

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 98

2003

REV. DA FAC. DIREITO USP, S. PAULO, v. 98, 2003

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

Em seu nonagésimo oitavo 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.

- 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) - 2003

Edições Técnicas, 1893 2003

v. 98

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

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

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, do Departamento de Direito do Estado; Fábio Konder Comparato, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito; 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-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 (estagiário)

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
Geraldo de Camargo Vidigal
José Cretella Júnior
Renato Cirrel Czerna
Paulo José da Costa Júnior
Irineu Strenger

Vicente Marotta Rangel
José Afonso da Silva
Alcides Jorge Costa
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
Ada Pellegrini Grinover

PROFESSORES CATEDRÁTICOS

José Carlos Moreira Alves
Manoel Gonçalves Ferreira Filho

PROFESSORES TITULARES

José Ignácio Botelho de Mesquita
Fábio Konder Comparato
Tércio Sampaio Ferraz Júnior
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 Penteadó
Alaôr Caffê Alves
José Roberto dos Santos Bedaque
Antonio Carlos Marcató
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
Ari Possidonio Beltran

Jorge Luiz Souto Maior
Elival da Silva Ramos
Alexandre de Moraes
Paula Andrea Forgioni
Heleno Taveira Torres
Antonio Rodrigues Freitas Júnior
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka
Gilberto Bercovici
José Reinaldo de Lima Lopes
Eduardo Carlos Bianca Bittar

PROFESSORES DOUTORES

Paulo Salvador Frontini
Gerd Willi Rothmann
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
Walter Piva Rodrigues
Roque Komatsu
Fernanda Dias Menezes de Almeida
Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
Paulo Celso Bergström Bonilha
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
David Teixeira de Azevedo
Erasmus Valladão Azevedo e Novaes França
José Maurício Conti
Marcos Paulo de Almeida Salles
Umberto Celli Junior
Eduardo Domingos Botallo
Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari
Fernando Dias Meneses de Almeida
Nina Beatriz Stocco Ranieri
Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto
Eduardo Reale Ferrari
Oreste Nestor de Souza Laspro
Otávio Pinto e Silva
Paulo Eduardo Vieira de Oliveira
José Raul Gavião de Almeida

Paulo Henrique dos Santos Lucon
Renato de Mello Jorge Silveira
Hélcio Maciel França Madeira
Mara Regina de Oliveira
Ronaldo Porto Macedo
Roberto Augusto de Carvalho Campos
Carlos Alberto de Salles
Maurício Zanoide de Moraes
Enoque Ribeiro dos Santos
Janaina Conceição Paschoal
Luís Virgílio Afonso da Silva
Francisco Satiro de Souza Júnior

ASSISTENTES

Anna Maria Martins
Elizabeth de Almeida Meirelles
Maria José Galleno de Souza Oliveira
Celso Fernandes Campilongo
Enoque Ribeiro dos Santos

ADMINISTRAÇÃO

Assistente Técnico Acadêmico: Dr. Mário Paulino da Silva Sobrinho
Assistente Técnico Administrativo: Sr. Vanderlei Ribeiro
Chefia Técnica de Imprensa: Dr. Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Diretora do Serviço de Biblioteca e Documentação: Sra. Maria Lúcia Beffa
Secretária de Diretoria: Dra. Regina Helena da Silva
Assessor de Diretoria: Dr. Thiago Marrara

APRESENTAÇÃO

Desde 1893, registrando as memórias originais do ensino e estudo na Academia de São Paulo, a *Revista da Faculdade de Direito* notabiliza-se pelas dimensões mundiais que alcança, sempre primando pela eficiência e qualidade de suas publicações. E o reconhecimento em todo o mundo é consequência natural de um trabalho sério e compromissado com a produtividade acadêmica.

Em seu 98º fascículo, trazemos ao leitor artigos de elevada acuidade acadêmica, em estilo peculiar à nossa cultura jurídica, cada vez mais voltada à metodologia contemporânea e vinculada a um forte compromisso social.

Neste ano de 2003, nossa *Revista* atinge 110 anos de publicações ininterruptas, consolidando-se como o periódico mais antigo da América em ciências jurídicas e sociais, contemplada e aplaudida por centenas de instituições educacionais.

Por isso mesmo é que agradecemos a todos que prestigiaram a *Revista da Faculdade de Direito*, enfatizando os senhores professores da Comissão de Publicação, doutores Antonio Junqueira de Azevedo, que atualmente preside a Egrégia Comissão; Enrique Ricardo Lewandowski, Fábio Maria De-Mattia e Newton De Lucca, reafirmando nossos votos de solidariedade acadêmica.

São Paulo, novembro de 2003.

O Editor

SUMÁRIO

DIREITO ROMANO

- Envenenamento e Uso Indevido de Remédios no Direito Romano 23
Evelyn Höbenreich
- Matrimonium e Postliminium: brevi considerazioni* 43
Laura D'Amati

DIREITO CIVIL

- Propriedade e Posse: uma releitura dos ancestrais institutos 59
Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Silmara Juny de Abreu Chinelato
- Codificação e Descodificação: uma análise acerca do tema 95
Antonio Carlos Morato
- Hierarquia entre Gêneros de Convivência na Constituição Federal 121
Antonio Jorge Pereira Júnior

DIREITO AMBIENTAL

- A Reforma Tributária Ecológica Alemã 137
Roberto Chacon de Albuquerque

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

- O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária 159
Paulo de Barros Carvalho
- O Princípio da Legalidade Tributária 181
Sérgio Assoni Filho

DIREITO COMERCIAL

- As Bolsas de Valores como Fenômeno Comercial 209
Carlos Eduardo Vergueiro

DIREITO PENAL

- O “Réu sem Rosto” 223
David Teixeira de Azevedo

DIREITO DO TRABALHO

- Relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas
jurídicas 231
Sérgio Pinto Martins
- Reforma de Sentença Terminativa e Julgamento Imediato do Mérito
no Processo do Trabalho 245
Estêvão Mallet
- Direito do Trabalho e Direito dos Contratos: apontamentos relevantes
sobre a parte especial do Novo Código Civil 269
Guilherme Guimarães Feliciano

DIREITO DO ESTADO

- Legitimidade da Justiça Constitucional 291
Alexandre de Moraes
- A Acidentada Morfologia do Processo Eleitoral Brasileiro 313
Mônica Herman Salem Caggiano
- Federalismo Cooperativo e Garantia de Padrão de Qualidade do Ensino.
O Caso dos Estabelecimentos de Educação Infantil Jurisdicionados ao
Sistema Escolar do Estado de São Paulo 359
Nina Beatriz Stocco Ranieri
- Intervenção do Estado na Propriedade de Redes de Infra-
Estrutura 379
Thiago Marrara

DIREITOS HUMANOS

- A Formação da Doutrina dos Direitos Fundamentais 411
Enrique Ricardo Lewandowski
- Neoliberalismo e Direitos Humanos 423
Antônio José Avelãs Nunes

Fundamentos da Construção dos Direitos Humanos: das civilizações antigas aos tempos contemporâneos 463
Maria José Galleno de Souza Oliveira

FILOSOFIA DO DIREITO

- Nietzsche: niilismo e genealogia moral 477
Eduardo Carlos Bianca Bittar

- Língua e Linguagem: os artifícios e a verdade jurídica 503
Jeannette Antonios Maman

Sofisma de “Globalização” em Mercado Mundial Entrópico 509
Luiz Sergio Modesto

DIREITO INTERNACIONAL

- O Terrorismo Internacional e a Corte Internacional de Justiça 537
Guido Fernando Silva Soares

- A Ordem Pública e a Execução de Cartas Rogatórias no Brasil 563
Paulo Borba Casella

- Antecedentes Históricos do Estabelecimento do Tribunal Penal Internacional 573
Cláudia Perrone-Moisés

TRABALHOS ACADÊMICOS

- A Importância da Integração México-Mercosul para a Negociação da ALCA 583
Ana Paula Martinez

- Cognição exauriente e sumária: segurança x efetividade 599
André de Albuquerque Cavalcanti Abbud

- Coisa julgada e Justiça das decisões 629
Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

- Discurso do Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo, por ocasião solene do Conselho Universitário na Comemoração dos 70 Anos da USP 661
- Discurso do Professor Titular Eros Roberto Grau ao receber a Medalha Teixeira de Freitas, outorgada pelo Instituto dos Advogados Brasileiros 667
- Discurso de Saudação do Professor Nelson Mannrich ao Professor Sérgio Pinto Martins, por ocasião da Posse pela Titularidade em Direito do Trabalho 685
- Discurso de Agradecimento do Professor Sérgio Pinto Martins ... 691
- Discurso de Saudação do Professor Guido Fernando Silva Soares ao Professor Antonio Luis Chaves de Camargo, por ocasião da Posse pela Titularidade em Direito Penal 697
- Discurso de Agradecimento do Professor Antonio Luis Chaves de Camargo 707

CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

- Memórias de Júlio Frank 713
Antonio Augusto Machado de Campos Neto
- O Centenário do Centro Acadêmico XI de Agosto 725
Alessandro Octavianni
- Homenagem ao Professor Associado Newton De Lucca 743
Cândido Rangel Dinamarco

CONTENTS

ROMAN LAW

- Poisoning and Undue Use of Drugs in Roman Law 23
Evelyn Höbenreich
- *Matrimonium e Postliminium*: brief consideration 43
Laura D'Amati

CIVIL LAW

- Property and Ownership: a new reading of ancestral institutes 59
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e
Silmara Juny de Abreu Chinelato*
- Codification and Discodification: an analysis about the theme 95
Antonio Carlos Morato
- Hierarchy between Genus of Coexistence in the Federal
Constitution 121
Antonio Jorge Pereira Júnior

ENVIRONMENTAL LAW

- The German Ecological Tributary Reform 137
Roberto Chacon de Albuquerque

ECONOMIC LAW

- The Principle of Juridical Safety in Financial Law 159
Paulo de Barros Carvalho
- The Principle of the Tributary Legality 181
Sérgio Assoni Filho

COMMERCIAL LAW

- Stock Exchange as a Commercial Phenomenon 209
Carlos Eduardo Vergueiro

CRIMINAL LAW

The “Defendant without Skin”	223
<i>David Teixeira de Azevedo</i>	

LABOR LAW

The Labor Law and its Relations with others Juridical Disciplines	231
<i>Sérgio Pinto Martins</i>	

Terminative Sentence Reform and Immediate Judgement in the Procedure Labor	245
<i>Estêvão Mallet</i>	

Labor Law and Contract Law: relevant appointments of the New Civil Code Special Part	269
<i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>	

STATE LAW

Legitimity of Constitutional Justice	291
<i>Alexandre de Moraes</i>	

- An Accidental Morphology of the Brazilian Electoral Process	313
<i>Mônica Herman Salem Caggiano</i>	

- Federalism Cooperative and Guarantee of the Quality Model of the Education. The Establishment Case of the Infantil System in São Paulo	359
<i>Nina Beatriz Stocco Ranieri</i>	

- State Intervention in the Property of the Infra-structure Network	379
<i>Thiago Marrara</i>	

HUMAN RIGHTS

- The Formation of the Fundamental Law Doctrine	411
<i>Enrique Ricardo Lewandowski</i>	

- Neoliberalism and Human Rights	423
<i>Antônio José Avelãs Nunes</i>	

Foundation of Human Rights Construction: since ancient civilization until contemporary time 463
Maria José Galleno de Souza Oliveira

PHILOSOPHY LAW

Nietzsche: nihilism and moral genealogy 477
Eduardo Carlos Bianca Bittar

- Language and Speech: the artifices and the juridical true 503
Jeannette Antonios Maman

- Sophism of “Globalization” in Worldwide Market Entropic 509
Luiz Sergio Modesto

INTERNATIONAL LAW

The International Terrorism and the International Justice Court ... 537
Guido Fernando Silva Soares

The Public Order and the Brazilian Rogatory Letters Execution 563
Paulo Borba Casella

Establishment’s Historical Antecedents of the International Criminal Court 573
Cláudia Perrone-Moisés

ACADEMIC WORKS

- The Importance of the Integration México-Mercosul in FTAA 583
Ana Paula Martinez

Exhaustive and Summary Cognition: safety x effectiveness 599
André de Albuquerque Cavalcanti Abbud

Res iudicata and Justice of Decisions 629
Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes

SPEECHS AND CONFERENCES

- Speech of the Titular Professor Antonio Junqueira de Azevedo, in
due to the “70 Years of USP” 661
- Speech of the Titular Professor Eros Roberto Grau, in due to the
“Medalha Teixeira de Freitas” 667
- Speech in Honor to Professor Sergio Pinto Martins, by Titular
Professor Nelson Mannrich 685
- Speech of Gratefulness, by Professor Sérgio Pinto Martins 691
- Speech in Honor to Professor Antonio Luis Chaves Camargo, by Titular
Professor Guido Fernando Silva Soares 697
- Speech of Gratefulness, by Professor Antonio Luis Chaves
Camargo 707

CONTRIBUTION TO ACADEMIC MEMORIES

- Júlio Frank’s Memory 713
Antonio Augusto Machado de Campos Neto
- The Centenary of the “Centro Acadêmico XI de Agosto” 725
Alessandro Octavianni
- Tribute to the Associated Professor Newton De Lucca 743
Cândido Rangel Dinamarco

DIREITO ROMANO

ENVENENAMENTO E USO INDEVIDO DE REMÉDIOS NO DIREITO ROMANO

*Evelyn Höbenreich**

Professora de Direito Romano da Universidade de
Graz, Áustria

Resumo:

O envenenamento apresenta-se, no direito penal romano, como crime cometido quase que exclusivamente por mulheres. A definição de veneno – assim como de outras substâncias que possam gerar os mesmos efeitos, como os afrodisíacos – é essencial para a análise desses delitos.

Os aspectos criminais e processuais de tais casos, tanto na literatura secundária quanto nas fontes romanas, principalmente a *lex Cornelia de veneficis*, são tratados aprofundadamente no presente estudo.

Abstract:

In Roman Penal Law, poisoning is a crime committed mostly by women. Defining what shall be considered poison – as well as other substances able to lead to similar results, like aphrodisiacs – plays a major role in the analysis of said crime.

The essay explains both criminal and procedural aspects of these cases, with grounds on secondary literature and on Roman texts, especially the *lex Cornelia de veneficis*.

Unitermos: envenenamento; Direito Penal Romano; crimes cometidos por mulheres

Sumário: 1. O envenenamento como delito específico de mulheres. 2. Tipificação dos envenenamentos. 3. Homicídio por meio de água gelada. a) Do conceito de ‘*venenum*’ b) A lei de manipulação de venenos. 4. Afrodisíacos e meios semelhantes. a) Afrodisíaco ou meio abortivo? b) A parteira desatenciosa. c) Farmacêutico e químico farmacêutico como autores do crime. 5. Mulheres matam diferente? 6. Conclusão.

* Tradução de Alessandro Hirata, doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. O envenenamento como delito específico de mulheres.

A distinção entre remédio e veneno é tênue, uma vez que a relação entre eles é bastante estreita. Frequentemente, diferenciam-se apenas na dosagem, no modo de sua prescrição ou na combinação com outras substâncias. Já na antigüidade, isso não era nenhum segredo. Os componentes, dos quais eram preparados medicamentos e venenos, eram de origem vegetal, animal ou mineral. E parece que especialmente mulheres dedicavam-se à produção desses tão desejados, quanto atemorizantes preparados. As mais famosas e notáveis delas escreveram histórias, como a prostituta romana Canídia, ou a galiciana Locusta, a mais famosa preparadora de venenos, que foi resgatada por Nero na prisão e extremamente recompensada por sua colaboração em diversas mortes, ou Martina, originária da Síria, e como Locusta, protagonista do envenenamento de ilustres personalidades e políticos¹

Desde o séc. IV a.C., encontramos nas fontes diversos acidentes fatais, atribuídos à ingestão de substâncias, que em sua maioria não podem ser definidas, ou aparentam ter causas ainda mais obscuras. As vítimas dessas mortes misteriosas, pertencentes às mais diferentes classes sociais, eram preponderantemente em sua maioria homens, e os autores, quase sem exceção, mulheres²

Lívio relata, que, no ano 331 a.C., uma grande quantidade de pessoas atemorizadas exigiam esclarecimentos sobre os crescentes casos de morte de homens importantes da comunidade, mortes estas que primeiro foram atribuídos a uma epidemia. Apenas quando se seguiu a denúncia de uma escrava, vinte conceituadas cidadãs romanas foram surpreendidas enquanto preparavam pratos suspeitos, além de terem sido encontradas em suas casas substâncias já preparadas. O autor emprega os termos veneno (*venena*) e remédio (*medicamenta*) como sinônimos: veneno poderia ser também um medicamento ou ter efeitos como este e vice-versa. Tais mulheres, presas em flagrante, foram levadas a julgamento. Lá as patrícias Cornélia e Sérgia afirmavam que tais substâncias tratavam-se apenas de medicamentos benéficos à saúde. A fim de poder comprovar esse seu honesto intuito, foram compelidas a testar em si mesmas. Após breve deliberação de lugar e local, as matriarcas beberam a substância suspeita,

1. Sobre o caso dessas três mulheres cf. E. Wallinger, *Hekates Töchter. Hexen in der römischen Antike*, Wien 1994, 12, 14s., 38ss., 46ss., 50, 77ss., 132ss., 138ss.

