss.

35. A respeito, ver Abrão, Nelson, ob.cit., p.72; Covello, Sérgio, ob.cit., pp.72 c ss; Wald, Arnoldo. "O Poder Monetário e suas repercussões no Direito Previdenciário e Bancário" In *Revista de Direito Administrativo*, n.181/182, julho-dezembro, Rio de Janeiro, Renovar, 1990. pp.46 c ss

gerador de litigiosidade entre as partes envolvidas no contrato, trazendo prejuízos substanciais<sup>36</sup> Tendo isso como ponto de instabilidade, o aumento da inadimplência fecha o círculo vicioso apostado à relação Banco/cliente, porquanto no Judiciário se discute, inexoravelmente, os impasses gerados pela capitalização de juros, execução de cheques especiais, variação cambial, financiamento imobiliário e operações de *leasing*.<sup>37</sup> A partir daí, surge a problemática concernente ao “auto-sacrifício”: quanto maior a inadimplência, maior a fragilização do sistema de Direito Bancário, operando-se uma inevitável transferência de custos, do cliente inadimplente para o cliente envolvido em obrigações já constituídas e para aquele que vier a constituir obrigações no futuro.

Algumas situações de abusividade também vêm afetar a relação Banco/cliente, principalmente quando os contratos bancários carregam consigo as chamadas “cláusulas-mandato”, como aquelas que outorgam ao Banco o poder de designar, para o cliente, um procurador investido de faculdades especiais, como a de emissão de títulos cambiários destinados a lastrear a cobrança de um débito eventual. Isso se manifesta explicitamente, tanto no caso de um mútuo com fim de crédito para consumo, como quando o Banco confere à Empresa administradora de cartão de crédito o poder de emitir títulos cambiais que representem o saldo devedor do cliente, titular do cartão. Esse tipo de comportamento é lesivo à própria ordem bancária, gerando litígios desnecessários e que agridem ainda mais o funcionamento do sistema.<sup>38</sup> Em outros casos, também, é bastante comum a utilização de cláusulas que vedam a participação do cliente em tratativas relacionadas a determinados contratos, como o de conta corrente e financiamento a longo prazo, quando ele poderia optar pela forma mais interessante de desenvolvimento da operação e não ter de se submeter a determinado serviço acessório como o débito automático, poupança vinculada e outros do mesmo teor.<sup>39</sup> Mais uma vez, fica claro como a inserção de uma cláusula como esta, proibitiva de conduta do cliente, impõe a fragilidade às relações estabelecidas. A atuação contratual do Banco, nestes casos, reforça, justamente, a posição dominante que ele assume enquanto criador unilateral de situações estanques, da quais o cliente apenas participa enquanto destinatário de prestações incertas.

Uma outra situação curiosa é revelada pelo comportamento do cliente em contratos bancários de abertura de crédito em conta corrente e a respectiva resposta

---

36. cf. Rizzardo, Arnaldo, *ob.cit.*, p.67

37. cf. Wald, Arnaldo, “Patologia do Direito Bancário: causas e soluções”, *ob.cit.*, p.43.

38. A respeito disso, existem mecanismos legais que vêm proteger o cliente, como já na Europa prevêm as Diretivas n. 87/102 de 1986 da CE, coibindo notas promissórias e letras de câmbio emitidas para prestar garantia do crédito ao consumo, e a Súmula n.60 do STJ, que estabelece a nulidade da obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste. Sobre esse assunto, De Lucca, Newton. *Direito do Consumidor: Aspectos práticos*, São Paulo, RT, 1995. pp.122 e ss.

39. cf. Stiglitz, Gabriel A., *ob.cit.*, p.85

da jurisprudência. Em muitos casos, o cliente restitui uma quantia superior do que realmente utilizou do montante oferecido pelo Banco na operação em questão. Paga-se a mais porque se acredita na infalibilidade da instituição financeira e de seus serviços, sendo certo que, em algum momento, o Banco irá compensar o valor pago. Ou ainda, porque o cliente geralmente pretende evitar ajuizamento de ação de cobrança, atos de protesto, enfim, para não ser oportunado. Nesse sentido, e tendo notado que o valor pago a mais não foi compensado, vem pedir em juízo a repetição do pagamento. Os tribunais, sem compreender a razão pela qual o cliente foi levado a tal comportamento, aplicam os princípios de erro de direito, em sentido de excessiva literalidade. O cliente, então, perde a pretensão de reaver o que pagou a mais, além dos juros que haviam sido deduzidos do pagamento outrora efetuado.<sup>40</sup> Com efeito, por essa circunstância, o enfoque do problema expõe a atuação da jurisprudência no sentido de propiciar a manutenção da fragilidade de contratos como este, compreendidas, também, em outras hipóteses, como crédito para consumo, lançamento de débito em conta de depósito, pagamento de cartão de crédito em conta corrente e muitas outras operações de que o cliente vai se utilizar. Nelas, certamente, ele estará numa posição de desvantagem, pouco protegido, principalmente quando evidente que os tribunais insistem em dar respostas fundadas em remédios jurídicos tradicionais.

Estas foram algumas observações concernentes aos problemas que, de um modo geral, afetam a relação Banco/cliente em sua funcionalidade, confirmando que, em muitos casos, as situações negociais encetadas estão destituídas de segurança e de participação efetiva, além de revelarem que o poder contratual está *a priori* concentrado em uma das partes. Nas linhas que se seguem, esta última observação será explorada brevemente, sendo consideradas as razões que a informam dentro da institucionalização do Banco-Empresa.

### III Poder Institucional do Banco e Contratação

#### *1. O Banco reconhecido em seu poder institucional. Quadro estrutural de inserção do Banco na sociedade contemporânea.*

No exercício de sua atividade, o Banco confere aporte jurídico a várias operações que desenvolve, de modo a coordenar a relação Banco/cliente em sua dinâmica própria. Assim como já observado, tantos podem ser os contratos firmados entre as partes envolvidas nessa relação quanto maior a necessidade em jogo, a pressão de consumo e a vinculação intersubjetiva. Não existe um “curso de vontades” apontado para um fim colimado, porém uma diretiva que ordena a conformação das relações estabelecidas entre as partes em questão e que, por sua natureza, suscita problemas variados.

Nesse sentido, como visualizar as relações entre Banco e cliente, quando aquele apresenta um novo sentido, quer no tocante da alocação do crédito, quer na

---

40. Rizzardo, Arnaldo, ob.cit., pp.66-67

multiplicação de contratos, situação em que a instituição financeira toma para si o condão de criar verdadeiras normas jurídicas?

De todas as características assumidas pelo Banco, o poder institucional de que ele se reveste é substrato nuclear para que, dia a dia, novas relações sejam criadas e extintas, ou, se já existentes, mantidas e aprimoradas. Esse poder institucional, que faz do Banco-Empresa um agente social reconhecidamente indispensável à economia, hábil para captação de recursos e para destinação dos mesmos, é responsável pela dimensão dos vínculos mantidos com os clientes. Nesses vínculos, tradicionalmente, a função da instituição financeira é centralizar a oferta e procura de capitais, ora retirando, ora colocando-os nas mãos daqueles que sabem como tornar produtíveis os recursos e, também, nas mãos daqueles que não sabem como empregá-los eficientemente.<sup>41</sup>

Entretanto, dentro de qualquer contexto sócio-econômico em que as riquezas convergem para pontos específicos, tamanho é o poderio de uma instituição financeira que, caso não seja bem utilizado, acaba por propiciar um quadro mal-acabado de relações com seus usuários. Eis a razão pela qual, freqüentemente, a fragilidade estrutural nessas relações se consubstancia, notada sempre que a distância entre Banco e cliente é demarcada, tanto pelo domínio de técnicas que levem à preponderância da instituição bancária, quanto por atender às demandas de uma sociedade de consumo.<sup>42</sup>

Para que se chegue ao quadro atual de inserção do Banco no mundo contemporâneo, no qual ele tem conquistado um espaço especial por dirigir a relação Banco/cliente, intermediando crédito, ofertando produtos e serviços e atendendo às expectativas de consumo, vários estágios se alternaram, de modo que, ao passar dos anos, houve um fortalecimento de sua presença na sociedade.

A institucionalização do Banco é fato notável na história, como quando em 1782 os EUA inauguraram sua primeira casa bancária, antes mesmo da adoção de

---

41 cf. Carvalho de Mendonça, José Xavier. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, 3ª edição, v. VI, Livro IV, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939. especialmente pp. 18 e ss. Assim também, curiosamente, a Bíblia Sagrada traz passagens sobre um sentido para a função do Banco, como o de dar utilidade aos recursos em geral, enquanto estejam nas mãos das pessoas, saibam elas ou não como empregá-los. De fato é o que se observa na *Parábola dos Dez Talentos* (Mateus, 25.14-30), sobre o homem que entregou seus bens a três servos, e um deles enterrou o dinheiro recebido. Posteriormente foi repreendido pelo seu senhor, que o advertiu para que tivesse entregado o dinheiro aos banqueiros e daí obter os juros do bem guardado. Também algo parecido ocorre na *Parábola dos Dez Servos e das Dez Minas* (Lucas 19.11-27), em que um homem pede aos seus servos para negociar as dez minas, e um deles esconde a recebida num lenço, sendo advertido pelo seu senhor por não a ter deixado para os banqueiros, os quais a fariam render juros.

42. Não-somente em relação aos usuários tal problema acontece, mas também dentro do setor do mercado em que o Banco atua. A esse respeito, Calixto Salomão Filho, ob.cit., pp.67 e ss., adverte para a utilização estratégica do poder financeiro, por exemplo, a fim de enfrentar guerras de preços, suportar períodos clásticos, níveis de preços inferiores aos custos, enfim, quaisquer outras práticas que permitam eliminar concorrentes no mercado.

uma Constituição. Modernamente, o Banco alcançou o *status* de centro das finanças modernas, buscando para si um ambiente competitivo, centralizador de serviços, canalizador de recursos e envolvido por um sistema jurídico particular, em que a presença do Estado se tem minimizado: da intervenção para o controle.<sup>43</sup>

No Brasil, a história também selou o poderio dos Bancos, principalmente porque, criada em 1808 a primeira instituição bancária, quando o país ainda era sustentado por uma economia eminentemente agrária, calcada em uma estrutura social paternalista, a eles foi atribuído, indiretamente, o papel de incentivo ao “capitalismo financeiro nacional”, primitivamente, através de operações de depósitos e emissão de títulos cambiais, a exemplo do que ocorria, há muito tempo, na Europa. Dava-se início ao período em que o Estado passa a intervir no funcionamento do sistema financeiro, editando normas para tutela do crédito e estímulo ao funcionamento da atividade bancária.<sup>44</sup> Foi exatamente com a edição da Lei n. 4.595/64, a impor um sistema financeiro tipicamente brasileiro, que se desencadeou um processo contínuo de fortalecimento do Banco. No caso brasileiro, curiosamente, os Bancos obtiveram muitos recursos por pouco investimento, além da possibilidade de expansão através de agências por todo o território nacional. O papel do Estado, nesse sentido, foi fundamental para justificar esse aparente paradoxo, além do que explica o êxito alcançado, no passado, por muitas instituições financeiras.<sup>45</sup>

Todavia, essa oportunidade histórica não tem mais lugar na atualidade, já que a globalização econômica, encurtando distâncias e concentrando atividades nas mãos de poucos agentes, fez com que o Banco passasse por etapas de transição: de um estágio a contar com o Estado para socorrê-lo, principalmente em situações emergenciais, para um estágio de sobrevivência. Há vezes, também, em que convive com medidas anticoncorrenciais, quando o Governo, acidentalmente, por alguns de seus regulamentos, cria situações embaraçosas para a saúde das instituições financeiras.<sup>46</sup>

Na Europa, por exemplo, o setor bancário passou por transformações substanciais, inserido num mercado unificado, com estratégias reformuladas, tanto em nível local quanto regional. A realidade calcada no Direito comunitário permitiu a diminuição da concorrência, fato que desafia as instituições do setor, principalmente porque a tendência observada é a formação de conglomerados empresariais. O fenômeno de concentração também tem ocorrido no Brasil, em resposta ao processo de fusões e aquisições realizadas, basicamente, ao longo da década de 90. Em 1998, o número de estabelecimentos caía de 246 para 203 e os dez maiores Bancos do País detinham 70% dos ativos totais do mercado. Tal situação até hoje tem sido contínua, em que pese o

---

43. cf. Reced, Edward W. e Gill, Edward K, ob.cit., pp.18 e ss.

44. cf. Covello, Sérgio, ob.cit., pp.17 e ss.

45. Abrão, Nelson, ob.cit., pp.10 e ss.;

46. Reced, Edward W. e Gill, Edward K, ob.cit., pp.19 e ss; e Salomão Filho, Calixto, ob.cit., p.69.

processo de concentração comportar-se como uma constante.<sup>47</sup> Nos EUA também houve tendência para que a concentração ocorresse, porém o fenômeno nunca foi novidade. Acontece desde o Pós Guerra, como o fortalecimento das grandes corporações. Hoje o cenário norte-americano enfrenta um período de transição entre a regulamentação e desregulamentação do setor bancário, principalmente por que o governo está inserido num dilema: atar a movimentação da economia em sua dinâmica à proteção da poupança do público investidor. Ainda não se chegou a uma resposta para a abertura do setor ou um controle maciço.<sup>48</sup>

Hoje, também, no que concerne à organização da instituição financeira, há destaque para a moldagem ao Banco Múltiplo, fruto da racionalização dos conglomerados empresariais financeiros. Redirecionando custos e investimentos dentro da economia, a instituição bancária vai se aproveitar do encaixe perfeito ao regime da “empresa flexibilizada”. em moda no cenário nacional, para, cada vez mais, livrar-se de organogramas e atingir níveis de produtividade que julga adequados, o que lhe embute a necessidade de contratar em massa. Assim, as antigas “instituições mercantis” fundamentalmente calcadas na intermediação do crédito passam à lógica empresarial, em que fornecimento de serviços e satisfação de necessidades constituem-se novas peças da organização financeira. O Banco-Empresa ocupa, portanto, uma posição de destaque na sociedade contemporânea, mais especificamente num momento em que o Estado vai saindo de cena. Logra, com isso, o caráter de “instituição total”.<sup>49</sup>

O retrospecto histórico feito até aqui mostra como o Banco ajustou-se no cenário da modernidade, alcançando novos perfis. As informações até aqui examinadas serão úteis para complementar o estudo de como a individualidade da instituição financeira no mundo de hoje pode orientar a relação Banco/cliente, sob o aspecto de uma habilidade que promove a contratação em massa, envolvida, assim, por uma racionalidade própria.

## 2. A instituição bancária enquanto produtor normativo e sujeito centralizador do poder contratual.

---

47. Assim, Orsi, Ricardo Vicira. “A Transformação do Papel do Estado frente a Crise Bancária na União Européia.” In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v.7, ano 3, janeiro-março, São Paulo, RT, 2000. pp. 69-102. O dilema europeu consiste em preservar a saúde das instituições financeiras e do sistema bancário, sem o comprometimento da ordem jurídica comunitária, o que implica a edição de muitas diretivas para tentar apaziguar o problema; No que toca o problema brasileiro, ver Gardinali, Geraldo. “Discutindo a livre concorrência no Setor Bancário”. In *Atas do Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário*, São Paulo/Brasília, CADE-ASBACE, 1999, pp. 401 e ss. Sobre os números atuais dos Bancos, até final de 2000, as instituições poderão chegar à casa dos 190 e o número de agências, 16,2 milhões no País todo. cf. *Brasil em Exame*, suplemento da Edição 727 da Revista Exame, agosto/2000. pp.108 e ss

48. cf. Reed, Edward W. e Gill, Edward K., ob.cit., pp.299 e ss.

49. Assim, Wald, Arnoldo. “Banco Múltiplo”. In *Revista de Direito Mercantil*, n.64, ano XXV, outubro-dezembro, São Paulo, RT, 1986, pp.9 e ss; e Barbosa, Livia, *O Novo Papel da Empresa*, Revista Exame, edição 737, ano 35, Editora Abril, 2001. p.109

O Banco, dentro da perspectiva da globalização econômica, além de integrar-se a um espaço peculiar na sociedade, vem assumir papel importante na produção do Direito, principalmente pela saída do Estado do contexto tradicional, em que este vai aos poucos perdendo o monopólio da produção normativa. Assim, em face das lacunas entre um Estado-Nação e um Estado-gestor, o Banco fomenta seu próprio poderio normativo, atuando dentro de um setor específico da sociedade no qual se prevê não somente a alocação do crédito, mas também o fortalecimento de uma entidade especialíssima na dinâmica do processo de criação de normas. Estas normas dão margem de cobertura para as operações que são encetadas na atividade bancária, e aí, a grande variedade de contratos que são “fabricados” pelos Bancos, como um das decorrências desse poder normativo alcançado.

Com efeito, essa habilidade do Banco em promover contratos em massa tem seu espaço dentro da experiência das corporações financeiras. Estas, como analisa José Eduardo Faria<sup>50</sup>, estão inseridas no fenômeno do pluralismo jurídico, onde criam complexas redes normativas, firmam tratativas negociais em escala mundial, com regras próprias, buscam auto-resolução de conflitos, formam uma cultura normativa imanente e regulamentam as operações técnicas desenvolvidas. O que ocorre com o Banco é a manifestação de um poder próprio, decorrente da sua institucionalização na sociedade moderna, na qual ele certamente contaria com um lugar garantido dentro do fenômeno da “hipercomplexidade”<sup>51</sup> contexto este descrito pela multiplicidade das fontes do Direito, de valores e de juízos sociais justapostos uns aos outros, e em que cada instituição da sociedade clama por normas especiais para si, como se tal propósito fosse dar fim aos problemas estruturais que ali incidem.

Dáí se segue que, na falta de regimes especiais e oficiais, o Banco vem se tornar centro difusor de contratos, tal qual uma máquina a operar, de números a normas, a fim de estabelecer situações, vincular comportamentos, definir padrões e sancionar o descumprimento de regras pré-estabelecidas, culminando num impasse: de um lado conhecer as necessidades atuais e futuras dos clientes, e aí propor-lhes uma solução já pronta; de outro, a exigência de garantias para que as obrigações constituídas venham ser adimplidas, de modo a priorizar a solvência da instituição. Com efeito, no desenvolvimento de seu intento empresarial, o Banco vem trazer diversos instrumentos para articular os pólos desse impasse, desde quando detém o domínio de tecnologias informacionais até o momento em que conta com um ótimo corpo de advogados que se empenha em flexibilizar a apreciação dos litígios por meio de arbitragem e transações informais.

Neste cenário, todavia, contratos complexos são criados, sucessiva e aleatoriamente. O cliente apenas ingressa nas expectativas, principalmente sob vários aspectos, como pela unilateralidade, quando os atos se concluem por simples assinatura

---

50. *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 2000. pp.157 e ss.

51. Sobre o fenômeno da hipercomplexidade, ver Junqueira de Azevedo, Antonio. “O Direito pós-Moderno e a Codificação”, *ob.cit.*, pp.4 e ss.

de cartas, dispensando a regra da proposta e aceitação, tradicionalmente apensa à autonomia da vontade; pela rapidez, porquanto todas as relações constituídas se dêem indefinidamente, sem que o Banco tenha que dar muita atenção para um cliente apenas, já que muitos outros devem ser captados através de outros contratos; e pela desmaterialização, quando do aporte da Informática para o fechamento dos acordos, em que a impessoalidade é nota fundamental, o que leva à diminuição dos laços de fidelidade e confiança entre as partes, além da delegação de serviços para outras entidades, como ocorre no tocante das administradoras de cartão de crédito.<sup>52</sup> Assim também, e detendo um *know-how* próprio, o Banco vincula o cliente em seu patrimônio, faz proliferar contratos embasados nas necessidades, em torno de situações muitas vezes propícias a que isso ocorra, como a eventual estabilidade financeira de um país e a criatividade das medidas e investidas de marketing para o convencimento do cliente de que ele “realmente” precisa de um dado serviço oferecido pela instituição bancária.

De tudo isso, a relação Banco/cliente vem se travar em torno de um vínculo intersubjetivo, manifestado-se em grau de complexidade por força de todo aquele aparato que deixa o Banco-Empresa numa situação muito mais favorável. Este internaliza o cliente na organização bancária e, assim, pode estabelecer os contratos que sustentam as operações numéricas desenvolvidas, de modo que os serviços sejam sempre minuciosamente disciplinados a fim de que os usuários não tenham muito que questionar, bastando a integração nos esquemas que lhe são apresentados.

#### *IV Proteção do Consumidor no Âmbito no Direito Bancário*

##### *1. Problemas estruturais. Como operar as peças Banco/Cliente no Sistema do Código de Defesa do Consumidor.*

Como se foi observado em linhas anteriores, é possível conceber que o contexto das relações Banco/cliente vem se tornando, dia a dia, redefinido em sua funcionalidade. Primeiro numa perspectiva em que as partes envolvidas são desprovidas de um controle equânime da estrutura dos contratos concluídos. Segundo porque entre elas existe uma distância de ordem institucional. Ambos fatores têm dado margem para que, muito freqüentemente, os mecanismos do sistema nacional de defesa do consumidor sejam invocados, enquanto aporte jurídico para solução dos problemas dentro do âmbito do Direito Bancário.

Freqüentemente, existe um impasse quanto à admissão ou não do Direito do consumidor no plano dos contratos bancários. A esse respeito, o dissenso jurisprudencial consubstanciado no Direito brasileiro conduz os conflitos protagonizados entre a instituição bancária e os seus usuários à incerteza e seletividade no tocante às decisões proferidas. Com efeito, esse fenômeno é bastante visível em cada parte do

---

52. cf. Menezes Cordeiro, Antônio, *ob.cit.*, p.31; e Reed, Edward W e Gill, Edward L, *ob.cit.*, p.20 c ss.



País, refletindo diferentes mentalidades sobre a vida e dinâmica do Direito, prova cabal do maior ou menor grau de conhecimento a respeito do tema, da ausência de criticidade e falta de percepção das mudanças sistêmicas.<sup>53</sup>

Por essa razão, dentre outras que apareçam, vale fazer uma retrospectiva sobre a defesa do consumidor e o seu relacionamento com o Direito Bancário, a fim de observar os problemas de entrelaçamento das matérias e enquadramento de conceitos.

A matéria sobre Direito de consumo foi inserida no plano constitucional brasileiro, em 1988, enquanto peça de um modelo principiológico welfarista, consoante a promessa de o Estado-gestor tutelar situações de manifesto desequilíbrio econômico entre os cidadãos, intervindo por meio de mecanismos corretores. Concebido em caráter de norma programática, vem o art. 5º, inciso XXXII, enunciar: "*O Estado promoverá, na força da Lei, a defesa do consumidor*", o que de certo modo veio a ser atendido pela Lei n. 8.078/90- Código de Defesa do Consumidor, marco de mudança no sistema de Direito contratual. Não obstante a essa previsão fundamental, a Constituição de 1988 apresentou a defesa do consumidor no rol dos princípios da ordem econômica (art 170, V) e, conforme analisa Fábio Konder Comparato<sup>54</sup> vem integrá-la num plano de hierarquia semelhante ao da prerrogativa de livre concorrência, livre iniciativa e liberdade da Empresa. Assim, o caráter constitucional da defesa do consumidor alcança inequívoca singularidade, daí o que a torna baliza para uma série de situações jurídicas do cotidiano, em que, constantemente, negócios de massa são travados entre os cidadãos.

A aplicação do Direito do Consumidor não poderia ficar adstrita ao plano dos negócios de consumo, principalmente porque o cenário da economia de massa e dos contratos celebrados por meio de adesão ou cláusulas contratuais gerais, como as que existem no âmbito da relação Banco/cliente, impõe uma nova flexibilidade sistêmica. Uma vez admitido o complexo normativo do regime trazido à baila pela Lei n. 8.078/90, é possível chegar a duas linhas conclusivas: i. propugnar pela tentativa de superação dos problemas concernentes à correspondência entre o sistema financeiro nacional e o sistema de defesa do consumidor, encarando, quando possível, a relação Banco/cliente em sua faceta fornecedor/consumidor,<sup>55</sup> e ii. conceber as normas

---

53. Veja, por exemplo, o trecho transcrito da decisão proferida no Tribunal de Justiça do Mato Grosso: "*As normas contidas no CDC não se aplicam às operações de empréstimo feitas pela instituição financeira, pois o banco e o cliente não se enquadram nas definições de fornecedor, prestador de serviço e de consumidor contidas na lei*". (Ap 22.145-13/02/97: *Revista dos Tribunais*, ano 86, v.744, São Paulo, RT, 1997). De modo diverso, veio o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro propor: "*Em princípio cumpre observar que a atividade da instituição financeira equipara-se a serviço, nos moldes do parágrafo 2º do art. 3º do CDC e que há, portanto, uma relação de consumo entre o banco e o cliente, nada impedindo que o julgador proceda ao exame das cláusulas contratadas, especialmente àquelas que estipularem taxas abusivas ou ilegais, à luz do art. 51, IV, do CDC, atentando-se a característica do contrato de adesão e à vulnerabilidade do contratante*" (Apel. 196.227.468.-12/03/97: *Revista dos Trbiunias*, v. 744)

54. "A Proteção do Consumidor na Constituição Brasileira de 1988". In *Revista de Direito Mercantil*, n.80, Ano XXIX, outubro-dezembro, São Paulo RT, 1990.pp.66-75

55. Almeida Salles, Marcos Paulo, *O Consumidor e o Sistema Financeiro: Um comentário da Lei 8.078/90*, São Paulo, Editora Acadêmica, 1991. pp. 8 c ss.

constitucionais e do Código de Defesa do Consumidor enquanto peças de um microsistema a regular a própria contratualística brasileira<sup>56</sup>

Dentro do universo das relações de consumo, e inferindo-se pela aplicação das normas de Direito do Consumidor ao âmbito do Direito Bancário, a instituição financeira pode assumir a posição de prestadora de serviços, dispondo a seus clientes uma série de produtos. O Banco-Empresa-intermediadora torna-se igualmente Empresa-fornecedora e o cliente-cidadão, poupador e usuário, é cidadão-consumidor.

A dificuldade de se delimitar as posições encetadas pelo Banco e cliente no contexto das relações assumidas no campo das atividades financeiras e transportá-las ao âmbito do Direito do Consumidor tem fomentado alguma discussão. Em algumas hipóteses, é possível enquadrar os sujeitos das relações bancárias nos conceitos fornecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, fazendo-se a conexão Banco à posição de fornecedor e cliente à posição de consumidor. Mas, como fazer essa ponte quando observada a tradicional essência da atividade bancária, vista por J. X. Carvalho de Mendonça,<sup>57</sup> como a intromissão entre o que o Banco dispõe de capital e o quanto deste o cliente precisa, binômio do recebimento e concentração de capitais, aptos a serem sistematicamente distribuídos por meio de operações de crédito?

Semelhante ao que ocorre na Europa<sup>58</sup> a atividade bancária, em determinadas situações, adquire o caráter de serviço, em resposta a que, não obstante suas limitações, o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor pretende<sup>59</sup>. Essa idéia tem sido muito discutida, já que os litígios levados aos tribunais, envolvendo atividades financeiras e securitárias, desviam-se para a incidência de esquemas calcados na legislação e práticas comerciais, o que nem sempre pacifica os problemas suscitados.<sup>60</sup> Somente em alguns casos, como a cobrança, a venda de seguros, o

56. Assim, Lobo, Paulo Luiz Netto, ob.cit., pp. 243 c ss; e Coelho, Fábio Ulhôa, ob.cit, p.130.

57. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol.VI, Livro IV, p.14.

58. Assim, Rivitti, Maria Augusta da Matta. "O Conceito de Consumidor e o Direito Bancário no Direito Comparado". In *Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais*, n.6, ano 2, setembro-dezembro, São Paulo, RT, 1999. pp.283 c ss.

59. Uma das questões colocadas em exame a cada jurisprudência construída no país, ao tratar da relação Direito de Consumo/ Direito Bancário, levanta os problemas da definição atribuída a serviço, enquanto toda atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relação de caráter trabalhista. O alcance do referido artigo, na maioria das vezes, é invocado para dar soluções aos conflitos apresentados em juízo, mas nem sempre proporciona uma resposta satisfatória no tocante à proteção das partes realmente envolvidas em prejuízo efetivo. cf. Wambier, Luis Rodrigues, ob. cit. p.58

60. cf. Efig, Antônio Carlos, ob.cit., p.52. Com feito, a questão tem sido levantada há anos na doutrina, como, por exemplo, resumida no entendimento de Luís Gastão Paes de Barros Leães ("As Relações de Consumo e o Crédito ao Consumidor". In *Revista de Direito Mercantil*, n.82, ano XXX, abril-junho, São Paulo, RT,1991, pp13-23), que assim analisa: "Não tem a lei intenção de determinar a absorção, à legislação e proteção do consumidor, de todo e qualquer serviço de crédito de ou de financiamento, ou ainda seguros, mas apenas àqueles relacionados com o mercado de consumo, ou seja, com o mercado vinculado à venda em massa, de bens ao público consumidor"

recebimento de contas, impostos ou taxas, e a transferência de valores é que são considerados serviços prestados, já que, tecnicamente, a atividade ordinária de intermediação realizada pelas instituições bancárias, como ocorre no caso da poupança, não oferece um produto a consumo.<sup>61</sup>

Outras figuras, no entanto, muito mais frequentes no cotidiano do Banco, como as concernentes à concessão de crédito ao cliente, têm trazido discussões à problemática da aplicação do Direito do Consumidor. Poderá ser o crédito objeto de consumo dentro da perspectiva do Direito Bancário? A resposta é afirmativa se for possível argumentar a correspondência expressa entre negócios bancários e relações de consumo, daí conceber o crédito enquanto bem jurídico consumível.<sup>62</sup> Na hipótese de o Banco conferir o crédito para consumo - em que o cliente, pessoa física ou jurídica, é destinatário final, é possível a aplicação das normas de direito do consumidor. Tal idéia vem sendo consignada na distinção feita por Nelson Nery Júnior<sup>63</sup>, em que o autor reconhece haver relação de consumo quando há outorga de dinheiro para que o devedor o utilize como destinatário final, daí a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, caso o cliente tome dinheiro do Banco para repassá-lo não será destinatário final e, portanto, a relação de consumo, analiticamente enfocada, fica descaracterizada.

Com efeito, se o cliente utiliza o crédito, objeto de um mútuo celebrado entre ele e o Banco, para a finalidade de adquirir bens e serviços oferecidos no mercado, é bem provável que a relação estabelecida esteja compreendida no plano da defesa do consumidor. Nos EUA, por exemplo, a figura do *consumer credit* ganhou atenção do sistema de defesa do consumidor, quando, desde 1968, a legislação consumista advinda do *Consumer Credit Protection Act* veio estabelecer, em seu título I *Truth Lending Act* -, o regime de tutela ao consumidor envolvido nas operações financeiras vinculadas ao fornecimento de bens e serviços.<sup>64</sup> Tal particularidade estará prevista, portanto, na operação que atribui ao Banco o *status* de fornecedor e ao cliente o *status*

---

61. Tal característica é perceptível quando se atribui à atividade de intermediação o caráter de captação de recursos para investimento, em que o Banco dá ao dinheiro do cliente a destinação para fomento de outras atividades, inclusive empréstimo a terceiro, comportando-se enquanto estoque físico de capital. No caso da poupança, em particular, é possível que o Banco destine os recursos poupados para consumo de terceiro, sob a figura do empréstimo para consumo, remunerando o poupador com juros, pelo tempo que deixou seu dinheiro na instituição. Cf. Nóbrega, Mailson e Loyola, Gustavo. *ob.cit.*, pp. 264 e 265. A jurisprudência do STJ, no entanto, firmou entendimento de que o CDC é aplicável às cadernetas de poupança. Porém, não sob o enfoque de comparar a atividade financeira aí envolvida a uma relação de consumo. Acredita-se mais em que a Lei n. 8.078/90 deva ser aplicada nas hipóteses de o cliente poder reaver pagamento de diferenças de índices de correção monetária e na possibilidade de entidades, como IDEC, ajuizarem ação civil pública para defender os interesses dos poupadores. Parece, pois, restar cristalina a intenção da corrente jurisprudencial formada no sentido de ampliar a incidência da defesa do consumidor do âmbito bancário.

62. A esse respeito, Casado, Marcio Melo, *ob.cit.*, pp.27 e ss.

63. cf. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, pp.305 e ss.

64. cf. Barros Leães, Luis Gastão Paes, *ob.cit.*, p.21

de consumidor, além de mostrar que o crédito torna-se objeto desta relação e daí ser consumível.

Todavia, a previsão formal acima descrita revela problemas de ordem estrutural, principalmente quando o jurista se deparar com uma operação restritiva de enquadramento de conceitos. É simples perceber, porém difícil explicar todas as situações em que se pretende atribuir ao cliente o caráter de destinatário final de um serviço e ao Banco, o caráter de fornecedor do mesmo. Isso acontece no caso de se ter de recorrer reiteradamente aos pressupostos da relação de consumo, além da verificação mecânica da inserção dos sujeitos da relação jurídica bancária nesse modelo.<sup>65</sup> Talvez aí resida uma certa dificuldade, que se acentua pelo fato de a realidade educacional e cultural do país nem sempre lidar com a habilidade de fomentar a defesa do consumidor e, mais ainda, transplantar tal prerrogativa para o campo do Direito Bancário, no qual as relações configuradas nem sempre estão ao alcance de uma jurisprudência inovadora.

## *2. Propostas para uma melhor alocação dos contratos. Proteção do cliente em face de um regramento contratual mais favorável.*

A discussão sobre o enquadramento do cliente à figura do consumidor e do Banco à figura do fornecedor pode suscitar, como analisado anteriormente, várias dificuldades do ponto de vista conceitual (no que concerne aproximar atividade bancária à serviço), além de problemas estruturais, quando quando daquelas situações em que a jurisprudência não sabe operar o aproveitamento do Direito do Consumidor às demandas dos contratos bancários.<sup>66</sup>

Pois bem, admitindo-se que impasses como esses precisam ser superados, ao jurista cabe a reformulação dos esquemas, embasando-se em um modelo de regramento que leve em conta a proteção das partes envolvidas e a concretização das expectativas inseridas nos negócios. Isso permite trazer ao Direito Bancário princípios que possibilitem a construção de esferas protetivas, mitigando-se os prejuízos e prevenindo-se quanto à onerosidade que muitas vezes incide sobre o cliente, cuja posição na relação contratual bancária investe-se de um desequilíbrio substancial e institucionalizado. Como poderia, então, a sistemática do Direito Contratual brasileiro, enriquecida tanto por princípios da Constituição, de 1988, como pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, propor nova funcionalidade à relação Banco/cliente?

A questão não é tão difícil. Exige uma reflexão em torno de modelos tal qual uma matriz de incidência normativa que possibilite a tutela jurídica de uma das partes (enquanto modelo delimitador do poder contratual dominante que a outra parte

---

65. cf. Wambier, Luiz Rodrigues, ob.cit., pp. 57 e ss.

66. Como se conclui do exame dos problemas anteriores, a dificuldade maior está em se fazer a investigação por dois critérios: i.-a finalidade do negócio bancário, se o cliente é ou-não consumidor e daí sua vulnerabilidade; ii. se a atividade bancária é ou não um serviço; caso se constitua somente enquanto atividade de intermediação, a caduça de consumo não existe e o cliente é meramente tomador de recurso para repassá-lo a outro indivíduo.

impõe). Assim, tem-se um instrumental que pode prevenir situações indesejáveis, ou em último caso, corrigir eventuais distorções. Com isso, manifestados enquanto elementos de uma série protetiva, propõe-se o resgate de certos valores, de que o Direito, como unidade que é, nunca pode se afastar:

2.1. *Interpretação mais favorável em relação ao cliente.* Trata-se de um princípio de hermenêutica no plano dos contratos de adesão que pode perfeitamente se adequar à relação Banco/cliente, já que permite dar apoio ao sujeito que figura no pólo que menos detém o poder de coordenar a estrutura funcional da relação contratual de que é parte. Esse critério, todavia, nem sempre estará conformado com os limites da legalidade, já que permite uma grande abrangência material, nem sempre ligada ao que a lei obriga a fazer ou deixar de fazer. Todavia, é uma peça útil para que a análise do contrato explicita a posição da partes e, assim, destacar o *status* do cliente diante da atuação do Banco no contrato, além das conseqüências eventuais da discrepância existente entre as partes.<sup>67</sup>

2.2. *Boa-fé objetiva.* Regra indispensável e de aplicação vinculante aos contratos em geral. Nada obsta que seja remetida ao Direito Bancário. Ela resume o agir com lealdade, fidelidade e coerência, neutralizando a parte que, no contrato, procure tirar vantagens excessivas e se firmar na posição mais fortalecida. Assim o cliente, não tendo participado da construção do contrato de adesão geralmente apresentado pelo Banco, requer um suporte objetivo a sua posição na relação. Nesta, a boa-fé deve ser enfocada objetivamente, enquanto fonte de deveres implícitos. Tal princípio, em sua juridicidade, tem justificação nos arts. 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, constituindo-se como barreira ao exercício abusivo de um direito subjetivo gerado no contrato, além da quebra do monopólio do poder contratual preponderante - *Machtposition* -, corrigindo as vantagens excessivas e evitando a lesão. No caso do contrato bancário, qualquer que seja a sua finalidade, a boa-fé objetiva não pode ser afastada, de modo que seriam *nulas as cláusulas ou convenções que visem diretamente eliminar ou simplesmente diminuir a exigência da boa-fé na formação e execução dos contratos.*<sup>68</sup> (*grifamos*)

2.3. *Princípio do equilíbrio ou balanceamento.* De grande importância, permite identificar um modo diferente de elaboração dos conteúdos jurídicos presente nos contratos, verificando a “regra do julgamento”, que não está justificada na vontade das partes, porém na responsabilidade, quando duas partes contratantes se empenham

---

67. cf. Oliveira Ascensão, ob.cit., p.128; e Gomes, Orlando, ob.cit., pp.109 e ss.