2. Cf. L. Monaco, *Veneficia matronarum*. Magia, medicina e repressione, Scritti A. Guarino (Sodalitas) 4, Napoli 1984, 2013ss.

e morreram no momento seguinte. Ainda em tal ano, outras mulheres acusadas desse mesmo delito foram processadas. O processo deve ter terminado com um total de 170 condenações, algumas delas até mesmo com a morte³

Uma controvérsia ainda maior gerou o crime da bacanal, que foi descoberto no ano 186 a.C., extinguido com o decreto de uma decisão do Senado, conservado por meio de uma inscrição. Por diversos motivos esse caso⁴ pertence ao nosso contexto. Pois pode-se vislumbrar a origem desse mal, como Lívio (39,15,9) define, no fato de a maioria dos participantes do culto a Baco serem do sexo feminino⁵. Segundo seu detalhado relato, assim degenerou-se o encontro no decorrer do tempo: sob o pretexto de festividades religiosas, celebrava-se grosseira promiscuidade sexual, subornavam-se testemunhas e falsificavam-se testamentos, além de envenenar e assassinar meninos e adolescentes. Algumas das acusações apresentadas anteciparam em muitos séculos os argumentos, que iriam pertencer ao repertório padrão para os casos de perseguição às bruxas⁶. Após a denúncia de uma escrava, que havia presenciado a bacanal, o Senado nomeou uma comissão extraordinária, para descobrir e pesquisar criminosos em Roma e no sul da Itália, onde o culto expandiu-se. O tribunal nomeado extraordinariamente conduziu por fim também o processo criminal, que se acredita ter sido terminado com um total de 7000 condenações em Roma e em toda a Itália. Parte

3. Liv. 8,18; Val. Max. 2,5,3; cf. Oros. 3,10.

4. Na literatura mais atual, tende-se a interpretar a controversa passagem de Lívio como um “discurso histórico”, ao invés de uma “descrição fática”, uma vez que o relato é exageradamente caracterizado e faltam outros comprovantes literários e arqueológicos. A decisão do Senado, contida na inscrição, não é indício, que leve ao fato gerador do decreto de tal providência; também Cícero, por exemplo, considera apenas o tribunal do júri, constituído pelo Senado, sem mencionar mais detalhes (cf. *Leg.* 2,37). Ver Ch. Frateantonio, *Der Neue Pauly II*, Stuttgart-Weimar 1997, 389 s., s. v. Bacchanal(ia). A resposta a essa questão, para fins de nosso estudo, não é relevante. Sobre esse e outros relatos de Lívio sobre casos de envenenamento, crítica, dentre outros, G. Laudizi, *Il tema di veneficio nella letteratura latina dalle origini al II sec. d. C.*, in: *Studi di filologia e letteratura*, Lecce 1986, 92 ss.

5. A festa em honra do deus Baco era em sua origem reservada apenas para mulheres e realizava-se três vezes por ano, até que uma pastora da Campanha alterou o estatuto, sendo também os homens aceitos, o encontro marcado para a madrugada e acontecendo cinco vezes por mês.

6. Sobre o precursor dos clichês das bruxas na antigüidade, cf., por exemplo, B. H. Aigner, *Zum Hexenwesen im Alterum*, in: *Hexen und Zauberer. Die große Verfolgung – ein europäisches Phänomen in der Steiermark I* (coord. H. Valentinitzsch), Graz 1987, 175ss. Assim, pode-se perceber que o estereótipo europeu das bruxas começou a apresentar forma concreta apenas no início do séc. XIII (cf. H. Mohr, *Hexe/Hexenmuster*, in: *Handbuch religionswissenschaftlicher Grundbegriffe III* [coord. H. Cancik – B. Gladigow – K.-H. Kohl], Stuttgart – Berlin Köln 1988, 122ss., 131), mas pelo modelo de papel social e estigmatização das mulheres em trabalhos específicos, como auxiliar de enfermagem, amas, produtoras de ervas ou unguentos, encontram correspondentes diretos na antigüidade romana.

das mulheres condenadas foram condenadas a serem extraditadas de sua família⁷. Pois aqueles que sofreram a violência devem executar as sanções contra as mulheres privativamente, podendo eles provavelmente processá-las por “critérios familiares” Para o caso, de que não haja qualquer um competente para executar a pena, uma vez que as mulheres agiram sem violência, elas devem ser punidas publicamente⁸

Com a propagação de uma epidemia em Roma e nos arredores próximos no anos de 184-180 a.C., que gerou numerosas vítimas entre a população, emergiu novamente o medo do envenenamento. Por um tribunal especial de morte por veneno, instituído por uma decisão do senado, foram julgadas culpadas 3000 pessoas, dentre elas Quarta Hostilia, a única explícita homicida por veneno (*venefica*), que teria matado o seu cônjuge, o Cônsul C. Calpúrnio Piso, por meio da prescrição de veneno. Uma possível relação desse caso com a perseguição da bacanal não pode ser completamente descartada⁹

Diante da suspeita de terem envenenado seus cônjuges, dois ex-cônsules, foram estranguladas duas aristocratas, Publícia e Licinia, no ano de 154 a.C., sem extinção do processo criminal e sem sentença de seus parentes. Por meio da justificativa, de que elas eram sem dúvida culpadas, tem-se como autorizados os homens especialmente severos, para que não se espere primeiro o desfecho do processo público¹⁰ recém instaurado¹¹

Políbio relata¹² que o Senado deixava perseguir mortes por veneno em todo território itálico, no qual vislumbra-se os conhecidos tribunais do júri extraordinários (sobre isso, comparar *infra*: ponto 2). Outros escritores¹³ também

7. Concretamente, no parentesco sangüíneo de respectivamente todos os homens, de que as mulheres se encontram sob o poder da *manus*. Por “parentesco sangüíneo”, provavelmente refere-se a todos os homens, que pelo vínculo agnaticio podem e devem exercer poder sobre as mulheres; “de que as elas se encontram sob o poder da *manus*” relaciona-se aos homens, os quais sob o seu poder ficam as mulheres com eles casadas, para o caso em que elas não mais pertençam ao seu vínculo familiar agnaticio anterior, mas sim a aquele para que passou com o seu cônjuge.

8. FIRA I 240 s.; Liv. 39,8-19.

9. Liv. 39,41,5; 40,37; 40,43-44. Cf. Laudizi, Tema, 98 s.

10. Um processo comitivo para Mommsen, Strafrecht, 19, Fn. 2, 143, Fn. 2, porque o pretor municipal substitui os cônsules.

11. Após a inspeção judicial do criminoso ter sido realizada, teria sido apresentadas ao pretor medidas de segurança, sendo as mulheres executadas na decisão dos parentes (sangüíneos), escreve Liv. *perioch.* 48; ver também Val. Max. 6,3,8.

12. Polyb. 6,13,4.

13. Cicero, no *Pro Cluentio* e no *Pro Caelio*, além de Sallust, Plínio, o velho, Valério Máximo, entre outros. Cf. as citações em Ch. Lécrivain, D.-S. V, Paris 1919 (= Graz 1969), 715, Fn. 2, s. v. *Veneficium venenum*; outras indicações de fontes detalhadas em Laudizi, Tema, 69 ss., *passim*.

referem-se a aterrorizante situação, envenenamentos estavam na ordem do dia. O suspeito e analisado culto da *Bona Dea*, por exemplo, era reservado estritamente para mulheres e, certamente, não por acaso, pois comentava-se, localizava-se nas proximidades imediatas de seus templos também um local de ervas e unguentos¹⁴ Quem poderia ainda acreditar em sua esposa, quando ela servia a comida ou cuidava de um membro da família doente? Cato, o velho, comentou a frase “não há adúltera, que não seja ao mesmo tempo manipuladora de venenos”¹⁵ que levaria logo para Topo. No escrito *Rhetorica ad Herennium* pode-se ler¹⁶ que uma mulher condenada por um delito, certamente teria cometido outros crimes ou delitos, porque uma culpada é também sem dúvidas uma *venefica*. Pela suspeita de dois crimes cometidos, podendo ser um deles comprovado, Sêneca, o velho, está convencido, de que no caso de uma criminosa feminina, o crime mostrado pode indiciar a prática do segundo fato. Sua justificativa diz: “Assim como quando nós dizemos, que uma mulher é adúltera, assim pertence ela por esse motivo àquelas manipuladoras de veneno”¹⁷ Sobre o profundo significado dessa reflexão comum dos homens foi muito analisado. Uma possível interpretação seria, que uma mulher que comete o adultério aceita em seu corpo esperma de estranho (ou seja, que não de seu cônjuge). Ela mantém, também, uma substância proibida, a qual pode gerar uma criança “estranha à casa” se souber e por isso sem o consentimento de seu cônjuge em sua família¹⁸. Essa mistura proibida de substâncias (esperma de estranho = sangue de estranho) poderia ser correlacionada com a preparação dos venenos e em geral com o envenenamento.

2. Tipificação dos envenenamentos

Na época republicana, antes da grande reforma de Sula do direito penal e processual penal, criminosos políticos e comuns, que lesaram a sociedade em seu conjunto, foram perseguidos no tocante ao processo comitivo. Cidadãos romanos não

14. *Macr. Sat.* 1,12,26.

15. *Quint. inst.* 5,11,39 formula algo semelhante: “Quando uma adúltera defende-se num caso de morte por veneno, ela não seria condenada pela pretensão de M. Cato, que entende, não existir nenhuma adúltera, que não seja ao mesmo tempo homicida por veneno?”

16. Cf. *Rhet. Her.* 4,23.

17. *Ver Sem. contr.* 7,3,6.

18. Sobre isso introduz G. Rizelli, “Stuprum” e “adulterium” nella cultura augustea e la “lex Iulia de adulteriis” (Pap. 1 *adult.* D. 48,5,6,1 e Mod. 9 *diff.* D. 50,16,101pr.), *BIDR* 90 (1987), 368, Fn. 56.

eram, na verdade, em princípio, excluídas desse sistema, e a prática mostra ainda, que os seus atos criminosos, principalmente em benefício da família patriarcal, completamente a portas fechadas, eram punidos. Tal desagradável caso precisava ser mantido muito bem em segredo ou escondido. Condutas reprováveis femininas significava a desonra da cadeia familiar, especialmente como fracasso dos homens dessa estrutura, que exerciam o poder, uma vez que eles claramente não teriam compreendido, como praticar eficazmente seu direito de controle e criação sobre as filhas ou esposas.

Em consequência ao escândalo da bacanal e de outros complicados e extensos casos de morte por envenenamento, decidiu-se por um novo sistema processual, que introduziu o desenvolvimento do processo por *quaestiones*. Com o termo *quaestio* vislumbrava-se um processo criminal público perante um colégio de jurados, sob a direção de um magistrado ou ex-magistrado, mas também o tribunal do júri como instituição. Esse tribunal criminal, no início instalado casualmente pelo Senado e posteriormente também pelos tribunos da plebe, para a condenação de crimes complexos, políticos ou comuns, teriam sido consolidados na época de Sula em tribunais permanentes, que teriam sido reconhecidos sobre determinados fatos criminais típicos (*quaestiones perpetuae*). Ainda, deparamos com regulares processos contra manipuladores de veneno, que foram instituídos indistintamente por decisões senatoriais, na virada do séc. II para o I a.C.¹⁹; muito aponta para que, esse sistema teria sido estabelecido e desenvolvido no período entre C. Graco e Sula.

Sob Sula surgem no ano 81 a.C. mais leis, que em parte reformaram as *questiones* existentes, em parte introduziram outras. Para os delitos de envenenamento foi instituído por uma *lex Cornelia* um tribunal competente. Com essa norma foram outros dois antigos tribunais (o *quaestio de sicariis* e o *quaestio de veneficis*) sobre os casos de “Dolchmänner und Giftmischer” como Kunkel os referiu²⁰ praticamente unificados e o legislado crime de ameaça estendida a um outro e provavelmente novo fato típico. Todos os atos abrangidos pela *lex* estabelecem crimes capitais²¹ Podemos

19. CIL VI 1283 = ILS 45, provavelmente 98 a.C., comprova um presidente de um tribunal de morte por envenenamento (*iudex quaestionis veneficis*) como o titular de um órgão anual, o que parece assegurar, que também o correspondente tribunal do júri funcionava ao longo do ano.

20. W. Kunkel, Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit, München 1962, 65.

21. Arg. ex Ulp. 7 *off. proc.* Coll. 1,3,1: “O pretor ou presidente do tribunal do júri [...] deve, em conjunto com os jurados, [...] instaurar um processo capital contra aquela pessoa, que [...]”.

excluir a qualificação *sicarii* de nossa análise, como os fatos típicos restantes, que dizem respeito, em sua totalidade, a pôr em perigo a vida humana (formação de quadrilha, incêndio criminoso e diversos crimes penais). O quinto capítulo da lei, reconstruído com auxílio do discurso de Cícero *Pro Cluentio* e comentários posteriores dos juristas, trata do crime do manipulador de veneno. O texto da *lex Cornelia de veneficis* poderia ser expressado da seguinte maneira:

“O pretor ou o presidente do tribunal do júri, a quem pela sorte é cabida a *quaestio de veneficis* sobre o crime, que na cidade de Roma ou até de uma milha dela tenha sido cometido (tivera sido cometido), deve junto com os jurados, que foram sorteados segundo essa lei, instaurar um processo capital contra aquela pessoa, que prepara ou preparou um veneno com a intenção de matar, vender, comprar, portar consigo, prescrever”²²

A disposição dos atos sugere uma cronológica sucessão das próprias etapas de uma morte por veneno: um material é preparado, vendido por aquela pessoa que o produziu, comprado pela pessoa, que pretende fazer uso dele e, conseqüentemente, porta-o consigo e, por fim, prescreve-o. Assim uma morte por veneno concluída está sujeita não apenas a um desfecho negativo do crime de ameaça, mas também cada um dos referidos atos preparatórios são considerados fatos típicos autônomos. Era suficiente que, por meio da preparação, venda, compra, posse ou prescrição de um veneno mortal, fosse posta uma vida humana em perigo. Mas apenas uma substância perigosa, capaz de provocar danos, destinada especificamente para a morte uma pessoa, enquadra-se no crime de ameaça legislado, como o clássico tardio Marciano esclarece. E isso tem bons motivos.

3. Homicídio por meio de água gelada.

Se também por meio de água gelada poder-se-ia cometer um dos envenenamentos sujeitos a enquadramento penal, ou seja, uma morte por veneno, foi essa questão mencionada pela escola retórica:

22. *Praetor iudexve quaestionis cui sorte obvenit quaestio de veneficis eius quod in urbe Roma propiusve mille passus factum est erit, cum iudicibus qui ei ex hac lege sorte obvenierint, de eius capite quaerito qui hominis necandi cause venenum malum fecit fecerit vendidit vendiderit emit emerit habuit habuerit dedit dederit.* Ver Cic. *Cluent.* 148. Em analogia, Marcian, 14 *inst.* D. 48,8,1,1; 3 pr. Sobre as tentativas de reconstrução, cf. D. Nörr, *Causa mortis. Auf den Spuren einer Redewendung*, München 1986, 87ss., 911; J.-L. Ferrary, *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*, Athenaeum 79 (1991), 424ss.

“O pai de um garoto casou-se, depois da morte da mãe do menino, com uma outra mulher. O filho foi acometido por uma doença séria. Chamou-se os médicos, que explicaram que ele morreria se recebesse água gelada para beber. A madrasta serve a ele em seguida água gelada. O garoto falece. A madrasta é processada por seu marido pela morte por envenenamento”²³

Para o autor dessa declamação, a água é, no momento de sua prescrição, um veneno, ou seja, uma substância perigosa, capaz de provocar danos. Ele argumenta que o efeito danoso se sucedeu tanto na intenção daquela que serviu, planejando o envenenamento mortal, como também na prescrição da bebida. “Não importa qual o efeito usual da substância,” assim o retórico, “pois sob esse ponto de vista é um veneno. Como que pode ser comprovado? Primeiro, pela intenção dela, em seguida pelo efeito alcançado”²⁴. Para os médicos antigos não parece ser esse nenhum exemplo didático²⁵ Esse ato justifica realmente o modelo fático presente na *lex Cornelia de veneficis*?

a) Do conceito de ‘venenum’

Aceita-se que, ‘venefica’/‘veneficus’ refere-se a uma pessoa, que teria pretendido um *veneficium*, podendo se entender, por meio do preparo, prescrição de uma substância, ou os efeitos de sua ingestão. O termo *venenum* deriva de ‘*venus*’, que significa forte desejo²⁶, composta de *venes-no-m*, a poção ou bebida do afrodisíaca. Nas fontes literárias, ele é empregado das formas mais diversas, como remédio, veneno, droga mágica, bebida mágica, afrodisíaco, abortivo ou cosmético. Inicialmente, o epíteto *bonum* (bom, sagrado, íntegro) ou *malum* (ruim, venenoso, lesado) precisa o termo²⁷

23. *Qui habebat filium, amissa matre eius, aliam uxorem duxit. Incidit in gravem valetudinem filius. Convocati sunt medici; dixerunt moriturum si aquam frigidam bibisset. Dedit illi noverca aquam frigidam. Perit iuvenis. Noverca accusatur a marito veneficii* (Quint. decl. 350).

24. *Nihil interest quid faciat alias: nunc venenum est. Quomodo enim comprobare ista possumus? ante omnia animo dantis, deinde effectu* (Quint. decl. 350,8-9).

25. Cf. Cels. 1,8,2.

26. Possíveis significados: *amor, relação sexual; união de amor; amante; sêmen; **beleza, atração de amor; ***deusa; planeta Vênus.

27. Com isso, não há, em princípio, contradição, em que representam “les dérivés et composés (de *venenum*) ont tous le sens pejoratif”, como A. Ernout – E. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Paris 1959, 1271s. Interessante, também, o emprego dos termos *venefica* e *veneficium* na inventiva política, por exemplo, em Cic. *Phil.* 13,25, onde Antônio teria chamado Brutus uma ‘*venefica*’ – claramente também em alusão a essa esfera sexual -, que o retórico rejeita veementemente: *Veneficam audes appellare eum virum qui tuis veneficiis remedia invenit?*

Também os juristas, para quem o amplo significado do termo era claro, tentaram concretizar e limitar sua valência semântica.

O clássico Gaio esclarecia: “Quem fala em *venenum*, precisa ainda dizer, se esse é uma substância boa ou ruim. Pois também medicamentos são *venena*, porque a designação *venenum* inclui tudo o que modifica através do acréscimo da natureza de um organismo, o qual foi acrescentado. Aquilo, que definimos *venenum*, chamam os gregos de φάρμακον, e para eles fazem parte dessa designação tanto medicamentos como também preparados danosos. Por esse motivo, a diferença é acentuada pela introdução de outros termos”²⁸

O *venenum*, assim como o grego φάρμακον, poderia assinalar tanto um meio de restabelecimento, como também um veneno, parecendo ser oportuno, por meio da atribuição dos adjetivos *bonum* ou *malum*, deixar claro se a substância em questão deveria matar ou curar. Todo material, que altera um organismo natural, que fez uso daquele, como define Gaio, enquadra-se na classificação *venena*.

Nesse sentido, tomando como referência a lei *Cornelia*, escreve mais tarde também Marciano: “Mas a consideração, que um *venenum* seria ‘ruim’, significa, que há esses e os *venena* não ruins. Disso tem-se que o termo é ambíguo, e assim engloba aquilo, que é para curar, como também, que foi preparado para matar, mas também aquilo conhecido como poção do afrodisíaca. Assim, apenas é relevante para essa lei (isto é, a *Cornelia*), aqueles que tem como objetivo ser utilizado para a morte de uma pessoa”²⁹

Em outras palavras, aquele material designado como *venena*, poderia ser danoso ou também não, na medida em que, se eles foram preparados para melhorar ou curar, ou para matar ou lesar, e também um afrodisíaco figura como *venenum*. Quanto à questão, por que o jurista de Severo classificava os afrodisíacos nem como preparados curadores, utilizáveis, nem como substâncias prejudiciais, venenosas, ainda será mais tarde tratada.

28. Gai. 4 ad XII tab. D.50,16,236 pr. *Qui ‘venenum’ dicit, adicere debet, utrum malum an bonum: nam et medicamenta venena sunt, quia eo nomine [venenum] omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum esset, mutat. cum id, quod nos venenum appellamus, Graeci φάρμακον dicunt, apud illos [Graecos] quoque tam medicamenta quam quae nocent, hoc nomine [φάρμακον] continentur: unde adiectione alterius nomine distinctio fit.*

29. Marcian. 14 inst. D.48,8,3,2: *Adiectio autem ista ‘veneni mali’ ostendit esse quaedam et non mala venena. ergo nomen medium est et tam id, quod ad sanandum, quam id, quod ad occidendum paratum est, continet, sed et id quod amatorium appellatur: sed hoc solum notatur in ea lege, quod hominis necandi causa habet<ur>.*

b) A lei de manipulação de venenos

Marciano salientou que apenas uma substância danosa, que visa a provocar a morte de uma pessoa, enquadra-se no tipificado crime de ameaça. Em caso extremo, seria *venenum malum* toda e qualquer substância, que pudesse ter como fim um envenenamento fatal? Pela discussão dos exemplos retóricos, sim. Não se poderia cogitar, que não existiria envenenamento por água. Pois, conforme a argumentação, tal material em questão era prescrito como bebida objetivando a morte. Assim, não seria relevante como teria sido feita, mas sim o que teria resultado³⁰ Então, embora abstratamente apresentável, isso, na prática, teria ido longe demais. Isso comprova um ponto de vista sobre os fatos típicos restantes, contidos na lei, como os de preparação, venda, compra, ou prescrição própria da substância, sem efeito de morte, que eram *venena mala*. Isto significa, necessita-se ser uma substância que, com especificidade, poderia pôr a vida humana em perigo³¹ Em todo caso, não se trata de preparado, cuja efetividade – como a da água – depende de eventualidades e prende-se a determinados pressupostos. As conclusões dos retóricos pressuporiam um conceito de periculosidade tão abrangente, que não possibilitaria classificar algumas substâncias por critérios objetivos como venenosas ou prejudiciais à saúde. No ponto de vista do legislador, o conceito de *venenum malum* era, predizendo uma morte por veneno concluída, sem dúvida, mais restrito – sozinho, a fim de satisfazer a segurança do direito – e combinava-se com algum dos meios, que geralmente tem-se como apto, sob circunstâncias normais levar a morte de uma pessoa. De resto, apresenta-se também o fato na declamação, apenas em virtude de um envenenamento, porque o enteado falecera. Não teria a morte ocorrido, não teria sido cometido nenhum crime³², enquanto que nos termos da lei *Cornelia* os ‘delitos de perigo’ eram equiparados aos de morte por veneno concluída. No caso da água, não poderia o mesmo ser pretendido, ao menos em virtude da impossibilidade de se comprovar, que aquela pessoa, que porta a água consigo ou a vende, teria com isso pretendido matar alguém.

30. Cf. Quint. *decl.* 350,7.

31. Como *veneficus*, no sentido da lei, não se pode entender aquele, que com intenção de matar teria preparado, vendido ou prescrito um “objetivamente inofensivo remédio”, como vislumbra D. Liebs, *Strafprozesse wegen Zauberei. Magie und politisches Kalkül in der römischen Geschichte*, in: *Große Prozesse der römischen Antike* (Hrsg. U. Manthe – J. v. Ungern-Sternberg), München 1997, 146 Nr. 2. A penalidade aplicada ao fato era, por fim, relacionada com o dano da substância, que precisa ser apto por critérios objetivos, como uma pessoa se matar.

Segundo o que preceitua a lei, a intenção de matar era manifesta através da natureza do meio empregado (preparar, vender, comprar, portar consigo, prescrever com propósito de matar), que era definido como veneno por critérios específicos. Assim, exceto por algumas poucas substâncias, que eram empregadas exclusivamente como venenos, existiam numerosos preparados que, seja na quantidade, no modo da prescrição ou em combinação com outras substâncias, poderiam resultar em curar ou prejudicar. Em primeiro plano permanece sem dúvidas o fim, ao qual a pessoa que prepara ou manipula, pode ser perseguida. Por esse motivo, privilegia-se na *lex Cornelia*, de maneira especial, a característica subjetiva do fato típico subjetivo. Se o meio em questão foi, de fato, sem a intenção de matar preparado e prescrito, resultando dele a morte de uma pessoa, que teve contato com ele, não poderia o autor enquadrar-se em uma interpretação restrita do texto da lei. Inicialmente, para os juristas do principado, estaria sua conduta sujeita à sanção, uma vez que eles utilizavam-se do modo de interpretação extensivo. Teoricamente, a conduta descrita na declamação seria sancionável, no tocante da lei *Cornelia*, apenas nessa última interpretação mencionada.

4. Afrodísíacos e meios semelhantes.

a) Afrodísíaco ou meio abortivo?

Dois fatos típicos diferentes eram previstos segundo um texto do jurista de Severo, Paulo: 1) a simples prescrição de bebidas proibidas (em concreto, poções para aborto ou afrodísíacos); 2) aquele que, pelo consumo desse preparado, resulta na morte de uma pessoa.

“Aqueles, que prescrevem um abortivo ou uma afrodísíaco, mesmo não o fazendo intencionalmente, serão penalizados, uma vez que esse fato representa um péssimo exemplo, sendo que, se eles são classificados nos graus sociais mais baixos da correspondente camada da população (*humiliores*), serão eles condenados a trabalhar nas minas, já se eles pertencem às camadas nobres da sociedade, dos mais altos graus (*honestiores*), após confisco de parte de seus bens, serão exilados em uma ilha. Mas se por esse ato, uma mulher ou um homem morrer, será imposta a mais alta pena”³³

32. *Si nihil interest mortis, nihil interest criminis*, assim Quint. *decl.* 350,9.

33. Paul. 5 *sent.* D.48,19,38,5 (cf. PS 5,23,14): *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, etsi . <id: ins. PS> dolo non faciant, tamen quia mali exempli res est, humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur: quod si eo (PS: ex hoc) mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur.*

Enquanto se condena os autores do povo comum à extração de metais, os cidadãos reputados são relegados, após o confisco de parte de seus bens, em uma ilha. Falecendo após a ingestão da respectiva bebida ou material, recomenda-se a aplicação da pena mais grave.

A prescrição para si ou outrem de bebidas abortivas ou afrodisíacos, mesmo quando não intencionalmente, é sujeita a punição, porque gera um exemplo ruim. A aparente irrelevância da intenção ou da negligência, no tocante à penalização da conduta, ou a uma possível adequação da sanção, poderia levar-nos a inferir, que se visava, sobretudo, a abranger a atividade em si dos produtores e vendedores profissionais dos referidos remédios. Assim, eles não poderiam se eximir da punição, alegando desconhecer os efeitos de seus preparados.

Atingidas por tal medida eram as pessoas que teriam alcançado um aborto por meio de substância dessa natureza ou obtido um afrodisíaco. É notória, segundo um rescrito do imperador Sétimo Severo e Antônio Caracalla, a punição de uma mulher, que teria posto fim a sua gravidez sem o consentimento do seu cônjuge, tendo sido ratificada com a justificativa, de que ela não poderia privar seu marido de seus herdeiros³⁴. A criminalização da interrupção da gravidez, pela presença de determinados pressupostos (como a falta de concordância do pai de família, 'doador do sêmen'), lançou uma visão negativa sobre o preparador e vendedor desses meios aptos e explicaria a perseguição a essa prática no período de Severo. Mas por que também a doação de um afrodisíaco apresenta-se como fato digno de punição?

No início do principado, a ingestão de afrodisíacos está presente nas fontes literárias ainda em estreita relação com o curandeirismo, e o uso de tais estimuladores provisórios do ato sexual foram pelo alargamento da visão moral completamente tolerado e, muitas vezes, até mesmo desejado. Que um afrodisíaco apresenta às vezes apenas um efeito ilusório³⁵, adultera sentimentos verdadeiros, varia entre as pessoas e tem baixa aprovação social, a princípio, não prejudica sua legalidade. Os escritores de Augusto não transmitem uma imagem negativa das poções que estimulam o desejo. Surgiram críticas e rejeições a essa prática, junto a declarações sobre o perigo e riscos à saúde, relacionadas, na maior parte das vezes, com a preparação desses elixires ligados à magia. Também a tentativa de Augusto incitar de forma nova

34. Cf. a decisão em Tryph. 10 *disp.* D. 48,19,39; ver ainda Ulp. 33 *ed.* D. 48,8,8 e Marcian. 1 *reg.* D. 47,11,4.

35. Como queixa-se veementemente Ov. *am.* 3,7,27-35.

a moral e costumes dos romanos por parâmetros já comprovados anteriormente, levou a uma avaliação negativa das mágicas e ‘bruxas’, das ajudantes profissionais em problemas amorosos, mas sem qualquer punição penal. No sentido da *lex Cornelia*, os afrodisíacos podem, por isso, uma vez que não produzem intenção de matar, ser considerados como remédios úteis. Assim justifica a dúvida³⁶ se o seu uso inadequado, que gerava efeitos fatais freqüentemente, multiplicavam-se; o número dos casos infelizes aumentava mais. Já Plínio, o velho, considerava a utilização de abortivos e estimulantes negativa no mesmo sentido, pois Luculo, por meio da ingestão de um afrodisíaco, a ele dada por sua esposa, teria falecido, ou suspeitava, que Calígula teria perdido o discernimento por meio de bebidas semelhantes (em *amatorium medicamentum*), que teria sido dado a ele por uma mulher³⁷. Considerando esse desenvolvimento, entende-se a já constatada incerteza Marciano, que classifica os afrodisíacos não mais como medicamentos, mas também não como venenos, ou substâncias que apenas provocam danos. A perseguição às pessoas que vendiam preparados afrodisíacos para a população, pode assim ser relacionada, ao fato de que tais bebidas eram equiparadas aos meios abortivos, cuja ingestão e prescrição era punível na época de Severo. E Marciano escreve seu manual para iniciantes, as *Institutiones*, de onde vem essa citação, no tempo de Caracalla ou pouco mais tarde. Daí emerge sua insegurança, a qual grupo pertenceriam os afrodisíacos, uma vez que eles, entretanto, analogamente aos meios abortivos, seriam classificados tendentes aos *venena mala*, embora sendo tomados estritamente com fins terapêuticos (*ad sanandum*) e não produzidos com intenção de matar (*hominis necandi causa*).

b) A parteira desatenciosa.

Na literatura, busca-se freqüentemente relacionar a perseguição aos meios abortivos e afrodisíacos com o seguinte texto de Marciano³⁸: “Assim, em virtude de

36. Ver, por exemplo, em Quintilian, que se pergunta, *amatorium venenum sit necne; quia venenum amatorium non sit* (*Inst.* 7,3,30; outro em todo caso em *Decl.* 246, p. 7,6ss.; 385, p. 431, 5ss.), se um afrodisíaco não teria valido como um *venenum* (*malum*).

37. Sobre Luculo, ver Plin. *nat.* 25,25; Plut. *Luc.* 87; sobre Calígula *Iuv.* 6,614; Suet. *Cal.* 50,2.

38. Cf. novidades em Liebs, *Strafprozesse*, 146s., Nr. 3, 210; referências literárias antigas em E.Höbenreich, *Die senatoconsulti in tema di veneficio* (Marcian. 14 *inst.* D.48,8,3,2 e 3), AG 208 (1988), 86, nt. 34. Os resultados desse último estudo citado convenceram de tal maneira L. Rodríguez Alvarez, *Nueva aproximación al tema del “veneficium”*, *Labeo* 37 (1991), 305ss., que ele os tem para si, como próprios: ele traz excertos do texto, palavra por palavra, durante páginas (por exemplo 329-332) e notas de rodapé (por exemplo 327, nt. 108) em língua espanhola, cita a Autora, mas apenas no tocante a pontos marginais (329 nt. 117), sendo que, além disso, imputa a ela um opinião, que ela não defende em seu trabalho.

uma decisão senatorial, apresenta-se a rejeição a uma mulher sem más intenções, mas que através de seu ato teria dado um mau exemplo e prescrito um meio contraceptivo a uma mulher, que o teria tomado e falecido”³⁹

Provavelmente, trata-se de uma parteira, que teria dado medicamento a uma mulher, a fim de estimular sua fertilidade, que ao invés do esperado, teria encontrado a morte. Culpa-se aquela que prescreveu e pune-a. ‘*Medicamentum*’ precisa ser classificado – em referência ao esperado efeito curativo: estimular a concepção – como *venenum bonum*. O ato não foi resultante de má intenção, assim, não pode a substância ser tomada como *venenum malum* no sentido da *lex Cornelia de venenficis* e a penalização de tal ato seria impossível segundo essa lei. Marciano apresentou o caso, mas como a expansão do fato típico legal: “Assim, apenas interessa a essa lei (i.e. *Cornelia*), aquilo utilizado com fim de matar uma pessoa. Assim, por uma decisão senatorial [...]” Segundo a justificativa da decisão, ter-se-ia concluído, que a autora deveria ser punida, uma vez que uma pessoa morreu por causa de seu tratamento. Provavelmente, condena-se seu conhecimento falho na prática de seu trabalho. Embora pareça tratar-se de uma sentença do senado em um caso concreto, visava-se evidente e imediatamente criar um exemplo: com a punição da conduta da parteira, casos dessa natureza deveriam, no futuro, ser tratados dessa forma. Se tivesse a mulher, apesar da prescrição do medicamento, sobrevivido, não haveria permanecido qualquer motivo para a punição, uma vez que o tratamento com medicamentos que curam não era proibido.

Como a análise do excerto de Marciano (D. 48,8,3,2) revela, não há qualquer relação com a proibição da apresentação de afrodisíacos ou de meios abortivos (sobre isso refere Paul. 5 *sent.* D. 48,19,38,5 = PS 5,23,14). Nós nos lembramos: O último é tido como mal exemplo, que tem como consequência a pena de trabalho nas minas para *humiliores* e o exílio com confisco parcial dos bens para *honestiores*; da prescrição segue a morte de uma pessoa, estando iminente a pena capital, como intensificação penal. No tratamento com medicamento que estimula a fertilidade, porém, a sanção está ligada, por fim, ao resultado negativo, à morte da pessoa tratada, ao passo que o simples tratamento não constitui mau exemplo.

c) Farmacêutico e químico farmacêutico como autores do crime.

Em conclusão ao caso da parteira, relata ainda Marciano a seguinte

39. Marcian. 14 *inst.* D.48,8,3,2: *Sed ex senatus consulto relegari iussa est ea, quae non quidem malo animo, sed malo exemplo medicamentum ad conceptionem dedit, ex quo ea quae acceperat decesserit.*

disposição: “Segundo uma outra decisão do senado, estão sujeitos os comerciantes de ervas e pomadas (*pigmentarii*), que negligentemente cicuta, salamandra, acônito, lagarta de pinheiro, peste-*buprestis*, mandrágora e aquilo, que ele com o fim do *lustramentum* como ‘mosca espanhola’ prescreveram⁴⁰, <venderam?>, às penas dessa lei (*Cornelia*).⁴¹”

Pigmentarii trabalhavam com especiarias, colhiam temperos e ervas medicinais, e deles produziam elixires e vendiam pomadas, remédios, drogas; poderiam ser comparados aos farmacêuticos e químicos farmacêuticos de hoje. Uma decisão senatorial impõe a eles uma pena da *lex Cornelia*, quando inadvertidamente eles teriam receitado as substâncias citadas com objetivo do *lustramentum*.

‘*Lustramentum*’⁴² significa, em geral, ou ‘produto de limpeza’ (tanto em sentido físico quanto espiritual), ou também ‘afrodisíaco’. A intenção dos ‘farmacêuticos’, que prescrevem tais substâncias, parece, assim, ter sido curar doenças ou estimular a vontade sexual. Quais as características que identificam as substâncias, de quais elas se servem? Todas as substâncias mencionadas por Marciano poderiam agir curando ou estimulando, mas também poderiam ser mortais. Em outras palavras, todas elas poderiam ser consideradas *venena mala*.

As corruptelas e lacunas da passagem de Marciano são evidentes; tendo sido ela reconstruída e complementada, necessitando de alguns esclarecimentos. Para Mommsen, a conduta proibida dos *pigmentarii* consiste na “unverantwortlichen

40. Isoladamente, deve-se verificar para as substâncias enumeradas, que elas são chamadas de diferentes nomes e podiam apresentar efeitos diversos e freqüentemente opostos. *Cicuta* como medicamento ou veneno; *salamandra*, um lagarto, de onde pode-se extrair veneno e afrodisíaco; *aconitum* ou acônito, também napelo, um veneno e um medicamento; *pityocampis* é uma lagarta de pinheiro, uma praga danosa e um medicamento; *buprestis* um besouro venenoso, que pode ser perigoso e curar; *mandragora* ou mandrágora, como medicamento provoca um estado de sono semelhante à morte e também conhecido como afrodisíaco; *cantharis* ou ‘mosca espanhola’, um medicamento, afrodisíaco e veneno.

41. Marcian. 14 *inst.* D.48,8,3,3: *Alio senatus consulto effectum est, ut pigmentarii, si cui tenere cicutam salamandram aconitum pituocampas aut bubrostim mandragoram et id, quod lustramenti causa dederit cantharidas, poena teneantur huius legis (= Corneliae)*. Sobre nossa reconstrução e integração, cf. *infra*.

42. *Lustramentum* pode ser derivado de *lustru* ou de *lustror*. Derivado de *lustru*, configura a *purgatio, facta per sacrificium aut veneficium aut incantationem*, segundo Forcellini III, 130, assim, tem-se o termo equiparado a *lascivia, libido, incitamentum ad Venerem*; a palavra *lustrum* é metaforicamente utilizada para bordel, casa de tolerância. Derivando *lustramentum* de *lustror*, deve-se compreender um *medicamentum amatorium* ou também relação sexual (*actio scortandi*): ThLL VII 2 fasc. XII, Leipzig 1870 s.; ou a atividade *in lustris, id est lupanaribus*, segundo Brisson, De Verborum significatione, Halaë Magdeburgicae 1743, 759, Georges - Georges II, 648: “Reizmittel zur Wollust”; Ernout – Meillet, 371: “se vauter (sens physique et moral)”.