68. A propósito do referido princípio no campo do Direito contratual, ver Junqueira de Azevedo, Antonio. “Boa Fé na Formação dos Contratos”. In *Revista do Direito do Consumidor*, n.3, São Paulo, RT, 1992. pp.78-87; Sobre o Direito Bancário, Palhares, Cinara. “Princípios Constitucionais e Consumiristas informadores do Direito Bancário” In *Revista Jurídica*, n.267, ano 47, São Paulo, Nota Dez, 2000 pp.46-53; Casado, Marcio Mello, ob.cit., p.42; e Lima Marques, Cláudia, ob.cit., p.109

em cumprir um acordo feito, tanto num patamar político (levar a cabo a prática contratual), quanto num patamar sociológico (levar em conta a estruturação da sociedade). Aplicado ao Direito Bancário, esse princípio assume uma importância construtiva, já que a vontade do cliente-aderente nem sempre é aquela traduzida no contrato celebrado com o Banco, requerendo um mecanismo de balanceamento das forças envolvidas na relação, bem como aproximação das previsões contidas nas cláusulas à realidade concreta.<sup>69</sup>

2.4. *Dever de informação.* Fundamental ao tratamento dos contratos bancários, quando se prevê que uma parte, detentora de informações relevantes, seja compelida a transmiti-las para a outra parte, ainda na fase pré-contratual. Através desse comportamento, as dúvidas relativas aos efeitos do contrato são postas em relevo e, a partir daí, esclarecidas pela parte que concentra em si as informações necessárias. O Banco, diante desse dever, estará obrigado a informar sobre a técnica do contrato, cumprindo uma “atuação pedagógica” mecanismo este preventivo, a fim de se evitar a litigiosidade e prejuízo, normalmente presentes no âmbito do Direito Bancário, além de estimular o cliente a procurar uma solução alternativa que mais lhe interesse.<sup>70</sup> A admissão do dever de informação explicita a integração do princípio da transparência à relação Banco/cliente, no sentido de conscientizar o cliente acerca das situações envolvendo cobrança de juros, as taxas anuais e os acréscimos legalmente previstos.<sup>71</sup> O dever de informação, por exemplo, é responsável pela eficácia de cláusulas permitidas, como ocorre quando o Banco comunica, com antecedência, ao cliente sobre a alteração da taxa de juros previstos em um contrato, e correspondência com a variação no mercado. Do mesmo modo, ocorre o dever de informar quando se está diante da perspectiva de Banco-fornecedor, em que pese a instituição ser compelida a divulgar todos os riscos dos produtos que vende, tal como no que concerne à promessa de rentabilidade dos títulos de crédito.<sup>72</sup>

2.5. *Interesse Público.* No que se infere das relações despersonalizadas, cunhadas pela vinculação interindividual, em que pouco se resolve pela vontade das partes, fica um tanto comprometida a aplicação exclusiva de regras fundadas no Direito

---

69. Porto Maccdo Jr, Ronaldo, ob.cit., p.89; e Palhares, Cinara, ob.cit., p.51.

70 A respeito do dever de informação, Cláudia Lima Marques, ob.cit., p.109, explica que ele seja decorrência do princípio da boa-fé objetiva, enquanto um dos “deveres anexos”, - *Nebenpflichten* -, assim como o dever de cooperação e o dever de cuidado nas tratativas negociais. Ver também, Menezes Cordiro, Antônio, ob.cit., p.27

71. Esta imposição está explícita no CDC, em seu art. 52 e incisos, a ressaltar o dever de informação prévia e adequada sobre o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual dos juros, sobre os acréscimos previstos, sobre a quantidade e periodicidade das parcelas, além do valor integral do crédito outorgado sem a inserção dos juros de financiamento.

72. cf. Rizzardo, Arnaldo, ob.cit., p.26; Oliveira Ascensão, J., ob.cit., p. 131; e Almeida Salles, Marcos Paulo, ob.cit., p.50.

Privado, principalmente porque os Códigos Civil e Comercial foram esboçados quando, no País, tinha-se como lúcida a idéia de autonomia de vontade. Em face de um “concurso de vontades”, hoje neutralizado pelo poder contratual do Banco e pela falta de participação do cliente na celebração do contrato, a necessidade de que os fins desse contrato sejam controlados e adequados ao interesse público surge como elemento imprescindível para a proteção, não somente da parte fragilizada, mas de toda uma coletividade, principalmente quando se tem em jogo outros valores, como o meio ambiente equilibrado e a integridade do patrimônio público.<sup>73</sup>

Dentro da perspectiva de um Direito Bancário que abre espaços para novas transformações, principalmente no que diz respeito à reformulação de seus aportes técnico-contratuais, a presença de princípios que possam minimizar os efeitos de uma eventual prejudicialidade no âmbito da relação Banco/cliente revela, mais uma vez, a necessidade de reflexão. Ainda que poucos deles tenham sido esboçados acima, porquanto muitos existam, a lógica do Direito Bancário se altera afastando-se de seus conceitos tradicionais e atinge um novo esquema em que seus elementos identificam-se com os novos fenômenos da modernidade.

Assim sendo, e tendo sido concluídos os objetivos desse trabalho, é ainda uma obrigação atentar para que, tanto o “repensar o sistema”, quanto “detectar-lhe as disfunções”, perfazem, no momento, duas das grandes tarefas do jurista contemporâneo. Primeiro porque a lei não mais é paradigma, por excelência, da resolução dos conflitos, tal qual se comportasse como uma máquina auto-suficiente; segundo, porque os interesses, outrora ligados a uma racionalidade voluntarista, hoje atendem à conformidade de uma ordem social globalizada, dotada de novos anseios e preocupações. E, finalmente, porque o próprio Direito, em sua magnitude, trilha caminhos incertos, multiplica mais e mais questões e vem formar, ininterruptamente, novos conceitos. Com isso desafia o homem, deixando o estudioso do século XXI bastante perplexo.

São Paulo/Americana, abril de 2001.

---

73. Assim, por exemplo, ao firmar com o cliente um contrato de mútuo, o Banco sabe que a ele não cabe apenas a obrigação de dar - entrega do dinheiro -, porém não poderá fomentar um empreendimento que acarrete danos ao meio-ambiente ou a bens de terceiros, porque, se o fizer, responde solidariamente pelo ato ilícito do cliente. Ora, nessa relação Banco/cliente, que tem como objeto um empréstimo, tipicamente regulado por normas de Direito privado, ocorre a sobreposição da esfera do Direito Público, como em razão do interesse da coletividade e não atrelado ao mero interesse das partes. cf. Casado, André Mello, *ob.cit.*, p.20.





# O CONTROLE JURÍDICO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

(Fundamentos Metodológico-Estruturantes de uma Proposta de Reforma do Poder Judiciário como Condição Essencial para a Efetivação dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais no Brasil.)

*João Paulo Bachur<sup>1</sup>*

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## Resumo:

O presente trabalho busca apresentar hipótese de reforma do Poder Judiciário brasileiro para efetivar os direitos sociais no Brasil baseada em uma justificação metodológica. Para cumprir esse objetivo, é necessário analisar a origem de tais direitos sociais, bem como a evolução da metodologia científica do Direito. A seguir, é feita proposta de reforma do Poder Judiciário com base em sua justificação metodológica (a metódica estruturante do Direito). Finalmente, as principais objeções são combatidas e algumas conclusões são apresentadas.

## Abstract:

This paper intends to present a hypothesis of reformulation of Brazilian Justice in order to make effective social rights in Brazil based upon a methodological justification. In order to accomplish this aim, is necessary to analyze the origin of such social rights, as well as the evolution of scientific legal methodology. Then, the hypothesis of Brazilian Justice reformulation is made based on his methodological justification (the structuring methodic of Law). Finally, the main objections are faced and some conclusions are presented.

**Unitermos:** políticas públicas; direitos sociais, econômicos e culturais; metodologia da Ciência do Direito; metódica estruturante; reforma do Poder Judiciário.

## 1. Introdução e Pré-Compreensão Teórica

Os direitos sociais são, no mais das vezes, apenados sob a rubrica de “exortações morais” de alta carga retórica. Nada obstante qualquer conotação moral que se lhes queira eventualmente impingir, há que se considerar a necessária eficácia do Direito, sendo essencial a qualquer ordenamento jurídico a produção de seus efeitos

---

1. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) entre outubro de 1999 e setembro de 2000, sob a orientação do Prof. Dr. Fernando Haddad

concretos. E não há como negar o déficit de eficácia prática vivido pelos direitos sociais, pelo menos em nosso País. Ainda, atribuir tal déficit, v.g., à corrupção e à falta de boa vontade política – sem dúvida, fatores constantes das frágeis democracias dos países de capitalismo tardio – não é explicação suficiente. Por óbvio, tais fatores têm de ser considerados, mas há justificativas outras bem mais complexas que simplesmente a vida política e financeira mal organizada das democracias tardias. Há aspectos metodológicos e científicos que influenciam sobremaneira a prática cotidiana desses direitos sociais.

De fato, esta será a perspectiva de estudo adotada: analisar-se-á a ineficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais do ponto de vista da metodologia científica do Direito. É fato que os direitos em análise gozam de uma efetividade minimizada, para se não dizer inexpressiva.<sup>2</sup> Com efeito, o presente estudo é versado preponderantemente em termos de metodologia científica do Direito, na medida em que diante da necessidade de efetivação dos direitos sociais no Brasil se há de indagar pelas vias jurídicas adequadas para tanto, bem como pela sua adequada metodologia. Ora, a efetivação dos direitos sociais exige peculiares vias de defesa, as quais devem necessariamente ser fundamentadas, sob pena de incorrerem em um discurso cientificamente inconsistente e panfletário. Enfim, não se pretende qualquer originalidade na proposta aqui apresentada, já outrora defendida por Fábio Konder Comparato,<sup>3</sup> mas tão somente vislumbrar uma hipótese de aproximação metodológica entre o Poder Judiciário e a implementação de políticas públicas e a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Antes de iniciar-se a investigação do controle jurídico de políticas públicas propriamente dito, urge fazer alguns esclarecimentos preliminares, em nome da coerência que se pretende dar ao estudo. A expressão “pré-compreensão” adquiriu, ao longo do caminhar da Filosofia, um sentido muito próprio, principalmente após as conquistas da ontologia de Heidegger e da hermenêutica filosófica de Gadamer,<sup>4</sup> implicando uma profunda modificação nos conceitos de conhecimento e compreensão. Tradicionalmente, sujeito e objeto do conhecimento sempre foram tomados em separado, como compartimentos estanques e independentes. No entanto, ignorar a história e as

---

2. Conforme o balanço do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgado em 04 de abril de 2001, a desigualdade social no Brasil praticamente nada reduziu em relação à década de 80. Apenas como exemplo ilustrativo, 14% da renda ficam com os 50% mais pobre da população, ao passo que 13,1% da renda ficam com apenas 1% mais rico da população. Ainda, 13,3% da população brasileira é analfabeta (considerando-se como tais os incapazes de assinar o próprio nome), havendo ainda 29,4% de analfabetos funcionais. Por fim, 40,6% dos domicílios brasileiros não contam com saneamento básico.

3. COMPARATO, Fábio Konder, “Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.), São Paulo, Malheiros, 1997.

4. Cf., fundamentalmente, HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, 2ª ed., v. 1, trad. Márcia de Sá Cavalcanti, Petrópolis, Vozes, 1988; GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis, Vozes, 1997.

condições que circundam o pesquisador, como se tais fatores não exercessem influência alguma sobre seu conhecimento, é nada menos que uma drástica simplificação da realidade.

Pré-compreensão significa o conjunto de conhecimentos que se possui anteriormente ao conhecimento em si mesmo considerado; é o conjunto de preconceitos do sujeito – preconceitos tomados aqui em sentido absolutamente literal, sem qualquer carga pejorativa, apenas enquanto “pré-conceitos”: concepções prévias a toda e qualquer compreensão, compostas por uma tradição cultural e lingüística na qual o sujeito está irremediavelmente inserido, justamente porque ela lhe é historicamente anterior. Mas admitir a pré-compreensão, reconhecer a existência de pré-conceitos, não implica a possibilidade de eliminá-los: os pré-conceitos, enquanto tais, não estão à livre disposição do conhecedor,<sup>5</sup> não é possível simplesmente distinguir os pré-conceitos que favorecem a compreensão (pré-conceitos produtivos) daqueles que a dificultam (mal-entendidos). No entanto, tal distinção é absolutamente necessária para viabilizar o conhecimento propriamente dito. E a pergunta subsequente é imediata e inevitável: como separá-los? O distanciamento histórico existente entre o objeto e o sujeito permite formular perguntas, as quais abrem possibilidades de confirmar, negar e/ou substituir os pré-conceitos por “autêntico” conhecimento – mas que nunca será definitivo, pois sempre provisório e questionável. A partir da pergunta é possível destacar e avaliar o pré-conceito, descartando-o e substituindo-o, ou, se for o caso, confirmando-o.

Ao pretender-se a tarefa de estruturar satisfatoriamente um controle jurídico de políticas públicas, está-se, em verdade, assumindo dois pontos de partida (pré-conceitos) que carecem ser identificados: (1) a fronteira entre o jurídico e o político é tênue, havendo uma zona político-jurídica de investigação e atuação; e (2) o Estado Social é um dado seguro da realidade, pois somente faz sentido investigar direitos sociais e políticas públicas no contexto do *Welfare State*. Esses dois pré-conceitos intrínsecos à investigação proposta precisam ser testados e avaliados, enquanto condicionantes da própria investigação aqui desenvolvida.

As relações entre o Direito e a Política são polarizadas por uma constante tensão que, ao se tratar de temas constitucionais, ganha contornos menos nítidos, em função da característica genérica das constituições do século XX. A constituição que dá forma e vida ao Estado Social é muito diferente daquela que definia os contornos do Estado Liberal. Nesse, a constituição cuidava exatamente de dissociar, da maneira mais precisa possível, o político e o jurídico. A constituição era apenas a fórmula jurídica de limitação do poder político – um divisor de águas; na medida em que fornecia as bases da organização política com especial atenção aos mecanismos jurídicos de proteção individual contra os excessos do poder político. Daí serem tais constituições conhecidas como “constituições-garantia”, ou ainda “constituições-limite”, já que sua função precípua era delimitar, juridicamente, uma esfera individual impermeável ao poder político.

---

5. GADAMER, *op. cit.*, pp. 442/443.

Diferentemente da pretensa neutralidade constitucional liberal, o *Welfare State* nunca negou sua orientação axiológica fundamental, qual seja realizar Justiça social a despeito das bases capitalistas que conservou. Naturalmente, essa gênese essencialmente comprometida do ponto de vista político produziu reflexos naquele campo antes reservado exclusivamente ao jurídico. A constituição, de mecanismo de freio do poder político, tornou-se instrumento de coordenação política e planejamento social, sintetizou elementos jurídicos e políticos e introduziu elementos sócio-econômicos ao campo jurídico. O Estado deixou a pura forma jurídica para assumir elementos conceituais substanciais, fundamentalmente os direitos sociais, econômicos e culturais: de fato, o Estado Social constitucionalizou a Política<sup>6</sup> Portanto, quanto ao primeiro pré-conceito teórico mencionado, é de todo impossível qualquer negação à fusão conceitual entre a Política e o Direito operada constitucionalmente pelo *Welfare State*.<sup>7</sup>

No entanto, esse Estado vem passando, desde há algum tempo e mais precisamente após a segunda metade do século XX, por profunda crise de legitimidade. O modelo do *Welfare State* foi criado como alternativa aos excessos da pretensamente neutra estrutura liberal-formal burguesa, forçando a estrutura estatal a tomar partido no turbilhão das forças sociais – esse novo paradigma estatal ficou conhecido como *democracia social*, justamente por tentar difundir determinados padrões de Justiça social, estender a democracia a esferas mais amplas que a participação política exclusivamente. A democracia social é sustentada fundamentalmente pela justificativa ético-política de busca por Justiça social apoiada nas teorias econômicas keynesianas, exigindo compromissos entre a sociedade civil e o poder público, bem como gastos e investimentos para atingir o escopo básico de equacionar os recursos materiais da sociedade mediante a implementação de políticas públicas. Ora, o Estado que destina praticamente toda a receita arrecadada com uma política fiscal cada vez mais onerosa a amenizar e compensar os impactos sociais gerados nas relações de produção material da sociedade acaba por contrariar o hedonismo do capital em nome de uma opção juridificada – a solidariedade social, que, no entanto, não exige qualquer consenso a respeito. Note-se, então, que em relação aos direitos sociais, a contestação do *Welfare State* enseja um movimento tendente à sua “desjuridificação.”

As jornadas de “juridificação” designam, grosso modo, o processo histórico de crescente promoção dos direitos fundamentais a partir dos séculos XIV e XV.<sup>8</sup> De fato, a primeira jornada de juridificação teve lugar no bojo do Estado Absoluto

---

6. Cf., a respeito, QUEIROZ, Cristina M.M., *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

7. FORSTHOFF, Ernst, “Concetto e Natura dello Stato Sociale di Diritto”, in *Stato di Diritto in Trasformazione*, trad. Carlo Amirante, Milano, Giuffrè, 1973, p. 70: “Stato sociale di diritto è una definizione che determina il tipo di un stato, che abbraccia costituzione, legislazione ed amministrazione. Esso non è un concetto giuridico”. Cf. também QUEIROZ, *op. cit.*, pp. 12 e s..

8. HABERMAS, Jürgen, “Law as Medium and Law as Institution”, in TEUBNER, Gunther (org.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York, 1985, European University Institute; HADDAD, Fernando, “Economia Política da Desjuridificação”, manuscrito não publicado e fornecido pelo autor.

e muito pouco tinha a oferecer ao indivíduo, mantendo-o na condição de súdito. A destruição do *Ancien Régime* consubstanciou a segunda jornada de juridificação, ao conferir ao indivíduo mecanismos jurídicos de proteção de direitos básicos. A terceira jornada já se alinhava ao liberalismo típico do século XVIII, e representou a cristalização da ordem jurídica burguesa, com a proteção precípua dos direitos individuais. Finalmente, a quarta jornada de juridificação, embasada em reivindicações de Justiça social, ao afirmar e institucionalizar a proteção aos direitos sociais, completava um curso crescente e expansivo de afirmação de direitos<sup>9</sup>, tendo no Estado de Bem-Estar Social um paradigma institucionalizado.

Porém, esse movimento ascendente de juridificação foi interrompido pela crise paradigmática do *Welfare State*, que compila críticas basicamente de três ordens: (1) o Estado passa a enfrentar um descrédito econômico generalizado em função da postura adotada, pois a promoção de bem-estar social exige gastos públicos que, na grande maioria das vezes, são mais elevados que a receita orçamentária e empregados em mecanismos compensatórios dos riscos sociais; (2) tem-se, então, o questionamento dos fundamentos de tal estrutura estatal, ou seja, o sistema que sacrifica toda a coletividade em nome de uma solidariedade social frágil, inconsistente e sujeita a consecutivos déficits orçamentários, passa a ter sua legitimidade ética e política contestada; e, por fim, (3) culminam tais críticas em um movimento de redução e flexibilização do aparato institucional e jurídico estatal, provocando um refluxo na afirmação de direitos fundamentais, com sensível redução da malha normativa que sustenta o Estado Social de Direito.

E mais, o questionamento do paradigma estatal não se circunscreve a uma postura “de esquerda” ou “de direita” exclusivamente; ele não se restringe a um debate em termos político-partidários mas, de maneira mais grave, aglutina contestações dos dois lados. De um lado, a esquerda política confronta, no âmbito da reprodução simbólica da sociedade, a “publicização do privado” visto que espaços cada vez maiores foram normatizados, tornando estatal um âmbito tradicionalmente legado à esfera privada do cidadão, caracterizando um “*imperialismo regulador do Estado*”<sup>10</sup> De outro lado, a direita política questiona, no âmbito da reprodução material da sociedade, a “privatização do público”, já que as prestações de bem-estar social são apropriadas apenas por reduzida “clientela.”

Destarte, retomando o caráter de pré-compreensão teórica, tem-se que os pré-conceitos necessários ao presente estudo não devem ser tomados sem as devidas ressalvas: enquanto Direito e Política estão em constante e irremediável polarização, o paradigma social de Estado revela-se relativamente instável.

---

9. HADDAD, “Economia Política da Desjuridificação”, *op. cit.*, p. 4: “O importante é perceber que a noção de direito vai se modificando ao longo destes cinco séculos e que o direito torna-se progressivamente mais incluyente”.

10. HADDAD, “Economia Política da Desjuridificação”, *op. cit.*, p. 4.

## 2. Direitos Sociais, Estado Social de Direito, Políticas Públicas: Enfoque Diacrônico-Analítico

A afirmação dos direitos sociais, econômicos e culturais tem necessariamente de ser entendida no contexto da marcha histórica dos direitos humanos. Nada obstante o fato de representarem os direitos individuais e políticos as exigências precípua da sociedade pós-medieval (pré-industrial), há razões adicionais que justificam o diferimento temporal entre sua afirmação e a dos direitos sociais. Para compreender essas razões é necessário recorrer ao conceito de cidadania desenvolvido por T. H. Marshall: “A cidadania é um status concedido àqueles que são membros integrais de uma comunidade”<sup>11</sup> A cidadania, então, leva em conta a integração do indivíduo, o que permite uma importante consideração: uma vez que o cidadão é indivíduo socialmente participativo e integrado, pode-se *mitigar* e *graduar* a cidadania, já que nem todos gozam de igual integração social. Circunstâncias várias quantificam a integração social, o que inevitável e pesarosamente exclui a participação de parcela da população.

Vislumbra-se o conceito de cidadania sob um tríptico enfoque, decomposto que pode ser em três elementos ou partes, a saber, o elemento *civil* formado pelas garantias e liberdades individuais; o elemento *político* representado pelo poder de participação política conferido aos cidadãos; e finalmente o elemento *social*, consubstanciando as condições necessárias para uma vida minimamente digna. A mitigação do conceito de cidadania é, então, plenamente justificável, já que: “Sua evolução envolveu um processo duplo, de fusão e de separação. A fusão foi geográfica e a separação, funcional”<sup>12</sup> O movimento de reunião dos feudos sob autoridade régia financiado pelos burgueses provocou a fusão geográfica dos *loci* de participação cidadã, antes atomizados na estrutura feudal, o que fez com que o indivíduo deixasse o feudo e passasse a ser súdito nacional. Isso o distanciou, física e geograficamente, das instituições que viabilizavam sua manifestação comunitária, pois o vilarejo havia virado o país, sob as vestes de Estado (Absoluto) nacional. O reflexo instantâneo dessa fusão geográfica foi a separação funcional das instituições que viabilizavam essa participação integradora e garantiam direitos, tais como os órgãos jurídicos, políticos e os prestadores de serviços públicos, redundando na independência das instituições sociais.

Ao desenvolvimento conceitual fragmentado da cidadania, adicione-se a solidificação definitiva da burguesia, enquanto classe social. Era esse o derradeiro passo. Ora, enquanto a cidadania é um conceito *expansivo* e *includente*, a classe social é um sistema de desigualdade, *restritivo* e *excludente*, pois institucionaliza a desigualdade social como necessidade do sistema – a cidadania significa a homogeneização do *status*, ao passo que a classe social, ao contrário, fixa uma hierarquia

---

11. MARSHALL, T. H., *Cidadania, Classe Social e “Status”*. trad. Mcton Porto Gadelha, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967, p. 76.

12. MARSHALL, *op. cit.*, p. 64.

do *status* social.<sup>13</sup> Destarte, é fácil identificar as razões do déficit de eficácia dos direitos sociais, sob um enfoque diacrônico-analítico, considerando-se que o diferimento temporal-conceitual da cidadania fez com que os direitos fossem reconhecidos e afirmados em épocas diferentes: em um primeiro momento, de ruptura com o absolutismo, reconheceram-se apenas os direitos civis e políticos, sendo que, no entanto, nesse mesmo momento houve o empossamento político da burguesia, o que consolidou o capitalismo industrial e seu sistema de classes sociais; e considerando-se, então, a tensão antitética existente entre os conceitos de cidadania e classe social, a expansão da cidadania dependia de um afrouxamento da estrutura capitalista de classes sociais, o que, por sua vez e em função da consolidação de uma ordem social liberal-burguesa, não ocorreu, pois o sistema de classes sociais engessou a expansão da cidadania.

Com efeito, a consolidação da ordem burguesa sublimada pelo paradigma do Estado Liberal produziu, com absoluta coerência, uma estrutura jurídica formal que consubstanciava determinados preceitos vitais para seu crescimento, tais como a liberdade de contratar e a garantia da propriedade privada, sob os auspícios das grandes codificações de Direito Privado e das constituições-limite. Nesta esteira, o Estado se abstinha de participar do jogo de forças da sociedade. Ora, as conseqüências são, quando não-óbvias, ao menos intuitivas: plena liberdade econômica e irrefreado hedonismo industrial-capitalista elevaram-se à máxima potência, radicalizando a exploração do trabalho pelo capital e redundando em aviltante exploração do proletariado que, por sua vez, não tinha a quem recorrer, restando cada vez mais ensimesmado em suas mazelas.<sup>14</sup>

O modelo liberal só foi reformulado após duas Guerras Mundiais e a Grande Depressão, de 1929. As contingências econômicas e sociais intrínsecas ao liberalismo, ao se materializarem em deflagrações militares e crise econômica de proporções globais, deixaram os países absolutamente atônitos. Após a II Guerra Mundial, adveio um novo modelo – o *Welfare State* (Estado Democrático Constitucional, Social-Democracia, ou Estado Social de Direito).<sup>15</sup> Esse modelo de Estado fundou-se numa legitimidade que extrapolou a legalidade, a exigência de Justiça social impôs

---

13. MARSHALL, *op. cit.*, p. 76.

14. Cf. Hobsbawm, Eric J., *A Era das Revoluções*, 10a ed., trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977. Quanto à condição de vida dos operários, instaurou-se um mórbido contexto de degradação e desorganização sociais: com a destituição da propriedade operada pelos *Enclosure Acts* britânicos, os camponeses se rendiam ao trabalho nas fábricas, submetendo-se a jornadas de trabalho abusivas, extremamente mal remuneradas e em condições absolutamente insalubres de trabalho. O caos social provocou a perda dos padrões básicos de comportamento, levando também à degradação ética e moral da sociedade, explodindo os níveis de alcoolismo, criminalidade, prostituição e suicídio na sociedade. Como se não bastasse, a expansão urbana completamente desordenada e confusa impedia o acesso de grande parcela da população aos serviços públicos mais elementares, favorecendo a proliferação de doenças epidêmicas em larga escala. Apesar de tudo, tal situação não era vista, pelo menos a princípio, como ilegítima, mas como um preço a ser pago pela Revolução Industrial.

15. O Estado Social pode assumir tanto a forma totalitária, como ocorrera na Itália fascista e na Alemanha nazista, quanto a forma democrática. Em repúdio ao totalitarismo, o Estado Social também passou a ser chamado Estado Democrático Constitucional ou ainda Social-Democracia.

tarefas ao Estado que, de mero observador da sociedade transmudou-se em seu principal transformador, não se legitimando em garantias formais como fizera o Estado Liberal, mas sim em garantias materiais, cujo fator de legitimidade é também material.<sup>16</sup> Nesse sentido, reportamo-nos novamente ao conceito de cidadania conforme desenvolvido por T. H. Marshall, pois o Estado Social permitiu que o terceiro e final elemento da cidadania fosse finalmente afirmado, retomando em pleno século XX o desenvolvimento da cidadania iniciado no século XVIII. Por tudo isso, a noção de políticas públicas é intrínseca ao contexto social-democrata, devendo ser entendida como o vetor estatal precípua de distribuição de renda e implementação de direitos sociais, conforme um núcleo conceitual composto por “*direitos sociais - Estado Social de Direito - políticas públicas*” que não pode ser fragmentado: daí o risco que a crise do Estado Social apresenta para o presente estudo.

### 3. A Insuficiência Metodológica do Positivismo Jurídico e a Metodica Estruturante do Direito, enquanto Método de Trabalho Jurídico Pós-Positivista

Quando se quer tratar da insuficiência metodológica do positivismo jurídico, há primeiro de se conceituar e definir o positivismo jurídico para em seguida qualificá-lo como metodologia e daí então atestar suas falhas.<sup>17</sup> O positivismo jurídico pode ser entendido como o resultado obtido na tentativa de adaptação da Ciência do Direito à explosão cientificista que tinha em sua linha de frente a Astronomia, a Física e a Biologia, respectivamente com Kepler, Isaac Newton e Darwin, representando os frutos intelectuais de uma época resultante da fusão do Renascimento italiano do século XV com a Reforma Protestante do século seguinte, sob o impacto da filosofia cartesiana, que moldou a filosofia positiva, cuja maior expressão é Auguste Comte. Em reação frontal à tradicional concepção metafísica que se tinha do conhecimento e da Ciência em geral, emergiu um movimento intelectual novo que só adjetivava de “científico” o conhecimento assentado na certeza, que não mais se satisfazia quer com explicações metafísicas, como haviam pretendido, embora com objetivos diversos, Thomas Hobbes, John Locke e todos os filósofos do iluminismo, quer com a excelência ideal-racional de uma razão apriorística, como quisera Immanuel Kant; mas sim e somente com a possibilidade de demonstração e prova empírica do conhecimento por meio de leis. O

---

16. A partir da tipologia tríplice de Max Weber para a legitimidade, nota-se que nem a dominação tradicional, nem a dominação carismática, nem a dominação racional-legal são capazes de explicar a legitimidade do Estado Social; ele transcende os fatores formais de legitimação, pois tem uma justificativa material imanente, fundada essencialmente nos direitos sociais, econômicos e culturais. Cf. KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, trad. Eugênio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.

17. Note-se que, diferente das rasas e usuais críticas feitas ao positivismo jurídico, não se trata da oportunidade de atacá-lo comparando a “pureza” pretendida à vida cotidiana do Direito. O estudo que se pretende é outro, fundado nas bases metodológicas e epistemológicas do positivismo jurídico, ou seja, em outras palavras, fundado nas condições de conhecimento do Direito adotadas pelos positivistas.



conhecimento só podia ser neutro e fundado na observação, não misturando aquele que observa ao observado e, desta sorte, necessariamente relativo. Daí a necessidade de construir-se um conceito de Ciência do Direito adequada aos avanços intelectuais do “espírito positivo” e que, portanto, primasse por um rigor formal que exprimisse a observação do Direito tal como ele efetivamente se nos apresenta, com absoluta neutralidade axiológica, demonstrando o Direito – era necessário conferir maior exatidão e certeza à Jurisprudência.<sup>18</sup> O positivismo jurídico nada mais é que o fruto das irradiações desse avanço científico e intelectual do século XVIII no campo da Ciência do Direito, um revide à imortalidade imanente do jusnaturalismo até então reinante, enriquecido pelas influências da escola histórica de Savigny, da genealogia dos conceitos de Puchta e da jurisprudência dos interesses de Jhering.

Portanto, para os fins pretendidos, o juspositivismo deve ser captado globalmente enquanto metodologia científica, i.e., enquanto uma forma particular de apreender a atuação do Direito. Mesmo sob esse ponto de vista, não há, porém, uma forma padrão que o designe, mas diversas facetas aparentemente incompatíveis entre si.<sup>19</sup> Sob olhar mais acurado, as variadas correntes juspositivistas apresentam

---

18. Cf. Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 6a ed., trad. José Lamego, Lisboa, Fundação Colouste Gulbenkian, 1997, pp. 46/47: “*caracteriza-se [o positivismo] pelo seu empenho em banir toda “metafísica” da ciência e restringir rigorosamente esta última aos “factos” e às leis desses factos, considerados empiricamente. (...) A ciência do Direito será assim erigida em “verdadeira ciência” quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indubitáveis*”.

19. Ernst Rudolf Bierling, c.g., entende a normatividade como um “querer a norma” individual e psicológico. Eugen Ehrlich, por outro lado, põe todo o foco de estudo na normatividade sociológica do Direito, sendo a ordem jurídica elemento social empírico como outro qualquer que não goza de peculiaridade alguma, nem sequer a coação: “*Moral, religião, costume, boas maneiras, até moda, não só ordenam as relações extrajurídicas, mas influenciam passo a passo, a jurídica*”, e “*Desta maneira, o homem age de acordo com o direito, acima de tudo, porque as relações sociais o obrigam a isto!*” (Ehrlich, Eugen, *Fundamentos de Sociologia do Direito*, trad. René Ernani Gertz, Brasília, Universidade de Brasília, 1986, pp. 151 e 49, respectivamente). Convergindo o enfoque psicológico e o sociológico, Alf Ross, na vertente conhecida por realismo jurídico (psico-sociologismo), funde na vigência do Direito os conceitos de validade e eficácia: a ordem jurídica socialmente obrigatória é vista por seus destinatários como vinculante e imperativa, mesclando aspectos sociológicos e psicológicos. Hans Kelsen, por outro lado, em sua busca por uma teoria pura de contaminações extrajurídicas fez com que o ângulo de observação do Direito fosse apenas ele mesmo: concebendo-o como sistema hermético e estritamente jurídico, todas as normas decorriam umas das outras em ordem escalonada, com fundamento em uma norma fundamental. Aliás, a teoria da *Grundnorm* chama a atenção por sua intrínseca tensão inconciliável: ao tentar romper com todo fundamento não jurídico, derivando as normas umas das outras em ordem escalonada, Kelsen se vê encurralado no absurdo de uma regressão ao infinito, faltando-lhe o fundamento jurídico da primeira norma. Destarte, tem de interromper a seqüência, embora tal interrupção seja feita de maneira formal-apriorística (e, portanto, extrajurídica): “*Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental*” (Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6a ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra, Armenio Amado Editora, 1984, p. 269). Outras escolas positivistas, tais como a analítica de H. L. A. Hart e Norberto Bobbio e o institucionalismo de Ota Weinberger, em função dos limites deste trabalho, não poderão ser estudadas.

como traço metodológico constante um necessário *corte epistemológico* que, em um momento ou outro e sob um ponto de vista ou outro, faz-se imprescindível para fins de simplificação operacional da realidade. Note-se ser essa simplificação da realidade a única maneira de o positivismo jurídico se sustentar e se mostrar coerente e, em alguma medida, trabalhar os dados reais. O necessário corte epistemológico é elemento de unidade e diversidade do juspositivismo, pois permite compreendê-lo como metodologia ao mesmo tempo em que permite ver ramos frutuosamente desenvolvidos por uma série de “positivismos” jurídicos que, no entanto, apresentam um necessário “*quid*” epistemológico comum. Ora, esse corte significa a necessária redução que o Direito deve sofrer para se enquadrar nos anseios de certeza e previsibilidade empírica ditados pela filosofia positiva – ele une as diferentes vertentes positivistas sob teto comum, pois opera a redução unilateral do Direito a apenas um de seus aspectos, exclusivamente, como forma de operacionalidade metodológica.

Com esse artifício metodológico, o formalismo positivista elimina, de começo, o caráter histórico e cultural de toda ordem jurídica, pois busca descrevê-la em termos gerais e a-históricos para fins de conhecimento definitivo. Claramente, é necessário que a Ciência jurídica trabalhe com conceitos genéricos e excessivamente abstratos, o que, além de perder a dimensão cultural do Direito, perde também a sua riqueza empírica. Some-se a isso a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis e imagináveis da vida humana. Apesar de todas as negativas dos positivistas, sempre existirão lacunas, que não significam um vácuo jurídico, mas apenas sua inexperiência diante de determinadas situações que não foram, porque não o podiam ser, previstas pelo legislador. No entanto, nestas situações limite, não se esquivam o juiz da decisão do caso concreto, quer dizer, o juiz tem necessariamente de eliminar o conflito, mesmo não reconhecendo a existência das lacunas. Dessa forma, à luz do princípio da proibição do “*non liquet*” o preenchimento de tais lacunas é necessariamente feito pelo juiz, sem qualquer padrão de controle ou de justificativa, o que permite que certas decisões sejam tomadas alheias ao Direito por se fundarem em elementos fáticos exteriores ao ordenamento e, portanto, incontroláveis e muitas vezes mesmo injustificáveis. Como se não fosse suficiente, o positivismo tem dificuldades em reconhecer a carga ambígua e maleável da linguagem, que permite seu uso axiológico. Finalmente, o grande problema continua sendo a incapacidade de o positivismo vedar normas injustas, pois diferindo Direito e Política, aquele só operacionaliza esta, o que faz com que as decisões tomadas no âmbito político não sejam questionadas pela Jurisprudência, tendo de ser por esta colocadas em prática.

Ora, todas estas críticas e falhas detectadas no positivismo jurídico conduzem, com certa perplexidade, a um paradoxo extremamente interessante: a busca incessante de certeza e previsibilidade imposta por um conceito de Ciência positiva traduziu-se, no mais das vezes, em fatores de insegurança, descontrole e até mesmo irracionalidade na *praxis* da Jurisprudência. Nesse sentido, desnudando o mecanismo

de estudo e conhecimento próprio do positivismo, já se pode constatar sua inequívoca insuficiência metodológica para tratar o Direito real.<sup>20</sup>

As falhas que o positivismo apresenta em sede de metodologia científica acabaram por induzir sua superação. Como se não bastasse, o advento do *Welfare State* só fez complicar a situação dos positivistas, que não tinham como se socorrer diante da nova moldura dada ao Direito pelo impacto social. Com o Estado Social, o Direito teve de ser compreendido em sua lógica fundamentalmente material e substancial, abandonando sua tradição formal de há muito arraigada e impregnada no pensamento jurídico. Enquanto no Estado burguês a única preocupação jurídica era resguardar uma esfera de liberdade representada pelos direitos individuais e suficientemente protegida pela regra jurídica, o novo modelo de Estado produz um Direito que se serve de uma estrutura principiológica e de normas que não podem ser transcritas pela regra singela, mas que demandam crescente valoração e uma atitude construtivista do operador do Direito (são o que tradicionalmente se apelidou de “normas programáticas”), principalmente voltadas para os direitos sociais, econômicos e culturais.

As novas necessidades metodológicas do Direito somente seriam providas pela metódica estruturante (*strukturierende Methodik*) enquanto método de trabalho jurídico (*Rechtsarbeit*), o que implicou uma atitude deliberada de rompimento com o positivismo. Para tanto, o ponto de partida, de acordo com o principal teórico da metódica estruturante, Friedrich Müller,<sup>21</sup> é não-identificar a norma a seu texto. Identificando-se o texto à norma, somente resta ao operador do direito verificar se a situação de fato que lhe é submetida se encaixa na prescrição legal, executando um silogismo, através da subsunção formal do fato à norma. De fato, não se identificando a norma ao seu texto oficial, todos os textos comumente chamados de “normativos” carecem de concretização, ao passo que esta, por sua vez, em nome do controle racional de todo o trabalho jurídico, deve se dar de forma metodicamente estruturada. Essa é a tônica da metódica estruturante do Direito: todos os textos de normas têm de ser metódica e estruturadamente concretizados.

A metódica não se pretende nem pura nem universal, embora isso não implique qualquer sincretismo metodológico. Ela visa apenas ser um método de trabalho suficiente, convergindo diversas fontes de conhecimento. A primeira delas está no desenvolvimento da filosofia ontológica, principalmente em suas raízes desenvolvidas por Hegel e passando notadamente por Heidegger. Para compreender-se a incessante busca da metódica por uma “concretização” do Direito, faz-se imperioso volver ao “conceito concreto” ou “geral-concreto” de Hegel sem, de maneira alguma, equiparar a norma jurídica a ele. Esse conceito concreto é composto por “*um todo de “momentos”*”

---

20. Cf., CORDEIRO, António Menezes de, “Introdução à Edição Portuguesa”, in CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2a ed., trad. António Menezes de Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996

21. MÜLLER, Friedrich, *Discours sur la Méthode Juridique*, 5a ed., trad. Olivier Jouanjan, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

*relacionados entre si de modo pleno de sentido, que só nesta vinculatividade recíproca constituem o conceito*"<sup>22</sup> O conceito é formado a partir da fusão de momentos apreendidos apenas idealmente em sua individualidade, pois só adquirem sentido em sua reciprocidade inexorável. A operação que divide o conceito em momentos, reflete sobre eles e opera sua reconstrução é toda uma operação dialética e ideal – a totalidade do ser enquanto idéia absoluta a si tudo submete.<sup>23</sup> E aqui reside o ponto que impede a redução da metódica estruturante do Direito a uma réplica da dialética hegeliana: a metódica é essencial e absolutamente concreta.

A hermenêutica filosófica, por sua vez, notadamente a partir da investigação desenvolvida por Hans-Georg Gadamer, enriquece espantosamente o discurso científico da Jurisprudência, na medida em que não separa, em absoluto, o sujeito que conhece do objeto conhecido, existe um vínculo prévio entre eles: trata-se da *pré-compreensão*, já uma vez aqui referida, composta pela tradição em que o investigador está irremediavelmente inserido, quer em sua vertente lingüística, quer em sua vertente substancial.<sup>24</sup> A interpretação clássica, tradicionalmente dividida em *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas aplicandi* (aplicação), fora totalmente subvertida pela hermenêutica filosófica, pois era “um processo unitário não somente a compreensão e interpretação, mas também a aplicação”<sup>25</sup>, sendo tal processo unitário operado sob a forma do círculo hermenêutico.

Um terceiro elemento substancial na formação da metódica estruturante é de caráter essencialmente argumentativo e remonta à tópica a Aristóteles, sucessivamente resgatada por Cícero e Gian Batista Vico, mas somente reconhecida na Ciência do Direito a partir de Theodor Viehweg<sup>26</sup>. A tópica é a argumentação por meio de “*topoi*”, lugares-comuns argumentativos que desempenham importante papel

22. LARENZ, *op. cit.*, p. 652.

23. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Epítome*, v. 1, trad. Artur Morão, Lisboa, Edições 70, 1988, § 213, p. 209: “A idéia é o verdadeiro em si e para si, a unidade absoluta do conceito e da objectividade”. A metódica estruturante usa fatos para fixar a norma jurídica que realmente toma a forma de uma decisão concreta, bem distante de qualquer idealização. Os conceitos, pensados e dissociados de antemão, ao unirem-se, constituem o conceito em um movimento de duplo sentido, semelhante ao conhecido “círculo hermenêutico”

24. Com efeito, Heidegger já havia identificado um momento prévio ao conhecimento, bem como já havia considerado, outrossim, compreensão e interpretação como momentos unitários (Heidegger, *op. cit.*, p. 204).

25. Gadamer, *op. cit.*, p. 460. Ainda, corroborando a íntima ligação entre a hermenêutica filosófica e a ontologia hegeliana, cf. p. 451: “A partir disso a tarefa da hermenêutica filosófica pode ser caracterizada como segue: tem de refazer o caminho da fenomenologia do espírito hegeliana, até o ponto em que, em toda subjetividade, se mostra a substancialidade que a determina”. Daí a ligação entre a ontologia, a hermenêutica filosófica e a metódica estruturante do Direito, vez que a concretização demanda a junção de momentos (âmbito e programa da norma, como se verá), muito embora a norma jurídica somente possa ser extraída a partir desse processo dialético e referida ao caso, somente assumindo algum sentido em sua concretude.

26. Viehweg, Theodor, *Tópica e Jurisprudência*, 5a ed., trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, Universidade de Brasília e Ministério da Justiça (co-edição), 1979. Em verdade, a tópica nunca se pretendeu

na solução de questões jurídicas, tais como, e.g., a “boa-fé” Cada “*topos*” pode ser utilizado conforme o caso que se quer decidir, e seu significado é elástico, sendo essencialmente definido em função do caso. A tópica enfatiza essencialmente o problema, e é a partir dele que um arcabouço argumentativo é desenvolvido para a resolução do caso concreto, funcionando, assim, a partir de “*panoramas fragmentários*”: premissas escolhidas sem qualquer sistematização, através de tentativas de solução e que compõem o quadro argumentativo jurídico. Essas tentativas tornam-se premissas quando aceitas como razoáveis pelo senso comum no discurso jurídico<sup>27</sup>. Dessa forma, as decisões não são obtidas como uma decorrência da ordem positiva, mas sim como um processo de contraposição de argumentos aceitáveis, dentre os quais um é o melhor para decidir o problema.

Não-obstante todas as críticas que lhe podem ser dirigidas<sup>28</sup> e muito embora pensamento sistemático e tópica sejam apresentados como antíteses recíprocas, o antagonismo entre eles é menos real que aparente, havendo mais propriamente uma verdadeira complementaridade entre sistema e tópica – e, de fato, foi na medida dessa complementaridade que ambos foram incorporados pela metódica. No entanto, não se trata do sistema lógico-formal de há muito abandonado pela Jurisprudência, sendo-lhe adequado apenas o conceito de *sistema aberto* conforme desenvolvido por Canaris. Com efeito, o sistema aberto, além de permeável a valorações, comporta a problematização, embora de forma ampliada e genérica, pois algumas questões não são tratadas como problemas, sendo desde já oferecidas determinadas respostas aos problemas mais gerais. Destarte, relega o pensamento sistemático uma posição secundária ao pensamento tópico, destinado fundamentalmente a complementar os pormenores inatingíveis pela generalidade sistêmica.<sup>29</sup>

---

científica no sentido apodítico do termo, assumindo-se sempre como estilo problemático de raciocínio, sendo exatamente por isso e nesse ponto substancialmente criticada. Cabe observar, de fato, que tal enfoque problemático era a base mesma do Direito Romano, essencialmente pragmático e sempre voltado para um problema a ser resolvido, chamado entre os romanos de “prudência” (Cf. Ferraz JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2a ed., São Paulo, Atlas, 1994, pp. 56 e s., especialmente p. 58: “*O pensamento prudencial desenvolvido nos responsos dos juriconsultos romanos tinha algo de semelhante às técnicas dialéticas dos gregos*”). E foi exatamente nesse sentido de prudência e dialética que a tópica foi retomada por Viehweg.

27. ARISTÓTELES, *op. cit.*, livro I, I, p. 5, define as premissas aceitas em um discussão argumentativa como sendo: “*aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos – em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes*”. Cabe ressaltar que fundamentar a decisão jurídica na aceitação de premissas pelo senso comum constitui um ponto naturalmente aberto a críticas, pois põe a certeza preconizada pelo conhecimento positivo em crise.

28. Cf., para uma crítica detalhada da tópica, CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2a ed., trad. António Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, cap. 7o.

29. Com efeito, não faz sentido excluir-se um ou outro: o pensamento sistemático puro eliminaria a instância argumentativa, vedando os respiros de ventilação do Direito; ao passo que a tópica, exclusivamente, enquanto estilo de pensamento, impediria o controle racional da Ciência sobre sua própria *praxis* jurídica. Em verdade: “*Não há, assim, uma alternativa rígida entre o pensamento tópico e o sistemático, mas antes uma complementação mútua*” (Canaris, *op. cit.*, p. 277).

Há que se considerar, ainda, o viés constitucional é intrínseco à metódica estruturante, revelado em nuances de Ciência Política e Teoria Constitucional e consubstanciados essencialmente pela interpretação conforme a constituição e pela constitucionalização dos direitos fundamentais, decorrentes da necessária força normativa da constituição. A força normativa da constituição (“*normativ Kraft der Verfassung*”) é sua característica essencial, e foi suficientemente identificada por Konrad Hesse, como forma de defender a constituição de ataques pragmáticos em relação ao seu grau de efetividade prática<sup>30</sup>. Esse grau de efetividade prática, por sua vez fora analisado por Ferdinand Lassale, que identificou certos “fatores reais de poder” latentes na sociedade e que a configuravam efetivamente, sendo responsáveis por transformar a constituição numa simples “folha de papel.”<sup>31</sup> Lassale trouxe à tona a existência de focos de concentração de poder econômico e político e, principalmente, evidenciou sua íntima relação com a constituição de um país, mostrou a interpenetração entre a realidade e a constituição. A toda constituição, em sentido normativo, subjaz uma constituição real, que sempre se impõe perante aquela, mas que não se apresenta como autêntica, ou em suas próprias palavras, as constituições que se nos apresentam: “*no son las Constituciones reales y efectivas, sino las Constituciones escritas, las hojas de papel*”.<sup>32</sup> No entanto, a argumentação de Lassale atém-se somente à supremacia da realidade sobre a constituição, admitindo a ligação entre ambas de forma absoluta. Essa relação, no entanto, não se dá de forma absoluta, mas relativa, sendo a força normativa inerente à constituição, o que funde o normativo (*sollen*) ao fático (*sein*).<sup>33</sup> Ora, a constituição traz em si uma pretensão de vigência que, ao conformar a realidade estatal (ainda que relativamente), traduz-se em uma força normativa, legitimando-se enquanto “vontade de constituição” (“*Wille zur Verfassung*”) que, ainda que não consensual, em absoluto, surge como legítima e é constantemente legitimada através de uma *praxis* constitucional.<sup>34</sup>

Com efeito, e em resumo, rompe-se com o formalismo positivista, captando-se o Direito não como compartimento hermeticamente fechado em si mesmo, mas sim como um sistema aberto e dinâmico em sua força normativa constitucional, servindo-se da argumentação indutivo-problemática, mas escapando da aleatoriedade tópica ao proceder metodicamente no cômputo dos argumentos, apreendendo a *praxis*

30. HESSE, Konrad, “La Fuerza Normativa de la Constitución”, in *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

31. LASSALE, Ferdinand, *¿Que es una Constitución?*, trad. W. Roccs, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1946.

32. LASSALE, *op. cit.*, p. 71.

33. HESSE, *op. cit.*, pp. 62/63: “La “constitución real” y la “constitución jurídica”, (...) se hallan en una situación de coordinación correlativa. Se condicionan mutuamente, in ser simplemente dependiente la una de la otra; cabe decir que a la constitución jurídica le corresponde una significación autónoma, aunque sea sólo relativa”

34. HESSE, *op. cit.*, p. 66.

jurídica em suas dimensões hermenêutica e, fundamentalmente, concreta – trata-se da metódica estruturante do Direito.

A metódica estruturante do Direito funda-se em quatro pilares fundamentais: dogmática, metodologia, teoria da constituição e teoria da norma jurídica<sup>35</sup>. Ora, busca-se, para o momento, fundamentar um eventual controle jurídico de políticas públicas. Mas controle jurídico é visto tradicionalmente como controle de normas jurídicas, exclusivamente. Isso traz dificuldades conceituais, quer em relação ao conceito de políticas públicas, quer em relação ao conceito de norma jurídica, pois elas, muito embora estejam submetidas ao princípio da legalidade, não se apresentam exclusivamente sob a forma normativa. Daí a importância da teoria da norma desenvolvida por Friedrich Müller no bojo da metódica estruturante, vez que ela alarga o enquadramento jurídico-normativo das normas, permitindo daí o controle das políticas públicas, como se verá.

Para a teoria da norma subjacente à metódica estruturante, a norma não é concebida como “esquema de interpretação da conduta humana”<sup>36</sup>, mas “*Une norme juridique est un modèle d’ordre structuré et concrètement déterminé*”<sup>37</sup> em função de um determinado caso a ser resolvido, é um modelo de ordem, um padrão de motivação (*Motivationsmuster*) das decisões de problemas. A distinção entre a norma e seu texto impede que a este seja legado, por si só, qualquer caráter normativo, sendo-lhe atribuível tão somente a validade (*Geltung*), distinguindo as normas jurídicas das demais normas sociais, pois impõe aos textos válidos um caráter obrigatório que pode tornar-se violência atual mediante processos e instituições jurídico-políticas. Nesse sentido, a validade não decorre da sua forma enquanto proposição lingüística, mas sim e somente das particularidades contextuais nas quais os textos válidos estão inseridos, remontando-se aqui aos “jogos de linguagem” conforme desenvolvidos por Wittgenstein. Ainda, não se imagine que é o próprio texto válido que será concretizado. Ora, a distinção entre a norma e seu texto impede que seja prefixado à norma um sentido unívoco – algum sentido só vem com o processo de concretização a partir do caso submetido a exame, sendo precisamente essa concretização a responsável pela construção (estruturada) da normatividade.<sup>38</sup> E a concretização, por sua vez, significa a densificação dos preceitos jurídicos mediante a fusão de norma e realidade na solução de um caso concreto.

O processo de concretização estruturada da norma tem início a partir dos textos válidos, que são tanto os limites mínimos quanto os limites máximos deste processo – não podem ser desconsiderados no seu início, assim como ao seu fim não se

---

35. MÜLLER, Friedrich, *Direito, Linguagem, Violência. Elementos de uma Teoria Constitucional*, v. 1, trad. Peter Neumann, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.

36. KELSEN, *op. cit.*, pp. 18 e s..

37. MÜLLER, *Méthode Juridique, op. cit.*, p. 201.

38. MÜLLER, *Méthode Juridique, op. cit.*, p. 187; c. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2a ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998, especialmente p. 1076: “A normatividade não é uma “qualidade” da norma; é o efeito do procedimento metódico de concretização”

pode produzir algo absolutamente contrário a eles. O jurista (*Rechtsarbeiter*), ao se deparar com um caso prático, toma um ou vários textos válidos e elabora hipóteses textuais (*Normtexthypotesen*) como ponto de partida para o processo de concretização. Partindo dessas hipóteses textuais, o jurista passa a recolher os elementos fáticos, os dados da realidade que constituem o âmbito fático (*Sachbereiche*) que, por razões de economia de trabalho, é reduzido e particularizado no âmbito (fático) do caso (*Fallbereiche*) e, finalmente, no âmbito (também fático) da norma (*Normbereiche*). Paralelamente, o jurista elabora o programa da norma (*Normprogramm*) a partir da interpretação dos elementos lingüísticos pertinentes ao caso, compondo o que tradicionalmente se chamou de comando da norma,<sup>39</sup> que não é absolutamente vago nem absolutamente unívoco, indicando espaços de ação metodicamente domináveis nos quais o trabalho jurídico se desenvolve, podendo ser então controlado e legitimado ou criticado. O programa é uma espécie de filtro para a multiplicidade e a variedade de dados empíricos.

Para trabalhar o programa normativo, é necessário que o jurista recorra a recursos interpretativos que remontam, mas não se identificam, àqueles desenvolvidos por Savigny, quais sejam os critérios de interpretação gramatical-litera, sistemático, teleológico, histórico e genético, sendo os três primeiros diretamente referentes aos textos válidos, ao passo que os dois últimos são apenas indiretamente tangentes aos textos válidos. Naturalmente, pode-se pensar numa hipótese de conflito entre estes critérios, o que não é bem o caso, vez que todos têm de ser utilizados em sincronia metódica como caso concreto. No entanto, conforme Friedrich Müller, pode-se pensar numa hierarquia meramente relativa entre eles, em regra prevalecendo os que diretamente se referem aos textos válidos, na medida dessa referência. O critério gramatical-litera é o que busca definir o sentido do comando, é o mais estritamente relacionado aos textos válidos, sendo, portanto, o maior responsável por filtrar os aspectos fáticos relevantes para a composição da norma. Ainda, este critério interpretativo permite definir os limites iniciais e finais do processo de concretização, pois fixa os limites dos textos apresentados. De outro lado, o critério de interpretação sistemática enquadra o programa na totalidade do ordenamento jurídico, impondo uma concepção conjunta, globalizante e unitária do ordenamento jurídico. Por sua vez, o critério teleológico visa à identificação do *telos* pretendido pela prescrição – este critério sofre importantes restrições, vez que pode deturpar o sentido literal do comando ao buscar-lhe uma finalidade ulterior. Em complemento, o critério histórico de interpretação faz o contraponto entre os textos válidos na atualidade e os textos que uma vez o precederam, identificando as mutações e suas razões históricas, não se referindo direta nem exclusivamente aos textos válidos hipoteticamente selecionados. Finalmente, o critério genético trabalha apenas com textos não válidos, tais como a doutrina, as exposições de motivos, discursos políticos e projetos legislativos. Mas os elementos

---

39. Sinteticamente, MÜLLER, *Méthode Juridique*, op. cit., p. 195: “Ensuite, le juriste élabore le programme normatif (...) tiré de l’interprétation de l’ensemble des données linguistiques. A l’aide de ce programme, il choisit enfin le champ normatif (...), la composante objective de la prescription juridique, au sein du champ d’espèce”.



tradicionais de interpretação não esgotam as necessidades argumentativas e interpretativas da metódica estruturante do Direito. Trata-se fundamentalmente, da interpretação conforme a constituição e do princípio da prevalência e defesa dos direitos fundamentais.<sup>40</sup> Estes dois critérios adicionais exigem uma interpretação material dos textos válidos, introduzindo um viés político-constitucional no processo de concretização normativa.

De fato, a concretização depende da conjunção entre programa e âmbito normativos, produzindo-se uma norma jurídica: “*Le programme normatif et le champ normatif composent ensemble la “norme juridique” qui doit être formulée de manière abstraite et générale*”<sup>41</sup> Vê-se, então, que programa e âmbito da norma formam, em conjunto, a norma jurídica enquanto modelo de motivação de decisões, ainda não se atingindo toda a concretude necessária para a decisão do problema, vez que a norma jurídica, embora já normativa, remanesce relativamente abstrata e geral por não se remeter, por enquanto, ao caso concreto. A partir deste ponto intermediário representado pela norma jurídica, o jurista reporta-se diretamente ao caso concreto, fundindo-os absolutamente em uma específica norma-de-decisão (*Entscheidungsnorm*) para a solução do caso, desta feita absolutamente concreta e normativa. Logo, a normatividade enquanto capacidade de transformar a norma jurídica em uma norma-de-decisão e, outrossim, remetê-la e imputá-la à primeira,<sup>42</sup> revela-se dialética e faticamente determinável. Um tal processo de concretização demanda um enquadramento hermenêutico-filosófico adequado, pois rompe com as dicotomias jurídicas clássicas (ser/dever-ser, fato/norma e aplicação/interpretação jurídicas). Todo o processo de construção da norma põe Direito e trabalhador jurídico em contato, esse último necessariamente imerso em uma tradição que se revela em pré-conceitos lingüísticos e substanciais que orienta todo o processo de conhecimento que, por sua vez, desenvolve-se em forma de “círculo hermenêutico” ou “espiral hermenêutica” (Heidegger/Gadamer), constituindo uma estrutura fático-normativa de sentido em termos de presença ontológica.<sup>43</sup> Nesse sentido, a concretização hermenêutico-circular do Direito

---

40. Há que se considerar, que, no que tange especificamente aos critérios constitucionais de interpretação, é necessário sempre remeter-se às Constituições concretas, pois cada uma delas traz princípios e características peculiares que devem ser levados em conta. Não obstante a particularidade das constituições concretas, é possível tratar alguns destes critérios de interpretação como genéricos, tais como a interpretação conforme a constituição e a defesa dos direitos fundamentais.

41. Müller, *Méthode Juridique*, op. cit., p. 45.

42. Müller, *Méthode Juridique*, op. cit., p. 189: “*La normativité est donc cette capacité prêtée aux normes juridiques de pouvoir être transformées en normes-décisions et de pouvoir alors justifier ces normes-décisions pour autant que ces dernières peuvent, du point de vue de la méthode et du principe de l’Etat de droit, leur être imputée*”.

43. O termo “pre-sença” em nenhuma medida é sinônimo de “existência” ou de “presença”, mas tem um significado próximo do original “*Dasein*”, que significa “ser aí”, traduzindo a noção do processo de constituição ontológica do homem e da humanidade, na medida em que é na pre-sença que o homem constrói seu mundo circundante, relacionando-se intimamente com o “ser-no-mundo” (“*imweltsein*”) de Heidegger (Heidegger, op. cit., pp. 77 e s.).

não é simplesmente a redução de uma norma geral a uma norma particular, mas verdadeira construção e produção de uma norma jurídica no quadro de solução de um problema dado.

#### 4. Fundamentação Metodológica de um Controle Jurídico de Políticas Públicas

Chegou-se, enfim, ao ponto fulcral do estudo. Intenta-se, sobre os pressupostos até aqui assentados, demonstrar porque o controle jurídico de políticas públicas somente é possível, em termos metodológicos, a partir da metódica estruturante do Direito. A metódica é definida como um método de trabalho jurídico, em que: “*A função do trabalho jurídico é uma função de decisão e dominação, de diferenciação e orientação da sociedade, de distribuição e compensação, de estabilização e legitimação.*”<sup>44</sup> Sua função, enquanto método de trabalho jurídico, pode ser explanada didaticamente em dois planos – e somente didaticamente existem tais dois planos, vez que na prática são eles absolutamente indivisíveis – quais sejam: (1) no plano jurídico a metódica é uma técnica de imputação, vez que permite formular um mecanismo de condução metódico-racional da decisão jurídica a uma norma; e (2) no plano político a metódica assume a função de deslocar a responsabilidade pela decisão, pela orientação, pela distribuição, pela compensação e pela dominação subjetiva para instâncias normatizantes de uma maneira regularmente aceita como plausível. Naturalmente, esses dois planos somente podem ser diferenciados para fins de investigação, pois o Direito concreto não os diferencia: a decisão de uma questão é apresentada como imputável ao ordenamento ao passo que, simultaneamente, as conseqüências relativas ao súdito são alocadas na estrutura do Poder Judiciário ou na função mesma do Poder Legislativo.

Nesse sentido, a metódica estruturante do Direito permite confirmar o primeiro pré-conceito desta reflexão, qual seja a existência de um interstício jurídico-político passível de ser metódica e racionalmente trabalhado e controlado; a metódica, aliás, confirma a necessidade de tal conexão. A Jurisprudência assume uma função não-só jurídica mas também, e quase que preponderantemente, uma função política. E a Jurisprudência somente o pode fazer no contexto metodológico da metódica estruturante enquanto método de trabalho jurídico além do positivismo – de fato, o positivismo enquanto metodologia científica, i. e., a despeito de suas variantes e respectivas peculiaridades, não viabiliza qualquer discussão política, aliás, mais ainda: não reconhece – e portanto, não pode controlar – as inegáveis influências empíricas da Política sobre o Direito.

Quanto ao segundo pré-conceito, qual seja, o *Welfare State* enquanto ponto de partida seguro, é inegável assumir a crise desse paradigma estatal e, por óbvio, a relatividade desse pré-conceito teórico. No entanto, e aqui reside um segundo ponto que permite fortalecer e confirmar a metódica como única via metodológica para o controle político de políticas públicas, tal crise é metodologicamente assumida

---

44. MÜLLER, Friedrich, *Direito, Linguagem e Violência*, op. cit., pp. 27/28.

e o Estado Social de Direito é defendido contra reduções e distorções em suas linhas essenciais: “*Elle [a metódica estruturante] n’entend pas être seulement techniquement effective mais en même temps contribuer à la légitimité de l’Etat constitutionnel. En ce sens ainsi précisé, la rationalité n’est pas seulement une condition de l’Etat de droit, mais aussi de la démocratie et de l’Etat social.*”<sup>45</sup> Vê-se que a metódica traz para o debate científico e metodológico a racionalidade material do Estado Social, o que a faz intimamente relacionada aos direitos sociais. Ainda, no que diz respeito à concretização da norma jurídica, o foco central da metódica é sempre os direitos fundamentais, sendo eles fortemente marcados, na prática, por elementos fáticos,<sup>46</sup> introduzindo-se então, até mesmo no sempre ortodoxo campo da teoria da norma, elementos que permitem traduzir o paradigma estatal social.

Em função disso, o viés tópic e político-constitucional da metódica torna-a apta a lidar com os elementos normativos típicos do *Welfare State* e que, a despeito de todas as resistências doutrinárias e jurisprudenciais apegadas ao purismo normativo, não são estritamente jurídicos, mas possuem uma carga político-econômica necessariamente aberta à concretização, e. g., os princípios e as normas chamadas “programáticas.”<sup>47</sup> Portanto, o segundo pré-conceito, embora relativizado em face das atuais tendências teóricas e políticas, pode ser (e, de fato, assim o é) defendido pela metódica que, contra todas essas recentes tendências, efetivamente o assume como ponto de partida essencialmente *inseguro*, dispondo-se portanto a aplicá-lo, mas também a questioná-lo e controlá-lo, como critério de racionalidade jurídica. Essas são, a bem da verdade, as razões essenciais que permitem legar exclusivamente à metódica estruturante do Direito a tarefa de justificar e prover subsídios teóricos e metodológicos para o controle jurídico de políticas públicas que se propõe<sup>48</sup>. Daí porque somente se justifica o controle jurídico de políticas públicas a partir da metódica estruturante do Direito. Um tal controle depende da incessante discussão acerca das relações entre Política e Direito e da legitimidade democrática do Estado Social de Direito, e só a metódica traz esses aspectos para o discurso científico e metodológico do Direito como

45. MÜLLER, *Méthode Juridique*, op. cit., p. 48.

46. MÜLLER, *Méthode Juridique*, op. cit., p. 66.

47. Cabe fazer uma observação: as normas “programáticas”, simplesmente e sem qualquer sombra de dúvida, não existem. Toda “norma” jurídica (“norma” em sentido positivista, i.e., equiparada a seu texto legal) demanda concretização. As normas chamadas “programáticas” somente constituem hipóteses textuais mais abertas e mais propícias à manifestação tópica do Direito, mas são normas tão-vinculantes e tão-imperativas como todas as demais regras de qualquer ordenamento jurídico.

48. MÜLLER, Friedrich, *Direito, Linguagem e Violência*, op. cit., p. 32: “*Nessa configuração, o Estado de Direito possui funções, que não foram superadas historicamente (...) Ele deve ser defendido, not last, contra as tendências regressivas, (...) motivadas pela atualidade política. Essa é (...) a pré-compreensão aqui proposta: não uma tendência de não “questionar” o Estado de Direito. Muito ao contrário: o Estado de Direito seria considerado de forma puramente técnica, se só os modos do trabalho jurídico deversem ser descritos empiricamente (...) Ele é “questionado” pela proposta de tratar a metódica jurídica como totalidade de todas as indagações segundo: funções - estruturas - modos de trabalho, i.e., pela proposta de simultaneamente questionar como também praticar o Estado de Direito.*”

fator de racionalidade e controle das decisões jurídicas. Essa é a essência mesma do controle jurídico de políticas públicas e da reforma proposta: inserir o Poder Judiciário na concretização da vontade social-democrata presente na Constituição brasileira, o que, à luz de tudo quanto até agora exposto, somente pode ser feito por meio da metódica estruturante do Direito, enquanto postura metodológico-científica madura.

## 5. Proposta de Reforma do Poder Judiciário Brasileiro

Finalmente, tendo em vista todas as considerações até aqui aduzidas e sedimentadas, resta observar com atenção a realidade judiciária brasileira no que diz respeito aos direitos sociais e às políticas públicas para atestar-se a efetiva necessidade de uma qualquer reforma que se pretenda, de forma a identificar as razões que nos levaram a formular a hipótese de reforma ora proposta. O arcabouço jurídico e institucional brasileiro tem de ser realmente insuficiente para justificar a reforma proposta. São essencialmente dois os mecanismos de defesa dos direitos sociais, a saber, o mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, previstos constitucionalmente pelos art. 5º, inciso LXXI e art. 103, parágrafo 2º da Constituição Federal. Não se trata de desenvolver profunda análise de tais mecanismos de proteção constitucional, tarefa já muito bem desempenhada pela doutrina nacional, bastando uma análise estrutural de tais mecanismos para compreender a necessidade do controle jurídico de políticas públicas na forma proposta, adiante delineada.

O termo “controle” tem um significado reflexivo, pois pode desdobrar-se tanto para o futuro quanto para o passado, i. e., pode assumir tanto um caráter repressivo ao recair sobre fatos pretéritos (que podem ser atos ou omissões), quanto um caráter preventivo e promocional ao projetar-se para uma atividade futura. Por outro lado, quanto às instâncias procedimentais e à luz do arcabouço jurídico brasileiro, pode o controle representar uma ação individual ou coletiva.

À luz dessas singelas considerações, pode-se perceber claramente que o arsenal constitucional existente no Brasil só é capaz de prover a proteção repressiva de direitos sociais, recaindo o controle individualmente ou coletivamente sobre omissões, cabendo mandado de injunção ou ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, conforme o caso. Esses mecanismos somente viabilizam o exercício do controle após configurado o dano ao súdito, a função de tais institutos é essencialmente reparatória e de pouca eficácia no que diz respeito à implementação e efetivação de direito sociais.

Quanto à ação declaratória de constitucionalidade por omissão, não há muito a ser considerado, vez que a própria essência da ação é meramente declaratória, significando muito pouco no que diz respeito à implementação de políticas públicas para efetivar direitos sociais: o Poder Judiciário se restringe a, timidamente, comunicar a falência dos direitos sociais aos órgãos competentes, não havendo nada além disso a ser feito.

O grande ponto de discussão gravita em torno do mandado de injunção. Inspirado pelos *writs of injunction* do *Common Law*, notadamente pela *affirmative*

*action* e pela *structural injunction*, o mandado de injunção teve originalmente um caráter mandamental de implementação do direito pleiteado. Ora, de fato, tal remédio configuraria grande passo constitucional no sentido de promover e defender direitos sociais, vez que ensejaria a participação determinante do Judiciário na efetivação do direito desguarnecido. No entanto, a jurisprudência constitucional brasileira se encarregou de minar peremptoriamente a eficácia do dispositivo, entendendo tratar-se de norma não auto-aplicável e, como tal, incapaz de solucionar o caso concreto.<sup>49</sup> Em adição, ainda que o entendimento jurisprudencial houvesse mantido o sentido original do mandado de injunção, ele não seria plenamente satisfatório para implementar direitos sociais, pois os restringiria à defesa individualizada dos direitos sociais, fazendo com que se perdesse a noção da necessária efetivação desses direitos mediante a implementação de políticas públicas.

Cabe agora, rapidamente, dizer uma palavra sobre a ação civil pública. Embora ela seja, na prática, usada para a defesa de direitos “coletivos” ela não representa, estritamente, um instituto de defesa dos direitos sociais, pois destina-se a proteger o consumidor, o meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos que, em verdade, não se identificam conceitualmente aos direitos sociais, econômicos e culturais. Aliás, a recente medida provisória n. 2102-26 de 2000 incluiu parágrafo único ao artigo primeiro da lei da ação civil pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), excluindo expressamente a possibilidade de que se sirva do instituto para a defesa de direitos de natureza previdenciária e trabalhista – em outras palavras, consumou a inutilidade da ação civil pública na defesa de direitos sociais por excelência.

Não-obstante tais considerações, pouco desenvolvidas e tampouco sistematizadas, já que meramente estruturais, relativas aos referidos remédios constitucionais, não se há de negar que recentes avanços têm sido apresentados pelo Poder Judiciário brasileiro na defesa da coletividade. Mais ainda assim, até mesmo tais avanços devem ser avaliados e criticados. Isso porque nesses poucos avanços, a jurisprudência se move sem uma orientação vetorial definida e consciente, isto é, atua meio que às cegas, reagindo por vezes a pressões políticas, por vezes a pressões da opinião pública. É fato que em tais circunstâncias, muitas vezes os direitos sociais são efetivamente implementados de maneira satisfatória, mas isso não permite concluir pela existência de uma orientação metodológica e científica da Jurisprudência brasileira, aproximando-se tais avanços de um “pragmatismo sem direção”<sup>50</sup> que configura

---

49. Cf., paradigmaticamente, o mandado de injunção 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, 23/11/89. Contrastante é a experiência jurisprudencial norte-americana, podendo-se apontar alguns casos exemplares: *Brown v. Board of Education of Topeka*, de 1954, em que o Chief Justice Warren decidiu pela implementação de política educacional para acabar com a segregação racial nas escolas, inclusive homogeneizando as grades curriculares; os casos *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad*, *United States et. al. v. Bankers Trust Co. et al.*, *Nortz v. United States* e *Perry v. United States*, todos decididos uniformemente para consolidar política pública financeira de estabilização monetária no governo de Roosevelt; e os *Wyatt cases*, em que o Poder Judiciário do Alabama praticamente assumiu a administração da rede hospitalar.

50. MÜLLER, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 2a ed., trad. Peter Naumann, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 37/38.

verdadeira *serindipidade jurisprudencial* e, portanto, muitas vezes sujeitos a confirmações e desconfirmações, fluxos e refluxos e guinadas tortuosas, justamente em função da ausência de uma sólida orientação metodológica consciente de si mesma.

Aqui se situa a principal e derradeira justificativa para o controle jurídico de políticas públicas conforme proposto: acabar com a serindipidade jurisprudencial ao fazer com que o Poder Judiciário tome conhecimento e consciência das próprias funções que assumiu com a Constituição, de 1988, perante o Estado Social nacional no sentido de implementar os direitos sociais, econômicos e culturais mediante ativa participação na implementação de políticas públicas. Somente coordenando o procedimento com a metodologia e a ideologia subjacentes é possível haver uma autêntica *praxis* constitucional. Isso o que se pretendeu com a presente proposta de reforma do Poder Judiciário brasileiro: aproximá-lo da implementação de políticas públicas fazendo convergir, em última instância, prática e ideologia constitucionais.

E a aproximação que se pretende, se operada novamente de forma repressiva, de nada invaria o ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos não de forma plenamente satisfatória. O controle jurídico de políticas públicas é tipicamente preventivo, ou melhor, tal controle não se exerce em *um singular* determinado momento, mas constitui atividade constante de vigília da atividade governamental. Dessa forma, insere-se tal controle no bojo do planejamento da atividade governamental, pois consiste precisamente na verificação e controle do cumprimento e da execução dos programas de governo.<sup>51</sup> Não se trata de controlar apenas a higidez orçamentária, o que pode ser feito através do procedimento legislativo ordinário. Trata-se de verdadeiro e constante monitoramento da atividade governamental pelo Poder Judiciário. E tal monitoramento depende de uma Justiça constitucional atuante.

Nesse ponto reside mais uma crítica que pode ser feita ao Sistema Judicial brasileiro: a ausência de um tribunal constitucional responsável exclusivamente pela concretização da Constituição. Cabe ressaltar que a polêmica em torno desse ponto específico é bastante acirrada, havendo quem defenda o Supremo Tribunal Federal como autêntica Corte Constitucional brasileira e havendo também aqueles que não o reconhecem como tal.<sup>52</sup> Sem adentrar nas minúcias de tal polêmica, o Supremo Tribunal Federal, apenas por deter competência constitucional originária em certas matérias, não se transforma em típico tribunal constitucional. Além disso, acumula funções e competências excessivas e não constitucionais, ao mesmo tempo em que, ao ser composto por nomeação do poder executivo, tem sua independência política

---

51. Cf. COMPARATO, “Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”, *op. cit.*; bem como “A Organização Constitucional da Função Planejadora”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 8, São Paulo, 1994.

52. SANCHES, Sidney, “O Supremo Tribunal Federal do Brasil na Constituição de 1988”, in VVAA, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Lisboa, Coimbra Editora, 1995: “Não há no Brasil uma Corte Constitucional propriamente dita (...)”. Em oposição, VELLOSO, Carlos, “O Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional” e “Do Poder Judiciário: organização e competência”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ns. 192 (1993) e 200 (1995), respectivamente.

naturalmente posta em questão, quando seu compromisso deveria ser exclusivamente a concretização constitucional.

Com efeito, a inserção do Poder Judiciário no processo de concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais, em função de seu inexorável caráter constitucional, tem que se dar mediante a *praxis* constitucional, em outras palavras, por meio do desenvolvimento e atuação da Justiça constitucional. E por mais distante de nossa realidade que uma tal proposta possa parecer, é forçoso reconhecer o papel central desempenhado pelos tribunais de Justiça constitucional no moderno Constitucionalismo.<sup>53</sup> E a atuação da Justiça constitucional possui, sempre, e de acordo com seu substrato metódico-estruturante, três dimensões essenciais: uma dimensão institucional-normatizante, representada pelo processo desenvolvido conforme determinado trâmite procedimental responsável pelas decisões; uma dimensão tópicargumentativa, na medida em que consubstancia uma atividade interpretativa e criativa do tribunal subjacente a cada decisão; e uma dimensão político-constitucional, pois sua atuação é inexoravelmente jurídica e também política e, como tal, em estrita consonância com o governo e a atividade dos demais poderes do Estado.<sup>54</sup>

Imediatamente surge a questão “*Qui custodiet custodes?*” quer dizer, saber a quem confiar o controle daqueles que controlarão as políticas públicas, pois esse controle também não será ilimitado. Sob pena de recair-se em uma regressão ao infinito, a melhor solução é ainda a apontada pela justiça constitucional dos EUA, consistente na *political question doctrine* e no *judicial self-restraint* que lhe é inerente. Observe-se, entretanto, que “*a doutrina das questões políticas não pode significar a existência de questões constitucionais isentas de controle*”<sup>55</sup> apenas serve a balizar o controle evitando-o apenas nas situações em que ele caracterizar-se-ia uma efetiva ingerência funcional, prejudicando a vida do Estado. De fato, é possível identificar uma *political question* sempre que, disjuntivamente, não houver absolutamente, nenhuma norma constitucional aplicável ao caso; ou dizer respeito a decisão do caso apenas e tão-somente ao regime de competências da divisão de poderes; ou ainda tratar-se de questão que, em última análise, deve ser decidida pelo eleitorado, diretamente.<sup>56</sup> Claramente, não havendo instância superior de controle, cabe aos membros do tribunal constitucional o *judicial self-restraint*, a consciência de uma auto-contenção que situe o juiz em um meio termo entre o ativismo e o contencionismo judiciais.<sup>57</sup> Isso resume

---

53. QUEIROZ, *op. cit.*, p. 126.

54. CANOTILHO, *Direito Constitucional, op. cit.*, p. 1167.

55. CANOTILHO, *Direito Constitucional, op. cit.*, p. 1170.

56. Cf. QUEIROZ, *op. cit.*, p. 131.

57. O ativismo judicial exacerbado é efetivamente perigoso. Mas não é uma característica exclusiva do controle jurídico de políticas públicas e da proposta aqui elaborada: um importante exemplo de ativismo judicial pode ser encontrado na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana no momento imediato à implantação do *New Deal* de Roosevelt, dessa feita em sentido contrário às inovações trabalhistas e sociais implementadas pelo governo.

e demonstra como a *praxis* constitucional é um constante processo de legitimação, tanto da Justiça constitucional e da própria constituição como de cada uma de suas decisões, o que, novamente, só faz sentir mais contundente a necessidade de pressupostos metódico-estruturantes para tanto.