Feilhalten” de substâncias perigosas, exceto quando se sucedia a venda para fins terapêuticos (*lustramenti causa*). Entretanto, isso implicaria, que comerciantes de ervas, que teriam vendido substâncias perigosas descuidadamente para fins medicinais e com isso causado a morte de pessoas, não seriam punidos. E, por outro lado, aquele que inadvertidamente teria vendido uma substância a uma pessoa, sem o fim de curar, que teria com isso esperado um resultado positivo, permanece sem sanção. Em virtude desse raciocínio, a reconstrução de Mommsen nesse excerto, parece ser em parte sem valor.

Pode-se concluir do texto, que uma decisão senatorial estendeu as normas da *lex Cornelia* para a não intencional, mas desatenciosa e descuidada entrega de determinados *venena*. A qualificação desse preparados como *venena mala*, no campo da reflexão jurisprudencial sobre a lei precisa estar relacionada a dois pressupostos: 1) as substâncias são, segundo critérios objetivos (preparação, dose, etc.) capazes de matar uma pessoa; 2) o autor teria preparado, vendido, comprado, etc., a substância com intenção de matar. E uma vez que cicuta, salamandra, acônito, lagarta de pinheiro, peste-*buprestis*, mandrágora e ‘mosca espanhola’, como também remédios, podiam ser utilizados como substâncias danosas e venenosas, mas sua prescrição era proibida apenas para o caso em que ela era descuidada, pode-se concluir, que apenas a prescrição desses produtos em sua característica como *venena bona* diz respeito a essa disposição. Pois sendo eles estendidos como *venena mala*, uma extensiva interpretação da *lex Cornelia* pareceria supérflua. Como se deixa constatar, que sua prescrição foi negligente? Provavelmente, isso só era possível, quando a sua ingestão causava a morte do pessoa, que era submetida ao tratamento ou, ao menos, um agravamento da piora do estado de saúde ou danos corporais duradouros⁴³. O senado queria punir também a distribuição negligente de *venena bona*, que poderia, em casos normais, causar a morte de uma pessoa. Para os afrodisíacos, isso pode significar apenas, que a sua mera prescrição (sem resultado negativo), no momento da promulgação dessa decisão do senado, não significava ainda um mau exemplo ou era punível.

Ainda, uma palavra sobre a lista de produtos no texto. As características medicinais e o perigo do *cantharis* assemelham-se tanto com as do *buprestis* e do *pityocampis* que não se compreende porque é mencionado separadamente dos outros.

43. Uma comparação: Ulp. 18 *ed. Coll.* 12,7,7, por exemplo, enquadra os escravos paralíticos ou danificados (*servus debilitatus*) igualmente a aquele falecido (*perit*), para poder imputar a responsabilidade pela *lex Aquilia* ao médico que tratou do paciente.

Por *cantharidas* trata-se, por isso, provavelmente, de um termo utilizado equivocadamente nesse local. O sentido normativo deve ter sido não apenas proibir a prescrição de todas as substâncias perigosas já conhecidas, mas também mostrar cuidado, de que os remédios ainda não-testados ou conhecidos, com efeitos perigosos semelhantes, fossem, para o futuro, abrangidos. Por conseguinte, a enumeração das substâncias pode ser apenas exemplificativa: *et id, quod lustramenti causa <paratum est>, dederint*.

O texto de Marciano poderia, assim, segundo nossa reconstrução, ter o seguinte teor: “Segundo uma outra decisão do senado, estão sujeitos os comerciantes de ervas e pomadas, que negligentemente cicuta, salamandra, acônito, lagarta de pinheiro, peste-*buprestis*, mandrágora, ‘mosca espanhola’ e tudo aquilo que foi preparado com fins medicinais prescreveram, às penas dessa lei (*Cornelia*).⁴⁴”

Essa medida, dessa forma reconstruída, corresponde talvez, quanto ao conteúdo, a uma das sentenças de Paulo, aquela com a referida disposição: “Se em virtude um medicamento, que fora prescrito em benefício da saúde de uma pessoa ou como remédio, morre uma pessoa, será, então, aquele que o receitou, sendo ele de uma classe elevada, exilado em uma ilha, sendo ele das classes mais baixas, punido com a morte”.⁴⁵

Prescindindo da sanção⁴⁶ também aqui um medicamento seria dado por alguém, talvez um médico com intuito de cura (*ad salutem hominis vel ad remedium*), segundo nossa interpretação também com fins terapêuticos (*lustramenti causa*). Assim, uma vez que o paciente morre, a prescrição deve ter sido feita, certamente também aqui, de modo negligente. A fim de justificar a punição dessa conduta, destaca-se indubitavelmente, se tal ato foi causa para o resultado fatal: “se em virtude de um medicamento [...] morre uma pessoa” Certificando-se isso, determina-se a suposição da culpa, seguramente por especialistas, como por exemplo o médico, que teria de se responsabilizar pelo seu tratamento inadequado e sua inexperiência profissional, uma vez que ele não detinha as capacidades intelectuais e técnicas necessárias para o exercício de sua atividade.

44. Sugestão de reconstrução de Marcian. 14 *inst.* D.48,8,3,3: *Alio senatus consulto effectum est, ut pigmentarii, si cui temere cicutam salamandram aconitum pituocampas aut bubrostim (buprestim) mandragoram cantharidas et id, quod lustramenti causa <paratum est> dederint, poena teneantur huius legis.*

45. PS 5,23,19: *Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis vel ad remedium datum erat, homo perierit, is qui dederit, si honestior sit, in insulam relegatur, humilior autem capite punitur.*

46. A diferenciação dos autores baseada na dicotomia entre *humiliores-honestiores* indica mais provavelmente um regramento mais tardio.

A segunda decisão senatorial, que Marciano menciona (§ 3: farmacêutico e químico farmacêutico), parece ter complementado e alargado a hipótese normativa da primeira (§2: parteira). O caso da parteira documenta, ao que tudo indica, um processo concreto perante o tribunal do senado. Por meio da segunda disposição senatorial (§ 3) torna-se possível a perseguição a mortes por negligência ou a pôr vidas em perigo pela venda e prescrição de substâncias médicas perigosas, nos termos da *lex Cornelia de veneficis*, também além dos casos de prescrição de substâncias que estimulam a fertilidade.

5. Mulheres matam diferente?

Durante muito tempo, a linguagem jurídica romana não empregava nenhum termo padrão para 'homicídio'. Diferenciava-se, mais freqüentemente, quanto ao tipo da morte, aquelas cometidas com uso de violência, daquelas em que o ato era concluído sem violência. O primeiro reflete a definição de *sicarii* da *lex Cornelia*, cujo nome vem da arma *sica*, uma arma branca semelhante ao punhal, em geral, na verdade, uma morte com o uso de armas, em consequência também sem armas, como algo por estrangulamento; o último reflete a definição de *venefici*, da qual entende-se um *venenum*. O primeiro, homicídio tipicamente cometido por homens, o último, uma forma de assassinato preponderantemente praticado por mulheres⁴⁷. Também a retórica faz uso, a propósito, de fatos típicos penais de sexos específicos, do lugar-comum argumentativo, que um roubo de rua é cometido mais facilmente por um homem, e uma morte por veneno, provavelmente, por uma mulher⁴⁸. O alargamento interpretativo da lei *Cornelia* para os casos de envenenamento, no séc. I d.C., dá-se somente no senado, enquanto os imperadores detinham-se às mortes por influência da violência (com ou sem emprego de armas) e à interpretação extensiva desse grupo de fatos típicos.

6. Conclusão

Já no séc. I d.C., notava-se que a *quaestio de veneficis*, fortalecia a concorrência pela jurisdição perante os tribunais imperiais. Com isso, iniciava-se o declínio do sistema dos tribunais do júri. Em nossas fontes, os processos de envenenamento aparecem no final do séc. I sempre mais raramente. Segundo alguns autores, isso se deve ao fato, de que os homicídios por veneno, eram tratados juntamente

47. Segundo Wallinger, *Hekates Töchter*, 152, predomina claramente a porção de mulheres dentre os acusados, durante o período imperial mais antigo, nos processos de magia e mágica.

48. *Quit. inst.* 5,10,25.

com outros fatos típicos – principalmente, referem-se eles aos delitos de magia. Nesse contexto, vale salientar, que a terminologia no tocante ao envenenamento e também à mágica, assim como às representantes da magia, podendo incluir ‘bruxa’ nem sempre era clara, em que sentido eram utilizados esses conceitos. Isso faz-se claro com o auxílio de constituições imperiais posteriores, nas quais foi dispensada uma crescente atenção às profecias, mágicas, magia. Como exemplo, em uma lei de Constantino no ano 331 d.C.⁴⁹, onde numa separação, pedida apenas pelo esposo, a atividade da parceira como *medicamentaria*⁵⁰ (manipuladora de venenos, mágica, bruxa) – e vice-versa – pode ser apresentada como motivo competente para tal separação. Em outras palavras, uma pessoa que dispunha de conhecimentos especiais sobre ervas, medicamentos e venenos, e entendia os efeitos dessas substâncias para fortalecer os rituais de mágica e

49. Cth. 3,16,1: *Imp. Constant(inus) A. Ad Ablavium p(raefectum) p(raetori)o: Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierulario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inflata.* Imperador Constantino Augusto pelo prefeito pretoriano Ablávio: “Concordamos que, nenhuma mulher pode remeter uma carta de separação, em virtude de sua paixão reprovável, ao seu cônjuge, por causa de motivos descobertos, como por exemplo, porque ele era um alcoólatra, um jogador ou um conquistador, entretanto pode um cônjuge, por meio de uma causa apropriada, separar-se da esposa. Uma esposa pode, ao seu marido, enviar uma carta de separação, apenas se houver a suspeita de algum dos seguintes crimes: se ela provar ser seu marido um assassino, manipulador de veneno/mágico/bruxo, ou violador de túmulos, podendo ela, devido a esse louvável motivo, receber totalmente seu dote. Pois se ela enviar a carta de separação ao seu marido, por qualquer outro motivo que não os três crimes mencionados, parece oportuno, que ele deixe, até a última fivela de cabelo, todos os seus bens na casa do seu esposo e, como pena para o seu tão grande atrevimento, ser deportada para uma ilha. Também para os homens deve ser permitido mandar uma carta de separação apenas pela ocorrência de algum dos três crimes seguintes: quando eles querem se separar de uma mulher, que é adúltera, manipuladora de venenos/mágica/bruxa, ou alcoviteira. Mas, se um homem acusa uma mulher, que é inocente de tal crime, deve ele devolver o dote por inteiro e não pode mais casar novamente. Mas se ele fizer tal ato destestável, conceder-se-ia à ex-mulher a possibilidade de apossar-se de sua casa e de obter o dote por inteiro da segunda mulher, em virtude da injustiça causa a ela” Cf. a discussão minuciosa da norma em A. Di Mauro Todini, *Medicamentarius*, una denominazione insolita. Brevi considerazioni a proposito di CTh. 3,16,1, *Atti Acc. rom. cost.* VII, Perugia 1988, 343ss.

50. Na *Interpretatio* visigótica, tal termo foi relacionado com *malefica*, um vocábulo que se refere, a partir do séc. IV, a uma pessoa, que pratica artes mágicas. Nesse sentido, emprega também Amm. 19,12,14 o termo *veneficus*, e CTh. 9,38,6 (Gratian, Valentinian, Theodosius: 21 de julho de 381 d.C.) ‘*venena*’ Em Justiniano, no tocante ao uso da *lex Cornelia de veneficis*, pode-se ler o seguinte: [...] *eadem lege et venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tum venenis quam susurris magicis homines occiderunt vel mala medicamenta publice vendiderunt* (l. 4,18,5).

'bruxaria'⁵¹ Assim, mesmo que se possa determinar a conhecida continuidade da terminologia referente a *venefica/veneficus*, permanece duvidoso, se no tocante da lei *Cornelia*, a punição à *veneficia* corresponde analogamente a esse uso. Que uma *venefica*, no final da república ou no começo do principado, poderia ter já produzido artes mágicas, é difícil de se comprovar nas fontes, mas também não se pode descartar⁵²

No contexto da lei, um detalhe marcante: Quando a esposa se revela como uma adúltera, manipuladora de veneno/mágica ou alcoviteira, o esposo pode se separar dela, sem estar sujeito às sanções legais. Em situação inversa, a mulher poderia repudiar, sem qualquer implicação de pena, seu marido de então, apenas quando ele fosse condenado como assassino, manipulador de veneno/mágico ou violador de túmulo. Talvez, em seguimento a tradição legislativa mais antiga, o *homicida* masculino ou assassino não encontrava nenhum correspondente feminino⁵³ assim como o crime de rompimento do matrimônio que, – até os nossos tempos – permanece como fato típico criminal cometido exclusivamente por mulheres casadas, permitindo ao marido agir em nome da proteção do direito que lhe cabe como sua parte no casamento. A frase de Cato “não existe nenhuma *adultera*, que não seja ao mesmo tempo *venefica*” parece ter se conservado por esses séculos e será ainda mais discutida pelos juristas.

São Paulo, setembro de 2003.

51. O antagonismo no tocante à atividade dos médicos já era destacado por Ulp. 8 *omn. trib.* D.50,13,1,3: *Medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicuius partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium. non tamen si incantavit, si inprecatus est, si, ut vulgari verbo impostorum utar, si exorcizavit: non sunt ista medicinae genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum praedicatione adfirmant.* Diferentemente formulado, um mágico/bruxo não pode, segundo a opinião do jurista, chamar-se de médico, o que na prática, entretanto, deveria ser o caso.

52. O que era particularmente pretendido sob *veneficium*, parece – ao menos para concluir segundo o preçito da lei *Cornelia* – ser verdadeiramente 'substancial', o envenenamento material (inclusive o fato típico da preparação, por si só criminalizado) e, segundo a normativa (por meio das decisões senatoriais) e a expansão interpretativa, tratamentos curativos sem bom resultado ou uso indevido de medicamento negligente. Se tal "ofício", em casos normais, é realizado por meio de ritos ou substancias mágicas, não se pode afirmar. Deixa-se apenas observar, que a mágica não aparece explícita nos pressupostos da disposição legal e parece ter permanecido após seu primeiro alargamento. Contra a continuidade da tipificação da magia, na república até a época constantina, M. Th. Fögen, *Die Enteignung der Wahrsager. Studien zum kaiserlichen Wissensmonopol in der Spätantike.* Frankfurt/M. 1993, 56ss., 63ss., 178ss.

53. Cf. mas C. 5,17,8 do ano de 449 d.C. (Theodosius II e Valentinian III) é uma lei que oferece uma coletânea de motivos para a separação como em CTh. 3,16,1, onde também a mulher era conhecida como *adultera, venefica, homicida, plagiaria, sepulchrorum dissolutrix* etc. (acima § 3); assim, a partir disso, a separação por tais mesmos motivos pode ocorrer, como aquela para os esposos, sem risco de sanção.

MATRIMONIUM E POSTLIMINIUM: BREVI CONSIDERAZIONI

Laura D'Amati

Pesquisadora e Doutora da Faculdade de Direito da
Universidade de Lecce, Itália

Resumo:

Neste trabalho encontra-se breve reflexão do matrimônio, enfatizando o cidadão romano, a permanência da mulher na casa do marido, além de circunstâncias e efeitos do ordenamento jurídico da Roma antiga; o divórcio e a condição da viúva são também comentados a partir de fontes greco-romanas.

Abstract:

In this write takes place a brief reflection of matrimony, emphasizing the Roman citizen, the permanence of woman in husband's house, besides the circumstances and effects of the juridical order; the divorce and the widow's condition are boarded from Greek-Roman fonts.

Unitermos matrimônio; divórcio; vínculo conjugal; Direito Romano.

1). In relazione al problema delle sorti del matrimonio del cittadino romano *ab hostibus captus* i giuristi dell'età classica sembrano aver adottato in modo pressoché unanime la soluzione dello scioglimento.¹ In tal senso, è esplicito Paul. 35 *ad ed. D. 24.2.1: Dirimitur matrimonium divortio morte captivitate vel alia contingente servitute utrius eorum*,² e, ad una prima lettura, Triph. 4 *disp. D. 49.15.12.4: Sed captivi uxor, tametsi maxime velit, et in domo eius sit: non tamen in matrimonio est.*

1. Motivo per il quale la vasta letteratura sull'argomento – tranne qualche sporadica (e ormai più che datata) opinione contraria, come quelle di L.M. Hartmann, *Über Rechtsverlust und Rechtsfähigkeit der Deportierten*, in *ZSS* 9, 1988, 46 ss. o di G. Tamassia, *L'assenza nella storia del diritto italiano. Note*, in *AG* 36, 1886, 479 ss. – è concorde nell'escludere la sua prosecuzione.

2. Anche se è appena il caso di rilevare che in una declamazione di (Ps.) Quintiliano, 347.8 (9), si legge: *matrimonium duobus generibus solvitur, aut repudio aut morte alterius*. Conformemente a quanto già affermato da E. Volterra, *Precisazioni in tema di matrimonio classico*, in *BIDR* 78, 1975, 245-270, ora in *Scritti giuridici* III, Napoli 1991, 360, non ritengo che una tale affermazione possa mettere in discussione il valore della testimonianza di Paolo: da essa infatti non si può trarre in alcun modo l'illazione che il matrimonio si sciogla solo per ripudio o per morte di uno dei due coniugi, escludendo in maniera aprioristica lo scioglimento a causa della prigionia di guerra.

Ma il testo di Trifonino induce ad una più attenta riflessione.³ Nulla infatti, secondo il giurista,⁴ può mantenere in vita detto matrimonio: né la volontà della moglie rimasta nella *civitas*, né il suo permanere nella casa del marito. Il tono perentorio con il quale è sottolineato lo scioglimento del matrimonio lascia ipotizzare con un certo margine di verosimiglianza l'esistenza di un orientamento in direzione opposta: e la provenienza del testo da un'opera di carattere problematico potrebbe confermare il sospetto.