Mas poder-se-ia indagar pela natureza das políticas públicas, quer dizer, procurar defini-las como atos administrativos ou leis, para então mensurar o controle e, dessa sorte, limitá-lo. Ora, para viabilizar o controle de políticas públicas não é necessário, aliás, é absolutamente inútil, buscar uma estandarização dogmática das políticas públicas. De fato: “o acto ou é constitucional ou-não o é. (...) o acto encontra-se sujeito a um controle de constitucionalidade desde que para tanto se apresente como susceptível de conformação normativa, ou seja, desde que se apresente como uma questão jurídica, como tal justiciável.”<sup>58</sup> Despiciendo classificar rigidamente as políticas públicas como “atos administrativos” ou “normas”: são atividades governamentais constitucionalmente vinculadas que devem ser captadas como o vetor estatal precípua de realização de Justiça social, para então formular-se um problema jurídico-constitucional que carece ser decidido. E para determinar um problema jurídico-constitucional é absolutamente suficiente a *political question doctrine*, ou seja, não pode a política pública sujeita a controle constituir-se uma questão exclusivamente não-jurídica, por exemplo, não se pode tratar de uma situação não-respalhada constitucionalmente, bem como da competência para tomar a iniciativa na implementação da referida política pública, ou ainda questionar matérias essencialmente sujeitas ao voto popular.

Finalmente e após todas as conclusões parciais apontadas, chega-se ao ponto final da especulação, talvez o mais ambicioso (e com certeza o menos otimista) deste estudo. Ressalte-se que não se trata de remodelar todo o Poder Judiciário brasileiro, mas tão somente oferecer uma forma de aproximação entre esse poder e as questões sociais. Não se trata, outrossim, de imputar ao Poder Judiciário toda a responsabilidade pela efetivação dos direitos sociais, busca-se apenas romper com seu isolamento exacerbado e socialmente alienado, viabilizando o controle jurídico de políticas públicas e a defesa individual contra omissões na efetivação de tais direitos. Eis então, a seguir, as linhas mais gerais de proposta de hipotética emenda constitucional, de *lege ferenda*, capaz de tornar o Poder Judiciário atuante na implementação de políticas públicas para a efetivação de direitos sociais, consoante os preceitos científico-metodológicos da metódica estruturante do Direito.

#### Proposta de Emenda Constitucional (*de lege ferenda*)

Cria o Tribunal Constitucional do Brasil. Dá nova redação a dispositivos constitucionais. Revoga dispositivos constitucionais.

Art. 1º. O inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“LXXI – conceder-se-á mandado de injunção sempre que omissão normativa ou administrativa de qualquer órgão do Poder Público

---

58. QUEIROZ, *op. cit.*, p. 188.



tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade e à cidadania, devendo ser o pedido plenamente provido pela via judicial no caso em espécie;

a) o mandado de injunção processa-se exclusivamente perante o Tribunal Constitucional do Brasil;

b) o rito do mandado de injunção segue o rito do mandado de segurança.”

Art. 2º. O art. 92 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

- I) o Tribunal Constitucional;
- II) o Supremo Tribunal Federal;
- III) o Superior Tribunal de Justiça;
- IV) os Tribunais Regionais Federais e os Juizes Federais;
- V) os Tribunais e Juizes do Trabalho;
- VI) os Tribunais e Juizes Eleitorais;
- VII) os Tribunais e Juizes Militares; e
- VIII) os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal.”

Art. 3º. O art. 51 da Constituição Federal é acrescido de um inciso, com a seguinte redação:

“Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:  
(...);

VI) eleger os juizes do Tribunal Constitucional, nos termos do art. 101.”

Art. 4º. É criado o Tribunal Constitucional do Brasil, órgão integrante do Poder Judiciário. O Tribunal Constitucional será composto e terá suas competências estabelecidas nos termos dos artigos 100-A e 100-B da Constituição Federal, incluídos por esta Emenda e com a seguinte redação:

“Art. 100-A. O Tribunal Constitucional do Brasil é composto por nove juizes, eleitos pela Câmara dos Deputados pela maioria absoluta de seus membros, dentre bacharéis em direito, pelo prazo de nove anos, sendo vedada a reeleição.

§ 1º. Cada um terço dos juizes será eleito mediante a escolha em lista tríplice, apresentada, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Ministério Público da União e pela Ordem dos Advogados do Brasil;

§ 2º. Cada um terço dos juizes será renovado a cada período de três anos.

Art. 100-B. Compete ao Tribunal Constitucional, privativa e exclusivamente, defender e concretizar a Constituição Federal, cabendo-lhe, em decisão definitiva e inapelável:

I) processar e julgar originariamente:

a) o mandado de injunção, nos termos do art. 5º, inciso LXXI;

b) a ação direta de inconstitucionalidade de política pública, em função de qualquer atividade ou omissão de qualquer órgão do Poder Público,

de caráter normativo ou administrativo, que esteja em dissonância com planejamento previamente estabelecido pelo órgão competente;

1) a sentença que julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade de políticas públicas torna nula a atividade praticada em dissonância com o planejamento e vincula o órgão competente ao suprimento, em noventa dias, da omissão inconstitucional;

2) são competentes para propor essa ação:

I) a Mesa da Câmara dos Deputados;

II) a Mesa do Senado Federal;

III) a Mesa da Assembléia Legislativa;

IV) o Procurador-Geral da República;

V) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI) Partido Político com representação no Congresso Nacional; e

VII) Entidade de classe de âmbito nacional, confederação sindical ou entidades para-estatais de âmbito nacional.

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

b) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II) julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

§ 1º. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Tribunal Constitucional, na forma da lei;

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Tribunal Constitucional, nas ações de inconstitucionalidade de políticas públicas, declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Público.”

Art. 5º. Revogam-se as alíneas “a” e “q” do inciso I e os parágrafos primeiro e segundo do inciso III do art. 102, e a alínea “h” do inciso I do art. 105.

Art. 6º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

## 6. Três Objeções Imediatas

A primeira crítica a ser enfrentada está preponderantemente assentada no campo da Ciência Política. Formular-se-ia a crítica questionando-se a legitimidade democrática dos juízes para o julgamento de políticas públicas levadas a cabo pelo governo. Ora, argumentariam os contendores, um tal controle jurídico conforme proposto constitui verdadeira afronta à democracia, justamente por ser exclusividade de uma instituição não democraticamente eleita – o tribunal.

Para restringir-se a democracia por qualquer maneira, é antes necessário compreendê-la. O termo “democracia” é alardeado aos quatro ventos, sendo utilizado de forma tão abrangente e em situações tão diversas entre si que acaba por esvaziar-se de sentido.<sup>59</sup> A noção de democracia, em função desse uso despudorado, traz em si uma associação imediata que, se indubitavelmente importante, não pode ser assumida sem qualquer questionamento. Com efeito, “democracia” traz a tiracolo a noção de representação política, sendo que tal convergência remonta aos estudos utilitaristas de Stuart Mill – ora, nada mais óbvio: se todo poder emana do povo mas, por razões práticas igualmente óbvias, por ele não pode ser diretamente exercido em uma sociedade industrial, há que se socorrer do sistema representativo. A suplantação da monarquia, através das revoluções liberais, trouxe a necessidade prática da adoção do sistema da representação política no mundo ocidental que, consolidado em uma determinada moldura, fundou-se em certos pontos centrais: a vontade dos representantes não é necessariamente coincidente com a vontade dos representados e isso não a torna vinculada a estes, ao contrário, garante a independência da vontade representante perante a representada, sendo tal independência garantida pelo voto e pela irrevogabilidade do mandato representativo. Toda essa estrutura é garantida pela supremacia do Poder Legislativo no quadro da separação de poderes.

Em função da convergência operada tanto pelo pensamento de Mill quanto pela ascensão burguesa, sistema representativo e democracia legitimavam-se reciprocamente, na medida em que um somente era viável pelo outro – impensável democracia sem representação, sendo a recíproca necessariamente verdadeira. Há ainda uma ulterior associação, mais sutil que a primeira e que demanda maior atenção: por terem sido historicamente inaugurados no contexto das revoluções liberais do século XVIII, democracia e sistema representativo não só passaram a implicar-se mutuamente mas, outrossim, foram absolutamente vinculados ao liberalismo, de forma que a democracia inevitavelmente trazia atrelada a si, na maioria das vezes, considerações quanto à representatividade e liberdade, fundamentalmente a liberdade em seu sentido

---

59. Cf., a respeito do esvaziamento conceitual da democracia, SARTORI, Giovanni, *Teoria Democrática*, trad. Francisco M. da Rocha Filho e Oswaldo Blois, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965, pp. 22/23. Com efeito, praticamente nenhum governo se auto-intitula “anti-democrático” explicitamente, muito embora uma efetiva democracia seja realmente difícil de ser encontrada na prática.

negativo (liberdade dos modernos).<sup>60</sup> Mas não é prudente já estancarmos neste ponto – tais considerações ainda não satisfazem a atual delineação da democracia, sendo necessário ir um pouco mais além. Ora, conceitualmente convergindo representação política e regime democrático no bojo do liberalismo, o resultado é forçosamente uma concepção de democracia essencialmente individualista e (por que não dizê-lo?) utilitarista, pois fundada e concebida de acordo com os preceitos típicos do pensamento de Locke, Bentham e Stuart Mill: uma comunidade sob regime democrático é composta de indivíduos essencialmente livres e iguais e que exercem o poder político votando em seus representantes também livres e iguais.

No entanto, o controle jurídico de políticas públicas se insere em um contexto substancialmente diverso dessa democracia individualista, embora tal visão ainda persista. Trata-se da democracia das sociedades de massa, na qual o indivíduo sucumbe ante os múltiplos grupos de pressão, destacando-se as oligarquias políticas enquanto focos centralizados de poder, pontuais e relativamente autônomos, o que, por sua vez, só faz exacerbar a discrepância entre a vontade representante e a vontade representada. Como já visto, a sociedade industrial trouxe profundas alterações paradigmáticas, ressaltando-se dentre elas a apresentação do *Welfare State*. O Estado Social abriu os horizontes da participação popular aos campos econômico e cultural, trazendo-os para o âmbito da liberdade do cidadão, agora em sentido positivo (liberdade dos antigos), introduzindo a noção de *democracia social* no contexto político ocidental. E a democracia social difere em muito da democracia individualista, pois mescla, ou tende a mesclar, institutos de representação política a institutos de participação democrática direta.<sup>61</sup> De fato, a eleição popular enquanto meio de pôr em prática a representatividade política, não é em si e por si mesma suficiente. A eleição nada mais é que uma técnica de escolha dos representantes, um mero instrumento de arranjo da representação política, e não princípio fundamentante da democracia. Sente-se, com a social-democracia, um grave abalo na tradicional concepção de democracia liberal e individualista fundada na representação política tradicional.

Ora, a objeção apresentada tem de ser respondida nesse ponto crítico da democracia, qual seja, levando-se em consideração o impacto social-democrático após seu desenvolvimento liberal. Nesta esteira, é necessário considerar que as eleições não são suficientes para eximir os governantes de controle sobre o poder político exercido, a não ser em uma linha de argumentação efetivamente muito mal-intencionada. Em

---

60. Cf. BERLIN, Isaiah, *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*, trad. Wamberto Hudson Ferreira, Brasília, Universidade de Brasília, 1981; e CONSTANT, Benjamin, *Da Liberdade dos Antigos Comparada à Liberdade dos Modernos*, trad. Loura Silveira, sem local, sem data, pp. 9-25. Quanto à identificação operada entre liberalismo e democracia, veja-se BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*, 6a ed., trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1997, p. 20: “Disto segue que o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático”

61. Cf. o parágrafo único do artigo 1o e os incisos I, II e III do artigo 14 da Constituição Federal. A respeito, BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita, *A Cidadania Ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*, 2a ed., São Paulo, Ática, 1996.

segundo lugar, não se trata o controle pelo Poder Judiciário de uma patologia, mas sim de uma adequação institucional à ideologia do Estado Democrático Constitucional<sup>62</sup> Mais ainda, tal controle é antes necessário que prejudicial para a manutenção do regime democrático, pois viabiliza a constante fiscalização do adequado cumprimento das promessas eleitorais dos governantes. E, no mais, todas as atividades do poder público, inclusive o próprio controle jurídico de políticas públicas, têm de estar submetidas à constituição. As eleições são apenas e exclusivamente o primeiro momento de um governo democrático, mas não-esgotam de forma alguma a sua essência, nem escapam ao controle de constitucionalidade.

Traduzir a democracia exclusivamente em termos eleitorais configura um conceito vazio e formal de democracia, pois impede a consideração da gênese da vontade popular: “*Eleições livres com uma opinião que não seja livre (...) nada significam*”,<sup>63</sup> retirando-lhe a carga ético-política de governo e imputando-lhe a mera condição de técnica decisória. Com efeito, conforme a clássica trilogia política de Aristóteles, as formas de governo se dividem em três, conforme um critério quantitativo e um critério qualitativo: o governo de um só é, em sua forma pura, a monarquia, que pode corromper-se em tirania; o governo de um conjunto de pessoas é, na forma pura, a aristocracia que, por sua vez, pode ser corrompida e transformada em oligarquia; e finalmente, a democracia é a forma pura do governo do maior número de pessoas, mas que pode acabar corrompendo-se em demagogia. Ora, tendo em vista a nova configuração da democracia em uma sociedade de massas, contrapor-se ao controle de políticas públicas proposto constitui-se, de fato, um efetivo atentado à democracia, pois impede que o Poder Judiciário tenha acesso à *praxis* política da comunidade, veda-lhe o controle dos governantes e consoma sua irresponsabilidade perante o eleitorado, torna a democracia uma técnica operada pelos candidatos, muitas vezes de forma cínica e leviana, impede o resguardo da social-democracia e dos direitos sociais, econômicos e culturais: torna-se mansa e crassa demagogia.

No campo da teoria constitucional, poder-se-ia objetar que o controle jurídico de políticas públicas proposto configura uma violação expressa do princípio da separação de poderes, o que, no caso brasileiro, seria mais grave, em se tratando de cláusula pétreia constitucional (inciso III do parágrafo 4º do art. 60).

A separação de poderes é hoje um dogma constitucional. Tanto é assim que se acabou por converter em um elemento conceitual definidor da Constituição. Tal doutrina veio a lume com as reflexões de Montesquieu, buscando uma forma de limitar

---

62. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970, pp. 304/305 e s. Corroborando o entendimento de que não há oposição, mas complementaridade, entre Justiça constitucional e democracia, cf. VVAA, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Lisboa, Coimbra Editora, 1995; MÜLLER, *Méthode Juridique*, op. cit., p. 128 e MÜLLER, *Quem É o Povo? A questão fundamental da democracia*, 2a ed., trad. Peter Naumann, São Paulo, Max Limonad, 2000.

63. SARTORI, op. cit., p. 89. Ainda, *ibidem*, de modo mais cético: “*Nos dias que correm, podemos descobrir uma opinião popular que não representa em nenhum sentido expressivo a opinião do povo*”.

o poder do soberano sobre o súdito, preservando sua liberdade – aqui, novamente, em sentido negativo.<sup>64</sup> A divisão dos “poderes” (funções estatais) tinha a função de proteger o cidadão, em diametral oposição à monarquia, argumentando que “*tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes*”.<sup>65</sup> Ora, tal concepção, livrando o indivíduo do poder do monarca e estabelecendo a supremacia legislativa, constituiu a pedra de toque do Constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX, apresentando-se-lhe de tal maneira intrínseca que já não era possível pensar-se em constituição sem separação de poderes. Ainda, levando-se em conta um positivismo jurídico todo focado na lei e na subsunção do fato à norma, produção e aplicação do Direito apareciam como momentos distintos e independentes e, com tais, atribuídos a poderes igualmente distintos independentes. A dogmatização do princípio da separação de poderes promovida pelo Constitucionalismo e pelo positivismo legalista e, ademais, atestada pelas constituições liberais, afastou o Poder Judiciário das questões políticas, forçando a compartimentalização de Direito e Política e, em consequência, apresentando qualquer interpenetração entre eles como uma patologia<sup>66</sup>

No entanto, mais uma vez o impacto social-democrata se fez sentir, desta feita em relação ao dogma da separação de poderes. Para bem atestar-se a relativização do princípio, faz-se oportuno recorrer às considerações de Karl Loewenstein a respeito de “sistema político”.<sup>67</sup> Sistema político designa uma comunidade em que as instituições e a ideologia dominante estão em harmonia, funcionando em conjunto e uma pela outra: uma determinada ideologia (independentemente de qualquer consenso a seu respeito) molda suas instituições fundamentais, as quais só operam adequadamente à luz da ideologia subjacente.

Ora, não se reconhecendo o controle de políticas públicas, conforme proposto, o que se tem a partir do impacto social-democrata sobre o dogma da separação dos poderes é exatamente uma patente desfiguração do sistema político, na medida em que a ideologia política constitucional fora substituída mas, não-obstante, foram mantidas as instituições e, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, obrigando a ideologia social-democrata a trabalhar na estrutura institucional herdada do liberalismo. Nesse contexto,

---

64. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *O Espírito das Leis*, trad. Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 1996, livro XII, cap. III, p. 166: “*Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros homens também teriam este poder*”

65. MONTESQUIEU, *op. cit.*, livro XI, cap. VI, p. 168.

66. Cf. FERRAZ JR., “O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência?”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 9, São Paulo, 1995, especialmente p. 41: “*A neutralização foi acompanhada de uma desvinculação progressiva que iria sofrer o direito em suas bases sociais. Inicialmente, ela significaria a neutralização política, para depois exigir distanciamento ético*”. Ressalte-se que tal neutralização não se dá empiricamente, mas apenas institucionalmente, sendo portanto desconsiderada (mas não eliminada) toda e qualquer influência política sobre o Poder Judiciário.

67. LOEWENSTEIN, *op. cit.*, pp. 31 e s..

não há como a instituição funcionar adequadamente, uma vez em descompasso com a ideologia constitucional. O próprio princípio da separação de poderes, enraizado na proteção da liberdade negativa, não se deu conta das mudanças operadas pelo Estado Social fundado essencialmente na liberdade positiva, mantendo-se atrelado à sua dogmatização.

Aliás, nunca se observou, nem era esse o propósito de Montesquieu, uma total e absoluta separação entre os poderes. Basta tomar o exemplo constitucional brasileiro: o Poder Executivo não exerce só a função administrativa, mas participa também da função legislativa, com fundamento no art. 59, incisos IV, V e VII, combinado com o art. 84, incisos III, IV, V da Constituição Federal; o poder legislativo exerce a função de julgamento e controle do Poder Executivo, conforme os incisos I e II do art. 52; e o próprio Poder Judiciário, por sua vez, pode prolatar sentenças e decisões de tal forma gerais e abstratas que acabam por assumir, por assim dizer, feição de lei, uma vez que são válidas *erga omnes* indistintamente, como no caso previsto pelo art. 102, inciso I, alínea “a”, parágrafo 2º da Constituição de 1988.

O isolamento de cada poder em redomas incomunicáveis trava e compromete o funcionamento institucional do Estado Social – distorce o sistema político: a dogmatização da fórmula original da divisão de poderes acabou por promover o isolamento dos poderes entre si. Exacerbada nesses termos, a separação de poderes produz efeito contrário ao pretendido, pois ao invés de preservar a liberdade, acaba criando três esferas autônomas de poder, cada qual senhora de si em seu isolamento, tão-soberana e inacessível quanto as demais, submetendo o cidadão não a uma, mas a três instâncias de poder absoluto. De fato, a “nova” liberdade (positiva, dos antigos) a ser protegida exige maiores e mais eficientes controles políticos, “*a responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do estado social*”.<sup>68</sup> Destarte, resta demonstrado que o controle jurídico de políticas públicas só faria aumentar a responsabilidade do governo, incrementando o entrosamento entre os poderes estatais e aperfeiçoando o sistema político nacional.

A derradeira objeção a ser enfrentada, desta feita de caráter técnico-jurídico, diz respeito à discricionariedade administrativa, i. e., a qualidade própria de determinados atos da administração pública que não se sujeitariam a controle. As políticas públicas seriam, então, definidas exatamente como atos administrativos discricionários e, como tais, livres de controle judicial – a proposta de controle implicaria eliminação da discricionariedade administrativa na implementação de políticas públicas, pois permitiria a revisão do mérito da atuação administrativa, contrariando um dos postulados fundamentais do Direito Administrativo tradicional. Tem-se de identificar, pois, os campos em que a atividade administrativa se desenrola de maneira discricionária e verificar se as políticas públicas podem ser assim descritas sendo, portanto, isentas do controle proposto.

A noção de ato administrativo particulariza a administração pública em uma unidade conceitual que, na verdade, é menos efetiva que ideal. Note-se: outra vez,

---

68. FERRAZ JR., “O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um Princípio em Decadência?”, *op. cit.*, p. 45.

apego a dogmas sem a devida atenção às novidades inerentes à mudança paradigmática do Estado no século XX provoca perigosas distorções conceituais. Uma delas é representada pelo conceito de ato administrativo discricionário, geralmente contraposto ao ato administrativo vinculado. Diz-se “vinculado”, porque plenamente determinado por lei, formal e substancialmente; e “discricionário”, em função de uma certa independência substancial – o mérito do ato não pode ser judicialmente questionado.

Com efeito, trata-se de uma concepção restritiva do Direito Administrativo que não se deu conta da transição paradigmática do Estado. A administração pública tornou-se mais complexa e mais abrangente, não se restringe ao exercício do Poder de Polícia, mas busca implementar objetivo materiais, notadamente a consecução das finalidades econômicas e sociais previstas pela Constituição – de fato, o Estado “legislativo” fora substituída pelo Estado “administrativo”.<sup>69</sup> o *Welfare State* promoveu o aperfeiçoamento da administração pública, que assumiu em um sentido substancial e teleologicamente orientado para a transformação material da sociedade, diametralmente oposto à tradicional moldura formal e policial típica do Estado Liberal.

Nessa esteira, reduzir a atividade administrativa ao ato administrativo isoladamente considerado já constitui erro *per se*.<sup>70</sup> Em consequência, a classificação do ato administrativo como vinculado ou discricionário, se não-equívocada, é de todo inócua. A atividade administrativa desenvolve-se com maior ou menor grau de discricionariedade, conforme o caso. Sua fragmentação em atos individuais perde sentido, na medida em que todos os atos administrativos seriam, de certa forma e em certa medida, vinculados e, igualmente, de certa forma e em certa medida, discricionários: sempre vinculados ao menos pela Constituição e pelas regras de competência administrativa e discricionários, conforme o grau de especificidade dos textos legais.

No entanto, o conceito de discricionariedade, não-ligado ao ato administrativo, mas à atividade administrativa, compreende a possibilidade de escolha, não totalmente independente e irresponsável, mas flexível e maleável que determina, sempre no caso concreto, a opção ótima para a consecução de determinados fins.<sup>71</sup> Na

---

69. FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 29 c s..

70. GORDILLO, Augustin, *El Acto Administrativo*, 2a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, p. 31: “En consecuencia, la búsqueda de una definición de acto administrativo no puede existir (...) Nuestra investigación, pues, tiene por contenido el estudio del complejo total de la actividad administrativa”. Também CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, 5a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 85: “A administração pública é atividade que merece, como conjunto, o reconhecimento e a proteção do direito para os fins que a governam”

71. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade e Controle Judicial*, 2a ed., São Paulo, Malheiros, p. 48: “Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois componentes cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”.



verdade, a discricionariedade aparece muito mais como um dever que um poder, pois é simples instrumento para a realização de fins postos. A discricionariedade é uma “liberdade vinculada”,<sup>72</sup> pois não implica atos discricionários ou vinculados, mas uma atividade administrativa apenas em certa medida discricionária e sempre minimamente vinculada. E assim devem ser compreendidas as políticas públicas, não como uma categoria jurídica própria do Direito Administrativo – como atos administrativos discricionários – mas, sim, enquanto atividade administrativa constitucionalmente orientada e, como tal, imbricada em todo o ordenamento jurídico, com graus de discricionariedade e vinculação somente identificáveis no caso concreto.

Em verdade, a escusa ao controle jurídico de políticas públicas constitui verdadeira afronta ao Estado de Direito, na medida em que exclui a possibilidade de apreciação de determinados atos que, em quaisquer circunstâncias, têm de estar submetidos à Constituição: “*De antemão, o conceito de discricionariedade não constitui qualquer impedimento ou limitação ao controlo jurisdicional. A discricionariedade é, como já referimos, mais uma justificação para o não-controlo do que uma possibilidade de conduta do administrador*”<sup>73</sup> Destarte, combater o controle jurídico de políticas públicas argumentando-se pela eliminação da discricionariedade administrativa implica verdadeiro escape às responsabilidades constitucionais impostas à administração pública.

## 7. Conclusões

Tendo em vista os objetivos pretendidos, a conclusão que se pode oferecer, à luz do disparate instaurado entre a promulgação da Constituição Federal e nossa *praxis* constitucional hodierna, não pode ser de modo algum otimista.

De fato, a reforma que se pretendeu esboçar nem pode ser imaginada a curto prazo em nosso País. Buscou-se apenas elocubrar uma hipótese de adequação metodológica do Poder Judiciário brasileiro ao nosso diploma constitucional, de maneira racional, controlada e consciente, rompendo com a serindipidade jurisdicional que impediu que a Jurisprudência nacional seja sólida e consistente.

Com efeito, essa proposta de reforma depende de profundas mudanças políticas e institucionais e, dentre elas, a mais importante é exatamente a formação dos juristas brasileiros. De fato, os cursos jurídicos brasileiros não promovem a formação teórica necessária para operar-se a metódica estruturante do Direito, sendo mantidos ainda em ortodoxos parâmetros positivistas e direcionados apenas para o mercado de trabalho. A formação do jurista, enquanto cientista social, enquanto *Rechtsarbeiter* autêntico, demanda formação multidisciplinar que traga a lume o debate político e social, bem como desenvolva a capacidade de reflexão metodológica no que diz respeito ao modo de concretizar-se o Direito.

---

72. SOUZA, António Francisco de, *A Discricionariedade Administrativa*, Lisboa, Danúbio, 1987, p. 67.

73. SOUZA, *op. cit.*, p. 62.

Ficam, portanto, duas conclusões: de um lado, a otimista constatação de que há, efetivamente, uma via para reformar o Poder Judiciário de modo a implementar o controle jurídico de políticas públicas como condição essencial para a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais no Brasil, sendo tal via sustentada metodologicamente pela metódica estruturante do Direito; e, de outro lado e a despeito de sua viabilidade hipotética, fica um frustrante e cético descrédito, pois à luz da vida política e constitucional brasileira hodierna e tendo em vista as profundas mudanças exigidas para implementar o controle jurídico de políticas públicas, a proposta de reforma do Poder Judiciário aqui apresentada está efetivamente muito distante de qualquer chance de efetiva implementação – pelo menos, por enquanto.

#### 8. Referências Bibliográficas Elementares

BANDEIRA DE MELLO, *Discrecionariade e Controle Judicial*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

BERLIN, Isaiah, *Quatro Ensaio sobre a Liberdade*, trad. Wamberto Hudson Ferreira, Brasília, Universidade de Brasília, 1981.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2ª ed., trad. Antônio Menezes Cordeiro, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CIRNE LIMA, Ruy, *Princípios de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder, “A Organização Constitucional da Função Planejadora” in *Revista Trimestral de Direito Público*, n.º 8, São Paulo, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder, “Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”, in *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba*, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.), São Paulo, Malheiros, 1997.

CONSTANT, Benjamin, *Da Liberdade dos Antigos Comparada à Liberdade dos Modernos*, trad. Loura Silveira, s. local, s. data.

EHRlich, Eugen, *Fundamentos de Sociologia do Direito*, trad. René Ernani Gertz, Brasília, Universidade de Brasília, 1986.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio, “O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência?”, in *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 9, 1995.

FORSTHOFF, Ernst, “Concetto e Natura dello Stato Sociale di Diritto”, in *Stato di Diritto in Transformazione*, trad. Carlo Amirante, Milano, Giuffrè, 1973.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis, Vozes, 1997.

GORDILLO, Augustin, *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969.

HABERMAS, Jürgen, “Law as Medium and Law as Institution”, in TEUBNER, Gunther (org.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin/New York, European University Institute, 1985.

HADDAD, Fernando, “Economia Política da Desjuridificação”, manuscrito não publicado e fornecido pelo autor.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Epítome*, v. 1, trad. Artur Morão, Lisboa, Edições 70, 1988.

HEIDEGGER, Martin, *Ser e Tempo*, 2ª ed., v. 1, trad. Márcia de Sá Cavalcanti, Petrópolis, Vozes, 1988.

HESSE, Konrad, “La Fuerza Normativa de la Constitución”, in *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBSAWN, Eric J., *A Era das Revoluções*, 10ª ed., trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1977.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., trad. João Baptista Machado, Coimbra, Armenio Amado Editora, 1984.

KRIELE, Martin, *Introducción a la Teoría del Estado: fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, trad. Eugênio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 6ª ed., trad. José Lamego, Lisboa, Fundação Colouste Gulbenkian, 1997

LASSALE, Ferdinand, *¿Que es una Constitución?* trad. W. Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1946.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ediciones Ariel, 1970.

MARSHALL, T. H., *Cidadania, Classe Social e “Status”*, trad. Meton Porto Gadelha, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de, *O Espírito das Leis*, trad. Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 1993.

MÜLLER, Friedrich, *Direito, Linguagem, Violência. Elementos de uma Teoria Constitucional*, v. 1, trad. Peter Neumann, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.

MÜLLER, Friedrich, *Discours sur la Méthode Juridique*, 5ª ed., trad. Olivier Jouanjan, Paris, Presses Universitaires de France, 1996.

MÜLLER, *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*, 2ª ed., trad. Peter Naumann, São Paulo, Malheiros, 2000.

QUEIROZ, Cristina M.M., *Os Actos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

SARTORI, Giovanni, *Teoria Democrática*, trad. Francisco M. da Rocha Filho e Oswaldo Blois, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1965.

VIEHWEG, Theodor, *Tópica e Jurisprudência*; 5ª ed., trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Brasília, Universidade de Brasília e Ministério da Justiça (co-edição), 1979.

## **DISCURSOS E CONFERÊNCIAS**



## O NOVO DIRETOR, PROFESSOR TITULAR EDUARDO CESAR SILVEIRA VITA MARCHI

*Antonio Augusto Machado de Campos Neto*  
Chefe do Serviço Técnico de Imprensa

Na data de 09 de agosto de 2002 a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo recebeu, como seu trigésimo oitavo Diretor, em seu mais nobre salão, Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, professor titular, em regime de dedicação integral à docência e pesquisa, do Departamento de Direito Civil.

Em cerimônia pela Congregação de Professores, o nobre professor foi recebido pelo ministro do Superior Tribunal Federal, professor catedrático de Direito Civil José Carlos Moreira Alves.

De já vasta carreira acadêmica, cumpre destacar algumas das experiências do agora Diretor que podem contribuir para a formação de *“homens hábeis para reger os destinos da Nação”* Cabe salientar para este fim, principalmente, seu contato com o ensino jurídico no Exterior que, com certeza, muito tem a agregar às Arcadas.

Nascido aos 21 de julho de 1958, 44 anos, Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi, apesar de ter vindo à luz em Campinas, São Paulo, é originário da chamada “Cidade da Saúde”, isto é, Serra Negra, também no Estado de São Paulo, no sopé ou contrafortes da Serra da Mantiqueira, a 140 quilômetros de distância da Capital, vizinha às cidades de Amparo e Águas de Lindóia.

Tanto a família do pai Marchi, quanto a da mãe - Silveira Vita -, são serranas. Os Marchi são originários da cidadezinha de Faedo, na Província de Trento, Norte da Itália, quase divisa com a Áustria; no passado, tal região fez parte do chamado “Grande Tirol”. O primeiro imigrante foi seu tataravô, Bortolo Marchi, que desembarcou em Santos, em 1873, dando início à história da família.

O novo Diretor é filho do Dr. Wilson Marchi, falecido prematuramente aos 45 anos de idade, por motivo de saúde, quando exercia o cargo de delegado de Polícia na cidade de Espírito Santo do Pinhal, São Paulo. Seu pai também bacharelou-se pela nossa Escola (turma de 1947), tendo ainda concluído, também na USP, o curso de Ciências Sociais.

Sua mãe foi a professora Daisy Silveira Vita Marchi, falecida em 1976, aos 53 anos de idade, filha do Dr. Nicolau da Rocha Vita, avô materno do novo Diretor, também bacharel por esta Faculdade (turma de 1912), que por mais de trinta anos foi o promotor público de Serra Negra.

Teve ainda, como irmã, a Dra. Eliane Silveira Vita Marchi, advogada, também desaparecida prematuramente, aos 27 anos de idade, por motivo de saúde.

Como “segundos pais”, em face da morte prematura de seus genitores, o novo Diretor teve seus tios, Profa. Dilze Silveira Vita de Magalhães Couto, irmã de sua mãe e também sua primeira professora (no 1º ano do curso primário) e o saudoso Dr. Rolando de Magalhães Couto, também bacharel pela Escola (turma de 1946), ex-titular da 4ª Vara Cível da Capital, reconhecido, dada a sua ampla cultura, sabedoria, conhecimento técnico, gentileza e seriedade, como um dos mais eminentes membros da Magistratura Bandeirante.

O novo Diretor, após a morte do pai, aos cinco anos de idade, transferiu-se com sua mãe e irmã, do interior para São Paulo, concluindo o curso primário, ginásial (com recebimento da medalha de prata, 2º lugar em notas), e colegial (com a obtenção da medalha de ouro, 1º lugar em notas) no Colégio Mackenzie.

Superado o exame vestibular (no primeiro ano da Fuvest), feita a opção pela carreira jurídica em detrimento da de jogador de futebol, cursou a nossa Academia de 1977 a 1981 (Turma Lídia Monteiro, funcionária da OAB morta em atentado a bomba; paraninfo da Turma foi o Prof. Modesto Carvalhosa).

Já no ano seguinte, com uma bolsa de estudos, seguiu para a Itália, inscrito no curso de Doutorado em “Direito Romano e Direitos da Antigüidade” junto à Universidade de Roma I “La Sapienza”. Lá permaneceu de 1982 a 1985, quando obteve o título de doutor (com tese sobre “*Constituição Tácita de Servidão Predial – A chamada ‘Destinação do paterfamilias’*”), título este revalidado pela Universidade de São Paulo. Foi discípulo do Prof. Mario Talamanca, titular de “Istituzioni di Diritto Privato Romano” e, à época, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Roma I.

Os planos profissionais do novo Diretor sempre se concentraram em ser um jogador de futebol ou um juiz, conforme declarara, em 20 de março de 1997, na Posse de Titular de Direito Romano, sendo os motivos da alteração de destino, de um lado, o Direito Privado Romano, “*de ilimitada paixão*” e, de outro, a orientação e o estímulo do inesquecível professor de Direito Romano, Thomas Marky.

Cumprido salientar, ainda segundo pronunciamento do professor Eduardo Marchi, que o seu mestre húngaro-brasileiro de Direito Romano, de quem se orgulha de ter sido discípulo, foi o seu orientador na participação do Grupo de Monitoria e Pesquisa, à sua ida para o doutorado na Itália, na preparação de tese de livre-docência, com término em novembro de 1986, ao pós-doutorado e, finalmente, ao caminho final à Cátedra.

Em 1988 foi o primeiro colocado em concurso de ingresso à carreira docente, junto ao Departamento de Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. E, nesse mesmo ano, professor adjunto de Direito Romano, precisamente no mês de agosto.

O novo Diretor retornou à Europa, para um período longo, em 1992, como pesquisador-visitante junto ao Instituto “Leopold Wenger” da Faculdade de Direito da Universidade de Munique, Alemanha. Ali permaneceu até o início de 1994, tendo por orientador o Prof. Dieter Nörr, Diretor do citado instituto, apoiado por uma bolsa de pesquisa da prestigiosa Fundação Alexander von Humboldt, do Governo da



Alemanha, tendo desenvolvido aprofundado estudo sobre os riscos pela perda fortuita da coisa nos contratos de compra e venda (“*periculum rei venditae*”).

É, ainda, autor de diversas outras obras, como livros e artigos, todos carregando, como característica, a qualidade que só pode ser obtida através de dedicados estudos e pesquisas.

A grande experiência acadêmica do professor Eduardo Marchi, somada à sua dedicação sempre íntegra à Faculdade, já bastariam para que dele se pudesse esperar grande avanço no ensino do Largo de São Francisco.

Mas não foi pelo currículo ilustre que Diretor se fez destacar no dia de sua posse. Seu discurso, muito apropriado, mostrou a todos que lotavam o Salão Nobre não apenas o quanto poderia ser gratificante e enobrecedor capitanear nossa Academia, mas principalmente o quão imprescindível é o engajamento (um compromisso!) desta para significativas redefinições do ensino jurídico em todo o País. Com certeza foi seu discurso uma excelente amostra da sistematização ensinada em seu *Guia de Metodologia Jurídica (Teses, Monografias e Artigos)*, Lecce, Edizioni del Grifo, 2001, pp. 9-320, sua mais recente obra.

Remontando aos anos de 1930, o professor narrou aos presentes duas singelas histórias; uma sobre o sanduíche “Bauru”, já conhecida, e outra, quase inédita (ou esquecida), sobre o canto do “*pique-pique, é hora-é hora, rá-tim-bum*”, complemento da música “*Parabéns pra você*”. Ambos, o sanduíche e a música, com suas origens nas Arcadas. Para quem soube escutá-lo, apreendendo o que ele pretendia exibir com tais contos, foi um momento emocionante. A feliz escolha do professor Eduardo Marchi para ilustrar a importância histórico-social da Faculdade cumpriu muito bem seu objetivo.

O mesmo antigo prédio, situado no coração de São Paulo, é capaz de oferecer a todo o País não apenas dez presidentes da República, inúmeras produções científicas da melhor qualidade ou grandes líderes; pode oferecer também receitas de sanduíches e cânticos hoje conhecidos por todos.

Os exemplos dados em seu discurso de posse foram de grande importância para que os alunos, funcionários e professores depositassem definitivamente sua confiança no novo Diretor. Sua demonstração de consciência acerca do lugar ocupado por esta Casa foi fundamental para isso.

Não deixaram de figurar também as críticas a alguns costumes já quase que completamente incorporados à Faculdade, como a pouca dedicação de alguns docentes às pesquisas e aos alunos, a pouca dedicação desses mesmos alunos aos estudos, preteridos aos escritórios de advocacia ou empresas.