Inoltre, l'esegesi del testo consente di coglierne una sua – almeno apparente – contraddizione,⁵ sulla quale sarebbe interessante soffermarsi, sia pur di sfuggita. La donna è qualificata *uxor*, eppure non *in matrimonio est*. Ciò potrebbe indurre a considerare che con il termine *uxor*,⁶ idoneo a rappresentare tecnicamente la condizione di donna sposata,⁷ il giurista abbia voluto mettere in risalto come la donna

3. Già peraltro segnalata dalla dottrina: in tal senso v. da ultimo P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero in diritto romano*, in *SDHI* 58, 1992, 88.

4. La classicità del passo è stata discussa tra gli studiosi, soprattutto in passato. S. Solazzi, *Il concetto del ius postliminii*, in *Scritti C. Ferrini* II, Milano 1947, 288-360, ora in *Scritti di diritto romano* IV, Napoli 1963, 629, seguito, tra gli altri, da L. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, 149, e da G. Longo, *Postille critiche in tema di captivitas*, in *Iura* 8, 1957, 29-42, ora in *Ricerche Romanistiche*, Milano 1966, 492 s., ha ritenuto le parole *maxime velit et* un glossema. Ma il Solazzi – così come messo in evidenza da P. Rasi, *Consensus facit nuptias*, Milano 1946, 113 nt. 2 - non ha fornito alcuna motivazione adeguata alla sua ipotesi, e pertanto essa non può essere accolta. Né sembra da accettare la proposta di P. Bonfante, *Corso di diritto romano* I, rist. corretta della I edizione, Milano 1963, 328 nt. 3, il quale ha ritenuto invece al più interpolato solo il *maxime*. Di diverso avviso R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, I, Milano 1951, 119 il quale, sulla base della considerazione che il *maxime* riferito a *velit* disturbi, ha ipotizzato invece che, collegandolo congiuntamente al *velit* e all'*et in domo eius sit*, esso possa essere originale. Ma v. anche, contrario all'alterazione, S. Di Marzo, *Dirinitur matrimonium captivitate*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 2, nt. 5, il quale ha affermato conciso la genuinità del testo, ritenendo probabilmente superfluo soffermarsi in maniera più approfondita. D'altro canto, come rilevato anche da P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 88, la cui opinione mi sembra assolutamente condivisibile, non si vede in questo caso lo scopo dell'interpolazione, e dunque essa potrebbe apparire ingiustificata.

5. Che il Vassalli, in *Annali Perugia* 1914, 7 nt. 3, crede di risolvere ricostruendo così in modo arbitrario il testo: *sed captivi uxores, si velit et in domo eius sit, in matrimonio est*.

6. Il termine indica la donna presa dal marito "*liber(or)um sibi quaesendum gratia*": cfr. al riguardo A. Ernout - A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris 1951, s.v. *uxor*, 1341. La definizione, usata già nella *lex Aelia Sentia*, si ritrova anche in Call. 2 *quaest.* D. 50.16.220.3 (...*qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt*...) e in C.I. 5.4.9 (...*uxorem liberorum procreandorum causa*...). Essa compare, inoltre, anche nelle fonti non giuridiche: v. Plauto, *Captivi*, 899: *liberorum quaerendorum causa ei, credo, uxor datat*.

7. Ma v. anche l'uso, non inconsueto nelle fonti, del termine *maritus* con riferimento a rapporti che non costituiscono *iusta matrimonia*, così come messo in risalto da G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis*. *Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, 211 nt. 141.

continui a mantenere quella condizione nonostante la *captivitas* del marito,⁸ e quindi a prescindere dalla circostanza che il rapporto matrimoniale – che con ogni probabilità continua ad esistere come vincolo tra i coniugi – non sia più rilevante per il diritto, in quanto da esso non possono discendere tutti gli effetti giuridici ricollegabili ad un *matrimonium iustum*.

2.) In una prospettiva analoga a quella di Trifonino sembra muoversi un passo di Giuliano, 62 Dig. D. 24.2.6⁹: *Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias: ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.*

I sospetti di interpolazione del passo sono apparsi a taluni studiosi particolarmente gravi e le loro intuizioni non si possono ritenere del tutto prive di fondamento.¹⁰ Alcune espressioni in esso contenute¹¹ sembrano più facilmente riferibili

8. La sua *dignitas* di *uxor* (H.A. Ael. 5.11: *uxor... dignitatis nomen est*) non può essere messa in discussione dalla riduzione in servitù del marito a causa della prigionia di guerra.

9. Ha ricollegato le due testimonianze già P. Rasi, *Consensus facit nuptias* cit., 120.

10. Cfr. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis interesse dicuntur* (E. Levy-E. Rabel, a cura di) II, Weimar 1929, 88. Ma v. anche, per citare altri autori oltre quelli ivi richiamati, J. Imbert, *Postliminium*, Paris 1945, 101, L. Amirante, *Captivitas e postliminium* cit., 192 s. e P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 122. Sulla stessa linea si è mosso anche A. Watson, *Captivitas and matrimonium*, in *TI* 29, 1961, 243-259, ora in *Studies in Roman Private Law*, London and Rio Grande 1991, 49, il quale ha affermato che Giuliano avrebbe scritto qualcosa come “*uxores eorum, qui in hostium potestate(m) pervenerunt, (non) possunt nuptiarum locum retinere*. Si deve, inoltre, escludere la discutibile ricostruzione del testo proposta da H. Kreller, *Die Ehe des römischen Kriegsgefangenen*, in *Juristische Blätter*, 12, 1948, 285: *Uxores eorum, qui in hostium potestate <m> pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii [temere] <sine poena edicti> nubere non possunt. [Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare.] Si [n autem] in incerto est, an vivus apud hostes teneatur vel morte praeventus, tunc si [quinquennium] <tempus quo eludere virum moris est> a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias [ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum: eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.]* Ha respinto, invece, con tono deciso l’interpolazione O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig 1901, 121; così pure, anche se in maniera più pacata, C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano IV ediz. 1953, 689 nt. 6.

11. Come *causam repudii prestare* o *imminutum ius habere*.

a Giustiniano che a Giuliano, e questo rende assai difficile la ricostruzione del suo dettato originario. Si tratta, però, di comprendere se si possa riferire al giurista adrianeo quanto meno la sostanza, se non di tutto il testo, almeno della sua frase iniziale, che poi è quella che rileva ai fini dell'indagine proposta.

Il problema del quale si sta discutendo nel passo è quello del *retinere locum* da parte delle *uxores*: ma non viene risolto in maniera decisa. Si afferma infatti, ricorrendo ad una circonlocuzione che ben potrebbe rappresentare l'accomodamento di una situazione,¹² che le mogli di coloro che caddero in potestà dei nemici sembrano conservare la condizione di donne sposate per il solo fatto che non possono sposare altri avventatamente. Il che non vuol dire ammettere – così come rilevato già in passato dal Solazzi - una validità parziaria del matrimonio del *captivus*.¹³ Ritengo, piuttosto, che la terminologia adottata nel passo dimostri l'interesse del giurista a mettere in risalto la condizione di *uxor* che la donna rimasta nella *civitas* continua a mantenere, nonostante lo scioglimento del matrimonio a causa della prigionia del marito.¹⁴

12. È il parere di P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 123. L'autore, inoltre, ipotizza che se i compilatori avessero voluto affermare la continuazione del matrimonio, più che ricorrere a tale circonlocuzione, avrebbero scritto in maniera decisa *in matrimonio sunt*.

13. S. Solazzi, *Il concetto del ius postliminii* cit., 633. Lo studioso ha infatti considerato che la validità parziaria non possa essere ritenuta una cosa seria. Ma sull'argomento v. pure L. Amiranete, *Captivitas e postliminium* cit., 193.

14. Rileva infatti l'impossibilità per queste donne di passare ad un nuovo matrimonio finché è certo che il marito sia vivo, a meno di non voler offrire esse stesse una causa di ripudio. A tal proposito, però, si deve considerare l'esistenza di diversi punti di contatto tra il problema affrontato nel prosieguo – vale a dire l'incertezza sull'esistenza del prigioniero, laddove la moglie potrà contrarre una nuova unione solo decorso un quinquennio dal tempo della cattura - e la disciplina della Nov. 22.7 del 536 d.C.: /Αλλ; κατ' τὸ τᾶς α.,χμάλωσ...ας τοιοῦτων ἴσθιν, Ἐποκον bona gratia διαλύειν τὸν γῆμον. εἴτε γρ ἐνδρῶ συνβα...η τοιοῦτων ἐτύχημα, τᾶς γυναῖχῶς ἴσθιν τί πολιτε...ν μενούσης, εἴτε ἀβῆς θανῆ μῆν ε.,ς α.,χμάλωσ...αν απ...οι, μῆνοι δε θανῆρ ἴν πολιτε...ν, Ἐ μῆν ἐκριβῆς τε κατ' λεπτός λὸγος διαλύει τὸν γῆμον. δουλε...ας γρ ἔπαξ ἴσθιν γνημονης θατερῆ τᾶς τύχης ἐνισότης τ.ν ἴσθιν τῶν γῆμων „σότητα μῆνειν οὐ συγχωρεῖ. πλ.ν ἐλλ; φιλον ἑρωπότερων τι τοιαῦτα θεωροῦντες, ὡς μῆν ἴσθιν φανερόν περιεῖναι ἅ τὸν ἔνδρα ἅ τ.ν γαμετῶν, μῆνειν ἔλυται τι συνοικῆσαι συγχωροῦμεν, κατ' οὐκ ἔλεῦσονται πρὸς δευτέρους γῆμους οὔτε γυναῖκες οὔτε ἄνδρες, ε., μ.βούλονται δοκεῖν κατ; προπῆταιν τὸτο πραξῆαι κατ' ὅποπεσεῖν ταῖς ποιναις, Ἐ μὲν τί τᾶς πρὸ γῆμου δωρεῶς φραμεν ἴσθιν...σει, ἰ δε τᾶς προικῶ. E., δε ἔδηλον καθεστῶκοι, πότερον περ...εστιν ἰ μ.γτὸ ε.,ς πολεμ...ους ἀφικόμενον πρὸς ὄσπον, την ἰκατά πενταετε...αν μενετῶν εἴτε τὸ ἐνδρῶ εἴτε τί γυναικ... μεθ' ἰν, εἴτε σαφᾶ ἔσθιν τοι τι τᾶς τελευτᾶς εἴτε ἔδηλα μῆνοι, γαμεῖν ἔσθιν ἐκινδύνας. Κατ' τὸτο γρ δ.τ.α.ς καλουμῆναις bona gratia διαλύσει παρ; τῶν πρὸ ἴσθιν συνηρ...θηται, κατ' ἡμεῖς δε ε.,ς τὸτο

In definitiva, l'impressione che si trae è che, a prescindere dal fatto che il matrimonio del *captivus* cessa di essere *iustum*, esso sia ugualmente produttivo di alcuni effetti giuridici.

3.) Ancora il pensiero di Giuliano emerge, seppur mediato, da Ulp. 3 ad *leg. Iul. et Pap.* D. 23.2.45.6; questa volta, però, in relazione ad un'ipotesi molto particolare: *Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset: et¹⁵ qui Iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim Iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in captivitate, propter patroni reverentiam: certe si in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium.*

Il testo, vessato dalla critica più antica, che lo ha ritenuto quasi interamente di fattura compilatoria¹⁶, ma rivalutato – almeno in parte – in tempi più recenti a seguito di una nuova lettura critica di E. Volterra,¹⁷ data la peculiarità del caso

σύμφαμέν. ὥστε τῆμνταῖθα οὐδε διαίσ... J γ...νεται καιρῶς οὕτω τῶν προῶπων διεστῶτων ἑλλῶλων, καὶ οὐδέ τις τῆμνταῖθεν κερδανεῖ, οὐτε θένει ρ τιν προκα οὔτε γυν τιν προγαμα...αν δωρεῖν, ἑλλῶ καστος τῆμν τίν ο,κε...ων μενεῖ. Ma a questo punto occorre fermarsi, in quanto delle sorti del matrimonio nella evoluzione postclassico-giustiniana non ci si può occupare *ex professo* in questa sede, e per questo motivo si rinvia alla dottrina specifica sull'argomento ed in particolare ad O. Vannucchi Forzieri, *Captivitas e matrimonium in Leone Magno* (Ep. 159) e in *Giustiniano* (Nov. 22.7), in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, VII convegno internazionale*, Napoli 1988, 393 ss.

15. Sed nella correzione di Th. Mommsen.

16. Per citarne alcuni: S. Solazzi, *Il divorzio della liberta*, in *Studi sul divorzio*, in *BIDR* 34, 1925, 1-28 e 295-319, ora in *Scritti di diritto romano III*, Napoli 1960, 25-26; G. Beseler, *Postliminium und Cornelia*, in *Miscellanea*, in *ZSS* 53, 1933, 198; P. Bonfante. *Corso* cit., I, 242 e nt. 3; E. Albertario, *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano*, in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1933, 218, il quale ha ricostruito il testo stravolgendo del tutto il suo significato: *si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit libertam conubium habere nubendo, quemadmodum haberet si mortuus esset. et qui Iuliani sententiam probant, dicerent habituram conubium: putat enim Iulianus dirimi eius libertae matrimonium propter patroni captivitatem*. Meno distruttivo, ma ugualmente convinto del rimaneggiamento del testo è stato U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, I. *Libertà e cittadinanza*. Roma, 1926; II. *Patria potestà-tutela-matrimonio*, Roma 1926; III. *Possesso-proprietà-obbligazioni*, Tolentino 1927; IV. *Successioni*, Roma, 1927; *Alcune repliche in tema di postliminio*, in *Studi P. Rossi*, Siena 1932, 287 ss., ora in *Studi sulla 'captivitas' e alcune repliche in tema di postliminio*, Napoli 1980, 87, che ha ritenuto interpolate le sole frasi *durare eius libertae matrimonium, dissolutum esset matrimonium*.

17. *Sulla D. 23.2.45.6*, in *BIDR* 75, 1972, 319 ss., ora in *Scritti giuridici* cit., III, 207 ss., in una posizione critica rispetto a quella assunta trent'otto anni prima, quando aveva ritenuto il testo quasi interamente di fattura compilatoria: cfr. al riguardo *Sul divorzio della liberta*, in *Studi Riccobono*, III, Palermo 1936, 217, ora in *Scritti giuridici* cit., I, 499 ss.. Ma v. anche, dello stesso autore, in un discorso di più ampio respiro, *Iniustum matrimonium*, in *Studi Scherillo II*, Milano 1972, 441 ss., anch'esso ora in *Scritti giuridici* cit., III, 177 ss., part. 185. Più in particolare, questo studioso non ha avuto esitazioni a ritenere l'uso del termine *conubium* indizio sicuro della genuinità del testo: e la sua ipotesi troverebbe conferma, tra l'altro, nelle espressioni adoperate per esprimere il concetto che la liberta non ha facoltà di unirsi in matrimonio legittimo con altri se il marito è ancora in vita, e soprattutto se la vuole ancora come moglie.

trattato, non consente di ricostruire le opinioni di Giuliano e di Ulpiano in relazione al più ampio problema del matrimonio del prigioniero. Cionostante, la sua lettura può suscitare un qualche interesse.

L'esegesi del passo compiuta dalla dottrina ha messo in risalto l'esistenza di diversi problemi interpretativi;¹⁸ ed i risultati raggiunti spingono a non ritornare

18. Primo fra tutti l'interpretazione della formulazione *vereor ne*, che qualche studioso non ha avuto esitazioni ad intendere in senso negativo, nello stesso modo in cui avrebbe fatto se al suo posto vi fosse stato il *vereor ne non*. Il riferimento è in particolare a U. Ratti, *Studi sulla captivitas* cit., 88, a E. Volterra, *Sulla D. 23.2.45.6* cit., part. 213 ss., e a C. Cosentini, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania 1948, 247; ma mi sembra di poter ritenere in tal senso anche S. Solazzi, *Studi sul divorzio* cit., 25 e R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia* (4 ediz.), Padova 1996, 183. Nonostante il diverso avviso di E. Volterra, *Sulla D. 23.2.45.6* cit., 208 nt. 1, una tale lettura non può essere assolutamente accolta, in quanto stravolgerebbe del tutto l'esposizione di Ulpiano. Si è molto discusso anche sulla locuzione *invito patrono*, in riferimento al *principium* e soprattutto al § 5 del testo ulpiano nel quale si legge: *Deinde ait lex 'invito patrono': invitum accipere debemus eum, qui non consentit ad divortium: idcirco nec a furioso divertendo solvit se huius legis necessitate nec si ab ignorante divorterit: rectius enim hic invitus dicitur quam qui dissensit*. Ma sul punto si rinvia a R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia* cit., 179. Tutto il discorso ruota intorno al valore da attribuire al termine *invitus* contenuto nella legge. Il vocabolo, che corrisponde al greco ἐκὸςίος, indica - come segnala G. Petrone, in *Enciclopedia Virgiliana*, Roma 1985, II, s.v. *invitus* - chi non acconsente (al divorzio): ma, a parere di Ulpiano, è più corretto considerare l'*invitus* come chi è dissenziente. Ponendosi, dunque, dal punto di vista del giurista, l'espressione *invito patrono* non deve essere riferita al solo caso in cui il *patronus* non abbia acconsentito espressamente al divorzio, ma pure a quello in cui per qualche motivo sia stato impossibilitato a farlo. Nonostante Ulpiano sembri orientato a considerare in modo assai ampio la portata dell'espressione *invito patrono*, pur con qualche titubanza, non può considerare *invitus* il patrono prigioniero dei nemici: piuttosto il patrono che si trovi in tale condizione, al pari di quello morto, non potrebbe essere in grado di impedire alla liberta di avere il *conubium*: ed il problema potrebbe anche porsi in relazione al riconoscimento di una volontà giuridicamente rilevante al patrono diventato *servus hostium*. Giuliano pone, invece, sullo stesso piano il *patronus invitus* e quello *captivus*: motivo per il quale al patrono prigioniero dovrebbe essere applicata la stessa normativa prevista per il patrono che è contrario al divorzio della propria liberta, vale a dire la privazione del *conubium* in caso di nuove nozze. Più controversa è la ricostruzione della seconda parte del passo. Come già accennato in precedenza, Ulpiano riferisce il pensiero di Giuliano, specificando che il matrimonio tra il patrono e la liberta, per la riverenza dovuta al patrono, continua anche durante la sua prigionia. La circostanza che Giuliano abbia fondato sulla *reverentia* la propria motivazione è stata oggetto di critiche da parte della dottrina, ed in particolare da parte di S. Solazzi, *Il divorzio della liberta* cit., 25 (sull'espressione v. anche E. Bund, *Untersuchungen zur methode Julians*, Böhlau Verlag Köln Graz 1965, 152 e nt. 49). Lo studioso, utilizzando gli schemi della *lex Iulia et Papia*, ha affermato che la *reverentia* poteva, tutt'al più, negare il *conubium* alla liberta, ma non mantenere in vita il matrimonio contro la sua volontà, continuando a vincolarla in modo assoluto. A questo punto, si impone una precisazione. L'interpretazione della norma che disciplina in generale il regime giuridico di tale divorzio è particolarmente complessa a causa della difficoltà nella sua ricostruzione: al riguardo, ritengo verosimile l'opinione di chi ritiene che, se la liberta vuole divorziare dal proprio patrono, per passare liberamente a nuove nozze debba avere da questo il consenso al divorzio (cfr. in tal senso R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia* cit., 181); nel caso in cui, invece, il divorzio avvenga *invito patrono*, è ipotizzabile che la limitazione consista nel fatto che essa non possa avere, in caso di nuove nozze, il *conubium*. Le difficoltà aumentano nel caso del patrono prigioniero dei nemici, a proposito del quale non vi è alcuna esplicita previsione legislativa; pertanto, ogni diversa motivazione addotta dal giurista non deve essere necessariamente frutto di una alterazione del testo, ma solo il segnale di una sua personale valutazione. D'altro canto, non può essere escluso che Ulpiano abbia voluto approfittare del caso prospettato

ulteriormente sull'argomento. Si deve, però, richiamare l'attenzione sulla frase finale del frammento: ogni altra forma di schiavitù del patrono scioglie senza alcun dubbio il matrimonio con la liberta. La classicità dell'espressione *alia servitus* in essa contenuta è stata negata aprioristicamente, soprattutto in passato.¹⁹ Ma i dubbi risentono, assai verosimilmente, di un clima di eccessiva sfiducia nei confronti dei testi, vista la mancanza di qualsivoglia argomento a supporto della pretesa interpolazione.