Ressalta-se que o Professor Diretor não discorda da valoração dos estágios profissionais de per si; tampouco da necessidade em caso de penúria financeira do estudante. Discorda “*da sua utilização durante o período de preparação e estudos do aluno e, mais do que isto, da sua pretensa superioridade, em termos de aprendizado jurídico, sobre o ensino universitário do Direito*”

O passo seguinte do discurso foi tornar claro aos presentes quais as medidas objetivas a serem tomadas em sua gestão. Como pesquisador que é, não

poderiam deixar de figurar com grande destaque os incentivos às atividades acadêmicas. Mas uma das grandes promessas do novo Diretor é a de buscar junto a órgãos públicos e *privados*, inclusive, apoio financeiro para as pesquisas, algo que não é comum na Academia.

Sua experiência com o ensino jurídico em outras culturas não acostumadas a alguns dos itens criticados pelo professor com certeza o auxiliarão na busca por soluções que mesquem as necessidades imediatas locais com o planejamento científico futuro.

Sua posse foi bem ao seu gosto: uma aula. Não uma aula ordinária; foi sim um verdadeiro ministério sobre a importância da Faculdade de Direito para o País e, conseqüentemente, sobre a importância e as responsabilidades que um cargo como o de Diretor de tal instituição traz. Esperamos que a gestão do novo Diretor siga os mesmos caminhos que ele próprio vem trilhando em sua vida; bastando isso para que se torne histórica.

São Paulo, setembro de 2002.

## DISCURSO DO EXMO. SR. PROFESSOR MINISTRO JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, EM RECEPÇÃO AO NOVO DIRETOR

*José Carlos Moreira Alves*

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo e  
Ministro do Supremo Tribunal Federal

Minhas Senhoras e Meus Senhores.

A quem, como eu, se encontra na fase final de longa carreira universitária, e quem o imponderável do destino forçou, por ter sido alçado à Suprema Corte deste País, se encontre afastado do convívio desta Faculdade, em cujo corpo docente ingressou, ainda moço, então como catedrático faz quase 35 anos, é extremamente desvanecedor ter sido lembrado para saudar este jovem e brilhante professor que, nesta sessão, é empossado no honroso cargo de Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, as tradicionais Arcadas do Largo de São Francisco, a que tanto deve a ciência jurídica pátria.

Lembro-me de que conheci Eduardo Marchi em Roma, no início da década de oitenta do século que já passou, quando ele freqüentava, havia pouco que se bacharelara, o Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Roma I – “La Sapienza”, na área de Direito Romano. Nos vários dias que passei na Cidade Eterna para participar de congresso jurídico, tivemos estreito contato, o que me permitiu reconhecer nele, pela cultura que já possuía e pela dedicação aos estudos, uma esplêndida promessa de cultor do Direito.

Não me enganei. Em breve, a promessa se transformaria em realidade.

De feito, em 1984, obtém o título de doutor em Direito Romano pela já referida Faculdade italiana, título que, em junho de 1986, é revalidado pela Universidade de São Paulo, é aprovado, com distinção, no concurso para a livre docência também de Direito Romano. A seguir, em maio de 1988, classifica-se em primeiro lugar em concurso de ingresso na carreira docente junto ao Departamento de Direito Civil. Ainda nesse ano, galga a posição de professor adjunto. Em 1992 a 1994, como bolsista da Fundação Alexander von Humboldt, desenvolve, no Instituto Leopold Wenger da Faculdade de Direito da Universidade de Munique, pesquisa sobre “*os riscos da coisa fortuita nos contratos de compra e venda (periculum rei venditae)*” De volta ao Brasil, conquista, em concursos realizado no final de 1995, a titularidade da cadeira de Direito Romano.

A obra científica que tem produzido, na área de sua especialização, segue a linha de trabalho que, nesse terreno, é trilhada pelos estudiosos em países como a Itália e a Alemanha: o exame direto das fontes para extrair delas, inclusive com a análise dos glossemas e das interpolações, a evolução do pensamento dos juristas

romanos que se pode entrever, principalmente, das soluções por ela dadas, como juristas práticos, na aplicação do Direito. Isso se evidencia nas teses para os concursos de livre docente e de professor titular, que examinei de perto como membro de suas bancas examinadoras. Versam elas, respectivamente, a controvertida questão da existência, em Roma, da propriedade horizontal e os complexos problemas do *pactum ut minus solvatur*, o precedente romano da moderna concordata. Apesar de se tratar de matérias em que há abundante bibliografia produzida por eminentes romanistas, apresentam essas teses interpretações originais das fontes que a elas concernem. E igualmente não fogem dessa linha de orientação, os diversos artigos que tem publicado em revistas nacionais e estrangeiras. É deste ano o excelente estudo que, sob o título “*Considerações acerca da Aditio Mandatu Creditorum*” integra os “*Studi in Onore de Mario Talamanca*” seu principal orientador no curso de pós-graduação na Itália.

Não é, porém, Eduardo Marchi homem voltado exclusivamente à pesquisa e ao ensino do Direito Romano.

Sua vocação de professor – e professor que se tem dedicado à formação de discípulos no culto do Direito Romano – o levou a escrever o magnífico “*Guia de Metodologia Jurídica*”, editado no início deste ano, e que se destina, como salientado em sua introdução, “*a servir como meio auxiliar na preparação, em geral, de um livro jurídico*” tomada essa expressão em seu sentido lato, para abarcar, também, a elaboração de artigos.

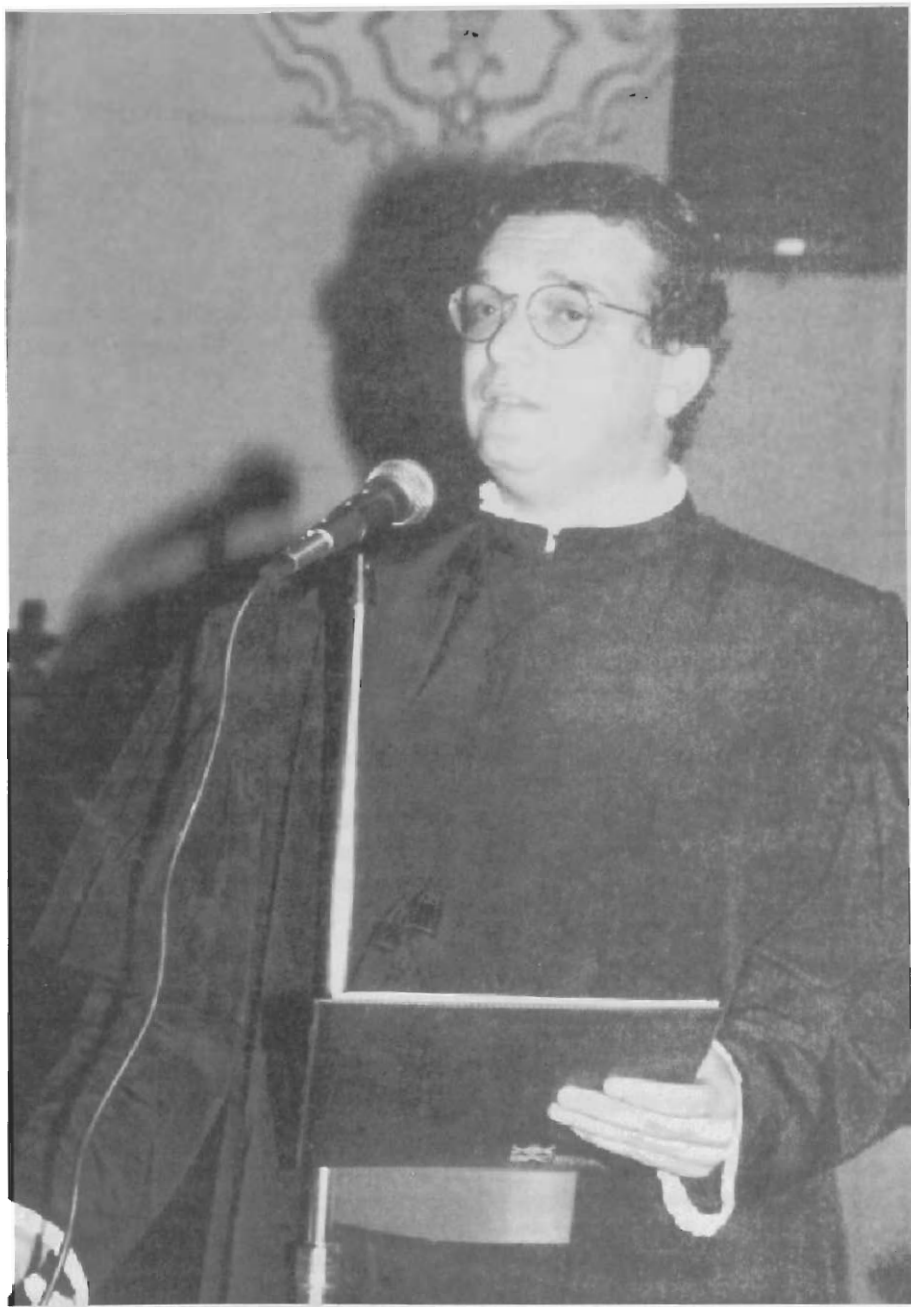
Mais. A par de suas várias atividades administrativas institucionais no âmbito específico desta Escola e da Universidade a que ela se integra – assim, exemplificativamente quanto a estas, as de membro das Comissões de Cooperação Internacional e do Conselho Central de Pesquisa da Pró-Reitoria de Pesquisa -, é conhecida sua preocupação com o destino destas Arcadas. Na oração que proferiu ao tomar posse no cargo de professor titular, depois de assumir o compromisso de, com idealismo, seriedade e dedicação, contribuir para que elas retomem sua vocação maior de formar não apenas advogados e juristas, mas também – na expressão dos Estatutos do Visconde de Cachoeira – “homens hábeis” para reger os destinos da Nação, alertou para a necessidade de que não permaneçam elas inertes, “*como simples relicário de glórias fenecidas, repousando sobre os louros já colhidos no passado*”, mas de que mantenham a liderança na qualidade do ensino e da pesquisa, a exigir reformas de base, para as quais apresentou várias sugestões fundadas em seus estágios em Universidades estrangeiras.

Professor Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi:

Por suas qualidades morais e intelectuais, pelo seu idealismo e perseverança, foi merecidamente escolhido, depois de integrar lista tríplice, para ocupar o cargo de Diretor desta Faculdade, de que nos orgulhamos de pertencer.

São esses atributos o penhor da confiança que em você depositam os seus colegas, na certeza do êxito que terá no desempenho da nova missão que o aguarda.

Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, agosto de 2002.



*Professor Titular Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi*



# DISCURSO DE POSSE NA DIRETORIA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

*Eduardo Cesar Silveira Vita Marchi*

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Local: Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Data: 09 de agosto de 2002, às 19h00.

Magnífico Vice-Reitor, Professor Hélio Nogueira da Cruz;

Exma. Sra. Diretora, Professora Ivette Senise Ferreira;

Exmo. Sr. Professor José Carlos Moreira Alves, digníssimo decano da Congregação desta Faculdade e ministro da mais alta Corte de Justiça do País, a quem honrado agradeço a brilhante oração e as amáveis palavras de cumprimento, e com quem tenho tido, há quase vinte anos, o privilégio (também com sua dileta esposa, Dra. Evany) de manter calorosos laços de amizade;

Exmos. Srs. Diretores de Unidades e Institutos, Coordenadores de Comissões e Núcleos de nossa Universidade, bem como ilustres Dirigentes Universitários de outras Escolas; Dignos Representantes de Tribunais de outras Instituições, públicas ou privadas, do mundo jurídico;

Eminentes Professores, prezadas alunas e alunos, estimados funcionários;

Queridos familiares e diletos amigos;

Prezada Assistência, aqui presente, e que agora me houve;

Extremamente honrado, por alçar-me, no recinto venerando desta Academia, à direção da gloriosa Faculdade de Direito da Egrégia Universidade de São Paulo, desejaria, desde logo, manifestar alguns agradecimentos.

Em primeiro lugar, a nosso Magnífico Reitor, que aqui não pôde estar por razões de saúde, por confiar-me, com a dignidade desta investidura, a direção de nossa Faculdade.

Em seguida, à Douta Congregação e aos Conselhos Departamentais, nas pessoas de seus professores, representantes do corpo discente e dos funcionários, por me distinguirem, com seu sufrágio.

E, por fim, à Professora Ivette, que neste momento se despede do honroso cargo, pela exemplar gestão exercida por quem foi a primeira Diretora na história de nossa Faculdade.

## Minhas Senhoras e Meus Senhores.

Corria a década de trinta. Terminadas as aulas, o Bar “Ponto Chic” no Largo do Paissandu, estava, como de costume, repleto de estudantes de Direito do Largo de São Francisco. Dentre eles, um, aliás – Casemiro Pinto Neto – apelidado de “Bauru” pelos colegas, dado o nome da cidade onde nascera, pedia ao garçom, mais uma vez, “o de sempre”, isto é, um “*sandwich*”, até então ignorado no cardápio, preparado com pão, rosbife (mais tarde, presunto), queijo derretido e tomate. Alguns dos seus colegas de mesa, já apreciadores da nova moda, ordenavam também “um Bauru” ao garçom.

Em outro canto do Bar “Ponto Chic”, outra turma de estudantes do Largo conversava animadamente. Dentre eles, Ubirajara Martins, que, por usar barba imponente e bigodinhos de pontas aguçadas, muito em voga na época, era conhecido nas Arcadas pela alcunha de “Pic-Pic”. Isto se explicava pelo seu constante uso de uma tesourinha para aparar a barba e o bigode. Figura conhecida entre os colegas, por ser também jogador de futebol amador do velho Palmeiras da Floresta, era constantemente saudado, evocando-lhe o apelido: “*É o pic-pic, é o pic-pic!*”

Consumido o primeiro fornecimento de cerveja e dadas as reduzidas dimensões das geladeiras do local, os estudantes deviam aguardar mais ou menos meia-hora até que, adicionada nova barra de gelo, fosse refrigerada a segunda rodada. Acompanhando ansiosamente o avanço do relógio, chegou o grande momento tão desejado, os estudantes, em coro, punham-se a cantar: “*Meia-hora, meia-hora: é hora, é hora!*”.

Naquela época, por outro lado, a Faculdade recebera a visita de um Rajá, chamado Timbum (ou algo parecido), proveniente da região de Kapurtala, na Índia. A insólita visita, aliada à sonoridade do nome do Rajá indiano, trouxe aos estudantes a oportunidade de incorporar, no fim de seus cantos e hinos, um novo remate: “*Rá, já, tim, bum!*”

Pouco a pouco, no “Ponto Chic”, os estudantes, geração após geração, iam passando de boca em boca estes seus gritos de guerra e brincadeiras, dentre os quais aqueles, consolidados no refrão: “*É pic-pic, é pic-pic; meia-hora; meia-hora, é hora, é hora; rá, já, tim, bum!*”

Das mesas do “Ponto Chic” às festas de aniversário nas casas dos estudantes não faltou muito. Daí o tradicional “canto do pic-pic” difundiu-se por outras festas em São Paulo, e, em seguida, estendeu-se a todo o País. Ainda, hoje, pois, em cada comemoração de aniversário, evoca-se – sem o saber – um canto dos estudantes das Arcadas.

Esta história verdadeira, embora não muito conhecida entre nós, ilustra bem a influência de nossa Academia até mesmo nos pormenores do cotidiano nacional.

Acima de aspectos menores, a ascendência desta Escola tem-se manifestado principalmente, como é notório, em dois planos fundamentais: o de sua vocação política, de um lado, e a científico-jurídica, de outro.



É conhecida sua tradição política, sendo difícil encontrar qualquer grande causa da nacionalidade em que as Arcadas não tenham feito sentir, quer diretamente, quer pela ação de seus membros, estudantes e bacharéis. Esta Academia, como já se disse, tem sido uma Escola não-só de Direito, como também de estadistas.

Já deu ao País dez presidentes da República, quarenta e cinco governadores da Província depois Estado de São Paulo, e uma plêiade de importantes parlamentares, legisladores e administradores públicos. Prova da assertiva é a composição do atual Governo: cinco Ministérios acham-se em mãos de ex-alunos, como, por exemplo, o das Relações Exteriores, ocupado pelo nosso eminente professor Celso Lafer.

Vê-se, pois, por esta notícia, como nossa Faculdade, em muitas ocasiões, tem orientado os destinos políticos de nossa Pátria através da atuação de seus filhos.

No concernente à tradição científico-jurídica, é também conhecido o primado, em nosso País, exercido pelos estudos aqui produzidos, e consubstanciados em brilhantes livros, manuais e tratados, artigos e ensaios científicos de lavra de nossos professores. No mesmo sentido, é também sensível a superioridade de nosso ensino jurídico, comprovada pelo êxito de nossos bacharéis nos concursos públicos e na acirrada luta pelos melhores cargos no mercado de trabalho. São inúmeros, no passado e no presente, os exemplos de ilustres juristas, magistrados, promotores, advogados e consultores jurídicos de empresas que aqui se formaram.

É, pois, grandíssima honra, para nós, poder dirigir uma Escola com papel, quer no plano jurídico, quer no político, tão relevante na história passada, presente e – esperamos – futura de nosso País!

Como já rezavam, no século dezenove, os antigos Estatutos do Visconde de Cachoeira, a vocação desta Escola sempre foi e ainda é a de formar *“homens hábeis para serem um dia sábios magistrados e peritos advogados, de que tanto se carece”* bem como *“dignos deputados e senadores para ocuparem os lugares diplomáticos e mais empregos do Estado”*

Percebe-se, assim, de modo claro, que nossa Faculdade vem – e continuará – cumprindo fielmente aquela missão e função visadas por aqueles velhos estatutos.

Referimo-nos aqui, mais de uma vez, à dupla vocação inspiradora de nossa Escola.

Sem esquecer – é claro – a destinação política, inspiradora da luta pela liberdade, pelos direitos fundamentais do homem, pelo civismo e cidadania e pela renovação das idéias, devemos reconhecer, especialmente diante dos desafios do mundo de hoje, que a vocação primária de nossa Faculdade é de caráter científico-jurídico, pressuposto, aliás, da outra, a política. Só poderemos oferecer “hábeis” homens públicos ao futuro do País se, antes, nos dedicarmos, de corpo e alma, à sua formação jurídica, buscando sempre a excelência na pesquisa e no ensino, tradicional em nossa Academia.

Em última análise, pois, o espírito científico deve sempre prevalecer sobre interesses políticos, econômicos ou outros de qualquer natureza.

E não poderia ser de outro modo. O dístico, esculpido no brasão de nossa Universidade, preceitua: “*Scientia, vinces!*” (“Vencerás pela Ciência!”).

Ele também se aplica à Faculdade de Direito.

Venceremos pelo uso do chamado “método científico”: é necessário, como fazia Leonardo da Vinci – considerado por isso mesmo o primeiro cientista do mundo moderno –, experimentar, e eventualmente comprovar, de modo exaustivo, as várias hipóteses para uma tese. E, para isto, exige-se tempo, é claro. Diante de um problema jurídico – teórico ou prático – impõe-se, pelo método científico, que o jurista examine e comprove as várias hipóteses de solução, consultando atentamente toda a literatura jurídica dos países onde o problema (ou questão semelhante) se apresente. Para isto, como se disse, precisa-se de tempo. Por tal motivo, no ambiente das ciências jurídicas, a cumulação da atividade profissional com a carreira universitária não é o melhor caminho, que não existe, por exemplo, na Alemanha, Japão, Inglaterra ou Estados Unidos.

Munidos desta vocação científica básica, devemos, pois, lutar por um ensino jurídico de qualidade, e pela manutenção do primado de nossa Faculdade dentre as escolas de Direito do País.

Neste sentido, podem-se aqui apresentar algumas idéias ou sugestões, a serem depois discutidas e avaliadas. Ei-las:

- *Grupos de Monitoria e Pesquisa.* A aula ministrada “*ex cathedra*” não é o único modo de ensinar. Pode-se também aprender sem que o aluno tenha que fazer infundáveis anotações hauridas em aula expositiva. Cumpre, pois, incentivar as aulas práticas com grupos de monitoria e pesquisa, caracterizados pela participação ativa dos alunos e não-só do professor.

- *Conjugação de Exames Orais aos Exames Escritos.* O recurso apenas à prova escrita para avaliação dos estudantes não basta. Nosso futuro bacharel deve saber redigir bem; todavia, deve também expressar-se oralmente com fluência, tranqüilidade, exatidão, rapidez de memória e de raciocínio, quer diante de bancas de concurso, quer na atividade profissional diante dos participantes de uma audiência. Para isto servem, na formação e aprendizado de nossos alunos, os exames orais.

- *Bolsas de Iniciação Científica.* Visando proporcionar boa formação básica a nossos alunos, precisamos pleitear o aumento do número de bolsas ora disponíveis, recorrendo à ajuda financeira tanto de entes públicos, como a FAPESP e o CNPq, quanto (e eis aqui a novidade) de grandes bancas de advocacia, do empresariado e da indústria, através de doações por eles oferecidas. Cresceria, assim, notavelmente, a contribuição de nossa Faculdade para a formação de futuros “homens hábeis” para a Nação.

- *Formação básica e Mercado de Trabalho.* A Universidade, especialmente a pública, vive hoje um impasse: deverá ou não acompanhar “*pari passu*”

as transformações do mercado? A melhor resposta, quer de muitos professores, quer de especialistas fora da Universidade, é inteiramente negativa. Curiosamente, aliás, é entre os especialistas em mercado de trabalho, e não entre os acadêmicos e coordenadores de cursos jurídicos, que parece reinar unanimidade contra esta tendência atual.

As universidades, sobretudo as públicas, não podem ficar, dizem eles, dependendo das exigências do mercado. Do contrário, elas deveriam contínua e rapidamente incluir e excluir disciplinas, de acordo com as novas necessidades.

Isto não é só impossível, como também indesejável. Impossível, pois o processo de transformação do mundo profissional ou do trabalho é exageradamente veloz e acelerado. Indesejável, porque, assim procedendo, corre-se o risco de comprometer a capacidade de pensar, vale dizer, de crítica e reflexão do aluno.

Finalidade precípua da Universidade Pública deve ser, portanto, a de propiciar ao aluno uma formação básica e sólida, durante a quase totalidade dos anos do curso de graduação. Ensinar bem as disciplinas fundamentais da carreira jurídica já constitui enorme desafio e árdua tarefa.

Obtida sólida e consistente formação acadêmica, o diploma passa então a ser não um ponto de chegada, mas, ao contrário, um ponto de partida. Em outros termos, o atendimento às necessidades do mercado, vale dizer, a especialização e o conhecimento de disciplinas novas, devem ser buscadas pelo aluno, sobretudo durante o exercício da vida profissional.

Combatamos, pois, entre nós, o desprezo pelo tipo de formação acadêmica tradicional, fenômeno, aliás, cíclico no Brasil, como atestam os especialistas em ensino.

Concluindo este ponto: função da Universidade Pública, como alguém já disse, é a de atender não ao mercado, mas sim, à sociedade, vale dizer, ao País, considerando o que é melhor para o futuro do Brasil e não o que convém aos interesses privados de um ou outro setor do mundo do trabalho.

Não se pretende, com tudo isso, dizer que a Faculdade deva virar as costas para os novos e importantes problemas do atual mundo do trabalho e da atividade profissional.

Ao lado da concentração principal na formação básica do aluno, deve a Academia manter-se aberta à discussão destes novos problemas, de modo a oferecer – talvez nos últimos dois anos do curso – novas disciplinas ligadas às grandes novidades do mundo jurídico atual.

É o caso, por exemplo, do Biodireito, da Defesa do Meio Ambiente, do Comércio Eletrônico, do Direito do Consumidor, da Informática Jurídica etc. Diante deste quadro, o melhor caminho parece o de combinar o modelo tradicional de ensino, de formação básica dirigida e controlada, com outro, de completa flexibilidade, sem qualquer imposição ao aluno.

- *Estágios Profissionais*: O hábito de estágios profissionais já nos primeiros anos dos Cursos de Direito é, em nosso País, solução tipicamente brasileira. Em nenhum outro País reputado pela excelência dos estudos jurídicos pode-se encontrar

tal orientação. Neles, todo estágio se faz após o término do curso de graduação em Direito, ou, pelo menos, apenas no seu último ano. Durante o curso, a dedicação integral do aluno é aos estudos aprofundados e aos exames, vale dizer, à sólida formação acadêmica.

Aqui, vemos com tristeza e desânimo muitos bons alunos dissipando, nesses estágios, já no início do segundo ano, energia e tempo preciosos. E tudo isto com o estímulo e beneplácito de grande número de profissionais e acadêmicos do mundo jurídico.

Com tais estágios durante o curso de Direito, a Faculdade passa a ocupar posição secundária na vida desses alunos. Eles não mais estudam, quer pelo pouco interesse em comparação com a novidade e o fascínio da atividade profissional, quer, simplesmente, por falta de tempo, dada, muitas vezes, à cruel exigência do período integral por muitos dos escritórios.

Tal situação acarreta grave prejuízo para o próprio aluno, e, indiretamente, para o Brasil.

Como poderá uma desejada grande Nação formar-se a partir de levas de novos advogados que, em sua grande maioria, desprezam a formação acadêmica – sendo a isso estimulados?

Desculpando-nos pelo exagero, parece verdadeiro atentado contra o futuro do País.

A exigência de boa formação constitui norma de relevante interesse público, vale dizer, norma imperativa.

O simples acordo entre um estagiário e seu escritório não deveria, pois, bastar para, sem autorização da Faculdade onde aquele estude, validar tão deletéria situação. Diante do Estatuto, visando criar uma grande Nação, tal pacto é nulo: “*ius publicum privatorum pactis mutari non potest*” (D. 2, 14, 38: “*a norma de interesse público não pode ser modificada por acordo entre particulares*”).

Cabe, pois, à nossa Academia mostrar ao mundo jurídico este caminho que parece ser o melhor.

Minhas Senhoras e Meus Senhores.

A Faculdade é nossa querida “*alma mater*”

Diante desse fenômeno de amor pela Escola, nós, que estamos aqui dentro – atuais professores, alunos e funcionários – arcamos com enorme responsabilidade. Os que estão fora, e antigos alunos desta Casa – muitos dos quais se encontram, neste momento, aqui –, preocupam-se, de coração, com os destinos dela, conscientes de seu papel na direção das instituições do País.

Não podemos, pois, decepcioná-los e não os decepcionaremos, contando com a colaboração de todos. Que Deus também, em sua infinita misericórdia e em testemunho de nossa fé cristã, nos ajude neste mister!

Concluindo, gostaria de renovar alguns agradecimentos.

Primeiro, a meus queridos pais, Daisy e Wilson, e à minha querida irmã, Eliane, os três tão prematuramente afastados de meu convívio; à minha tia, primeira professora e segunda mãe, Dilze Silveira, aqui presente, a meu tio e segundo pai, Rolando de Magalhães Couto, já falecido, um dos mais cultos membros da Magistratura Bandeirante, e grande amante das Arcadas; a meus primos, nas pessoas dos queridos Mauro Marchi e Henrique Sepe; a todos os meus amigos, na pessoa de meu quase-irmão Flávio Nogueira; e, por fim, à minha querida noiva, Ana Paula Mafra.

Não poderia esquecer também os meus diletos mestres, Alexandre Augusto de Castro Corrêa e Thomas Marky, por tudo quanto fizeram e continuam a fazer por mim.

Muito Obrigado.



## DISCURSO DE POSSE COMO PROFESSOR TITULAR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

*José Eduardo Campos de Oliveira Faria*  
Professor Titular do Departamento de Filosofia e Teoria  
Geral do Direito da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

Meus caros estudantes,  
Exma. Sra. Diretora,  
Douta Congregação,

Minhas senhoras e meus senhores.

Toda solenidade de posse de um novo membro desta Congregação é sempre um rito de passagem que marca a chegada formal de um professor ao ápice da carreira acadêmica. Na história da Universidade, que surgiu condicionada pelo embate entre a fé e a razão, esse rito é a última etapa de um tenso e complexo processo de escolha e entronização do mais jovem ao círculo dos mestres mais experientes.

Na transição da Idade Média para o Renascimento, o objetivo desse processo de escolha e entronização era proteger as instituições de ensino contra intervenções externas, especialmente a tutela da Igreja, para assegurar um trabalho intelectual independente e imune ao dogma religioso e à tradição. Com o avanço do conhecimento racional e secular produzido por comunidades acadêmicas ciosas de sua independência e autonomia, aos poucos esse processo assumiu a forma de um mecanismo seletivo baseado no mérito e na autoridade intelectual.

Mas, como todo conhecimento também é sempre um instrumento de poder e controle social, ora reproduzindo e justificando um padrão de organização econômica, ora criticando suas estruturas para subvertê-lo e torná-lo mais justo, equitativo e participativo, esse processo seletivo jamais foi imune ao entrecchoque de paradigmas, às concepções conflitantes de mundo e valores científicos.

Na dinâmica desse confronto, como a história revela, as heterodoxias desempenham um importante papel no destino tanto das instituições acadêmicas quanto da própria vida social. Elas viabilizam o avanço do conhecimento, questionando o saber ideológico acumulado, propiciando a crítica epistemológica das teorias prevaletentes e identificando suas contradições internas com relação aos fenômenos que pretendem organizar e compreender.

Ao pôr em xeque o senso comum teórico que assegura a reprodução dos valores e práticas dominantes, ao debruçar-se sobre os efeitos sociais do calado e do reprimido, ao modificar métodos e procedimentos convencionais da pesquisa, ao

refletir sobre as condições para uma nova relação entre técnica jurídica e prática política, as heterodoxias também contribuem para abreviar os períodos de pouca criatividade, de indigência intelectual, de enorme pobreza científica e de quadros mentais estreitos, chamados pelo historiador francês Fernand Braudel de “prisões de longa duração”

As heterodoxias, no entanto, sempre têm seu preço. Se no passado ele era representado pelo risco da cicutu, da fogueira e da forca, hoje ele se expressa pelo risco da incompreensão. Acima de tudo, e principalmente no âmbito do Direito e do ensino jurídico, esse preço muitas vezes tem a forma do desprezo a toda e qualquer tentativa de desenvolver uma imaginação prospectiva capaz de nos habilitar a decifrar o sentido dos acontecimentos, a agir como atores transformadores e a pensar o futuro como História.

Como vários outros mestres, também passei por esse risco durante minha carreira acadêmica. E foi justamente por isso que aprendi que os ritos de passagem, como é o caso desta solenidade de posse, não devem se limitar apenas à manifestação de apreço aos colegas que, com generosidade, recebem um novo par. Esses ritos constituem, igualmente, ocasiões propícias a meditações e julgamentos, a avaliações do passado e a apresentação de inquietações relativas ao objetivo do labor docente, aos destinos da Universidade e ao próprio futuro da sociedade.

Não creio, portanto, afastar-me das mais nobres tradições das Arcadas ao apresentar, além dos sinceros agradecimentos àqueles que me estimularam chegar vitorioso a este momento e a esta tribuna, um pouco de reflexão sobre o trabalho acadêmico e as sucessivas rupturas bifurcações com que nos defrontamos diariamente, na sala de aula, na pesquisa e na vida universitária.

Senhora Diretora,  
Douta Congregação,  
Meus caros alunos.

Assumo a titularidade num momento bastante singular da História contemporânea, em que a economia transnacionalizada coloniza a política, asfixia o espaço público dos direitos civis e sociais e retira da cidadania atributos antes considerados inalienáveis; em que o mercado é concebido como instrumento privilegiado de regulação social, fragmentando identidades coletivas e levando a lógica racionalizadora e acumuladora do capital a desprezar a Justiça, a ética, a solidariedade e tudo o mais que não é quantificável e monetizável; em que as instituições e os serviços públicos são convertidos em meros e cada vez mais rendosos negócios privados; e em que mecanismos asseguradores de coesão e integração já não conseguem neutralizar a explosão de tensões latentes em sociedades semi-periféricas, como a nossa.

No plano sócio-econômico, é uma sociedade profundamente marcada por dualismos, contradições e iniquidades. No plano político, é uma sociedade historicamente estigmatizada por formas oligárquicas de dominação e apropriação predadora dos grupos melhor organizados e mais agressivos na disputa pelos bens e



riquezas coletivas. No plano cultural e, principalmente, acadêmico, é uma sociedade cada vez mais submetida à inibição da crítica e da criatividade, como lembra Carlos Lessa (“A universidade e a pós-modernidade”, *Dados*, 1999, v. 42) na medida em que as filiais dos conglomerados mundiais que aqui operam necessitam apenas e tão-somente de operadores acríticos e alienados, facilmente recicláveis e com baixos salários, ficando a produção do conhecimento concentrada e continuamente alargada nos países centrais. No plano jurídico, é uma sociedade caracterizada pelo descompasso entre a consagração formal das liberdades jurídicas e a ausência de condições materiais para que seus supostos beneficiários possam exercê-las de modo pleno e efetivo.

Assumo assim a titularidade num período explosivo e sombrio, em que os valores, as atitudes e as esperanças que conformaram o modo de ver o mundo e a consciência social de minha geração, a de 68, encontram-se corroídos. É um período em que os padrões de solidariedade e sentido ético de Justiça, tão presentes no movimento estudantil de três décadas atrás, cedem lugar a uma existência social monodimensional, a uma pasteurização domesticadora de corações e mentes e ao aviltamento das condições de vida e cidadania, em nome de uma racionalidade econômica que, ao desafiar a ordem social estatal e abrir caminho para um abrangente processo de desconstitucionalização de liberdades e prerrogativas, põe em xeque o único poder capaz de dar eficácia e sentido prático à própria noção de Direito, mesmo em suas dimensões mais elementares.

Assumo a titularidade, portanto, numa era de contradições e paradoxos, em que crescimento econômico se torna sinônimo de empobrecimento social; em que avanços tecnológicos culminam em novas formas de dependência; em que o desemprego estrutural e a disseminação de uma insegurança generalizada estão abrindo caminho para o ressurgimento de formas difusas ou mesmo explícitas de fascismo; em que o esvaziamento da capacidade do Estado de estabelecer limites às formas de produção e à dinâmica de acumulação capitalistas, de distribuir renda por via fiscal, de implementar políticas públicas, de articular o desenvolvimento e até de controlar a própria moeda o impede de discriminar interesses particulares em nome do interesse coletivo, pervertendo deste modo a autonomia e o sentido do poder público. Uma era, enfim, em que a própria democracia vai perdendo todo seu potencial distributivo e sua capacidade transformadora.

Senhora Diretora,  
Douta Congregação,  
Meus caros alunos.

Nesse contexto cinzento e opressor, a Universidade pública brasileira, à qual agora pertenço como professor titular, hoje enfrenta pelo menos três grandes crises estruturais e conexas, à imagem das instituições congêneres européias (como afirma Boaventura Santos, “Da idéia de Universidade para uma Universidade de Idéias”, in *RCSS*, Coimbra, n. 20).

A primeira é uma crise de legitimidade. Subjacente à universalização dos padrões capitalistas de produção, troca e acumulação, esta crise se revela pelo descompasso entre os anseios dos segmentos menos favorecidos por mudanças radicais na organização social e uma produção acadêmica cada vez mais direcionada pelo critério de rentabilidade e comerciabilidade da produção científica. Ou seja, pelos pactos mefistofêlicos de setores da comunidade científica com aqueles que, ao financiar seus projetos, também impõem prioridades e valores, mercadorizam o saber, patenteiam o conhecimento e privatizam o domínio da criação e difusão cultural, neutralizando assim tanto o espírito crítico e transformador da Universidade quanto a lógica subjacente à sua trajetória histórica, que enfatiza a apropriação coletiva do saber por meio de sua mais ampla disseminação.

A segunda crise é de hegemonia. Subjacente a uma iníqua distribuição de renda e ao acesso desigual aos bens e serviços públicos, esta crise se traduz pela incapacidade da Universidade de desempenhar funções técnicas e questionadoras, reprodutoras e transformadoras, no âmbito de uma sociedade malformada e deformada por três séculos de escravidão e em cujo âmbito as relações de poder hoje cada vez se caracterizam por atos de força, cujo único marco referencial acaba sendo o próprio confronto.

A terceira crise é de caráter basicamente organizacional e se traduz pela flagrante incapacidade da Universidade pública de se estruturar de modo mais leve e desburocratizado, com currículos flexíveis capazes de acompanhar a diferenciação progressiva das áreas de conhecimento e programas aptos a propiciar um atendimento particularizado das distintas clientelas discentes. O preço a ser pago, aqui, é a perda de sua centralidade na vida social e econômica para novos centros de reflexão e pesquisa, que se apropriam de suas funções docentes e investigativas na medida em que conseguem atender, de modo eficiente, às demandas para a gestão administrativa, política e econômica de sociedades cada vez mais complexas.

Além disso, essa crise organizacional também é evidenciada pela progressiva asfíxia orçamentária que tem condenado a Universidade pública a um fim lento, gradual e indigno; pela crescente imposição de padrões de custo/benefício incompatíveis com sua autonomia e sua responsabilidade social; e pelo estabelecimento de critérios de avaliação subordinados a discutíveis imperativos de produtividade, limitando assim seu papel de geração de novas idéias e valores e de expansão das fronteiras intelectuais e científicas.

Este tem sido o caminho trágico imposto à Universidade pública brasileira, após seis ou sete décadas de uma industrialização tardia e acelerada, cuja mobilidade social e cujas alterações geo-ocupacionais levaram os filhos dos migrantes e das classes médias emergentes a bater nas portas do ensino superior estatal e, cada vez mais, a vê-las fechadas.

A ditadura militar na época de minha formação acadêmica, que para muitos dos jovens aqui presentes talvez seja hoje apenas uma referência histórica, uma simples efeméride, levou a meritocracia e a excelência acadêmica a serem substituídas pela massificação do ensino superior; pela redução generalizada dos critérios de

avaliação dos alunos; pela facilitação da outorga de diplomas como resposta às demandas do movimento estudantil por mais vagas na Universidade pública; e por um viés descaradamente profissionalizante, que só privilegia o conteúdo utilitário do conhecimento.

Hoje, a crise fiscal do Estado contamina a Universidade pública brasileira com o vírus de uma obsessão produtivista, que a impede de vencer o desafio da formação e requalificação dos segmentos menos favorecidos da sociedade. E que também a obriga viver sob uma tensão entre exigências de resultados concretos no curto prazo e as perspectivas de médio e longo prazo próprias das atividades científicas em pesquisa de ponta.

Senhora Diretora,  
Douta Congregação,  
Meus caros alunos.

Evidentemente, não há novidade nestas reflexões. Se as faço nesta solenidade, contudo, é porque sem elas não há como avaliar tanto o ensino jurídico quanto seu objetivo. Se é certo que o ensino jurídico não está dissociado do Direito Positivo, é igualmente correto que este, por sua vez, não pode ser examinado sem o ambiente econômico, político e cultural que o envolve. O desenvolvimento histórico, como têm ensinado muitos dos clássicos das ciências sociais desde o século XIX, a partir da contraposição teórica entre Dilthey e Hegel, entre Weber e Marx, não se dá apenas como base no fundamento das idéias, mas também e acima de tudo, a partir de práticas inovadoras, de forças materiais e de transformações sociais.

Mergulhado na ilusão da imobilidade e da segurança, o ensino jurídico desprezou esse ensinamento. Por isso, não soube enfrentar a crescente complexidade de seu mundo circundante. Como consequência, acabou sendo atropelado por uma institucionalidade nova e por uma normatividade inédita e pluralista, surgidas, ambas, à revelia de seus paradigmas teóricos e fora do alcance de seu domínio técnico.

Partindo da crença na continuidade de uma ordem jurídica estável nos seus fundamentos econômicos, sociais, políticos, ideológicos e éticos, integrada por normas coesas, pretensamente unívocas e imunes às contingências da história, o ensino jurídico brasileiro estruturou-se de modo autárquico, do mesmo modo como se revelou incapaz de se auto-perceber como manifestação cultural da sociedade.

Ao privilegiar o formalismo e o normativismo, perdeu-se em prolixidades e tecnicismos, deixando-se seduzir por uma retórica vazia, e minada pelo princípio da autoridade. Ao valorizar o aprendizado de um conhecimento técnico, porém fragmentado, levou a um processo de especialização que se assenta no isolamento de aspectos fundamentais dessa realidade, ignorando os demais. O bacharel por ele formado, conseqüentemente, talvez continue sendo um profissional necessário. No entanto, pelas limitações estruturais do ensino jurídico, tem sido ele ao longo do tempo um profissional realmente útil?

Decorre dessas limitações a dificuldade hoje enfrentada pelo ensino jurídico para acompanhar as discussões sobre o sentido, o alcance e os perigos dos novos tipos de sociabilidade gerados pela crescente mercantilização das relações sociais; sobre o caráter cada vez mais difuso e opaco da produção de regras jurídicas; sobre o esvaziamento dos mecanismos de expressão da diferenciação social e das instâncias de mediação entre o setor público e a sociedade; sobre o futuro da própria democracia, enquanto estrutura institucional para a formação da vontade coletiva e definição de interesses gerais.

Decorre daí, igualmente, a perplexidade do ensino jurídico com o fenômeno da internacionalização do poder e subsequente perda da centralidade e da exclusividade de estruturas jurídicas forjadas com base nos princípios da soberania e da legalidade; com a heterogeneidade de situações sociais que já não conseguem ser disciplinadas por técnicas e estruturas jurídicas tipificadoras, como códigos, leis especiais e até constituições; com a normatividade dos espaços infra-estatais surgida das necessidades dos setores sociais cujos interesses, expectativas e valores não encontram acolhida nas instituições jurídico-judiciais formais; com as formas negociais e as regras auto-produzidas por conglomerados empresariais, instituições financeiras e redes transnacionais de comercialização de bens e serviços; com a usurpação de prerrogativas dos Estados por organismos multilaterais, impondo seus mecanismos regulatórios e abrindo caminho para um processo de harmonização e unificação legislativas.

Por isso, com suas idealizações alienantes e sem qualquer relevância para o entendimento das contingências do mundo real, as faculdades de Direito vivem hoje um preocupante distanciamento da realidade – processo comparável apenas ao grau de isolamento alcançado pelo pensamento escolástico nos tempos medievais. E é esse perigoso fosso que leva os cursos jurídicos, fechados em seu mundo imaginário, a uma percepção equivocada de seu ambiente, de seu currículo e do mercado de trabalho; à incapacidade de enfrentar o desafio de pensar o impensado; enfim, ao vazio intelectual como resposta às realidades emergentes e aos problemas sociais, políticos e morais delas resultantes.

Senhora Diretora,  
Douta Congregação,  
Meus caros alunos.

Se a situação do ensino jurídico é assim tão preocupante e se a Universidade pública parece estar sendo destituída de seu sentido histórico como instituição autônoma, crítica e reflexiva, uma solenidade de posse, como esta, também deve, sobretudo, marcar um compromisso com determinados valores. E, se hoje posso valer-me desta tribuna para reafirmá-los, é porque, ao longo de minha trajetória na Universidade de São Paulo, seja como aluno, seja como professor, alguns fatores foram fundamentais para que aqui pudesse chegar.

Deles, destaco o fato de que as Arcadas já estavam em minha vida antes mesmo de nela ingressar, pois sou filho e sobrinho de antigos professores, constituindo-me no terceiro membro da família Faria a atingir esta honrosa cátedra a qual, por ironia do destino, é a mesma no passado ocupada por meu próprio pai. E destaco, igualmente, o fato de ter tido a sorte de pertencer a uma geração marcada pela contestação da hipocrisia e pela negação ainda que anárquica da ordem então estabelecida; uma geração que, despertada para a vida pela revolução cultural chinesa, pela primavera de Praga, pelo “cordobazo” pelo massacre dos universitários mexicanos, pelas barricadas de Paris e pela ocupação das Arcadas por três meses, foi, pela experiência, descobrindo que a verdade nunca esteve entre as virtudes políticas e que as mentiras sempre foram encaradas como instrumentos justificáveis nessa matéria.

Para os integrantes de minha geração que optaram pela carreira acadêmica, interpretando a seu modo a premissa socrática de que uma vida não questionadora não vale a pena ser vivida, lecionar tornou-se, acima de tudo, uma forma de tomar parte da vida pública; um modo de ocupar o espaço público; enfim, uma maneira de exercer a criatividade no debate sobre o destino de nossa comunidade e sobre os rumos de nossa sociedade, o que nos abre uma importante dimensão da experiência humana que, de outra forma, nos ficaria fechada.

Um antigo aluno desta escola, Antonio Cândido, costuma dizer que do Largo São Francisco sempre aflora um pugilo de jovens que se insere com destaque nas diferentes esferas da vida nacional. As dificuldades do presente não podem nos afastar dessa verdadeira tradição das Arcadas. Mantê-la acesa, alastrá-la e fazê-la reluzir é tarefa de todos os docentes, especialmente os de minha geração.

Destaco ainda, e agora como uma forma de evocação e reverência, a influência e o peso que dois mestres brilhantes tiveram na aprendizagem e na percepção do Direito por minha geração: o temido professor de Introdução, Alberto Muniz da Rocha Barros, sempre entreabrindo a interface do Direito com a Economia e distribuindo zeros aos magotes quando não se aprendia a lição, e o paraninfo de minha turma, José Ignácio Botelho de Mesquita.

Por fim, e permitam-me apenas mais duas observações pessoais, confesso que não teria chegado até aqui sem o estímulo generoso de amigos fraternais constituídos ao longo da vida, como José Carlos Dias, Flávio Bierrenbach, Olavo Setúbal, José Reinaldo Lima Lopes e Floriano Azevedo Marques, nem, muito menos, sem a interlocução e o diálogo intelectual com os quatro preceptores que a vida acadêmica generosamente me propiciou, como Boaventura Santos, da Universidade de Coimbra, como David Trubek, da University of Wisconsin, como Juan Ramón Capella, da Universitat de Barcelona e como Rolf Kuntz, do Departamento de Filosofia da Universidade de São Paulo, que me incorporou, aos dezoito anos de idade e primeiro-anista desta escola, ao seminário fechado que o velho Frederico Heller, economista alemão fugido do nazismo e com enorme ascendência sobre seus colegas de profissão, realizava todos os sábados num canto acanhado da antiga sede do jornal O Estado de S. Paulo, na rua Major Quedinho, e ao qual compareciam, para conversas francas e por

vezes rudes, empresários, políticos e os ministros que tanto execrávamos no movimento estudantil.

Dessa visão-de-mundo formada por experiências tão discrepantes e tão distantes do mundo singelo e simplista das salas de aula de meu tempo, é que moldei tanto minha trajetória acadêmica quanto meu relacionamento com sucessivas gerações discentes, das quais resultaram sólidas amizades e carreiras acadêmicas promissoras. E se àqueles quatro mestres seminais e queridos -Boaventura, Trubek, Capella e Kuntz sou eternamente devedor, a outros, que o convívio diário nestas Arcadas converteu em relacionamento fraternal, devo o apoio e o estímulo que jamais me faltaram para enfrentar os momentos mais difíceis e poder chegar a esta tribuna com altivez e dignidade, permitindo-me reafirmar, mais uma vez, meu compromisso com a formação humanística e profissional de nossos alunos.

Esse apoio sincero e desprovido de quaisquer outras intenções que não sejam o respeito à ética, à meritocracia e ao que esta Casa tão tradicional tem de melhor, em seus quase 175 anos, permite-me terminar, mais uma vez agradecendo a todos, na pessoa da professora Odete Medauar, com suas palavras generosas, lembrando uma passagem de Fernando Pessoa:

“Pensar em nós o passado e o futuro,  
Dorme em nós o presente. E a sonhar  
A alma encontra sempre o mesmo muro,  
E encontra o mesmo muro ao despertar”

Todas essas amizades, todos os aqui presentes, especialmente André, Murilo e Sandra - todos vocês, enfim, representam, para mim, o mesmo que o muro significa nos versos de Pessoa.

Muito obrigado.

São Paulo, abril de 2002.



*Professor Titular José Eduardo Campos de Oliveira Faria*





## DISCURSO DE POSSE DO PROFESSOR ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, COMO TITULAR DE DIREITO PROCESSUAL DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

*Antonio Magalhães Gomes Filho*

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

Ao me dirigir à douta Congregação da Faculdade de Direito, na qualidade de seu novo titular de Direito Processual Penal, não consigo abandonar o vezo de processualista e resistir à tentação de interpretar o ritual observado nesta sessão solene à luz dos conceitos da teoria do processo.

À semelhança do que ocorre em relação às formalidades prescritas para os diversos atos do procedimento judicial, que não constituem encenações inúteis, mas antes representam um meio para que se alcancem determinadas finalidades e se afirmem valores mais elevados na tarefa de realização da Justiça, os ritos observados em "cerimônias" ou "solenidades" como esta também objetivam reforçar ideais, suscitar sentimentos e, de forma geral, destacar aspectos importantes de um acontecimento singular na vida da instituição universitária.

Assim, em primeiro lugar, a escolha de um local suntuoso e austero como este Salão Nobre, a presença da Congregação em assentos determinados no doutoral, o uso das becas, a introdução no recinto dos novos professores pelos membros mais antigos da Congregação, e, enfim, as palavras de recepção (que no meu caso foram especialmente generosas), traduzem, a meu ver, uma clara advertência: a de que o ingresso como professor titular nesta Casa não constitui um fato original, um início, mas antes um acontecimento que se insere na vida de uma instituição centenária como continuidade de atribuições docentes que aqui foram exercidas superiormente por antecessores ilustres que dignificaram a cátedra, transmitindo a numerosas gerações de bacharéis os ensinamentos básicos da Ciência do Direito.

No caso da cadeira de Direito Processual Penal, que passo a ocupar como professor titular, é um verdadeiro privilégio – mas ao mesmo tempo uma grave responsabilidade – dar prosseguimento a uma tarefa desempenhada de forma tão profícua por mestres cujas lições marcaram significativamente a cultura jurídica deste País.

É preciso destacar, a propósito, que o ensino dessa disciplina entre nós, antes relegado à condição de simples capítulo do Direito Penal ou de setor menos nobre da *Prática Forense*, conquistou definitiva autonomia com a passagem do grande João Mendes Júnior pela cátedra. E foi a partir de então que se superou a antiga divisão do Direito Penal em direito substantivo e direito adjetivo, ficando-se as bases para uma concepção do Processo Penal como conjunto de preceitos garantidores das liberdades individuais, pois, como ressaltava o mestre em texto clássico de nossa

literatura jurídica, “as leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais e as formalidades do processo são as atualidades das garantias constitucionais”

Também não me é possível assumir a cadeira de Processo Penal desta Casa sem ter presente na memória a inesquecível figura de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, meu professor no curso de graduação e orientador no mestrado. Sua personalidade exuberante e sua luminosa inteligência deixaram marcas indeléveis em setores dos mais diversos da nossa vida cultural. Autor e diretor de cinema, cuja obra pioneira nesse campo foi inclusive tema de recente dissertação defendida no Departamento de História da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas desta Universidade, foi também músico e político na mais nobre acepção do termo, destacando-se sobretudo pela defesa dos direitos sociais.

Não foi menor, nem menos original, a sua contribuição para o aprimoramento dos estudos de Direito Processual Penal. Preocupando-se, já na década de 1930, com o que hoje em dia constitui o centro de atenção de toda a ciência do processo, mestre Canuto fixou entre nós a importância do conceito essencial de *contraditório*; além disso, concebendo o processo judiciário como direito fundamental, não do autor, mas do réu, na medida em que tutela precipuamente a liberdade jurídica deste em face de uma possível coação estatal, antecipou algumas teses que embasam a atualíssima teoria do garantismo penal e processual penal.

Mais séria ainda é a responsabilidade de suceder imediatamente no cargo de professor titular ao prezadíssimo professor Rogério Lauria Tucci, com quem muito aprendi, primeiramente como aluno de pós-graduação e, depois, nas atividades docentes e de diversas comissões de elaboração legislativa. Pesquisador incansável, jurista na mais completa acepção do termo, com vasta produção científica em diversas áreas do Direito, dedicou-se com invejável proficiência ao estudo dos temas mais relevantes da Ciência Processual, destacando-se em especial a mais completa e ampla obra de sistematização dos direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro.

É necessário também ressaltar o meu privilégio, minha enorme felicidade, em poder compartilhar, a partir de agora, a docência de Processo Penal nesta Casa com Ada Pellegrini Grinover, minha orientadora no Doutorado e responsável, juntamente com o amigo Cândido Rangel Dinamarco, pelo meu ingresso na carreira docente.

Líder da “*Nova Escola Processual de São Paulo*”, cujo reconhecimento e importância podemos constatar, com justificado orgulho, em numerosos congressos internacionais, Ada tem a sua obra marcada pela constante preocupação com a mudança do processo, de instrumento puramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da Justiça e de garantia da liberdade e pela busca da efetividade da tutela jurisdicional e das garantias processuais, numa perspectiva abrangente, que leve em conta a emergência dos direitos sociais. Dentre as suas incontáveis virtudes, a mais evidente é, sem dúvida, a *generosidade*, que não se manifesta exclusivamente na benevolente apreciação das qualidades de seus discípulos e amigos como todos aqui puderam há pouco constatar -, mas se revela sobretudo na permanente disposição de

colocar a sua fina percepção dos problemas atuais do Direito, o rigor de sua formação científica, o brilho de sua inteligência e o ardor da sua combatividade a serviço da causa comum de aprimoramento das nossas instituições e do ensino jurídico.

A segunda e importante constatação que extraio do ritual desta solenidade, e que decorre da honrosa concessão da palavra neste momento, é a de que do novo professor titular se aguarda um pronunciamento, uma manifestação pessoal a respeito dos seus propósitos, do que pensa sobre as questões fundamentais da sua disciplina e do seu ensino.

Como se sabe, dentre os diversos setores do ordenamento estatal, o do processo penal sempre foi um dos mais problemáticos e sujeitos a influências ideológicas de toda espécie, na medida em que tem por função disciplinar a complexa tarefa estatal de aplicação das mais severas sanções punitivas aos culpados, sem se descuidar, ao mesmo tempo, da proteção da liberdade e da dignidade dos inocentes.

Prova disso, e sem pretender ir muito longe na História, são as profundas transformações por que passou o processo penal no último século. Enquanto nas suas primeiras décadas, e sob influência do ideal de “defesa social” reclamdo pelo positivismo criminológico, constituiu instrumento rotineiramente utilizado pelos regimes totalitários para impor ao indivíduo o medo do indefinido, situação que foi tão bem descrita por Kafka, no clássico “*O Processo*”, por isso mesmo o processo penal adquiriu no Pós-Guerra o *status* de terreno preferencial para a afirmação dos valores mais significativos para a pessoa humana nas Constituições e nos textos internacionais de direitos.

De fato, a consagração constitucional das garantias processuais-penais, especialmente a partir da Constituição da República italiana, de 1948, e dos textos fundamentais portugueses, de 1974, espanhol, de 1976, e brasileiro, de 1988, foi acompanhada pela significativa consagração dessas mesmas garantias em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civi e Políticos (1966) e as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, de modo a se falar atualmente num verdadeiro *sistema* de garantias processuais que não se exaure em prescrições particulares, mas está fundamentado na coordenação de várias garantias concorrentes, aptas a tornar cada vez mais segura e eficaz a proteção do indivíduo.

A referência a esse movimento universal em direção a uma concepção garantista do processo penal não significa, contudo, que possam ser consideradas superadas as tendências autoritárias que sempre marcaram esse setor da atividade estatal. Ao contrário, cada vez mais se mostram evidentes as contradições entre as prescrições constitucionais e o modo concreto de atuação do aparato punitivo, a distância entre a normatividade e a efetividade das mencionadas garantias, bem como os perigosos retrocessos, que podem ser facilmente identificados.

O inquietante crescimento dos índices de criminalidade, em especial aqueles relacionados às suas formas mais violentas e perniciosas, como as atividade de organizações criminosas, o tráfico de drogas, o terrorismo, tem levado o legislador, no Brasil, e em todas as partes do mundo, a editar medidas excepcionais de emergência,

cujos denominadores comuns são justamente a restrição ou supressão das garantias penais ou processuais, como se isso pudesse constituir freio a tais formas de delinquência ou, ainda, pudesse tornar mais eficazes as tarefas da repressão. Pretende-se, na verdade, atingir o ideal absurdo e contraditório de uma “*Justiça sem Direito*”, em que os fins, nem sempre muito claros, possam justificar os meios empregados.

Outro fenômeno muito atual também tem produzido uma afronta diária e insidiosa aos princípios garantistas tão duramente solidificados na consciência universal: trata-se daquilo que Antoine Garapon denomina a “*democracia de opinião*” em que a Justiça, os meios de comunicação de massa e a opinião pública mesclam-se para criar um ambiente de envolvimento, de efervescência, indignação e paixão em torno de certos temas e acontecimentos, quase sempre apresentados sob uma qualificação penal.

Trata-se, sob a óptica processual, de uma *nova Inquisição*, que subverte terrivelmente os valores mais fundamentais ao exercício do poder punitivo numa sociedade democrática. A cena judiciária é deslocada do ambiente sereno da sala de audiências – em que a verdade processual é estabelecida racionalmente por meio das provas e após o debate contraditório das partes – para os espaços dos meios de comunicação nos quais se apresenta ao leitor ou telespectador uma verdade imediata e emocional. O juiz independente e imparcial, que precisa explicitar na motivação das sentenças as suas razões de decidir, é substituído indevidamente pelo jornalista, só comprometido com a repercussão do caso. O valor de igualdade que fundamenta a regra de obrigatoriedade da ação penal cede lugar à escolha de fatos espetaculares ou segundo os interesses mais imediatos da empresa jornalística. A simples denúncia é imediatamente assimilada à condenação definitiva, em flagrante desrespeito à presunção de inocência, em flagrante desrespeito à presunção de inocência, que por sua vez é tida como favor indevido ao delinquente. A função social da defesa, que constitui garantia da própria jurisdição, é confundida muitas vezes com uma ignóbil cumplicidade com o crime. As simples suspeitas já são equiparadas a provas irrefutáveis de culpabilidade. Os recursos perdem a salutar função de prevenir os erros judiciários para se converterem em manobras indevidas para a procrastinação da solução da causa e assim por diante.

Tudo isso está a indicar que o estudo e o ensino do processo penal não podem limitar-se à análise dos textos legais, ao simples exame sistemático das normas de Direito Positivo, exigindo, ao contrário, uma visão mais ampla dos complexos fenômenos sociais, políticos e culturais envolvidos com as atividades da repressão penal. A função do jurista deve estar voltada não só à crítica das referidas contradições, mas principalmente à sua superação pela afirmação dos valores da liberdade, igualdade e respeito à dignidade da pessoa humana no âmbito da Justiça criminal. Não se trata de tarefa cômoda, num terreno sempre sujeito a avanços e retrocessos, mas como ressalta Alberto Binder, é importante definir o lado em que se está.

Finalmente, a terceira e certamente a mais significativa mensagem que extraia do ritual observado nesta cerimônia decorre da calorosa presença dos familiares e amigos, que serve para avivar no meu espírito os sentimentos de humildade e gratidão.

Essa presença impõe o reconhecimento de que na trajetória realizada não estive só, o que vale dizer que para a realização do projeto pessoal hoje concretizado contribuíram muitas pessoas, algumas que hoje me honram com o seu comparecimento solidário e outras que, infelizmente, aqui não estão, mas que ocupam um lugar destacado na minha memória.

Com todas elas quero partilhar esta conquista e expressar a mais profunda, emocionada e sincera gratidão.

Antes de tudo, à minha família, que sempre me proporcionou um ambiente cheio de afetividade, alegria e respeito aos valores cristão. Aos meus pais, que me deram a vida e o exemplo de trabalho e honradez; aos meus tios, sempre muito presentes na minha formação; às minhas irmãs e meu irmão, ao meu cunhado e sobrinhos, aos primos e primas, sempre incentivadores dos meus projetos.

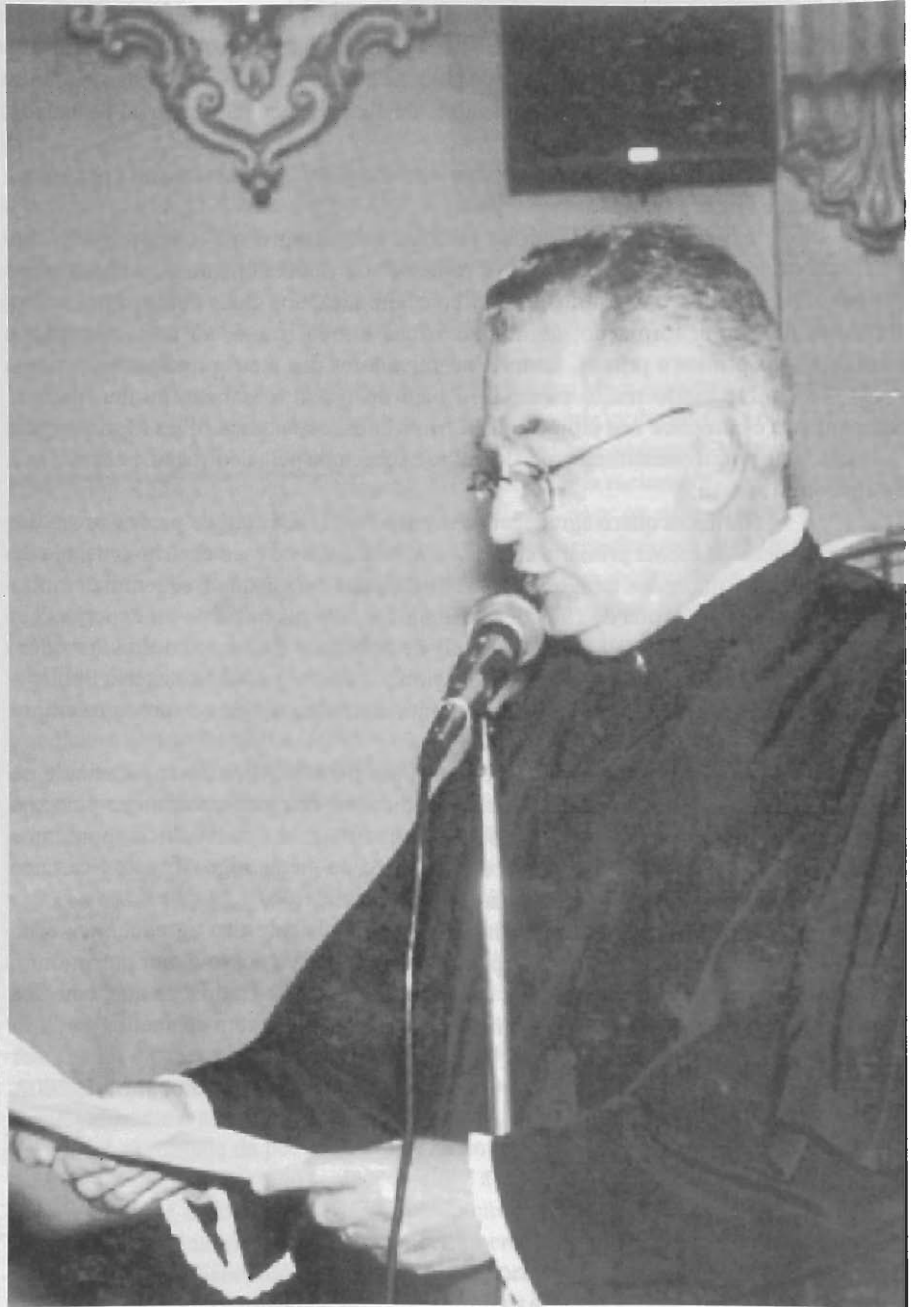
De modo muito especial, o meu *obrigado* à Isabela, minha mulher, companheira e cúmplice nos últimos quase trinta anos, e às nossas filhas Mariângela e Gabriela, pelo apoio constante ao meu trabalho e sobretudo pela dedicação, pelo carinho e pela compreensão.

Também quero agradecer aos meus amigos: aos amigos-professores, que desde os bancos da escola primária e secundária incutiram no meu espírito o desejo de sempre aprender mais; aos amigos-colegas de todos os cursos que freqüentei e, muito especialmente os da Turma de 1969 desta Faculdade, com os quais dividi experiências e com os quais partilhei sobretudo os ideais de liberdade e civismo destas Arcadas, numa época especialmente difícil da vida nacional; aos amigos do Ministério Público, da Magistratura e da Advocacia, que me transmitiram muitas lições, que procuro sempre repassar aos meus alunos.

A minha gratidão muito especial aos meus amigos desta Faculdade de Direito: aos funcionários sempre solícitos e dedicados; aos professores, que pela sua cultura e inteligência proporcionam aos que desfrutam de sua convivência momentos incomparáveis de alegria espiritual; particularmente, ao meu amigo Antonio Scarance Fernandes, companheiro nesta caminhada, a minha saudação.

Propositadamente por último, o meu mais caloroso agradecimento ao corpo discente desta Faculdade, que representa sem dúvida o nosso maior patrimônio. Em especial, aos meus queridos alunos da graduação e da pós-graduação que, com sua atenção, suas dúvidas e seu posicionamento crítico, muito me tem ensinado.

São Paulo, abril de 2002.



*Professor Titular Antonio Magalhães Gomes Filho*

# **CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS**





## O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DO ENSINO CIENTÍFICO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NO BRASIL

*Ruy Barbosa Nogueira*

Professor Catedrático aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Em 1936, aos dezesseis anos de idade, portanto há 65 anos, fomos encarregado de dirigir o então Departamento de Impostos da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, recém-fundada e presidida pelo engenheiro, mais tarde senador, Roberto Simonsen. Nenhuma Faculdade de Direito no Brasil ensinava a disciplina Direito Tributário.

Funcionários da Fazenda, guarda-livros e despachantes cuidavam *empiricamente* dessa matéria fazendária. Falava-se em “Direito Fiscal” mas os estudos eram apenas de *legislação*, tanto que a melhor publicação existente era a Revista Fiscal e de *Legislação* de Fazenda, de Tito Rezende, sem dúvida, então o maior estudioso dessa legislação que, por sua conduta ilibada e competência como representante da Fazenda junto ao Conselho de Contribuintes e seus *comentários sobre essa mesma legislação*, foi inscrito no Livro do Mérito Nacional como o “*maior analista das Leis Fiscais*”

Em razão do grande atendimento das questões fiscais que exercíamos naquele Departamento de Impostos, como também pelo estudo da legislação fiscal e relacionamento com Tito Rezende, com o qual fundamos a *Revista Fiscal de São Paulo*, já antes de ingressarmos para a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vínhamos praticando intensa atividade no campo dessa legislação, e mesmo já defendendo causas fiscais até chegar ao Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, porque, apesar da denominação de Tribunal, este era e é órgão administrativo, do qual, mais tarde, viemos a ser juiz representante dos contribuintes.

Como já vimos, àquela época não-só não havia, no Brasil, o ensino jurídico-tributário mas, por isso mesmo, praticamente não existia a respectiva literatura científica nacional nem estrangeira. Na verdade, só havia legislação e comentários sobre essa legislação.

Acontece ainda que durante a Segunda Guerra Mundial, dentre outros mestres do Direito, perseguidos pelo nazifascismo, vieram a se asilar em São Paulo o genial professor catedrático de Direito Comercial da Universidade de Bolonha, Tullio Ascarelli, ex-discípulo amado do famoso professor Cesare Vivante e também profundo conhecedor do Direito Tributário e, ainda, Heinrich Reinach, fundador, em 1922, da até hoje melhor revista jurídico-tributária da Alemanha, chamada Imposto e Economia (*Steuer und Wirtschaft*), como também ex-advogado perante a Suprema Corte Fiscal da Alemanha (*Bundesfinanzhof*), Corte esta até hoje com sede em Munique.

Naquele tempo, mais acentuadamente na área federal, havia a chamada “*indústria da multa*”, que era a absurda e injusta participação direta dos Agentes Fiscais no resultado, não-só da arrecadação dos tributos, mas, também, das multas, contra cujo regime os contribuintes, por meio de suas associações de classe e mais acentuadamente por meio da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, tanto combatiam.

Ao chegar ao Brasil, em outubro de 1940, Tullio Ascarelli, na Federação das Indústrias encarregou-se de estudar e apresentar trabalho sobre essa questão que era verdadeiro flagelo para os contribuintes. Ascarelli elaborou e a Federação publicou seu trabalho sob o título “*Quota-parte dos Funcionários nas Multas e os Princípios da Justiça Fiscal*” trabalho este em que, como jurista da relação entre Economia e Direito, demonstrou também ser profundo conhecedor do Direito Tributário, além de poliglota e comparatista.

Em 1951, já como advogado do Departamento Jurídico da Federação, ampliamos esses trabalhos e novamente aquela entidade, por meio da publicação “*Multas Fiscais*” renovou este combate que já atingia âmbito nacional.

Estes trabalhos, sem dúvida, influíram na consciência nacional, de tal modo que pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969, com redação da Emenda 7, aquela participação foi assim proibida:

*“Art. 196. É vedada a participação de servidores públicos no produto de arrecadação de tributos e multas.”*

Todos podem imaginar como esse medieval e singular sistema fiscal no Brasil, de participação direta dos agentes fiscais autuantes, no resultado da arrecadação de tributos e multas era nocivo e acarretava exacerbações, corrupções e muitas injustiças, pois era incompatível com o poder de acusações, autuações e imposições de multas daqueles mesmos funcionários fiscais, delas beneficiários e que ainda participavam dos próprios órgãos administrativos de julgamento.

Estamos mencionando o nome do professor Tullio Ascarelli, porque queremos homenageá-lo e mostrar como seu ex-aluno, que além de ele lecionar Direito Comercial em curso curricular, por vários anos, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, foi quem dedicadamente despertou os estudantes e advogados brasileiros para o estudo científico e aprofundado do Direito Tributário, inclusive do Direito Tributário Comparado.

Mesmo nesta segunda fase, ainda eram poucos os advogados que se interessavam pelos estudos do Direito Financeiro e do Tributário, porque as Faculdades de Direito ainda não os ensinavam. Na prática, e em geral, somente cuidavam desses ramos, mais por dever de ofício, os juristas da Fazenda, das associações de classe e advogados orientadores de empresas. Realmente ainda não havia no País estudos curriculares, sistemáticos ou metódicos, com preocupações verdadeiramente científicas e por isso mesmo, como já citamos, praticamente não havia livros de doutrina nacional nem era conhecida entre nós a vasta literatura estrangeira.

Foi por isso que procuramos ressaltar, em monografia de 1979: “*A contribuição de Tullio Ascarelli para a formação da doutrina jurídico-tributária no Brasil*” Trabalho este que também foi publicado na Itália.

Cabe neste ponto esclarecer que, em 1947, foi Tullio Ascarelli o primeiro a lecionar, em nível de pós-graduação, um curso sobre Direito Tributário na Escola Livre de Sociologia e Política de São Paulo, curso este que despertou grande interesse de muitos advogados, dentre os quais também fomos aluno ao lado de Rubens Gomes de Sousa, como de nosso saudoso professor de alemão e de Direito Tributário Germânico, Heinrich Reinach, com o qual e mais colegas publicamos em folhas substituíveis e como novidade no Brasil, por vários anos, a Coletânea “*LIFT- Legislação e Jurisprudência Fiscal e Trabalhista*”. Reinach, que também muito contribuiu para o estudo da Ciência do Direito Tributário entre nós, especialmente em relação à grande literatura jurídico-tributária em língua alemã, viveu e morreu no Brasil.

Acontece ainda, que a partir do quarto ano, como solicitador acadêmico, tive a ventura de instalar com o Mestre Tullio Ascarelli e colegas, escritório de advocacia; no qual a maior prática e estudos eram sobre o campo do Direito Tributário. O professor Ascarelli, além do seu profundo ensino na Faculdade, ainda no escritório nos incentivava a estudar idiomas e nos indicava os melhores livros da literatura estrangeira sobre a tributarística.

Durante todo o curso de Direito Comercial, em todas as oportunidades relevantes o professor esclarecia aspectos científicos do Direito Tributário e suas relações com o Direito Comercial e acentuava a necessidade de a Faculdade criar a disciplina Direito Tributário.

Parece que seguimos fielmente as suas recomendações, pois a convite de várias organizações sem fins lucrativos, começamos antes do ensino universitário a dar vários cursos anteriores e, afinal, após os concursos, lecionar durante quarenta anos precisamente nos dois primeiros cursos universitários, até nossa aposentadoria aos setenta anos.

Brandão Machado, juriconsulto, filólogo, comparatista e nosso companheiro de estudos tributaristas, referindo-se ao fato de termos sido aluno e companheiro de escritório, por vários anos, do Prof. Tullio Ascarelli salienta:

*“Grande conhecedor do direito tributário, além de exímio comercialista, Ascarelli, como se sabe, tem o mérito de haver introduzido no Brasil a metodologia do estudo científico desse novo ramo do Direito”*

Em seguida, referindo-se a nossos trabalhos sobre imposto de consumo, quando advogado-chefe da Federação, conclui:

---

1. Ruy Barbosa Nogueira, edição do IBDT/USP, São Paulo, 1979 e publicado na Itália, pela Editora Cedam, Padova, 1981, sob o título “II Contributo di Tullio Ascarelli alla Formazione della Dottrina Giuridico-Tributária del Brasile”, *Diritto e Pratica Tributária*, v. III, n. 3. Mais adiante essa monografia vai publicada na íntegra.

*“Tornou-se Ruy Barbosa Nogueira, desde logo, o maior conhecedor da matéria no Brasil, embora também versasse, com a mesma amplitude, todos os temas do Direito Tributário. Ao tempo em que a Universidade não tinha ainda uma cadeira para o ensino da disciplina, ensinou Direito Tributário a gerações e gerações, contribuindo poderosamente com as suas lições na escola, com os seus estudos doutrinários, pareceres e arrazoados, para a formação científica desse novo ramo jurídico.”*<sup>2</sup>

O saudoso Rubens Gomes de Sousa, que foi por quatorze anos professor contratado de Legislação Tributária, na Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo, e por trinta anos nosso amigo e companheiro de estudos, também muito privou com o mestre, tendo escrito que recebeu do professor Tullio Ascarelli, *“desde a indicação de bibliografia antes desconhecida no Brasil, até a orientação doutrinária e alargamento de horizontes, muito além do campo estritamente tributário”*

Durante muitos anos, também tivemos a felicidade de privar com Tito Rezende e colaborar em sua tradicional revista, chegando mesmo, com ele, a fundar a *Revista Fiscal de São Paulo* que foi editada de 1950 a 1952. Tivemos, ainda, a satisfação de lhe apresentar o professor Ascarelli e muitas vezes, juntamente com Rubens Gomes de Sousa, Gilberto de Ulhôa Canto e outros, promovíamos encontros e discussões sobre a literatura tributária do Exterior.

Despertada assim a necessidade de extensão e aprofundamento desses estudos - que melhor poderiam ser alcançados por meio de efetivo intercâmbio com os cientistas do Direito Financeiro e Tributário de países cultos - é que sobreveio a criação, no Brasil, do Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, filiado à *International Fiscal Association - IFA*, até hoje a máxima entidade desses estudos, com sede em Haia e Amsterdã, Holanda.

Gilberto de Ulhôa Canto, Rubens Gomes de Sousa, Tito Rezende e Paulo Martins, unidos por tais preocupações comuns, promoveram reuniões com mais seis colegas de São Paulo e Rio: Fernando Rudge Leite, Ruy Barbosa Nogueira, Elmano Cruz, Carlos Medeiros Silva, Erymá Carneiro e Abelardo da Cunha, todos membros da IFA, fomos os fundadores do IBDF (hoje ABDF), cujo primeiro presidente foi Tito Resende, após Gilberto de Ulhôa Canto e atualmente é o conhecido tributarista Condorcet Rezende (este, sobrinho de Tito Rezende e ex-companheiro de escritório de Ulhôa Canto) e que com muita competência e extrema dedicação continua as mesmas intenções dos fundadores.

Não podemos deixar de destacar, neste ponto, o texto do Estatuto da ABDF que descreve seus objetivos com a preocupação de incentivar o estudo e o intercâmbio internacional, tanto para fins científicos, como práticos, do comparatismo:

---

2. *Direito Tributário, Estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*, Saraiva, S. Paulo, 984, pp. XII.

- “Art. 3º - Constituem o objeto do instituto o estudo do direito tributário internacional e comparado, e da ciência das finanças principalmente;”
- a. colaborando com a *International Fiscal Association - IFA.*, arregimentando membros comuns, a ela e ao próprio instituto;
  - b. promovendo e estimulando estudos sobre temas de direito tributário, financeiro e economia, por todos os meios adequados;
  - c. promovendo a difusão e trabalhos e obtenção de dados e elementos da natureza dos aludidos na letra b, anterior;
  - d. preparando e colaborando na preparação de conferências e congressos, inclusive internacionais, estes de acordo com a IFA;
  - e. colaborando com o *International Bureau of Fiscal Documentation.*

Passemos, pois, a um rápido exame da relevância do estudo do *Direito Tributário Comparado* e especialmente à comprovação experiente da pesquisa e utilização do comparatismo *doutrinário, legislativo e jurisprudencial*, dentro da globalidade do Direito.