Si pone pertanto il problema di comprendere il rapporto tra la *servitus* e la *servitus hostium*: e la circostanza che Ulpiano qualifichi *alia* la *servitus* derivante dalla *captivitas* potrebbe essere un rilevante indizio a favore della considerazione che essa sia riconducibile ad una stessa categoria superiore.²⁰

Sotto diverso profilo, qualche approfondimento impone il collegamento del *certe* con l'intero passo: è controverso, infatti, se il vocabolo riprenda più in generale l'argomentazione di Ulpiano, oppure specificatamente quella di Giuliano. L'impressione che si ricava da tutto il contesto è quella di una continuazione del discorso da parte di Ulpiano:²¹ mentre il matrimonio tra la liberta e il patrono prigioniero ha una disciplina controversa, oggetto di discussione tra i giuristi, quello tra la liberta e il patrono ridotto

per mettere in risalto come secondo una certa dottrina, riconducibile a Giuliano, il matrimonio tra la liberta e il proprio patrono non cade per il solo fatto della prigionia del patrono, formulando così – in relazione ad un discorso più generale - un esempio di permanenza del matrimonio nonostante la prigionia. Il passo va, infatti, letto in relazione ad Ulp. 3 l. *Iul. et Pap.* D. 24.2.11 pr.: la *lex Iulia de maritandis ordinibus* esclude che la liberta abbia la facoltà di divorziare dal patrono. Ulpiano intende la disposizione nel senso che, se la liberta divorzia, perde il *conubium* e, dunque, non può risposarsi validamente; ed al riguardo è agevole il confronto con il § 1. Giuliano nega l'*actio de dote* forse perché non reputa sciolto il matrimonio. D'altro canto, si deve considerare che la formulazione legislativa consente un'interpretazione del genere: tale formulazione evidenzia, infatti, l'esistenza di un regime specifico del matrimonio della liberta, che si considera perdurare anche nel caso di prigionia del patrono. Ritiene questo un caso particolare nel quale perdura il matrimonio del prigioniero G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis, Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, 208. Sull'argomento v. pure in particolare H. Ankum, *La captiva adultera, Problèmes concernant l'accusatio adulteri en droit romain classique*, in *RIDA* 3 s., 31, 1984, 200 ss.

19. In tal senso v. S. Solazzi, *Studi sul divorzio* cit., 25 nt. 15. L. Mitteis, *Römisches Privatrecht I* cit., 131 e nt. 19, si spinge a proporre la sostituzione di *veram* ad *aliam*: ma si tratta di una lettura "assolutamente fantastica" (così U. Ratti, *Studi sulla captivitas* cit., 12). Privata di ogni motivazione è anche la proposta di S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, Roma 1928, rist. anast. Roma 2002, 273 nt. 1, che invece ad *aliam* sostituirebbe *iustam*.

20. L'argomento, qui appena sfiorato, necessita di un'analisi più approfondita che tenga conto di tutti i complessi rapporti tra le diverse cause di riduzione in servitù. Rinvio, pertanto, ai risultati raggiunti nel mio lavoro monografico dedicato alla condizione del *servus hostium*, che dovrebbe essere pubblicato quasi contemporaneamente a questo contributo.

21. P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 119, non esita a ricondurre l'affermazione ad un più ampio discorso di Ulpiano sulle sorti del matrimonio a seconda delle vicende del patrono; ed aggiunge pure che tale richiamo giustificerebbe l'uso del congiuntivo *dissolutum esset*.

in schiavitù non lascia spazio a dubbio alcuno, in quanto è pacifico che si sciogla inesorabilmente.²²

4.) È interessante, altresì, la lettura di un passo di Ulpiano, 2 *de adult.* D. 48.5.14 (13).7, la cui esegesi è particolarmente complessa, ma sul quale la dottrina si è soffermata con particolare attenzione, giungendo a risultati soddisfacenti, nel quale si afferma: *Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium, commisisse arguat, benignius dicitur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adulterium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur.*

Il caso prospettato è quello di una donna che, catturata dai nemici,²³ nel corso della prigionia ha commesso adulterio²⁴: nei suoi confronti, si legge nel testo,

22. In margine, è appena il caso di richiamare la diversità di opinioni della dottrina sulla interpretazione della legge. E. Volterra, *Sulla D. 23.2.45.6 cit.*, 215, ha sostenuto che, a differenza del caso in cui il matrimonio era sciolto per volontà o per morte del patrono, dove la liberta conservava il *conubium*, nel caso in cui la liberta avesse divorziato *invito patrono* questo matrimonio era comunque sciolto al pari di ogni altro, ma essa non aveva più il *conubium*, nel senso che non poteva costituire con altri un matrimonio legittimo. Su posizioni apparentemente analoghe si è mosso in un primo momento S. Solazzi, *Il divorzio della liberta cit.*, 2. Poi, tornando sull'argomento a distanza di tempo (*La legge augustea sul divorzio della liberta e il diritto civile*, in *BIDR* 51-52, 1948, 327-351, ora in *Scritti di diritto romano cit.*, 85 ss.), lo studioso ha precisato che il nuovo matrimonio della liberta che aveva divorziato contro la volontà del patrono sarebbe stato contrario alle norme augustee: e per questo motivo i coniugi non avrebbero potuto godere dei benefici accordati da queste leggi, e né avrebbero potuto auspicare all'esenzione dalle pene del celibato. In buona sostanza, il divorzio avrebbe sciolto il matrimonio col patrono per diritto civile, rendendo pienamente legittime anche le nuove nozze eventualmente contratte dalla liberta. Ma tali nozze, giuste per tutti i rapporti di diritto civile, sarebbero state inutili agli effetti della *lex Iulia et Papia*. Su posizioni completamente opposte E. Levy, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925, 137 ss., il quale ha invece ritenuto che la legge augustea vietasse il divorzio della liberta *invito patrono*, e non le nuove nozze: tesi fortemente contrastata dalla dottrina successiva, ed in particolare da A. Watson, *Captivitas and matrimonium cit.*, 251 s.. S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, I, Palermo 1919, rist. anast. Roma 1972, 83, è invece dell'opinione che il precetto della legge non obbligava la liberta a rimanere unita al proprio patrono, anche se la faceva ritenere ancora unita in matrimonio, in quanto le vietava di sposare un altro. R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia cit.*, 173, vede, piuttosto, una vera e propria concatenazione tra la invalidità delle seconde nozze ed il perdurare, nonostante il divorzio, delle prime. Lo studioso sostiene, infatti, che il primo matrimonio della liberta che ha divorziato contro la volontà del patrono continui a sussistere, nonostante la diversa volontà di questa: e qui si troverebbe un riscontro oggettivo nella dichiarazione di nullità delle seconde nozze. Non mi sembra, però, di poter condividere l'esistenza di un simile nesso. Se è vero che l'invalidità delle prime nozze permette la validità delle seconde, non è altrettanto vero il contrario. L'invalidità delle seconde nozze non sta a significare necessariamente che le prime siano ancora valide.

23. Potrebbe non essere priva di fondamento la proposta di G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis cit.*, 211 nt. 139, il quale non ritiene di escludere che la donna che ha commesso l'adulterio si possa essere trovata in una condizione diversa da quella della prigioniera, come ad esempio in una condizione di ostaggio.

24. Non condivido l'opinione di V. Bandini, *Appunti in tema di reato di adulterio*, in *Studi U. Ratti*, Milano 1934, 501, secondo il quale nel caso trattato dal giurista prigioniero era il marito. Una tale ipotesi, contro la quale già si è già schierato H. Ankum, *La captiva adultera, Problèmes concernant l'accusatio*

può essere intentata dal marito l'accusa privilegiata,²⁵ purché essa non abbia subito violenza da parte degli *hostes*.²⁶ Le supposte contraddizioni del passo con la disciplina classica del matrimonio del prigioniero, oltre che con il regime accusatorio proprio del reato di adulterio, hanno fatto ipotizzare alla dottrina più antica gravi interpolazioni.²⁷ Non è mancato, però, chi ha reputato – non senza ragione – il testo genuino.²⁸

A questo punto, non ritengo che il passo possa mettere in discussione la circostanza che la prigionia di guerra sciolga il matrimonio del *captivus*: ritengo soltanto che in questo caso specifico, come anche in altri considerati dalla dottrina, giuristi ed imperatori abbiano ritenuto di riconoscere taluni effetti al matrimonio del *civis ab hostibus captus*.²⁹ Questo perché sono del parere, in definitiva, che la circostanza che si verifichi un determinato (e peculiare) effetto del matrimonio non comporta che si debbano verificare necessariamente anche tutti gli altri.

5.) Ora, stabilito che il matrimonio del prigioniero non rimane in vita, si devono tentare di comprendere le ragioni per le quali lo scioglimento appare inevitabile.

adulterii en droit romain classique, in *RIDA* 31, 1984, 193 ss., sarebbe infatti sostenuta da una forzata ricostruzione del passo: *si quis plane uxorem suam, cum 'ille' apud hostes esset adulterium commisisse arguat, dicitur posse eum accusare sed non iure viri*. Non è, però, mancato chi, come M.R. De Pascale, *Ulpiano equivocato*, in *Labeo* 42, 1996, 417, ha ritenuto di poterla sostenere ugualmente, senza bisogno di ricorrere ad alcuna modifica del dettato pervenutoci.

25. Sull'ipotesi formulata da E. Volterra, *In tema di accusatio adulterii*, II, *L'adulterium dell'uxor in captivitate*, 1930, ora in *Scritti giuridici* I cit., 327, di concessione al marito dell'accusa *iure extranei* v. le convincenti obiezioni di G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis* cit., 207. Ma v. pure l'ipotesi di H. Ankum, *La captiva adultera* cit., 197 ss., secondo il quale qui il caso trattato è quello di una cittadina romana, catturata dai nemici, che torna in patria e ricostituisce il matrimonio con il marito. Questi, scoperto l'adulterio commesso dalla moglie durante la prigionia, vuole esperire contro di lei l'accusa privilegiata, ed Ulpiano ritiene che possa essere legittimato a farlo. Ma anche su tale ipotesi v. G. Rizzelli, *op. cit.* 209.

26. Su quest'aspetto v. da ultimo G. Rizzelli, *In hac servandae integritatis custodias nulla libido irumpet* (*Sen, contr. 2.7.3*). *Donne, passioni, violenza*, in *Aa. Vv., Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2003, 132 nt. 82.

27. Tra gli altri, cfr. E. Albertario, *Conceptus pro iam nato habetur* in *BIDR* 33, 1923, 1-77, ora in *Studi di diritto romano* I, Milano 1933, 76, U. Ratti, *Studi sulla 'captivitas'* cit., 88, E. Volterra, *In tema di accusatio adulterii* cit., 324 ss., S. Solazzi, *Il concetto dell'ius postliminii* cit., 633 ss., L. Amirante, *Captivitas e postliminium* cit., 194, P. Urso, *Il matrimonio del prigioniero* cit., 125 ss. Ma v. anche le più recenti osservazioni di F. Botta, *Stuprum per vim illatum. Violenza e crimini sessuali nel diritto del terzo secolo d. C.*, in *Violenza sessuale* cit., 79 ss.

28. In tal senso cfr. J.A.C. Thomas, *Accusatio adulterii*, in *Iura* 12, 1961, 75, M. Kaser, *Das römische Privatrecht* II, München 1971, 179 nt. 4, e G. Rizzelli, *Lex Iulia de adulteriis* cit., 210.

29. Non ritengo, pertanto, di poter accogliere l'opinione di H. Ankum, *La captiva adultera* cit., part. 204, il quale considera la fattispecie prospettata nel testo, insieme a Pomp. 15 *ad Sab.* D. 24.3.10 pr., ad Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24.1.32.14 e 2 *de adult.* D. 48.15.14 (13).7, un'eccezione ad un principio generale. Inoltre, lo studioso aggiunge pure il famoso rescritto di Settimio Severo e Caracalla di cui è notizia in C.1. 8.50 (51).1, e di cui Ulpiano tratta in 12 *ad Sab.* D. 38.17.1.3 e in 4 *ad l. Inl. et Pap.* D. 49.15.9 e Marciano in 14 *Inst.* D. 49.15.25.

Il problema si pone per il fatto che nella casistica relativa al matrimonio del prigioniero non vi sono testimonianze esplicite al riguardo: circostanza che ha spinto la dottrina a formulare le più svariate interpretazioni. Sintetizzandole, esse possono essere distinte, grosso modo, in due orientamenti principali: il primo, che ravvisa la causa dello scioglimento nella cessazione della convivenza tra i coniugi;³⁰ il secondo, che invece la riconduce alla *capitis deminutio* che produrrebbe la prigionia, ed alla conseguente impossibilità di considerare la volontà del *captivus* come una volontà giuridicamente rilevante.³¹ Non sono mancati, inoltre, tentativi di conciliare i due opposti orientamenti, ravvisando la causa dello scioglimento sia nello stato di incapacità del prigioniero che nella impossibilità della convivenza tra i coniugi.³²

Quanto al primo risultato, non ritengo che nella letteratura sia giuridica che non giuridica si possano rinvenire fonti che lo supportino adeguatamente: anzi, a ben guardare, ve ne sono alcune che depongono in senso assolutamente contrario. Diversi sono i casi attestati nei quali il matrimonio, nonostante la oggettiva impossibilità della coabitazione, rimane in vita. E' irrilevante, ad esempio, la mancanza di convivenza tra i coniugi nel caso del soldato allontanatosi dalla casa coniugale a causa della milizia:³³ anzi, alle mogli dei soldati era addirittura proibito dalla disciplina militare di seguire il marito;³⁴ ed il ricordo della sposa lontana spingeva il marito ad atti di grande valore.³⁵

30. Tra i cui esponenti vi sono anche studiosi quali L. Mitteis, *Römisches Privatrecht* cit., 131 nt. 19, e E. Levy, *Vershollenheit und Ehe in antiken Rechten*, in *Gedächtnisschrift für E. Seckel*, Berlin 1927, 149, ora in *Gesammelte Schriften* 2, Böla Verlag Köln Graz 1963, 61 s.

31. Dottrina che vede tra i suoi più ferventi sostenitori R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio romano* cit., 119 ss.

32. In tal senso si sono espressi L. Sertorio, *La prigionia di guerra* cit., 60, S. Solazzi, *Il concetto del ius postliminii* cit. 628 ss., il quale non ritiene di poter scindere l'argomento da quello della inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio, G. Longo, *Il requisito della convivenza nella nozione romana di matrimonio*, in *Studi in onore di L. Nina*, *Annali Università di Macerata* 19, 1955, 269 ss, ora in *Ricerche romanistiche* cit. 323 ss., e C. Gioffredi, *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma 1980, 141.

33. Su cui ampiamente v. C. Castello, *Sul matrimonio dei soldati*, in *Riv. It. per le Scienze giuridiche*, XV n.s., 1940, 27 ss.

34. In tal senso v. Serv. *Ad Aen.*, 8.668; Propert. 5.3.45; Cic. *Cat.* 2.10.23; *Livi epit.*, 57; Dio fr. 57.33; App. *Hisp.* 85; Flor. 1.33 (2.18); Edod. 3.8.5; Sen. *Contr.* 9.2 (25); Tac. *Ann.* 3.33.34; Svet. *Aug.* 24. Ma su di esse v. già R. Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio* cit., 100 nt. 278.

35. Virg. *Aen.*, 10. 280-81. Vi sono inoltre due passi di Ulpiano che sembrerebbero escludere la necessità della convivenza dei coniugi considerati in particolar modo dall'Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio* cit., 105 ss.. Il primo è 33 *ad Sab. D.* 24.1.32.13: *Si mulier et maritus diu seorsum quidam habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), putō donationes non valere, quasi duraverint nuptias*, e l'altro è 34 *ad ed. D.* 25.2.15 pr: *Nihil interest, utrum simul an separatim habitaverunt, cum actio rerum amotarum competat etiam adversus*

Tra i due orientamenti appare, pertanto, pur con qualche riserva, legata alla convinzione del mancato verificarsi della *capitis deminutio del captivus*,³⁶ più verosimile il secondo. Il *captivus*, diventato *servus hostium*, non è più in grado di manifestare quella volontà giuridicamente rilevante ai fini dell'esistenza di un *matrimonium iustum*. D'altro canto, è ben noto il principio *cum servis nullum est conubium*,³⁷ ed è altresì noto che, nei primi secoli dell'impero, il *conubium* è il presupposto essenziale del matrimonio.

6.) Le considerazioni sin qui svolte spingono ad ulteriori riflessioni. Si deve infatti tentare di comprendere il motivo per il quale le sorti del matrimonio del *servus hostium* sono le stesse di quelle del *servus* derivante da altre cause: in definitiva, occorre domandarsi perché in relazione a questo istituto non sembra esservi alcuna differenza di regime giuridico tra il *captivus* e quello di chi ha subito la *capitis deminutio maxima*.³⁸

A tal proposito, un valido aiuto può essere fornito da due testimonianze, una di Pomponio e l'altra di Paolo, nelle quali è attestata l'inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio. Si tratta di Pomp. 3 *ad Sab.* D. 49.15.14.1: *Non ut pater filium, ita uxorem maritus iure postliminii recipit: sed consensu redintegratur matrimonium.* e di Paul. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D. 49.15.8: *Non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest, sed tunc, cum et voluerit mulier et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est: quod si noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur.*

eam, quae ex ea domo subtrahit, in qua non simul cum viro habitavit. In realtà, non ritengo che tali passi – sui quali non è il caso di soffermarsi, in quanto la loro esegesi approfondita distrarrebbe dall'indagine proposta – possano costituire una prova rigorosa dell'irrelevanza della convivenza nel matrimonio: la loro presenza, più legata al caso di specie che ad un principio generale, può essere però un indizio a favore della possibilità di derogarvi.

36. Sull'argomento v. da ultima, su posizioni opposte, M.F. Cursi, *Captivitas e capitis deminutio. La posizione del servus hostium tra ius civile e ius gentium*, in *Iuris vincula. Scritti in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli 2002, 297 ss., con ampia e dettagliata bibliografia.

37. Come si legge in *Tit. Ulp.* 5.5.

38. Sulle conseguenze in caso di *capitis deminutio media del civis* la dottrina non è concorde. Con particolare riferimento alla *deportatio* di uno dei due coniugi che, com'è noto, viene equiparata alla *interdictio aquae et igni*, mi sembra di poter aderire alla opinione di A. Schiavone, "Matrimonium" e "deportatio". *Storia di un principio*, in *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società nazionale in Scienze, Lettere ed Arti in Napoli*, Napoli 1967, 421 ss., secondo il quale il mancato scioglimento del vincolo matrimoniale del *deportatus* è orientamento di pensiero già affermato nel corso della giurisprudenza classica; ed al proposito lo studioso ha altresì dimostrato che la dottrina dell'*amissio civitatis del deportatus* è stata elaborata, con fini sistematici, non prima dell'età severiana.

Nel primo passo si legge che il *postliminium* non agisce tra marito e moglie come invece agisce nei rapporti tra padre e figlio. La reintegrazione del matrimonio è infatti solo possibile con un nuovo consenso dei coniugi: considerazione che ritorna, in termini più o meno analoghi, nel testo di Paolo, dove si specifica altresì che il matrimonio viene ripristinato solo se la moglie lo vuole, e sempre che non sia passata a nuove nozze dopo il tempo stabilito.³⁹ È appena il caso di rilevare che sia il riferimento al tempo sia quello – che ad esso segue immediatamente – alle pene previste in caso di divorzio potrebbero apparire come un segnale di rimaneggiamento del passo:⁴⁰ ma, poiché per comprendere i motivi che determinano l'esclusione dell'operatività del *postliminium* nel matrimonio un simile inciso è del tutto ininfluenza, se ne può prescindere senza che ciò comporti conseguenza alcuna.

Di conseguenza, limitando l'analisi al nucleo comune dei due testi, in entrambi si afferma che, a differenza della *patria potestas*, il matrimonio non può essere reintegrato automaticamente *iure postliminii*.⁴¹ In via preliminare, la dottrina si è interrogata sui motivi della trattazione congiunta della *patria potestas* e del matrimonio. A questo proposito ritengo di poter seguire l'opinione di chi, come

39. Termine che potrebbe identificarsi nel quinquennio di Iul. 62 Dig. D. 24.2.6. Le ipotesi sulla origine del quinquennio sono state diverse. Da quella che ha avuto maggiore seguito (che vede tra i suoi maggiori sostenitori P. Bonfante, *Corso cit.*, I, 329), secondo la quale esso risalirebbe alla legislazione giustinianea, a quella di S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano cit.*, 93 ss., il quale ritiene però non senza fraintendimenti – che l'espedito del quinquennio sia stato suggerito dalla costituzione di Onorio, Teodosio e Costanzo del 421 d. C. (C. Th. 3.16.2 pr.), o ancora a quella – tra tutte a mio parere la più verosimile – di C.G. Bruns, *Die Verschollenheit*, in *Kleinere Schriften*, Weimar 1882, 56, che lo fa risalire addirittura alla *lex Iulia et Papia*, dal cui commentario è tratto il passo in esame. In tal caso, però, non si potrebbe escludere che il matrimonio del quale si discute fosse quello rilevante ai fini della legge, che prevedeva termini ben definiti da rispettare per non incorrere nelle penalizzazioni e godere dei vantaggi previsti.

40. In tal senso v. in particolare P. Bonfante, *Corso I cit.*, 329 s. Diversamente, invece, si è posta la dottrina sulla genuinità del passo di Pomponio: a suo favore si è pronunziato senza alcun dubbio E. Volterra, *La conception du mariage d'après les juristes romains*, Padova 1940, 44 nt. 72, e, in una scia di opinioni ad esso conformi, anche G. Longo, *Riflessioni critiche in tema di matrimonio*, in *Sodalitas*, *Scritti in onore di A. Guarino*, Napoli 1984, V, 2366. Su posizioni più moderate H.J. Wolff, *Doctrinal trends in Postclassical Roman Marriage*, in *ZSS* 67, 1950, 307, il quale ha ritenuto l'espressione *sed consensus redintegratur matrimonium* insufficiente dal punto di vista classico. V. inoltre, dello stesso autore, *Written and Unwritten Marriages in Hellenistic and postclassical Roman Law* (Havard Pennsylvania 1939) 93 nt. 337.

41. Concordando così con ciò che risulta da Gai. Inst. 1.129: *Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet ius liberorum propter ius postliminii, quo hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina iura recipiunt; itaque reversus habebit liberus in potestate. Si vero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris; sed utrum ex hoc tempore quo mortuus est apud hostes parens, an ex illo quo ab hostibus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicemus propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse.*

l'Orestano,⁴² ha ritenuto di poterlo giustificare ammettendo che esso possa essere servito ai giuristi per mettere in risalto l'antitesi che intercorre tra i rapporti che entrano in uno stato di pendenza e i rapporti che invece si estinguono: ed il *postliminium*, poiché opera con lo strumento della pendenza,⁴³ non può operare nel matrimonio.⁴⁴ Detto rapporto, infatti, fondato sui due elementi della convivenza dei coniugi e (soprattutto) della loro volontà continuativa, per la sua stessa natura non poteva entrare in uno stato di pendenza.

Ciò stabilito, è interessante rilevare che sia Pomponio che Paolo si sono soffermati sulla circostanza che il matrimonio si può ripristinare solo rinnovando il consenso dei coniugi. L'Urso,⁴⁵ traendo evidentemente spunto da questa affermazione, ha sostenuto – ed il suo discorso è assolutamente condivisibile – che il *postliminium*, che è *ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae*...⁴⁶ se fosse stato operativo anche nel matrimonio, avrebbe imposto ai coniugi una situazione la cui esistenza può dipendere, invece, esclusivamente dalla libertà del consenso. E per questo, l'applicazione automatica del *postliminium* al matrimonio sarebbe stata contraria alla sua natura o, quanto meno, inutile. Così interpretata, la logica che ispira i due giuristi è perfettamente in linea con quella che non riesce ad evitare lo scioglimento del matrimonio a seguito della *captivitas* di uno dei due coniugi.

42. *La struttura giuridica del matrimonio* cit., 147.

43. Anche su tale aspetto rinvio al mio lavoro monografico sulla condizione del *servus hostium* già in precedenza richiamato.

44. Non può essere accolta l'opinione di chi, come C. Accarias, *Précis de droit romain* I, terza ediz., Paris 1882, 95, ha ricondotto invece la causa dell'inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio alla separazione materiale dei coniugi, in quanto, a prescindere da ogni altra considerazione, se la si volesse accogliere, non si riuscirebbe a giustificare la contrapposizione con la *patria potestas*, sulla quale invece i giuristi classici hanno tanto insistito. D'altro canto, non ritengo possa essere d'aiuto a tale ipotesi la circostanza che se la convivenza dei coniugi non si interrompe il *postliminium* è operante, in quanto, a ben guardare, i passi che potrebbero supportare una tale obiezione (quali C.I. 8.50 (51)1, Marc. 14 *Inst.* D. 49.15.25 e 4 *ad l. Iul et Pap.* D. 49.15.9) si occupano della sua concessione ai figli nati dall'unione.

45. *Il matrimonio del prigioniero* cit., 120. Si deve, inoltre, aggiungere che l'autore – il quale è stato sicuramente influenzato in tutta la sua analisi dal pensiero del Watson - parte dal presupposto che se i giuristi non affrontano il problema della inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio questo deriva, con ogni probabilità, dalla circostanza che il motivo di fondo era troppo semplice e naturale per occuparsene.

46. Stando alla definizione classica di Paul. 16 *ad Sab.* D. 49.15.19 pr.: *Postliminium est ius amissae rei recipiendae ab extraneo et in statum pristinum restituendae inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. nam quod bello amissimus aut etiam citra bellum, hoc si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. idque naturali aequitate introductum est, ut qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos redisset, pristinum ius suum reciperet.*

7.) In definitiva, volendo ipotizzare una conclusione, ritengo che l'impossibilità di applicare il *postliminium* al matrimonio del *civis ab hostibus captus* derivi proprio dalla natura stessa del matrimonio.

Se l'impostazione proposta è corretta, ne deriva – almeno finché il nostro occhio può risalire – un ruolo determinante del *postliminium* nella disciplina della *captivitas*: laddove, infatti, esso non è operante, necessitando tale istituto dello strumento della pendenza, la posizione del *servus hostium* non si distingue da quella di chi ha subito la *capitis deminutio maxima*.⁴⁷

Si deve, infine, aggiungere – sia pur di sfuggita - che diversi studiosi, quando hanno discusso dell'inapplicabilità del *postliminium* al matrimonio, hanno voluto mettere in risalto il parallelismo con la sua inapplicabilità anche al possesso.⁴⁸ In realtà, com'è noto, un tale parallelismo non lo si ritrova in alcun testo:⁴⁹ tutt'al più, separatamente, in qualche passo viene affermato che il matrimonio e il possesso non godono del *postliminium*.⁵⁰ E questo indizio è troppo labile per ipotizzare una disciplina omogenea dei due istituti.

São Paulo, novembre 2003.

47. P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (8 ediz.), Paris 1929, 211 s., affrontando il problema degli effetti della *capitis deminutio*, tiene a precisare che non è la *capitis deminutio* che scioglie il matrimonio, ma è il nuovo stato dell'individuo non gli permette di essere più in matrimonio romano.

48. In tal senso v., tra gli altri, P. Bonfante, *Corso cit.*, I, 328. Ma v. pure C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, Milano 1953, 689 nt. 4.

49. Probabilmente, come ha già rilevato l'Orestano, *La struttura giuridica del matrimonio cit.*, 140 nt. 382, l'equivoco è stato generato, con ogni probabilità, da Triph. 4 *Disp.* D. 49.15.12, dove nel paragrafo 2 si parla del possesso, nel 4 del matrimonio ed infine, nel paragrafo 6 si afferma: *cetera quae in iure sunt, posteaquam postliminio redit, pro eo habentur, ac si numquam iste hostium potitus fuisset*. Le critiche mosse dallo studioso a tale ipotesi sono così esaurienti che è superfluo soffermarvisi ulteriormente, ma solo si richiamano espressamente. D'altro canto, non ritengo che il rigore dogmatico dell'Orestano possa essere messo in crisi dalle generiche obiezioni mossegli da J. A. Arias Bonet, *La no reintegracion iure postliminii del matrimonio*, in *AHDE* 25, 1955, 570 ss.

50. In tal senso è significativo Pap. 3 *quaest.* D. 4.6.19: *Denique si emptor, priusquam per usum sibi adquirit, ab hostibus captus sit placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia haec sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio*. Ma v. pure lav. I *epist.* D. 41.2.31.1, la cui classicità – com'è a tutti noto - è assai dubbia: *In his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est: corporaliter tamen possessionem amittunt: neque enim possunt videri aliquid possidere, cum ipsi ab alio possideantur: sequitur ergo, ut reversis his nova possessione opus sit, etiamsi nemo medio tempore res eorum possiderit*. Sul passo v., in particolare, A. Guarino, *Sul "ius singulare postliminii"*, in *ZSS* 61, 1941, 58 ss.

DIREITO CIVIL

PROPRIEDADE E POSSE: UMA RELEITURA DOS ANCESTRAIS INSTITUTOS¹

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Associada do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Silmara Juny de Abreu Chinelato

Professora Associada do Departamento de Direito Civil
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Conceito, conteúdo e limitações da propriedade são objetos de estudo histórico, de Roma ao Direito contemporâneo. As várias teorias sobre a posse e sua importância na atualidade, como direito autônomo, bem como o conceito plurívoco de propriedade são temas analisados para melhor compreender os reflexos na Constituição Federal e no Direito Civil. Considera-se, ainda, a especialidade do Direito Agrário bem como do Direito de Autor.

Abstract:

Concept, contents and property's limitations are object of hystorical study, from Rome to the Contemporary Law. Any theories about possession and its actual importance, as autonomyc law, added to the plural concept of propriety are themes analysed in order to better comprehend the reflexes on Federal Constitution and Civil Law. It still considers the speciality of Agrarian and Author Law.

Unitermos: posse; propriedade; Direitos Reais; limitações à propriedade; Direito Autoral

“Não pretendo romper com toda uma tradição civilista e proceder a um processo de futurologia, para descrever toda a estrutura civilista, esboçando um novo Direito, como que tirado do nada. Nem me anima uma atitude iconoclasta, com a destruição da ordem jurídica existente

1. Estudos em homenagem ao Professor Catedrático José Carlos Moreira Alves

e criação de um *novus ordo*. [...] Tudo o que acontece no mundo, acontece uma só vez. Uma reforma do Direito Civil tem de considerar que ninguém se pode instalar comodamente deitado sobre a ordem estabelecida; e esperar inerte que a justiça lhe caia do céu. [...] O Direito do século XXI forçosamente será diferente do presente, em razão de que o mundo está em permanente mutação – *um perpetuo mobile* – que constantemente terá de absorver o caráter mutante de uma sociedade em permanente evolução. [...] Tenho sentido que se realiza uma transformação nos conceitos jurídicos, permitindo antever que, sobre o Direito que recebemos de nossos maiores, já se desenham as mudanças, permitindo às novas gerações readquirir a fé e a esperança em novos valores.” (Caio Mário da Silva Pereira, *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, in Prefácio, pp. IX e X)

1. Evolução da propriedade sob o enfoque de uma breve retrospectiva histórica, em Roma e na Idade Média: o conteúdo e as limitações ao direito de propriedade. A Revolução Francesa e os ideais de Napoleão.

Um exame retrospectivo histórico, ainda que brevíssimo, se torna essencial para a completude da intenção de revisar os ancestrais institutos sob uma ótica mais consentânea com a realidade, sob as luzes deste arquétipo, costumeiramente denominado de pós-modernismo,² e que exige uma distinta atenção do estudioso do Direito, do intérprete das normas à face dos fatos da vida contemporânea e do aplicador das leis.

2. Segundo Antonio Junqueira de Azevedo (“O Direito pós-moderno e a codificação”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, pp. 3-11, 1999) as características do Direito pós-moderno são três: a) crise da razão; b) hipercomplexidade ou multiplicidade de fontes do Direito, materiais e formais; c) interação. Quanto à última característica, enfatiza o autor a necessidade de se codificar de modo interativo, participativo, democrático, como ocorreu com o recente Código Civil da Holanda, de 1992, cujas cinquenta e duas teses fundamentais foram apresentadas, para discussão, aos estamentos interessados. Para Erik Jayme (“Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne” *Cours Général de Droit International Privé, Recueil des Cours. Académie de Droit International*, t. 251. The Hague – Boston – London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 246 e ss) a cultura jurídica pós-moderna é caracterizada por quatro fenômenos: a) pluralismo - de fontes legislativas e de sujeitos a proteger, b) a comunicação, c) a narrativa e d) o retorno aos sentimentos (*retour des sentiments*).

Segundo Moreira Alves, o direito de propriedade não foi definido no Direito Romano.

Na Idade Média, juristas o fizeram fundamentando-se em alguns textos que, no entanto, não se referiam à propriedade. Com base em um rescrito de Constantino (C.IV, 35, 21) relativo à gestão de negócios, os juristas definiram o proprietário como *suae rei moderator et arbiter* (regente e árbitro de sua coisa). De fragmento do Digesto (D.5,3, 25,11) sobre o possuidor de boa-fé, deduziram que a propriedade seria o *ius utendi et abutendi re sua* (direito de usar e de abusar de sua coisa).³

Do Digesto 1,5,4, pr., em que se define a liberdade, resultou a aplicação desse conceito à propriedade que, então, seria a “*faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo direito*”⁴

Acentua Moreira Alves que, ao longo de uma dezena de séculos, o Direito Romano sofreu mudanças, repercutindo também no conteúdo do direito de propriedade que se alarga ou se reduz, tendo em vista não-só o regime político, como também as exigências econômico-sociais. Mesmo o conceito de Bonfante bastante difundido, peca pela incompletude: “*propriedade é a senhoria mais geral sobre a coisa, seja em ato, seja pelo menos em potência*”⁵ Como observa Volterra, este conceito reflete só a propriedade romana primitiva (soberania do *pater familias* sobre a coisa), mas não se aplica exatamente à propriedade como se apresenta nos direitos clássico e pós-clássico.

Para Moreira Alves, parece ser correta a afirmação de Carlo Longo, no sentido de que a distinção entre o direito de propriedade e os outros direitos reais (*iura in re aliena*) é a circunstância de ser *ele o direito real de conteúdo mais amplo, e o único autônomo*.⁶

No período pré-classico, os romanos só conheceram uma espécie de propriedade: a propriedade quirítária (*ex iure quiritium*), a qual era incumbida tão apenas aos cidadãos romanos, ou a um latino ou peregrino que tivesse o *ius commercii*. Seu objeto era a coisa móvel ou imóvel. Se imóvel, só configurava propriedade quirítária, se situado na Itália ou nas províncias onde se estendera o *ius italicum*.