Direito Comparado.

O mestre Tullio Ascarelli, com os recursos de sua genialidade e a extensão de sua cultura, escreveu quando no Brasil verdadeira monografia sob o título “*Premissas ao Estudo do Direito Comparado*”<sup>3</sup> Como se sabe, atualmente a literatura mundial específica sobre o estudo do Direito Comparado, quer como ciência, quer como método prático comparativo, é bastante extensa.

Para não citarmos muitas obras de Direito Tributário Comparado basta o grande e notável Dicionário do Direito Tributário e das Ciências Fiscais na Alemanha (*Handwörterbuch Des Steuerrechts Und Der Steurwissenschaften*, C. H. BECK, München, 1972 e 2ª edição em 1981, em 2 volumes, tamanho enciclopédia, com 1756 páginas. Dentre as resenhas dos mestres da tributarística alemã, consta a nossa sob o título:

*Prof. Ruy Barbosa Nogueira in einer  
Veröffentlichung der Rechtswissenschaftlichen  
Fakultät der Universität von São Paulo*

O que devemos ressaltar é que a pesquisa de Direito Comparado nem sempre é fácil, pois sendo muitas as línguas (segundo estatísticas de estudos filológicos da Academia Francesa de Letras, até onde puderam excluir os dialetos, temos na terra

---

3. Esclarecendo em nota de rodapé que este estudo foi realizado e publicado no Brasil, e vertido para o Italiano com algumas alterações e adaptações e publicado quatro anos depois na Itália. Vide “*Premesse allo studio del Diritto Comparato*”, de pp. 3 a 38, in SAGGI GIURIDICE, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1949.

entre 2 mil e 2,5 mil idiomas gramaticais) e, apesar dos avanços no campo da tradução, inclusive da informática jurídica e da Internet, nem todos os textos de Jurisprudência, legislação e mesmo da melhor doutrina são traduzidos. Portanto, o jurista tem de se cingir a limitado número de países, dos chamados grandes sistemas jurídicos quando faz comparação de sistemas e, talvez mais ainda, quando se utiliza do método comparativo, pois este exige maior proximidade ou parentesco das estruturas normativas comparandas.

Ainda em relação ao comparatismo no campo tributário, Lucien Mehl, no seu compêndio *"Science et Tchnique Fiscales"* v. 2, pp. 591, ensina que:

*"O estudo do direito fiscal estrangeiro pode ser conduzido de duas maneiras.*

*A primeira abordagem, a mais simples, é o estudo por país. Permite obter uma vista de conjunto do sistema de um determinado país, distinguir as relações entre seus elementos, ressaltar seus traços gerais, descobrir as ligações entre o sistema fiscal e a estrutura econômica, social e política.*

*A outra abordagem é uma ilustração ou utilização do método comparativo em direito. Este consiste em estudar em relação a cada tributo, e mesmo em relação a cada elemento do tributo (matéria tributável, fato gerador, sujeito passivo, etc.). as definições e as regras aplicáveis em cada um dos países considerados no cotejo, para fazer ressaltar suas semelhanças e as suas divergências"*

Nos estreitos limites de uma palestra, naturalmente o que podemos fazer, em relação ao método comparativo em Direito, é sintetizar algumas das principais funções desse método e assim, mais uma vez, com os ensinamentos do mestre Ascarelli ressaltar que o direito comparado:

1. É um meio de ampliar nossa experiência jurídica no espaço. É um meio semelhante ao que a História representa no tempo;
2. Permite-nos, através do enriquecimento da experiência, entender e avaliar melhor os diversos sistemas;
3. Reconstruir os traços fundamentais do Direito na civilização atual ou em determinada época histórica e as linhas básicas do seu desenvolvimento;
4. Auxilia-nos a compreender as relações entre as normas jurídicas e a subjacente realidade social;
5. Dá-nos as razões das diferenças jurídicas;
6. Traz-nos a modéstia e a tolerância que decorrem da ampliação da experiência;
7. Constitui auxílio indispensável para o progresso jurídico dos diversos países, porque oferece a possibilidade de cada um se utilizar das experiências alheias;
8. Na prática auxilia não só a examinar, mas a resolver as questões freqüentes em que, em cada sistema jurídico, exigem a aplicação da lei estrangeira;

9. Contribuí muito para a organização das relações econômicas de natureza internacional;

10. Constituí ainda o Direito Comparado eficiente meio para desenvolver a terminologia jurídica internacional, porque fortalece e desenvolve no direito uma linguagem ideal, internacionalmente uniforme, contribuindo para a maior compreensão, cooperação e unificação internacional.

Em palestra que fizemos na Alemanha, a convite do mestre do Direito Internacional Tributário, e nosso saudoso consócio da IFA, Ottmar Bühler, então presidente da seção alemã da International Fiscal Association - IFA, com sede em Munique, Alemanha, sob o título “*Übersicht Über das brasilianische Steuerrecht und die deutsche Formulierung*” “*Panorama do Direito Tributário Brasileiro e as Elaboraões Germânicas*”, deste contexto queremos ressaltar em português o seguinte trecho:

*“Dando-se a conhecer, a todos os povos, mutuamente, os diferentes sistemas tributários nacionais, poderão eles, ressaltados interesses peculiares, ir aperfeiçoando, harmonizando e universalizando os princípios fundamentais de seus sistemas, de modo que se possam ir eliminando os conflitos e os excessos de tributação.*

*Afinal, têm todos os povos o maior interesse no intercâmbio comercial e, este, não deve ser prejudicado por conflitos de formalismos, ou por conflitos de tributações, decorrentes da falta de coordenação dos diferentes sistemas nacionais.*

*Essa importante tarefa de harmonização, já não apenas dentro de cada sistema tributário nacional, mas dos sistemas nacionais entre si, é, talvez, o maior reclamo que o mundo está fazendo aos juristas do direito tributário.*

*Além disso, estando a tributação diretamente ligada a atividades econômicas, precisam os juristas dispor de fontes de informações, para bem orientarem a aplicação de capitais e, nesse setor, encontram-se especialmente os países novos que, como o Brasil, dispõe de fontes ainda inexploradas.*

*Eis porque o conhecimento do sistema tributário de cada país é atualmente assunto de grande interesse e da maior relevância”*

Para podermos dar conta do quanto no estudo, no ensino, na consultoria ou no exercício advocatício do Direito Tributário temos podido nos servir do auxílio do comparatismo com grande utilidade, podemos lembrar que já há 54 anos nos servíamos em várias questões como estão referidas no trabalho que publicamos na Revista de Direito Administrativo, v. XVI, sobre os “*Problemas do Imposto de Consumo*”, em que, para conceituar o significado e alcance da palavra “artefato” dentro da legislação, do imposto de consumo, fomos ao Direito Comparado e

encontramos verdadeira qualificação jurisprudencial sedimentada em acórdãos da Suprema Corte dos EUA. Esta conceituação veio a ser citada e aceita em vários acórdãos do Conselho de Contribuintes.

Quanto ao ensino universitário, peço licença para dizer que há quase cinquenta anos, com aprovação da Congregação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, inauguramos o primeiro curso curricular de Direito Tributário, que lecionamos durante quatorze anos, cujo curso prossegue até hoje.

A Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP criou em 1963, a primeira cátedra de *Direito Tributário*. Após concurso de títulos e provas, obtivemos a livre-docência e em seguida a Cátedra de Direito Tributário, tendo lecionado quatorze anos na Pontifícia a matéria específica Direito Tributário e vinte e seis na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tendo completado quarenta anos desse ensino até nossa aposentadoria aos setenta.

Esta Faculdade do Largo de São Francisco incluiu no quarto ano a disciplina Direito Tributário. Em seguida, com a “departamentalização” organizou o quinto ano em especialidades e dentro do Direito Empresarial entre outras matérias incluiu a disciplina *Direito Tributário Aplicado*, cujo ensino pelo método de casos e problemas fiscais foi uma necessidade que estudamos nos EUA, na Columbia University, Nova York.

No curso de pós-graduação, nos graus de mestrado e doutorado, desde 1971, a USP criou o estudo específico do Direito Tributário Comparado, tal é a posição de cúpula e interesse do comparatismo. Recentemente esta Faculdade ainda incluiu no curso de pós-graduação a disciplina *Direito Tributário Internacional*. Para ingresso na pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, é pré-requisito o conhecimento de uma língua estrangeira para o mestrado e para o doutorado duas, entre italiano, francês, inglês ou alemão. Não-só lecionamos, com auxílio de assistentes, todas essas matérias, como escrevemos e publicamos os livros para os respectivos níveis.

Junto à cátedra, fundamos com colegas, há cerca de trinta anos, o Instituto Brasileiro de Direito Tributário IBDT, que é uma entidade sem fins lucrativos e complementar à USP. Desde sua fundação este Instituto vem realizando as *Mesas Semanais de Debates Tributários*, com grande freqüência, tendo até hoje realizado cerca de mil sessões desses estudos que prosseguem. Cada sessão tem a duração de duas horas, (das 8h00 às 10h00) e sempre são realizadas toda quinta-feira, na própria Faculdade.

O IBDT publica anualmente a coletânea *Direito Tributário Atual*, que já chegou a quinze volumes, com trabalhos nossos e de seus associados, e com distribuição gratuita aos sócios e a bibliotecas.

Desde sua fundação, esta entidade também realiza, anualmente, cursos de extensão universitária no Salão Nobre, com surpreendente freqüência, pois neste salão com mil lugares, às vezes as inscrições chegam a atingir seiscentos alunos do Estado de São Paulo, como também de outros estados do Brasil.



O Instituto, além de sócios fundadores e contribuintes, também tem ainda sócios “honorários” entre os maiores mestres do Brasil e do Exterior, os quais têm colaborado, especialmente nas obras de homenagens que, como obras contendo monografias aprofundadas, têm vindo enriquecer a literatura jurídico-tributária do País.

Neste sentido, apenas como demonstração de intercâmbio internacional já conquistados pelo Instituto, queremos citar os seguintes exemplos:

Na obra monumental e mais completa que já se escreveu no campo da tributarística mundial que é, sem dúvida, “*A Ordenação do Direito Tributário*” (*Die Steuerrchtsordnung*), em três amplos volumes, edição Schmidt, Köln, 1993, de autoria do professor emérito Klaus Tipke, de Colonia, Alemanha. À página 64, diz Sua Excelência que a influência do Direito Tributário Alemão tem sido maior na Espanha, Brasil e Japão, e ainda menciona que os membros do Instituto Brasileiro de Direito Tributário em São Paulo traduziram para o português o “*Novo Código Tributário Alemão*”, Rio/São Paulo, Forense, 1978; mais ainda, que vários professores de Direito Tributário da Alemanha são sócios honorários do IBDT, em São Paulo.

Também no magnífico livro em homenagem (*Festschrift*) ao professor Hugo von Wallis, o qual, além de professor e autor, foi durante oito anos presidente da Suprema Corte Tributária da Alemanha, em Munique. O autor do prefácio ressalta entre os títulos do homenageado:

*“Um reconhecimento altamente honroso de sua produção científica deve ser visto na sua nomeação como ‘sócio honoris causa do Instituto Brasileiro de Direito Tributário, em São Paulo’”*<sup>4</sup>

Como se sabe, no mais elevado nível é um excelente hábito cultural, muito acentuado na Alemanha, a elaboração de livros de homenagem, lá chamados *Festschriften*, e que tanto contribuem para enriquecer a literatura e aprofundar os temas mediante monografias dos maiores autores.

Além de o Direito Tributário atualmente contar no Brasil com amplo ensino universitário, recentes institutos científicos e escritores de renome, foi idéia dos membros da Mesa Semanal de Debates, em 1974, sob nossa presidência e coordenação, a elaboração do primeiro “*Festschrift*” “*Estudos Tributários*”, em homenagem à memória de Rubens Gomes de Sousa, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1974, com 514 páginas.

Em 1984, por motivo de completarmos quarenta anos de ensino e trabalho, nosso querido companheiro de fundação do IBDT, o eminente jurista, comparatista e filólogo, Brandão Machado, traduziu os temas de autoria dos maiores

---

4. *Der Bundesfinanzhof und seine Rechtsprechung Grundfragen - Grundlagen - Festschrift für Hugo von Wallis* (Editora, STV, Bonn, 1985, pág. 181). Do professor e ministro-presidente von Wallis, pelo IBDT e co-edição Resenha Tributária foi publicado em 1981, um livro de 190 páginas, sob o título “*Imposto de Renda*”, em português, com trabalhos do professor Ruy Barbosa Nogueira e do professor Paulo Roberto Cabral Nogueira, sendo enviados mil exemplares, gratuitamente, aos sócios do IBDT.

tributaristas da Europa e das Américas e ainda com a colaboração dos maiores tributaristas do Brasil, todos sócios do IBDT foi publicado o segundo "*Festschrift*" da literatura tributária do Brasil, com 580 páginas<sup>5</sup>

Em 1988, sob a coordenação de Agostinho Toffoli Tavoraro, Brandão Machado e Ives Gandra da Silva Martins saiu o terceiro "*Festschrift*" com grande colaboração internacional, "*Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*", em homenagem a Gilberto de Ulhôa Canto, e com também acentuada colaboração dos membros da ABDF e do IBDT, totalizando 753 páginas.

Em 1994, é lançado o quarto "*Festschrift*" pela editora Resenha Tributária, São Paulo, sob o título "*Estudos sobre o Imposto de Renda em memória de Henry Tilbery*", homenageando este que foi um dos nossos mais entusiastas participantes e co-fundador não-só da Mesa Semanal de Debates, também integrante do Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Finalmente, em 1998, foi publicado com o apoio do IBDT o quinto "*Festschrift*", sob o título "*Direito Tributário*", em homenagem ao tributarista, Brandão Machado, um dos mais dedicados fundadores do IBDT, bem como da Mesa de Debates do IBDT, sob a coordenação de Luís Eduardo Schoueri e Fernando Aurélio Zilvete, editado pela Dialética, São Paulo, com 303 páginas.

Se os "*Festschriften*" revelam o ápice da elaboração doutrinária e neles estamos contando com grande colaboração dos maiores mestres tanto do Brasil quanto do Exterior é porque podemos ver, com muita alegria, que isto também são resultados dos esforços promovidos pelo IBDT, e colegas, irmanados nos mesmos ideais de "*ensino e Justiça da tributação*", que é precisamente o emblema de esperança inscrito no escudo do IBDT, entidade complementar à USP. Tudo isto devemos à nossa amada Faculdade, com a qual partilhamos as lãureas conquistadas.

São Paulo, julho de 2002.

---

5. *Direito Tributário - Estudos em Homenagem ao Professor Rui Barbosa Nogueira*, Ed.Saraiva, S.Paulo, 1984.

## O JURISTA DO TERCEIRO MILÊNIO<sup>1</sup>

*Luiz Carlos de Azevedo*

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

Nestes primeiros tempos dos anos 2000, diante das perspectivas que o progresso vem proporcionando em inúmeros setores, de forma mais intensa no campo das ciências biológicas, da tecnologia, da comunicação; e quando se observa que em rápida sucessão vão sendo substituídas estruturas que até então pareciam sólidas e que já não mais o são; todas estas transformações, que causam impacto e perplexidade, levam a reconhecer que a tarefa do jurista, desde o legislador, até aqueles incumbidos de fazer atuar e aplicar as leis, normas e regulamentos editados para manter incólume o Estado de Direito, torna-se cada vez mais ingente, exigindo redobrado zelo e não menor apuro, para que não se perca o respeito ao ideal de Justiça e à necessidade de se preservar e conservar a paz social.

Estas preocupações, chamadas e reclamos ao resguardo dos postulados do Direito, no entanto, não datam de hoje e nem de agora, pois sempre existiram na consciência daqueles que sentiram o dever de assegurar o equilíbrio na convivência entre as pessoas que vivem em sociedade. Pode-se dizer, então, que existiram, antes e depois do primeiro milênio, no segundo e agora, como não poderia deixar de ser, também no terceiro milênio.

Antes de ingressar, assim, no século que alcançamos, vale enumerar alguns exemplos a esse respeito, que a História nos informa como paralelos precedentes a situação atual.

Veja-se o Direito Romano: quando parecia que a República encontrara o sistema definitivo de realização da Justiça, característica do período clássico, a expansão de seus domínios iria acarretar inevitáveis modificações neste quadro: estende-se a cidadania aos povos conquistados, o - *ius civile* vai sendo absorvido pelo *ius gentium* e o reflexo da helenização do mundo antigo não se esgota com a redução do solo grego à província romana; muito ao contrário, mais serve ainda para difundir a cultura e filosofia de vida do povo que ali habita, e que vai emigrar para a metrópole.

Mas é no âmbito do Direito que se denota significativa transformação: a jurisdição deixa de ter fisionomia arbitral, para ganhar foros de ofício público e o pretor não mais se limita a ouvir as partes, porque, a partir de então, revestindo-se da delegação do poder imperial, recebe, examina, instrui e decide as causas.

---

1. Aula inaugural dos cursos jurídicos do ano de 2002, proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

E assim ocorre, tanto porque os contornos da administração judiciária já são outros, quanto assim o exige o momento social: nos primeiros anos da era cristã, o filósofo Sêneca advertia contra a acentuada decomposição dos valores éticos e morais que se espalhava em todos os estamentos sociais, e mais ainda junto aos patrícios; um derrube de tal ordem, atuando sobre os cidadãos de Roma, que haviam conservado como apanágio o respeito à palavra empenhada, repercutia na degradação dos costumes, na instabilidade da família, no desprezo às qualidades inerentes à pessoa humana, no descuido e pouco caso ao ensino, à educação; e, em contrapartida, intensificavam-se os prazeres na permissividade dos hábitos, como se esta atitude pudesse encobrir a queda dos conceitos e a trinca das estruturas.

E concluía o filósofo por acrescentar devesse a Justiça ser administrada tanto com reflexão e prudência, quanto com acendrada dose de humanismo; mais do que o cumprimento das regras ditadas pela lei, deveria vir revestida destas duas qualidades, sem o que não teria como superar os continuados males que teimavam em vigor e recrudescer; não se tivesse a veleidade de afirmar que eles desapareceriam, mas que, pelo menos, não vencessem: *“non ut desinant, sed ne vincant”*

Para este intuito, nos séculos seguintes, jurisconsultos da magnitude de Salvio Juliano, Celso, Gaio e depois, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino iriam fornecer os fundamentos de um Direito que até hoje permanece em grande parte atual e operante, servindo aos povos e às nações que o receberam.

E vai por conta deste fator um segundo exemplo, igualmente marcante na História do Direito e da Humanidade: no início do segundo milênio, achava-se o Ocidente europeu fragmentado em diversos feudos, domínios e senhorios, nos quais o suserano, por deter maior extensão territorial ou campos mais produtivos, tornava-se por vezes mais poderoso do que o próprio rei. E a bruteza e ambição que estes potentados carregavam, nada mais faziam que despojar dos servos e dos mais humildes de berço ou fortuna suas parcas opções, mais restritas, ainda, em razão do castigo das guerras fraticidas ou do horror das epidemias. Sendo assim, quase ou nada lhes sobrava, senão a esperança de uma vida melhor, senão na fé que lhes garantiria a paz extraterrena.

Neste lance, os componentes da arraia-miúda mal se comunicam com os habitantes dos povoados vizinhos, seja porque a lavoura não lhes concede tempo, seja porque temem os perigos das estradas inseguras. E o isolamento chega também aos nobres, acastelados em suas cidadelas, e ao clero, reduzidos aos claustros e abadias, enquanto que, junto às muralhas, apegam-se as rudimentares lojas dos artífices e comerciantes, pretendendo haver do senhor local a esperada proteção.

Situação de tal ordem repercute no Direito que à época se aplica: o Direito Romano está assim como sotoposto às práticas costumeiras e ao Direito singular e próprio do local onde vigoram: no particularismo dos regimes jurídicos utilizados, sobressaem os privilégios da nobreza, as prerrogativas do clero, os costumes dos bons vizinhos. Pouco a pouco, porém, haverá de eclodir um dos movimentos mais significativos da História da Humanidade, o Renascimento do século XII, quando forças vivas irrompem instintiva e espontaneamente, de modo espantosamente harmônico,

provocando sensíveis modificações nos quadros sociais, culturais, econômicos e institucionais da época.

Suas raízes provêm de setores variados: no campo filosófico, opera-se a sistematização do pensamento teológico, no qual sobreleva a construção aristotélico-tomista; no cultural, vai-se buscar o retorno aos fundamentos da Antiguidade Clássica e ao Humanismo; na área econômica, desenvolve-se o comércio e o intercâmbio marítimo no Mediterrâneo, congregando artesãos e mestres de ofício nas primeiras corporações profissionais. No Direito, o reflexo destas tendências afasta a estratificação e converge para a unidade, divulgando-se pelo uso do latim os conceitos jurídicos, agora revistos nos centros de cultura e de saber, as universidades, nas quais se intensifica a elaboração e aperfeiçoamento das idéias que informam o sentido e conteúdo deste expressivo movimento intelectual. No Direito, regionalismo e peculiaridades locais cedem ao novo sistema, mais eficaz, porque homogêneo, comum, capaz de melhor atender às aspirações e necessidades emergentes, dentro de uma distinta perspectiva de vida que aparece, aqui, na autonomia, ali, na solidariedade, mais além, na consciência de que estes fatores possuem enorme e transcendental importância no meio social para o qual se dirigem.

E de todo este revolver dos novos quadros jurídicos, o Direito comum e universal ganhará tempo e lugar nos países que o adotam, constituindo a origem e marca do Direito continental, cujo regime acompanhamos.

Um último exemplo, situado agora no final do século XIX e que se espria pelo século XX: como já se afirmou alhures, embora seja próprio da civilização suportar transformações na diversidade dos impulsos que a História registra, nunca estes seriam tão expressivos quanto os que tiveram seqüência no período: descobertas científicas, alterações profundas do meio ambiente, novas opções de trabalho, entreechoque de idéias políticas, esboroamento dos antigos organismos duas conflagrações mundiais, causando uma destruição nunca antes alcançada, significam estampas que o Direito houve de enfrentar, como resposta às indagações e anseios de uma sociedade envolvida entre tantos e difíceis escolhos.

Daí a necessidade de o Direito vir se adaptando às exigências desse momento histórico, abrindo vasas à liberdade, à igualdade, à proteção legal ao mais fraco, ao fim social da lei antes que o individual, consubstanciando-se estes princípios nas relações sócio-econômicas, nas garantias do trabalho, na Previdência, no Direito de Família, quando se incluem nas legislações outros critérios com relação ao tratamento dado à mulher, aos filhos oriundos de casamento ou da união estável.

E nem ficou por aí esta surpreendente renovação de conceitos, já que se espargiu pelos demais campos do Direito uma nova visão do direito de propriedade, a afirmação da propriedade industrial, literária, artística, científica; redução do prazo para o direito ao usucapião; novas espécies de condomínio, apenas para mencionar alguns exemplos; no Direito das Obrigações, a idéia de que se deve ser respeitada a autonomia da vontade, tão a gosto do liberalismo, esta cede diante do interesse social e do bem comum; ou, ainda, no tratamento da responsabilidade civil, no sentido de que

todo dano à pessoa deve ser indenizado; da mesma forma, na dicotomia entre o dano patrimonial e o dano moral.

Não há porque se estender em tais aspectos, bastando ressaltar, isto sim, que os operadores do Direito, tanto quanto em outras oportunidades, por compreender o alcance de tais mudanças houveram de se ajustar a estes e aqueles fatores, dando-lhes vida na seqüência dos casos concretos, que enfrentaram e resolveram.

E, agora chega-se, finalmente, ao terceiro milênio, quando os imprevistos são de tal tamanho que nem toda a expressão dramática do grito da célebre tela de Munch conseguiria abarcar.

É bem verdade que não se está colhendo temor igual ao que tiveram, segundo consta, aqueles que assistiram a passagem dos anos 1000, aguardando aterrorizados que o mundo ia acabar. Ao contrário, tudo mostra que a sociedade conviverá com situações mais fáceis de superar, diante das vantagens e comodidades ofertadas pelos significativos melhoramentos alcançados no campo da ciência e da tecnologia.

Nem por isso, todavia, hão de se afastar os cuidados, iguais por certo aos daqueles que nos antecederam, para não dizer maiores ainda, diante das questões oriundas destes novos quadros sócio-econômicos, científicos e culturais; por exemplo, como responderá o Direito às conseqüências resultantes das experiências genéticas e quando se reconhece que a reprodução não se faz unicamente pelo meio natural? Mas não é só: a par da aparente ausência de dificuldades que o progresso traz, certo é que estas persistem nos mais variados aspectos da convivência social: já nos acostumamos a viver lado a lado com a violência, a qual deixou as telas da televisão e do cinema para ganhar as ruas, os locais de trabalho, o recôndito do lar. Somos agredidos, gratuitamente, e a todo o momento, tanto no físico, quanto no espírito, tanto pela ação inesperada e criminosa dos marginais, quanto pela licenciosidade e permissividade dos costumes, ambas abertas, expondo-se às claras em todos os meios de comunicação, desenfreada e mal-educadamente, como se nada mais houvesse, senão para proibir, pelo menos para determinar os mais comezinhos critérios de controle.

E enquanto um programa mínimo de resguardo dos valores éticos já não mais existe, quando tudo parece liberado, ao contrário, vemo-nos praticamente forçados a acompanhar aquilo que os condicionamentos impostos pela mídia exibem, seja uma, dez ou centena de vezes, como fez exemplo aquela pobre ave cambaleante, encharcada nas vascas do petróleo, símbolo do pretexto à guerra do Golfo.

Assusta mais ainda, a insensibilidade com que aqueles que participam do mundo consumista, produto do capitalismo, assistem ao “escândalo da pobreza” como nos alerta o polêmico cronista latino-americano Mario Benedetti: *“estamos tão adiantados que a memória eletrônica pode nos informar quantas e tantas crianças estão a morrer de fome pelo mundo afora; mas estamos também tão atrasados que não conseguimos evitar esta catástrofe; a imagem do menino esquelético, semi-morto, surge por segundos no vídeo e desaparece a seguir, para dar lugar a outra notícia, mais atraente ou menos incômoda que a anterior”*

Esta a realidade do mundo que o jurista de hoje recebe e diante da qual não há de ficar estático, mas simplesmente deve agir e se esforçar, empenhar-se, enfim, mais do que nunca, para que não ocorra aquilo que Sêneca alertava a tantos anos já passados: é preciso que os males não vençam, ainda que não tenhamos condições de debelá-los por completo.

De que qualidades haverá de se revestir, então, esse jurista, seja o professor de Direito, o doutrinador, o jurisprudente, o legislador, o magistrado, o promotor público, o advogado, todos aqueles, enfim, que operam e agem junto ao Direito?

Sem ter a ousadia de encontrar a solução ideal para tamanha ordem de problemas, certo é que alguns caminhos podem ser determinados, como diretriz no empreendimento; e é significativo observar que, sob a visão geral no qual se colocam, acabam por retomar, em grande parte, o mesmo traçado já escolhido em outras épocas e em outras situações então ocorrentes.

Em primeiro lugar, há o jurista deste século de possuir a necessária competência, a qual se bifurca sob dois traços: competência técnica, que lhe proporcionará clara e escorreita redação e exposição de pensamento, compreensível a quem dela se utilizar e interpretar, útil a quem nela se amparar. Mas não basta o simples conhecimento do Direito em si e por si; é preciso que a lei, desde a elaboração, até a aplicação, venha carregada nas tintas da cautela, venha provida daquela prudência a que Aristóteles um dia se referiu, ou seja, do cuidado de verificar se nela sobra a intenção de a todos beneficiar, e não-só a um; e é preciso que o jurista se revista daquela aptidão racional, real e prática, capaz de lhe permitir distinguir o que é conveniente, agora, como o era antes; e o que era conveniente, até agora, mas que já não mais o é.

E aqui acompanha a segunda qualidade, a idoneidade nos propósitos, a probidade e a discricção de conduta. Por mais que se respeite e se enalteça a liberdade, esta não se afina e nem se ajusta com o agir libertário; a liberdade deixa de existir, quando não existe a garantia da Ética, da Moral, dos princípios que nos orientam e que vêm centrados no bom senso, na razão e na lei natural; e que nos permitem manter a convivência em sociedade.

Finalmente, a independência; se é possível que, por muitas vezes, apresente-se conveniente transigir, para que melhor ou mais rapidamente se atinja o resultado, não há como condescender, quando deste ato possa resultar o abalo dos direitos que a dignidade e o respeito humano reconhecem como indisponíveis.

Na verdade, antes mesmo que a proteção da lei positiva, este posicionamento vem acolhido pela consciência ética da pessoa humana, capaz de repelir qualquer interferência que venha alterar a linha do dever, ou o sentido do Direito. Na verdade, a liberdade há de vir definida pela consciência da responsabilidade assumida pelo jurista, pelo fator do Direito.

No ambiente conturbado em que se vive, em que a escala axiológica dos valores sobre o impacto do imediatismo, da deterioração dos hábitos, da busca acirrada ao bem-estar, ainda que isto se obtenha a qualquer preço, cada vez mais presente se

oferece aquela frase de Del Vecchio, a respeito do ideal ético na vida em sociedade: *“a qualidade da pessoa se delinea como exigência primária e absoluta da consciência, afirmando-se por si e pretendendo, dos outros, o respeito, assim como se impõe o dever de aos outros respeitar”*

Impossível se arredar de tais princípios; por eles impelido e amparado, saberá o jurista deste século encontrar também o seu ideal ético, para harmonizá-lo com as freqüentes e cada vez mais sensíveis transformações da sociedade, trazendo sempre revivificada a força do Direito, tão necessário, quanto útil, tão verdadeiro, quanto eficaz.

Inbuídos destes propósitos, temos a certeza, prezados acadêmicos, de que vocês saberão transpor estas dificuldades para alcançar, em sua plenitude, a nobre e gratificante missão que cabe ao jurista do nosso tempo, ao jurista do terceiro milênio.

São Paulo, março de 2002.



# NORMAS INTERNACIONAIS APLICÁVEIS À NEUROCIRURGIA<sup>1</sup>

*Georgette Nacarato Nazo*

Professora Doutora do Departamento de Direito  
Internacional da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

## I. Introdução ao estudo.

Antes de abordar o tema específico desta participação na XVII Reunião da FeSBE, examinei, numa retrospectiva histórica, a Medicina como profissão, encontrando suas raízes nos procedimentos de feiticeiros, curandeiros, xamãs e sacerdotes até esbarrar nos princípios do pai da Medicina, especialmente naquele que reputo mais relevante: “*Primum non nocere*”, ou seja: “Primeiramente não-prejudique” dizia Hipócrates.

Ora, semelhante princípio, ao lado de outros tantos, permanece atual. Todavia, de Hipócrates até nossos dias, a Medicina adquiriu caráter científico, assimilando tecnologias novas que vêm trazendo um leque imenso de questionamentos, que gerou novas reflexões a respeito, por exemplo, de manipulação genética, reprodução assistida, transplantes, neurocirurgia, pesquisa clínica terapêutica.

Destarte, para o modelo hipocrático, de cunho paternalista, o paciente, o enfermo era alguém sem capacidade de decisão e o objetivo da Medicina era cuidar da enfermidade, do sofrimento do doente, sem qualquer consideração entre a pessoa do paciente e sua enfermidade. Sobre o doente, o médico exercia a sua arte de curar.

Esta posição milenar da Medicina foi sofrendo os embates tecnológicos e científicos, com necessária ruptura, através dos tempos, do modelo hipocrático puro para uma atitude mais interpessoal na relação médico-paciente, sendo este último, um sujeito autônomo, cuja moléstia e alternativas de tratamento devem ser esclarecidas pelo profissional da Medicina, cabendo ao doente tomar as decisões sobre os meios e modos de enfrentar o mal de que padece.

É inegável que na relação médico-paciente este último fica em desvantagem no aguardo esperançoso do empenho com que o profissional lhe dará atendimento dentro de uma boa ética e melhor Direito. O binômio enfermo-enfermidade, com a evolução da ciência e da técnica leva em consideração a enfermidade individual e a coletividade que possa ser atingida.

Assim, no exercício profissional da Medicina, a preocupação é de prevenir e resguardar moléstias, introduzindo tratamentos adequados ao enfermo não descurando

---

1. Palestra proferida na XVII Reunião Anual da FeSBE no Simpósio do dia 29 de agosto de 2002, no Centro de Convenções do Pestana Bahia Hotel, Sala Vinicius de Moraes, Bahia.

da pesquisa científica mais consentânea ao atendimento da pessoa, evitando danos e sofrimentos desnecessários.

Se determinados cuidados e cautelas são indispensáveis ao trato de qualquer problema corriqueiro de saúde humana, que se dizer, então, nos casos em que o paciente apresenta insanidade mental?

Os princípios gerais de respeito à dignidade humana, que envolvem o conhecimento das necessidades do portador de enfermidade mental e a possível compreensão de sua parte, das técnicas e medicamentos que lhe serão ministrados, devem ser a preocupação permanente do profissional médico e que não pode prescindir da colaboração de outras áreas especiais que prestam serviços de saúde. E, no outro pólo do relacionamento interpessoal e intersubjetivo, o portador de insanidade mental que carece do atendimento, mas deve estar apto a aceitar e compreender o grau da enfermidade, manifestando expressamente sua vontade (por si, ou por representante legal) de se submeter às técnicas, procedimentos e medicações exigíveis.

Com estas colocações preliminares, acredito ser possível, neste passo, alinhar o embasamento normativo internacional contemporâneo que vem orientando a legislação interna dos países, ou mesmo de blocos regionais que buscam uniformizar princípios éticos e regras voltadas à saúde humana e a importância que se deve dar ao elemento volitivo de qualquer paciente, onerado ou restringido por enfermidades, particularmente aquelas que mais diretamente lhe atingem a mente.

## II. Instrumentos internacionais e o respeito à dignidade humana.

Limite-me, aqui, a repassar alguns instrumentos internacionais, notadamente a partir de meados do século XX. É incontroverso que, à época da Segunda Guerra Mundial, atrocidades inomináveis ocorreram envolvendo o ser humano como verdadeira cobaia. À guisa de se promoverem determinados experimentos e (*sic*) aprimoramento da raça ariana, a Humanidade presenciou uma série de fraudes, mentiras, restrições, riscos e inconvenientes à saúde e à sua própria liberdade de opinar a respeito. Alie-se a isto: genocídio e torturas incontáveis.

Substituída a Liga das Nações, que se criara ao término da I Grande Guerra, com a formalização do Tratado de Versalhes, em 28 de junho de 1919, mas que não conseguiu evitar a Segunda Guerra Mundial, pela Organização das Nações Unidas, sua *Carta Fundacional*,<sup>2</sup> assinada em 26 de junho de 1945, veio “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, da dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres” e “preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade” (Preâmbulo da Carta da ONU).

No intuito de apurar os horrores praticados nessa guerra nefasta, o *Código de Nuremberg, de 1947*, veio impor princípios e regras que visavam balizar o

2. Aprovada pelo Decreto-Lei n. 7.935, de 04/09/1945 e promulgada pelo Decreto n. 19.841 de 22/10/1945 (D.O. de 05/11/1945 p. 575 e seg.).

experimento humano, introduzindo como essencial o consentimento voluntário daquele que viesse a dele participar, cabendo integral responsabilidade ao pesquisador em esclarecer ao interessado, os objetivos e conseqüências de qualquer procedimento (art. 1º). A despeito de tratar-se de regras para um Tribunal Militar Internacional de exceção, existindo como já existia a Corte Permanente de Justiça da Haia, desde o Pacto da Sociedade das Nações (hoje, Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia) evidenciou-se a indispensável manifestação expressa do participante, na esteira do respeito à dignidade humana.

A ilustrar a preocupação em proteger os direitos essenciais do homem, permitindo-lhe progredir espiritual e materialmente, alcançando suas justas aspirações, o ideário da Carta das Nações Unidas trouxe em seu bojo a necessidade de se criarem mecanismos internacionais para o progresso econômico e social de todos os povos, concitando a manutenção da paz e segurança internacionais, de sorte que as gerações futuras ficassem preservadas dos flagelos da guerra.

Como corolário de tais propostas, a IX Conferência Internacional Americana aprovou em abril de 1948, em Bogotá, pela Resolução XXX, a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, reconhecendo, em um de seus considerandos que: “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana” Nessa mesma Conferência foi assinada a *Carta da Organização dos Estados Americanos*, posteriormente emendada pelos Protocolos de Buenos Aires (1967) e de Cartagena das Índias (1985).<sup>3</sup>

A esta declaração de âmbito regional, segue-se no mesmo ano de 1948, em dezembro, a da Assembléia Geral da ONU, que proclama a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*,<sup>4</sup> reconhecendo no seu Preâmbulo, que a “dignidade (é) inerente a todos os membros da família humana e ... seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo...” com o compromisso dos Estados-membros de cooperarem com a ONU no respeito universal desses direitos e liberdades fundamentais do homem. Dessa Declaração constam direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais reafirmados posteriormente em Pactos Internacionais na década de 60.

Qualquer leitor, ainda que sem embasamento jurídico, poderá concluir que os textos até aqui examinados colocam a Humanidade, a espécie humana, ainda que de modo difuso, como titular de direitos a merecerem proteção e tutela legal, em nível transnacional.

---

3. A Carta da OEA foi assinada em 30/04/1948, no decurso da IX Conferência Interamericana (Bogotá), quando se proclamou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, pela Resolução XXX. A Carta foi emendada pelo Protocolo de Buenos Aires de 1967, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 02 de 29/01/1968; foi novamente emendada pelo Protocolo de Cartagena das Índias, em 05/12/1985 e a Reforma da Carta entrou em vigor em 16/11/1988.

4. Declaração adotada pela Assembléia Geral da ONU em 10/12/1948 (Resolução 217 – AIII).

Com efeito, se prosseguirmos no exame de outros tantos atos internacionais, que se seguiram aos já mencionados, poderemos compreender a evolução do Direito Internacional tradicional, voltado para as relações e interesses entre Estados, ou proteção do cidadão em face do seu Estado, para um Direito Internacional moderno, que, transitando pelos direitos fundamentais da espécie humana, vem cada vez mais tornando tênues as distinções entre o que seja tutela doméstica de direitos e o que seja proteção internacional ou supranacional desses mesmos direitos.

No pós-guerra, a *Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio*,<sup>5</sup> foi firmada em 11 de dezembro de 1948, na III Assembléia Geral da ONU, em Paris, concitando os Estados à cooperação internacional, para libertar a Humanidade de flagelo tão odioso. No ano seguinte, as *Convenções de Genebra*<sup>6</sup> focam os crimes contra a Humanidade, relembrados no Tribunal de Nüremberg e a necessária proteção internacional da espécie humana, proteção esta que, na atualidade, neste início de século XXI, terá um *Tribunal Penal Internacional*,<sup>7</sup> independente, permanente, supranacional, com sede em Haia e que iniciará suas atividades em 2003, resultado da Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, reunida em junho/julho de 1998, em Roma. Busca-se uma punição exemplar aos infratores, prevenindo-se novos crimes que ameacem a paz, o bem-estar e a segurança de homens, mulheres e criança, independentemente dos lindes territoriais-geográficos dos envolvidos.

Como ressaltei anteriormente, os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais foram reafirmados de modo mais explícito em dois *Pactos Internacionais da ONU*, em 1966, confirmando o ideário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, instrumentos estes que o Brasil somente internou em 1992, apesar de já vigorarem internacionalmente desde 1976.<sup>8</sup> Todavia, no continente americano, já vigorava a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*,<sup>9</sup> desde 1978, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, a que o Brasil só veio a aderir em 1992. Nela ficou explícito, entre outros, proibição de escravidão, servidão e torturas, de penas cruéis, desumanas ou degradantes, pois todo ser humano deve ser tratado com respeito devido à dignidade que lhe é inerente. Tal Convenção foi complementada por um *Protocolo Adicional de San*

5. Promulgada pelo Decreto n. 30.822, de 06/05/1954 (D.O. do dia 09 do mesmo mês e ano).

6. O Brasil participa de todas as Convenções votadas na ONU. Diga-se de passagem, que essas todas visam à Segurança Coletiva no combate ao uso de material tóxico e meios bacteriológicos de guerra, bem como o emprego de armas nucleares, “*inter alia*”

7. Já ratificado pelo Brasil, que teve uma comissão de especialistas pátrios no acompanhamento de sua formação.

8. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: adotado na ONU em 16/12/1966. Em vigor desde 03/01/1976. Promulgado pelo Decreto n. 591 de 06/07/1992. Pacto Internacional sobre direitos Civis e Políticos: adotado na ONU em 16/12/1966. Vigorando internacionalmente desde 23/03/1976. Promulgado pelo Decreto n. 592 de 06/12/1992.

9. Decreto de promulgação n. 678, de 06/11/1992.

Salvador, em 1988,<sup>10</sup> que introduziu no sistema das Américas, direitos econômicos, sociais e culturais mais abrangentes, condenando-se qualquer tipo de discriminação; contemplou, mais precisamente, o direito das crianças, do deficiente e do idoso, todos tendo o direito a viver num meio ambiente sadio. Além do mais, serviu de inspiração ao legislador constituinte brasileiro na elaboração da Carta Magna, de 1988, em vários tópicos.

A este propósito, não seria despendendo recordar que todos os instrumentos direcionados à preservação, conservação e gerenciamento ambiental vêm em abono dos direitos da atual e futuras gerações, bem como a proclamação que se tem da proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, firmada em 1972, em Paris. Seguiram-se inúmeros outros que constituem objeto de estudo do Direito Ambiental e Internacional do Meio Ambiente com seus variados ecossistemas.

### III. Saúde: deficiências e sua proteção.

Seria importante, para os objetivos deste simpósio, relembrar o que a Medicina trouxe de relevante na compreensão e respeito aos direitos do homem, tendo presente o *Código Internacional de Ética Médica*, aceito em Londres, em 1949, que proclama: “Qualquer ato ou notícia que possa enfraquecer a resistência do ser humano, só pode ser usado em seu benefício”

Deste enunciado, as Recomendações colocadas pela Associação Médica Mundial, a partir de 1964 – as chamadas *Declarações de Helsinki I a V* – tiveram o condão de estabelecer princípios básicos que distinguem a pesquisa clínica puramente científica daquela com fins terapêuticos, na qual se pode atualmente inserir a neurocirurgia. Tanto na Helsinki I (Finlândia, 1964), quanto nas demais (em Tóquio, Japão, 1975; em Veneza, Itália, 1983; Hong Kong, 1989 e África do Sul, 1996) houve um aprimoramento dessa distinção, recomendando ao profissional que se dedique à pesquisa biomédica de diagnóstico e terapêutica, um conhecimento e compreensão da etiologia e da patologia da doença, dos riscos que o método possa acarretar ao enfermo, visando sempre ao objetivo de salvar a vida, aliviar o sofrimento e restabelecer a saúde.

Para atingir este desiderato, o profissional médico e a equipe de outros profissionais especialistas em áreas afins que integram o grupo terapêutico devem informar claramente o interessado, deste obtendo o consentimento expresso, preferentemente por escrito, atendidos os requisitos legais do país onde se fará o tratamento. Por via de consequência, sempre no cumprimento de obrigações legislativas, ocorrendo qualquer incapacitação do interessado, caberá a seu legal representante, consentir no tratamento, providência esta extensiva a pacientes menores de idade.

As Recomendações aqui trazidas pela Associação Médica Mundial encontram melhor impositação no âmbito da ONU. A Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, aos 17 de dezembro de 1991, adotou os “*Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para Melhorar da Assistência da Saúde*

---

10. Decreto Legislativo n. 56, de 19/04/1995.

*Mental*”, princípios estes básicos à implantação da reforma psiquiátrica, que desaguarão na Resolução n. 1.407/94 do Conselho Federal de Medicina no Brasil e na Lei n. 10.216, de 06/04/2001, que serão melhor explicadas pela doutora Maria Elvira Borges Calazans, minha competente orientanda no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Esta Assembléia Geral da ONU soube bem recolher os conceitos modernos compatíveis à própria evolução do Direito Internacional, inserido que ficou de toda temática dos Direitos Humanos com o respeito à dignidade das pessoas em viverem com liberdade num ambiente saudável. Eis porque o campo de aplicação é exordialmente assentado em não-discriminações de qualquer tipo ou natureza. Ressalte-se, aqui, a relevância que se dá, no elenco das discriminações, ao fator *religião* que vem, nestas últimas décadas, empecendo a efetiva consecução de direitos fundamentais, sejam eles individuais, quanto de grupos ou pequenas coletividades avessas à aceitação de novas técnicas e avanços científicos. Não são poucos os casos na Jurisprudência brasileira, bem como de outros países, que obrigam os julgadores a enfrentar situações embaraçosas, diante do apego intransigente a dogmas religiosos por uma das partes em litígio, dificultando qualquer providência, mesmo que permitida pelo sistema jurídico em questão.

Ainda nesta parte inaugural dos “Princípios da ONU”, há dois tópicos ilustrativos: um dedicado a “Definições” e outro relativo a “Limitações” Assim:

*“Definições” - em número de oito, sem qualquer dificuldade, o leitor atento poderá compreendê-las, partindo do que é dar assistência à saúde mental, quem pode e onde deve fazê-lo. Logo, no atendimento à saúde mental, que “inclui análise e diagnóstico do estado psíquico de uma pessoa e tratamento, cuidado e reabilitação de um transtorno mental ou suspeita de um problema de saúde mental” uma equipe multidisciplinar, treinada e qualificada, com habilidades específicas (médico, psicólogo clínico, enfermeiro, assistente social), em estabelecimento cuja função principal ofereça assistência à saúde mental é que poderá realizar a tarefa para o usuário.*

*“Limitações” - são aquelas prescritas em lei, como “proteção à própria saúde, à segurança do interessado, visando à boa ordem, à saúde pública, à moral ou aos direitos e liberdades fundamentais de outros”.*

Do teor destas Preliminares, os “25 Princípios da ONU”<sup>11</sup> aqui trazidos, à guisa de ilustração, reafirmam a preocupação com a dignidade inerente à pessoa

---

11. Princípios da ONU: 1. Liberdades Fundamentais e Direitos Básicos; 2. Proteção de Menores; 3. Vida em comunidade; 4. Determinação de um transtorno mental; 5. Exame médico; 6. Confidenciabilidade; 7. Papel da Comunidade e da Cultura; 8. Padrão de Assistência; 9. Tratamento; 10. Medicação; 11. Consentimento para tratamento; 12. Informação sobre Direitos; 13. Direitos e Condições de vida em Estabelecimento de Saúde Mental; 14. Recursos Disponíveis nos estabelecimentos; 15. Princípios para Admissão; 16. Admissão Involuntária; 17. Corpo de Revisão; 18. Salvaguardas Processuais (devido

humana que, portadora que seja de qualquer transtorno mental, deverá encontrar atendimento adequado, sem discriminações, respeitando-se em qualquer circunstância normas internacionais contempladas em Declarações, Pactos e Convenções Internacionais a que já fiz referência, além de tudo o que vem minuciosamente estabelecido pela Organização de cunho universalista: as Nações Unidas.

#### IV. Novos enfoques.

Ao início desta exposição, falei que o modelo hipocrático era paternalista, não competindo ao enfermo qualquer poder de decisão. Com o aperfeiçoamento das técnicas, a evolução da ciência médica gerou práticas avançadas; de outra parte, a revolução de determinados conceitos em diversas áreas do saber, a mais estreita aproximação dos povos, num mundo que parece tender a ficar cada vez menor, com os recursos da informática e a valorização do ser humano em fóros transnacionais, tudo isto contribuiu para o aperfeiçoamento de normas, princípios e de diretrizes na regulação da ética médica, na relação mais saudável entre médico e paciente.

Se o ordenamento jurídico transnacional tem sido benfazejo, nem sempre os direitos internos dos países acompanham a evolução científica, e a prática médica é ineficiente, especialmente na prestação de serviços públicos à saúde. Num país como o nosso, temos nichos de excelência nas áreas acadêmico-universitárias e o descaso na rotina dos hospitais e centros de saúde para atendimento à classe menos favorecida. É aí que reside a dificuldade maior, pois os profissionais desses hospitais e centros de saúde acham-se imbuídos da desnecessidade de esclarecer o enfermo.

Restaria, ainda, uma referência às mais recentes providências, em sede transnacional, direcionadas aos portadores de distúrbios mentais ou deficiências genéticas a merecerem proteção condizente à dignidade humana, incisivamente avocada em atos internacionais que servem de suporte e inspiração aos ordenamentos jurídicos nacionais.

Em Genebra, em 1993, o "Council for International Organizations of Medical Sciences" (CIOMS),<sup>12</sup> em colaboração com a Organização Mundial da Saúde (OMS) – agência especializada das Nações Unidas, baixaram "*Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa envolvendo Seres Humanos*" Dentre as quinze Diretrizes, a de n. 6 diz respeito à pesquisa envolvendo pessoas com distúrbios mentais ou comportamentais, esclarecendo entre outras, que:

---

processo legal); 19. Acesso à Informação (por um ex-usuário com relação ao seu prontuário); 20. Infratores da lei (cumprindo sentenças condenatórias, ou em fase de investigação ou processos contra ela); 21. Queixas; 22. Monitoramento e Mecanismos de Intervenção; 23. Implementação: medidas legislativas, jurídicas, administrativas, educacionais, com periódicas revisões; 24. Alcance dos Princípios relacionados aos estabelecimentos de Saúde Mental (aplicam-se a todos admitidos nos mesmos); 25. Proteção de Direitos Existentes: não se fará qualquer restrição ou diminuição de direitos, inclusive daqueles já reconhecidos internacionalmente, ou nacionalmente, sob alegação de não serem conhecidos total ou parcialmente – Nota da autora: fiz algumas observações "a latere".

12. O "Council" funciona como um guia ético internacional para as pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos.

*Diretriz 6: “as intervenções que possivelmente propiciem benefícios terapêuticos devem ser, no mínimo, tão vantajosas ao indivíduo pesquisado, quanto qualquer outra alternativa”*

Pouco tempo depois, em 1997, o Comitê Internacional de Bioética (IBC) da UNESCO (Agência das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) na 29ª Conferência Geral de 21 de outubro a 12 de novembro daquele ano, proclamou em 25 artigos, a *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem*, quando se reafirmou a obrigatoriedade do “*consentimento prévio, livre e informado da pessoa envolvida em pesquisas, tratamento ou diagnóstico que afeta o genoma de um indivíduo*” (art. 5º). Se, num sentido simbólico (sic), o genoma humano é a herança da humanidade (art. 1º), recomenda-se solidariedade e cooperação entre os Estados com relação a pessoas, ou grupos populacionais vulneráveis a doenças ou deficiências de caráter genético.

Recomenda-se mais, no art. 17, que os Estados “*devem fomentar pesquisas “inter alia” sobre a identificação, prevenção e tratamento de doenças de fundo genético ou de influência genética, em particular as doenças raras e as endêmicas que afetam grande parte da população mundial*”. Devem, ainda, os Estados, nos termos desta Declaração, “*continuar fomentando a disseminação internacional do conhecimento científico relativo ao genoma humano (art. 18), a diversidade humana e as pesquisas genéticas*” Nesse tópico também caberá aos Estados “*fomentar a cooperação científica e cultural, especialmente entre os países industrializados e os países em desenvolvimento*”

Paralelamente à tomada de posição da UNESCO, semelhante a outras Declarações anteriormente mencionadas e que funcionam como Recomendações à Comunidade Internacional, por serem “*soft law*” o Conselho da Europa, órgão da União Européia, promoveu um encontro internacional, onde se votou, aos 4 de julho de 1997, a *Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina - a chamada Convenção de Oviedo* – cujo conteúdo veio demonstrar que o desenvolvimento da biomedicina deve efetuar-se a serviço do homem, não da ciência.

Nela se consagram e se protegem os valores universais dos europeus, levando em consideração aspectos éticos, sociais e jurídicos, bem como as incidências da biomedicina e da biotecnologia humana para a integridade da pessoa humana. Trata-se de uma convenção-quadro, que ao apresentar em sede internacional uma revolução de conceitos e colocações de modo global, servirá de inspiração à reformulação dos direitos daqueles países que a ela aderirem, acompanhando e afinando-se às modernas conquistas científicas, sem preconceitos de qualquer natureza.

Na esteira dessa visão moderna da ciência médica e buscando aproximar-se de modo mais eficiente às tecnologias deste limiar do século XXI, outra *Declaração Ibero-Latino-Americana sobre Ética e Genética* merece ser aqui aduzida. Trata-se da Declaração de Mazanillo, de 1996, revista em Buenos Aires, em 1998, fruto dos Encontros sobre Bioética e Genética que se consubstanciaram numa proposta de diálogo aberto e permanente sobre tais temas e as suas conseqüências para o ser humano,



estabelecendo-se uma Rede Ibero-americana sobre Bioética, Direito e Genética, para troca de informações entre especialistas.

Tal Declaração destaca a importância da Declaração Universal da UNESCO sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos e a Convenção de Oviedo sobre Direitos Humanos e Biomedicina do Conselho da Europa. Destaca também, ser o “*genoma humano parte do patrimônio comum da humanidade*” o que é uma realidade e não expressão meramente simbólica. Estabelece os princípios éticos que devem guiar as ações de genética médica, entre eles a prevenção, o tratamento e a reabilitação das enfermidades genéticas, respeitando a autonomia da decisão dos indivíduos, sempre no cumprimento das leis de cada País, preservando-se a privacidade das pessoas envolvidas.

Finalmente, as repercussões no Brasil, notadamente no seu ordenamento jurídico, do pensamento e das propostas que motivaram reuniões internacionais nas quais se votaram as providências éticas e o respeito à espécie humana, encontram dois tipos de colocação que deixo aqui esclarecidos:

*1. O Brasil é membro da ONU e da OEA (Organização dos Estados Americanos), participando das Conferências nas quais são votados tratados, convenções, pactos multilaterais etc. Em os ratificando, são integrados ao Direito interno, somente após sua promulgação pelo Executivo. No entanto, em muitas oportunidades, estes atos internacionais por terem um número suficiente de assinaturas de adesão, passam a vigorar internacionalmente, gerando obrigações e responsabilidades à comunidade internacional. No interregno entre tal situação e a promulgação pelo Executivo nacional, subsistem as responsabilidades internacionais, embora não estejam integradas ao sistema legislativo nacional. Com a promulgação, torna-se lei interna, portanto, cogente; é uma “hard law”*

*2. Quanto às Diretrizes, Declarações, Resoluções, Recomendações aceitas em fóruns internacionais de que o País haja participado, ainda que em Comissões, Comitês etc. o resultado dessas normas fica mais na esfera moral e ética, sendo consideradas “soft law” Não são cogentes, mas sua inobservância ou desconsideração, colocam o País em situação embaraçosa perante a comunidade internacional. Dito comportamento demonstra descaso no cumprimento de normas mínimas de respeito à ética e “in casu” aos próprios direitos humanos, colocando qualquer País, nestas hipóteses, merecedor de críticas e censuras, o que desgasta sua própria imagem no cenário das nações.*

## V. Conclusão.

Fazendo esta breve incursão sobre instrumentos transnacionais que promoveram uma valorização dos Direitos Humanos, tive por objetivo demonstrar

que as ciências médicas tiveram notável evolução e que a prática profissional não pode afastar-se dos princípios éticos, buscando no ordenamento jurídico o disciplinamento adequado à sua atividade, encarando o paciente como aquele que necessita os cuidados e o tratamento mais consentâneo e minimamente invasivo. Por via de consequência, razões econômico-sociais não podem obstar o dever e o empenho de bem atender à saúde de seus semelhantes.

Recentemente, foi divulgada por entidades americanas e européias, a *Carta dos Médicos*. Participaram de sua elaboração a Federação Européia de Medicina Interna, o Colégio Americano de Médicos, a Sociedade Americana de Medicina Interna e o Conselho Americano de Medicina Interna (notícia divulgada no Caderno “A” da *Folha de S. Paulo*, domingo, 10/02/2002). Nela são reafirmados os princípios éticos que devem orientar a atividade profissional, reconhecendo a autonomia do enfermo em ser bem esclarecido sobre a sua moléstia e as alternativas de tratamento que lhe possam ser ministradas. Embora de cunho moral, a Carta vem demonstrar a preocupação dessa comunidade científica em que se estabeleçam novos paradigmas no trato das moléstias, com o aval e “*referendum*” do paciente, respeitando sempre a dignidade deste último.

São Paulo, agosto de 2002.

## CENTENÁRIO DO BACHARELADO DE MARIA AUGUSTA SARAIVA.

*Marcelo de Alcântara<sup>1</sup>*

Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo

*“(...) Ora, a mais inelutável de todas as influências que atuam sobre a formação da natureza humana, em todos os seus elementos, é a mulher. Mãe, amante, esposa, filha, mestra, ela é a explicação do indivíduo e da sociedade. (...) todos os extremos, todos os sacrifícios, todas as honras do Estado são poucas para a educação feminina, e a proclamação da igualdade dos dois sexos perante o ensino impõe-se como a legenda suprema de nossa propaganda. (...) a educação da mulher contém em si a educação do povo, como a terra mãe contém no seio o mundo infinito da vegetação, que a cobre, desde a rasteira gramínea dos prados até às selvas desafiadoras da tormenta. (...) A mulher envolve e domina a esfera humana, como a safira diáfana do firmamento envolve e domina a esfera terrestre.”<sup>2</sup>*

(Rui Barbosa)

Ivette Senise Ferreira e Ellen Gracie Northfleet. Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e Supremo Tribunal Federal. Tradição, continuidade, perpetuação, perenidade e também inovação, rompimento, mudança, inconformismo. Da união dessas palavras extrai-se um único sentido, representado por inúmeros vocábulos: pioneirismo, prenúnciação, vanguardismo, ou melhor, Maria Augusta Saraiva.

O Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup>, pela primeira vez em sua história, desde 1828, quando foi criado, possui uma mulher, Ellen Gracie Northfleet, nomeada no ano

---

1. Esta singela contribuição às memórias acadêmicas somente foi possível graças ao empenho do Serviço Técnico de Imprensa - Seção de Arquivo e Museu - da Faculdade de Direito da USP, especialmente Waldir William Merisci e Antonio Augusto Machado de Campos Neto.

2. *O Desenho e a Arte Industrial* – Discurso Pronunciado no Sarau Artístico-Literário que a diretoria e professores do Liceu de Artes e Ofícios dedicaram ao Exmo. Sr. Conselheiro Rodolfo Epifânio de Souza Dantas em 23 de novembro de 1882, in *Obras Completas de Rui Barbosa*, v. 9, t. 2, Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Saúde, 1948, p. 263-4.

3. No período imperial, era denominado Supremo Tribunal de Justiça. Cf. *Breve Histórico*, disponível [on line] in <http://www.stf.gov.br/institucional/ministros/Breve.asp> [01-05-2002].

de 2000. Na ordem de antigüidade, ela é a 153<sup>a</sup>, a primeira mulher entre os 152 ministros<sup>4</sup> que já passaram pelo Supremo Tribunal Federal (período Republicano).

Já a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, de 1827, com José Arouche de Toledo Rendon, a 1998, com Álvaro Villaça Azevedo, foi dirigida por 36 homens.<sup>5</sup> A professora titular Ivette Senise Ferreira foi eleita em 1998, tornando-se a primeira mulher a dirigir a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, escola criada em 11 de agosto de 1827 e onde se graduaram<sup>6</sup> 53 dos 153 ministros que já integraram o Supremo Tribunal Federal.

Qual a relação entre Maria Augusta Saraiva, a primeira bacharela paulista, que colou grau na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco em 3 de maio de 1902, qual a relação existente entre ela e a hodierna transformação social?

As mulheres que hoje rompem preconceitos, destacando-se em posições sempre antes ocupadas por homens, quer nos tribunais, quer nas universidades, quer na política, quer nas empresas, nas fábricas, nos escritórios, são as mesmas que, lado a lado com os concorrentes de hoje, ocupavam os bancos universitários há algumas décadas, enfrentando semelhantes obstáculos - embora passassem despercebidos -, em um momento de formação profissional, social e cultural.

Aquelas poucas acadêmicas não se sentiam discriminadas, porque viviam de acordo com os valores predominantes na época. Isso foi o que concluiu Cleide Maria Bocardo Cerdeira,<sup>7</sup> em recente tese de doutorado defendida na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Afirma a pesquisadora<sup>8</sup> que “*essas mulheres estavam imersas nos valores vigentes*” e que “*provavelmente desenvolveram uma atitude ambígua perante a questão da discriminação*”. A pesquisa baseou-se nas entrevistas de inúmeras professoras da USP, o que levou a estudiosa<sup>9</sup> a considerar que “*como o conceito de discriminação é mais recente, nas entrevistadas, o que aparece é*

---

4. Ordem de Antigüidade disponível [on line] in <http://www.stf.gov.br/institucional/ministros> [01-05-2002]. Na verdade, passaram pelo STF, antes de Ellen Gracie Northfleet, 151 ministros diferentes, pois José Francisco Rezek foi nomeado duas vezes para o cargo de Ministro do STF. Tomou posse pela primeira vez em 24 de março de 1983. Renunciou ao cargo em 14 de março de 1990, sendo nomeado, no dia seguinte, Ministro de Estado das Relações Exteriores. Auxiliou o Presidente da República até 13 de abril de 1992, e no dia 4 de maio de 1992 foi nomeado novamente para o cargo de Ministro do STF, tomando posse no dia 21 do mesmo mês. (Cf. biografia, disponível [on line] in [http://www.stf.gov.br/institucional/ministros/república.asp?cod\\_min=139](http://www.stf.gov.br/institucional/ministros/república.asp?cod_min=139) [06-05-2002].)

5. Cf. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*, v. 92, 1997, pp. 495-530.

6. O número corresponde a mais de um terço (34,6%) dos ministros que passaram pelo STF no período Republicano.

7. Cf. *O ensino superior e a mulher – Aspectos da presença feminina na Universidade de São Paulo nas décadas de 1930 a 1950*, Tese (Doutorado), Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, São Paulo, 2001, pp. 1-144.

8. Cf. *O ensino superior* cit. (nota 6 supra), p. 141.

9. Cf. *O ensino superior* cit. (nota 6 supra), p. 141.

um esforço quase que de negação desse tipo de obstáculo” e que “elas são pioneiras ‘malgré elles mêmes’”

Dentro da nossa Universidade é possível verificar a evolução da presença das mulheres ao longo dos anos, principalmente na Faculdade de Direito, na de Medicina e na Escola Politécnica. Nesta, criada em 1894, apenas 1,3% dos formandos, até a década de 50, eram mulheres. Os homens correspondiam a 98,7%.<sup>10</sup>

A Faculdade de Medicina, criada em 1912 e regulamentada em 1913, teve na sua primeira turma, em 1918, 26 homens e apenas duas mulheres. Até 1969, o número de homens formados era de 3.281 (91,26%), enquanto o de mulheres era de 314 (8,74%)<sup>11</sup>

Nesta Academia de Direito, 99,1% dos bacharéis formados na década de 20 eram homens, e 0,9%, mulheres. Na década de 40, a percentagem aumentou para 3,3%, contra 96,7%. Na década de 60, as mulheres já representavam um quinto dos bacharéis, ou seja, 20,6%, e os homens, 79,4%.<sup>12</sup>

Atualmente, as mulheres, que são maioria no nosso País, representando 50,78% dos brasileiros<sup>13</sup>, disputam igualmente com os homens os bancos universitários. Na turma de 2000 desta Faculdade, por exemplo,<sup>14</sup> dos 384 bacharéis, 45,3% eram mulheres e 54,7% eram homens, percentagem bem distante daquela apresentada na década de 20. As pequenas diferenças certamente estão relacionadas com a opção de curso, com a preferência de carreira entre os gêneros.

A presença feminina na direção de tradicionais instituições acadêmicas do Largo de São Francisco também é muito recente, como no caso do Centro Acadêmico XI de Agosto. Desde 1903, da 1ª Diretoria, cujo presidente foi Pedro Doria, até a 95ª, apenas homens comandaram o ilustre Centro Acadêmico. A primeira presidente foi Andrea Maria dos Santos Mustafa, em 1998, na 96ª Diretoria do C. A. XI de Agosto<sup>15</sup>

E a nossa homenageada? Por que é tão desconhecida no meio acadêmico, no meio social e até no meio jurídico, se foi a precursora das mulheres? Realmente, pouco se sabe sobre a sua vida.

Maria Augusta Saraiva nasceu no interior paulista, em São José do Barreiro, cidade próxima à divisa com o Estado do Rio de Janeiro e distante cerca de

---

10. Cf. *O ensino superior* cit. (nota 6 supra), p. 91.

11. Cf. *O ensino superior* cit. (nota 6 supra), p. 92.

12. Cf. *O ensino superior* cit. (nota 6 supra), p. 91.

13. Segundo o Censo 2000, do IBGE, a população brasileira é de 169.799.170 de habitantes, sendo 83.576.015 (49,22%) de homens e 86.223.155 (50,78%) de mulheres. Disponível [on line] in <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/default.shtm> [17-04-2002].

14. Cf. ARMANDO MARCONDES MACHADO JÚNIOR, *Centro Acadêmico XI de Agosto – Faculdade de Direito de São Paulo*, 5ª v., 4ª ed., São Paulo, Magcart, 2001, pp. 2147-51.

15. Cf. A. M. MACHADO JÚNIOR, *Centro Acadêmico* cit. (nota 13 supra), pp. 2.219-21; cf. também ANA LUIZA MARTINS – HELOISA BARBUY, *Arcadas – História da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: 1827-1997*, São Paulo, Alternativa, 1998, p. 127.

260 quilômetros de São Paulo. A filha do major Joaquim José Saraiva e de Leopoldina Maria Saraiva viveu em Araraquara e em Rio Claro, onde estudou no renomado Colégio Inglês.<sup>16</sup>

Quando adolescente veio para São Paulo, e já se mostrava uma excelente aluna. No seu histórico escolar possuía onze certificados de exames, sendo sete expedidos pelo “Curso Anexo à Faculdade de Direito de São Paulo” e quatro pela Secretaria de Estado dos Negócios do Interior de São Paulo. Foi aprovada com distinção em História do Brasil, em História Natural e em Física e Química, e plenamente com louvor em História Universal.<sup>17</sup>

Concluídos os exames preparatórios, dirigiu um requerimento escrito a mão, datado de 8 de março de 1898, ao Diretor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, pedindo-lhe que fosse matriculada. Quatro dias depois, em 12 de março, o Diretor dava o seguinte despacho: “Matricule-se.”<sup>18</sup>

Nesse requerimento, a candidata afirmava que havia nascido em 31 de janeiro de 1878. Contudo, do seu prontuário, armazenado no Arquivo da Faculdade, e também no Registro de Cartas dos Bacharéis (*Livro de Registro dos Diplomas*), consta que ela nasceu em 31 de janeiro de 1879. Parece difícil aceitar tenha a nossa pioneira confundido o ano do próprio nascimento, quando redigiu o requerimento.

Os registros da Faculdade provavelmente se apoiaram em uma certidão de idade,<sup>19</sup> com data de 10 de março de 1898, fornecida por um vigário de São José do Barreiro, que transcreve um termo registrado no assento de batizados. Eis o teor transcrito:

*“Aos onze de Setembro de mil oitocentos e setenta e nove batizei (...) Maria, nascida a 31 de Janeiro do corrente ano, filha do Capitão Joaquim José Saraiva e de D. Leopoldina Maria Saraiva (...)”*

Na certidão, que faz parte do prontuário da aluna arquivado na Faculdade, a palavra “nove” tem aparência de rasura. Não se sabe se o vigário, ao transcrever o termo existente no assento de batizados, errou, ou se o ano de nascimento registrado neste é mesmo 1879. Fica a indicação para que dedicados pesquisadores, que tenham possibilidade de localizar o *Livro de Assento de Batizados*, de São José do Barreiro, daquela época, possam desvendar o mistério.

A jovem esforçada, logo no primeiro ano de curso, já se destacava nos estudos. Foi aprovada, com distinção, no dia 23 de novembro de 1898, nas matérias do

---

16. Cf. *Histórico da Patrona*, elaborado pela Secretaria de Estado da Educação (SP) e fornecido pela Diretoria da Escola Estadual de Ensino Fundamental Dra. Maria Augusta Saraiva (não-publicado).

17. Cf. *Histórico Escolar*, que integra o prontuário da aluna Maria Augusta Saraiva arquivado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

18. Cf. prontuário cit. (nota 16 supra).

19. Cf. prontuário cit. (nota 16 supra).

respectivo ano, que eram Filosofia do Direito, Direito Romano e Direito Público e Constitucional.<sup>20</sup>

No quarto ano, em 1901, também foi aprovada com distinção, no dia 22 de novembro de 1901, nas duas matérias de curso, que foram Direito Civil e Direito Comercial.<sup>21</sup>

Aprovada nas duas matérias que lhe faltavam para matricular-se no quinto ano, Maria Augusta Saraiva dirigiu requerimento ao Diretor da Faculdade, em 28 de fevereiro de 1902, pedindo que fosse inscrita na lista dos candidatos ao exame do quinto ano. No mesmo dia, foi exarado o seguinte despacho: *“Inscreva-se.”*<sup>22</sup>

E no dia 29 de abril de 1902 foi aprovada, novamente com distinção, em Teoria do Processo Civil, Comercial e Criminal, em Medicina Pública, em Direito Administrativo e em Legislação Comparada sobre Direito Privado.<sup>23</sup> Estava pronta para receber o grau de bacharel.

Sábado, 3 de maio de 1902. Uma hora da tarde. Aparentemente um dia normal. Mais uma cerimônia de colação de grau da Faculdade de Direito. Não. Era um dia especial, e a emoção do momento somente pode ser narrada por quem lá estava:

*“O vasto edifício da Faculdade, - vestibulo e corredores – caprichosa e elegantemente ornamentado de folhagens e flores, apresentava um aspecto garrido de festa, que ainda mais se acentuava com o movimento extraordinário de convidados e alunos daquele estabelecimento.*

*“Uma seção da banda de música da brigada policial, antes e durante a solenidade, executou várias peças.*

*“(...) avultado número de senhoras, cavalheiros, representantes do Seminário Episcopal e acadêmicos, o dr. Vicente Mamede de Freitas<sup>24</sup>, diretor interino da Faculdade, deu começo à cerimônia, mandando o secretário, dr. Júlio Maia, proceder à leitura do resultado dos exames do 5º ano.”*<sup>25</sup>

Após a intervenção de Júlio Joaquim Gonçalves Maia, secretário da Faculdade, subiu à tribuna o acadêmico Luiz Gonzaga Mendes de Almeida, orador da turma, e pronunciou um discurso *“muito apreciado e coberto de aplausos”*<sup>26</sup> A

20. Cf. *Histórico do Curso Superior*, que integra o prontuário da aluna Maria Augusta Saraiva arquivado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

21. Cf. *Histórico* cit. (nota 19 supra).

22. Cf. prontuário cit. (nota 16 supra).

23. Cf. *Histórico* cit. (nota 19 supra).

24. Vicente Mamede de Freitas foi Diretor da Faculdade entre 1904 e 1908.

25. *O Estado de São Paulo*, Domingo, 04 de maio de 1902, p. 1.

26. *O Estado* cit. (nota 24 supra), p. 1.

importância daquele dia era conhecida dos alunos, como se pode notar no seguinte trecho do discurso do orador da turma:

*“Há entre nós uma bacharelada, uma distinta colega, que soube provar que o direito, esse poder moralmente inviolável, pode perfeitamente ser estudado pela mulher. Se a energia do homem é necessária para manter a aplicação do direito, não menos útil, para determiná-lo, aconselhá-lo, testemunhá-lo, é a delicadeza do coração da mulher. Seja ela o aviso contra o rigor das leis, quando se tornar oportuna a aplicação da equidade. Seja ela a conselheira das noivas para o regímen do casamento; seja ela a conselheira da viúva na direção dos órfãos; seja ela a conselheira da testadora na forma das disposições de última vontade; seja ela a voz defensora dos infelizes que caem na loucura do crime. Seja ela, em suma, a testemunha de que nesta Faculdade, acima dos direitos do homem, nós colocamos os direitos da mulher; pois exmas. senhoras, ficai certas, o homem por mais forte que seja, Sansão, Holophernes, Marco Antonio, ou quem quer que for, será sempre aquilo que a mulher quiser que ele seja.”<sup>27</sup>*

Terminado o discurso, realizou-se a cerimônia de colação de grau dos quinze alunos, quatorze homens e uma mulher, ou melhor, a mulher.

Após essa cerimônia, teve a palavra o professor Brasília Machado, paraninfo da turma, que demonstrou no trecho final de seu discurso que também entre os professores aquele dia não representava somente a formatura de mais uma turma. Pregou o lente:

*“No meio de vós, e pela primeira vez nesta Faculdade, veio uma senhora compartilhar o prêmio alcançado, e trazer o contingente de sua fraqueza, que é uma força, para a obra viril da restauração do direito.*

*“Bem-vinda seja!*

*“Aos primeiros movimentos revolucionários de 89, Mirabeau instava com os seus conjurados:*

*“Nossa vitória depende do concurso da mulher!*

*“E a revolução destruiu o direito.*

*“Por que não poderemos nesta hora dizer também:*

*“Vinde, senhora. Não se trata mais de destruir o direito, mas de reconstruir o direito.*

*“Nossa missão precisa do concurso da mulher.”<sup>28</sup>*

---

27. *O Estado* cit. (nota 24 supra), p. 1.

28. *O Estado* cit. (nota 24 supra), p. 2, e também *Correio Paulistano*, Domingo, 04 de maio de 1902, p. 3.



A partir desse dia, o futuro era todo da brilhante bacharela.<sup>29</sup> Iniciou a vida forense no escritório do irmão, José Joaquim Saraiva Júnior. Defendeu alguns réus na tribuna, em São Paulo e em Jaboticabal, conseguindo-lhes a absolvição.<sup>30</sup> Agora era buscar a glória em uma carreira tão respeitada e admirada na “República Velha” Magistratura, docência no ensino superior, política, diplomacia, para, quem sabe, um dia alcançar o Supremo Tribunal Federal.

Não, nada disso. Nada de esplendor, nada de brilho. Estava decidida a emprestar o seu talento à formação das crianças. Com esse intuito é que fundou em São Paulo o Colégio Paulistano, estabelecimento de ensino secundário para moças que se destacou no início do século passado.<sup>31</sup>

Porém, logo foi obrigada a transferir o comando do colégio, pois teve de mudar-se para o Rio de Janeiro, onde seu irmão foi nomeado juiz municipal. Mas o sonho do magistério não a abandonou.<sup>32</sup>

Retornando a São Paulo, não lhe permitiram exercer o magistério oficial, porque lhe faltava a formação pedagógica. Matriculou-se então na Escola Normal da Praça – Instituto de Educação “Caetano de Campos”, diplomando-se em 1918. Terminado o curso, ingressou através de concurso público no quadro de professores do ensino primário oficial do Estado de São Paulo, permanecendo até 1947. Antes de aposentar-se foi nomeada Consultora Jurídica do Estado. Maria Augusta Saraiva morreu no dia 28 de setembro de 1961, em São Paulo.<sup>33</sup>

A bacharela que sonhava em ser professora primária recebeu justa homenagem, pela sua dedicação à educação paulista, através da Lei Estadual n. 8.469, de 4 de dezembro de 1964, que lhe perpetuou o nome em um educandário do bairro da Bela Vista. A “Escola Estadual de Ensino Fundamental Dra. Maria Augusta Saraiva” na Rua Major Diogo, 200, é símbolo da humildade, da modéstia da “doutora” que trocou o foro pela grandeza, pela magnitude, pela sublimidade do ensino das primeiras letras.

Certamente, as transformações sociais por que passamos atualmente, com o pioneirismo de inúmeras mulheres, seja no Brasil, seja em qualquer lugar do mundo, não foram fruto do acaso, tampouco do momento, mas foram sim reflexo da coragem, da ousadia, do destemor, da bravura, da perseverança de mulheres como Maria Augusta Saraiva, que enfrentaram o determinismo de sua época e demonstraram que as diferenças entre os gêneros humanos são qualidades, são virtudes, que se completam, para o crescimento, o desenvolvimento, o aperfeiçoamento da Humanidade, e não fatores que delimitam a capacidade.

---

29. O diploma de Maria Augusta Saraiva foi registrado e expedido somente em 5 de novembro de 1914.

30. Cf. *Histórico da Patrona* cit. (nota 15 supra).

31. Cf. *Histórico da Patrona* cit. (nota 15 supra).

32. Cf. *Histórico da Patrona* cit. (nota 15 supra).

33. Cf. *Histórico da Patrona* cit. (nota 15 supra).

Que a igualdade humana, com todas as suas diferenças, vença o preconceito e a discriminação; que as perspectivas e as ambições que um título pode trazer não se transformem em vaidade, em vanglória, em altivez; que o ideal nunca se perca, por mais enevoado que esteja o futuro; que em vez da cor, o caráter, em vez do sexo, a honestidade, em vez da raça, o respeito, em vez da religião, o esforço, sejam os determinantes do sucesso, da felicidade. Por fim, que o legado de Maria Augusta Saraiva, a renunciadora das bacharelas deste século, seja preservado, seja esmerado, seja difundido. É o que esperamos.

São Paulo, maio de 2002.





## 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)).