3. José Carlos Moreira Alves. *Direito Romano*, v. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 270 e ss.

4. O texto original, que se refere à liberdade, foi assim traduzido por Hécio Maciel França Madcira, na obra *Digesto de Justiniano*, livro I. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 55: “*A liberdade é a faculdade natural de fazer o que a cada um apraz, a não ser que isto seja proibido pela força ou pelo direito*”.

5. Reproduzido em suas *Istituzioni di Diritto Romano*, X. edição, § 80, p. 249.

6. Moreira Alves se refere, na página 282, à obra de Carlo Longo, *Corso di Diritto Romano – Le cose – La proprietà e i suoi modi di acquisto*, p. 74.

No Direito clássico encontramos, ao lado da propriedade quirítária, três situações análogas: propriedade *bonitária* ou *pretoriana*; propriedade *provincial* e propriedade *peregrina*. Em breve síntese, releiam-se as suas características fundamentais:

Propriedade bonitária ou pretoriana – surgiu quando o pretor passou a proteger a pessoa que, tendo comprado uma *res Mancipi* (móvel), recebia-a do vendedor por meio da simples *traditio* e não pela forma solene da propriedade quirítária, a *mancipatio* ou a *in iure cessio*. Assim, a *traditio* não transferia a propriedade ao comprador. O vendedor continuava a ter a propriedade quirítária sobre a coisa, podendo reivindicá-la do comprador, situação iníqua.

Propriedade provincial – referia-se a imóveis que estavam situados nas províncias às quais não tinha sido estendido o *ius italicum*. Os particulares – cidadãos romanos ou não – só podiam ter a posse, pagando *stipendium* para o povo romano, se província senatorial, ou *tributum*, para o príncipe, se província imperial.

Propriedade peregrina – peregrinos que não tivessem o *ius commercii* não podiam ter, sobre coisas imóveis ou móveis, a propriedade quirítária. Se comprassem móveis ou imóveis suscetíveis de serem objeto de propriedade quirítária, seriam deles meros possuidores. Uma verdadeira propriedade de fato que foi sendo protegida pelos pretores peregrinos, em Roma, e pelos governadores, nas províncias. Aos peregrinos eram concedidas ações reais análogas às que protegem a propriedade quirítária. Muitas dessas ações tinham cláusula em que o magistrado ordenava ao juiz que julgasse a questão como se o peregrino fosse cidadão romano (ações fictícias, portanto).

No período pós-clássico, essas diferentes espécies de propriedade vão desaparecendo até que, ao tempo de Justiniano, só se encontrará uma *única propriedade*. Moreira Alves aponta as seguintes características desse modelo, no Direito Justiniano: a) a propriedade era transferida pela simples *traditio* (no Direito clássico, a *traditio* ocorria só na propriedade pretoriana ou bonitária); b) estava sempre sujeita aos impostos (no período clássico, a sujeição só alcançava a propriedade provincial); c) sobre a propriedade pesava uma série de limitações impostas por necessidade da Administração pública (no Direito clássico as limitações se referiam à propriedade provincial).

São várias as causas que deram origem a esta unificação, sendo a principal a extensão da cidadania a quase todos os habitantes do Império Romano, em 212 d.C., por Caracala, fazendo com que a propriedade peregrina praticamente desaparecesse.

São relevantes, ainda, para o arrolamento das causas, a fusão do *ius civile* e o *ius honorarium* e o desaparecimento das formas solenes de transmissão de propriedade, resultando a extinção da propriedade pretoriana.

Aponte-se, ainda, que a isenção de impostos para a propriedade quirritária deixou de existir com Diocleciano (285 a 305 d.C.). A partir deste momento, o pagamento de impostos por todos não mais significava que o Estado era o proprietário do imóvel e o particular, simples possuidor.

Assim alinhavado, em breves esquemas historiográficos, o percurso romano da propriedade, é necessário enfatizar, mais uma vez, que o conceito de propriedade foi construído na Idade Média e não no Direito Romano, conforme já perfeitamente demonstrado por Moreira Alves. O sentido de “*abuti*” não parece ser o mesmo sentido de “*abusar*” senão simplesmente o de “*dispor*”⁷

Quanto às limitações propriedade, foi possível reconhecê-las por três origens diferentes: por vontade do proprietário (*iura in re aliena*); por causas naturais e por força de lei. Como exemplo de limitações naturais pode ser mencionado o fato de que o proprietário só pudesse usar o espaço aéreo sobre o imóvel ou seu subsolo, até onde fosse economicamente possível atingir. Tratava-se de limitações impostas pela fragilidade da força humana, considerada nas características daquele tempo.

As mais importantes limitações decorrentes da lei apresentaram-se, no Direito Romano, desde o período pré-clássico, e atingiam bens imóveis e bens móveis. Quanto aos imóveis, eram impostas por interesses de particulares – direitos de vizinhança – e por interesse do Estado. Em face dessas limitações, o proprietário deveria abster-se de certos usos da coisa (*non facere*) ou deveria tolerar que outrem dela se utilizasse (*pati*).

Moreira Alves analisa, de modo acentuado e esclarecedor, as limitações nos períodos pré-clássico, clássico e pós-clássico. No período pré-clássico, essas limitações encontravam-se na Lei das XII Tábuas. Entre elas, por exemplo, pode ser citado o fato de o proprietário de um terreno estar obrigado a permitir que os galhos das árvores do vizinho se projetem sobre seu imóvel, até altura determinada, podendo cortá-los caso se projetem abaixo dessa altura limite. Outros exemplos de limitações legais desse período são interessantes de serem descritos, como o fato de o proprietário poder entrar – dia sim, dia não – no imóvel do vizinho para colher frutos caídos de suas árvores; ou o fato de o proprietário estar obrigado a conservar a estrada que confinasse com seu imóvel, sob pena de ter de permitir a passagem – inclusive de animais – por seu terreno; ou, ainda, o fato de estar obrigado, o proprietário, a permitir a passagem para o sepulcro de alguém, se este fosse o único caminho. (Digesto 11, 7,12, pr.).

7. Scialoja trata do assunto na Teoria della Proprietà nel Diritto Romano.

Por outra parte, e ainda como descrição legal de limitações ao direito de propriedade, anote-se que as Constituições imperiais estabeleceram, para as cidades grandes, a altura máxima dos prédios. Em Cícero, *De legibus*, encontra-se, por exemplo, a proibição de se sepultar mortos em imóvel, dentro de uma cidade; e, fora dela, também incidiu a proibição, até uma distância mínima de qualquer edifício. A Constituição de Antonino Pio (Institutas de Gaio, I, 53), por sua vez, estabeleceu que o dono de um escravo, se o maltratasse, estaria obrigado a vendê-lo.

Já no período pós-clássico, as limitações ao direito de propriedade aumentaram de modo significativo, restando ao proprietário obrigado, por exemplo, a permitir a escavação de minas, em seu terreno, por terceiros, recebendo 10% do valor, com igual percentagem ao Estado. Aumentaram também, nesse período, as limitações às construções, quanto à distância entre uma e outra, e quanto à altura máxima.

Como formidável prenúncio à noção de funcionalidade social da propriedade, registrou-se, nesse tempo, penalidade para o proprietário que não cultivasse o seu terreno, prescrevendo que ele perderia o seu direito de propriedade em favor de quem o cultivasse por mais de dois anos. Nessa esteira de preceitos legais prenunciadores de limitações que podem ter sido o embrião de prescrições restritivas atuais, é curioso anotar, também, o que proibia o proprietário de levantar construção de modo a impedir que o vento atingisse o terreno do vizinho, proibição esta que destacou, à evidência, a rejeição romana, nesse período, ao uso anti-social da propriedade.

Quanto à desapropriação e uso anormal da propriedade, notadamente quanto ao direito de vizinhança – imissão de fumaça, calor, ondas sonoras – o assunto já se mostrou mais polemizado, pois não há fonte segura que ateste essas limitações. Moreira Alves informa que na Idade Média surgiu a proibição de atos emulativos – *ad aemulationem* – que visem apenas a prejudicar os vizinhos.⁸

O romanista Andrea Di Porto escreveu um interessante ensaio sobre a proteção do meio ambiente no Direito Romano, inclusive no que diz respeito à defesa e proteção dos rios. Assim o autor resume seu pensamento: “*o papel do cidadão na tutela do ambiente merece destaque já na antiguidade quando se verifica a conexão entre desenvolvimento e poluição. O problema da adoção de formas de tutela da salubritas se apresenta efetivamente no mundo romano. Vemos, por conseguinte, que o quadro das formas de tutela, emergente das fontes, apresenta-se orgânico e rico de*

8. As limitações ao direito de propriedade encontram-se nas páginas 285-8 da obra *Direito Romano*, v. 1, 10ª ed., 1995.

*instrumentos eficazes, vis-à-vis o forte desenvolvimento econômico-social vinculado ao grande desenvolvimento urbanístico de Roma (III séc. a. C)''*⁹

Na Idade Média, novas concepções foram deflagradas e alterou-se profundamente a feição do direito de propriedade, infelizmente não para melhor, circunstância em que a propriedade passou a ser considerada de modo desmembrado, dividindo-se em domínio direto e domínio útil, este último endereçado ao vassalo, subserviente do titular do domínio direto, seu senhor e suserano.¹⁰

Ocorreu, então, a introdução de uma hierarquia oriunda do Direito Público na técnica privatística do Direito das Coisas, admitindo uma superposição de domínios de diferentes densidades. A valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a propriedade criaram uma identificação entre a soberania e a propriedade.¹¹

Todos esses privilégios da realeza e também do clero, cuja duração se prolongou por mais de dez séculos, foram, afinal, sufocados pela Revolução Francesa, no século XVIII. A Revolução teve por meta a extinção do servilismo que impregnou o regime anterior, trazendo a libertação das instituições e a humanização dos direitos.

Dentre tais direitos, destacou-se, sem dúvida, o direito de propriedade, já que a Revolução, numa palavra, libertara o solo.¹² E o grande monumento legislativo deste momento histórico foi o Código francês (1804). No entanto, sabe-se, não possuiu este Código, destarte a sua grandiosa novidade e prestígio, o carisma de ser eterno, como supôs o próprio Napoleão, quando vaticinou: *'Minha glória não é ter vencido quarenta batalhas; o que nada ofuscará, o que viverá eternamente, será o meu Código Civil'*¹³

Enganou-se o imperador, certamente, pois os atributos da imutabilidade e da eternização não podiam – como não podem – ser imputados a nenhuma espécie ou tentativa de estratificação dos fatos da vida dos homens, exatamente porque os fatos mudam e torna-se impossível suportar o descompasso entre a norma, pensada imutável, e a dinâmica própria da vida.

9. "O papel do cidadão na tutela do ambiente". *Estudos Jurídicos. Universidade do Vale do Rio dos Sinos*. V. 23, n. 59, set/out 1990, pp. 79-83. Trabalho apresentado no VI Congresso Latino-Americano de Direito Romano, Civil e Comparado, realizado no Rio de Janeiro, em 1990 e faz parte de pesquisa maior elaborada pelo autor. Tradução de Myriam Benarrós.

10. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, "Enfitecuse". *Direito Civil – Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 185-193.

11. Emílio Gischkow. *Princípios de Direito Agrário*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 100.

12. Orlando Gomes. *A crise do Direito*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955, p. 118.

13. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka. "Função Social do Contrato". *Direito Civil – Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 101-117.

Não se eternizou o Código, não se eternizaram os valores individualistas que emergiram da lógica da Revolução. Mas, ao contrário, transformaram-se os homens, alteraram-se os fatos, sociabilizou-se a sociedade, instalaram-se os chamados direitos de segunda geração¹⁴ ou direitos sociais, que insere o sujeito de direito na completude social, em superação ao modelo que simplesmente imputa a cada homem *de per se* considerado, e a todos, a um só tempo, o *status* da igualdade formal perante a lei, que marca e caracteriza a teoria individualista da era moderna.

Destes direitos sociais destaca-se o reconhecimento das liberdades políticas e das liberdades sociais que tiveram, como matriz ou fonte, exatamente a trajetória dos movimentos chamados sociais, de trabalhadores sem salário e sem terra, de desvalidos sem assistência, de crianças e idosos sem benefícios, de pobres sem a atribuição da condição de cidadãos.

É Norberto Bobbio¹⁵ quem elenca, a partir desta alteração de paradigmas sociais ou de *status* sociais, o nascedouro destes novos direitos, referindo-se à promulgação de textos legislativos como a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952), a Declaração dos Direitos da Criança (1959), a Declaração dos Direitos do Deficiente Físico (1975) ou a Declaração dos Direitos do Ancião na Assembléia de Viena (1982).

Para tanto quanto interessa a este estudo, no mesmo diapasão, reformulou-se o paradigma da propriedade, para incorporar o atributo da função social que lhe passou a ser inerente.

2. A doutrina da função social. A filosofia tomista e as encíclicas papais. Leon Duguit. A Constituição de Weimar. O ordenamento constitucional brasileiro.

A idéia de função social – sabe-se – não era nova, não foi criada neste momento de transformação e de socialização do direito. Por isso, quando ocorre a referência a *nascer* ou a *novo direito*, na verdade só se está produzindo uma espécie de *reflorescimento* de idéias já bem antigas, pinçadas à Bíblia, ao Direito Romano ou aos grandes filósofos do passado.

A doutrina social da Igreja católica teve seu ponto alto registrado por São Tomás de Aquino, o Doutor Angélico,¹⁶ que vislumbrou na propriedade o seu

14. Cf. Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, *passim*.

15. Norberto Bobbio. *idem*, p. 69.

16. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, "Função Social do Contrato", *cit.*, pp. 102-103.

traço original de Direito Natural que, paulatinamente, vai se modificando e, de modo artificial, admite a apropriação pelo homem das parcelas do que antes a todos pertencia, coletivamente. Por isso, *em cada época* – como escreve Luiz Edson Fachin¹⁷ – *a propriedade constituiu-se de contornos diversos, conforme as relações sociais e econômicas de cada momento; o grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva indisfarçavelmente do grau de complexidade das relações sociais.*

Este modo artificial de transmutação do Direito Natural, segundo a concepção tomista, traduzia exatamente a norma positiva, que conferiu os bens a certas titularidades, regulamentou a sua divisão, a sua transmissão e a sua proteção.

Importantes encíclicas papais derivaram desta concepção filosófica e entre elas a mais importante a *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, *que reconheceu à propriedade privada sua função social, sua função de utilidade comum a todos, deixando a salvo, contudo, a iniciativa privada, garantindo, desta forma, a liberdade e a dignidade humanas.*¹⁸

Além desta famosa encíclica, outras merecem destaque, ladeando-se a preciosas mensagens papais, constituindo, todas, o arcabouço histórico da evolução do direito de propriedade, pelo prisma da doutrina social da Igreja. Entre elas: a encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), de Pio XI, a *Mater et Magistra* (1961), de João XXIII e, ainda, a *Populorum Progressio* (...) de Paulo VI, esta última reproduzindo a famosa idéia tomista de que *o supérfluo dos ricos é o necessário para os pobres.* Entre as mensagens papais, merecem especial registro a *La Solemita* (1941) e a *Oggi* (1944).

A visão da Igreja é nitidamente funcionalista, como se verifica pelos registros de tão especiais e ilustrativos documentos papais, e construiu a base do pensamento católico acerca da propriedade. A influência, pois, da Igreja, na concepção evolutiva da propriedade é absolutamente marcante, registrando-se nos momentos críticos da sociedade humana e sua histórica, buscando, principalmente, *estabelecer limitações ao absolutismo e ao individualismo e até às arremetidas do Estado sobre a propriedade privada em nome do interesse público.*¹⁹

Posição assemelhada a esta – ao menos no que diz respeito ao reconhecimento de um função social associada à concepção da propriedade – já havia

17. Luiz Edson Fachin. *Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 18.

18. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, “Função Social do Contrato”, *cit.*, p. 103.

19. Carlos Alberto Dabus Maluf. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997, pp. 56-57.

sido igualmente defendida por Leon Duguit, autor francês de arrojada tese acerca do assunto, conforme lançou os registros em sua famosíssima obra *Transformações Gerais do Direito Privado, desde o Código de Napoleão* (1912), cuja síntese poderia ser refletida pela afirmação do polêmico pensador a respeito de que *a propriedade não é, pois, o direito subjetivo do proprietário: é a função social do detentor da riqueza.*²⁰

A teoria de negação dos direitos subjetivos de Duguit, como se afere, baseou-se na concepção de propriedade – senão como um direito subjetivo – como um *dever*, evoluindo para a concepção do que se convencionou denominar *propriedade-função*. Desta forma, entendeu ele que o homem não tinha direitos, mas seria tão-somente um instrumento a serviço da sociedade; vale dizer, por ser membro de uma coletividade, cada um teria obrigações a cumprir, sob o referencial da função social a cada um incumbida e de sorte a que, segundo ele, *ninguém possui mais direitos senão aqueles de cumprir com seus deveres.*²¹

Com toda a certeza, o grande positivista francês excedeu-se em suas considerações, especialmente ao concluir sua tese que negou a existência de direitos subjetivos. Contudo, têm os autores da contemporaneidade repetido que, se a doutrina de Duguit não foi aceita na sua integridade, suas conclusões, por outro lado, oferecem importantes vertentes acerca do raciocínio filosófico sobre a função social.

Não parece restar mais dúvida, na atualidade, a respeito de que a propriedade *não é uma função social*, mas que – isso sim – *tem uma função social que lhe é inerente*, significando que se encontrará o proprietário obrigado a dar uma determinada destinação social aos seus bens, concorrendo, assim, para a harmonização do uso da propriedade privada ao interesse social, mas sem o exagero da coletivização dos bens, *modus* próprio de outro regime ou sistema político-econômico, de natureza socialista.

De toda a sorte, o que se passa, enfim, é este excepcional e indiscutivelmente real fenômeno que restringe e limita o exercício do direito de

20. Cf. menciona Carlos Alberto Dabus Maluf (*Limitações ao Direito de Propriedade. cit.*, p. 61-62), reproduzindo o âmage do pensamento de Duguit no seguinte percurso de sua obra: *A propriedade é para todo o possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação, de ordem subjetiva, de empregar a riqueza que possui e manter e aumentar a interdependência social. Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma certa função em razão direta do lugar que nela ocupa, o possuidor da riqueza, pelo fato mesmo de possuí-la, pode realizar um certo trabalho que só ele mesmo pode fazer. Está, pois, obrigado socialmente a realizar esta tarefa e não será protegido socialmente mais do que a cumpra e na medida que a cumpra. A propriedade não é, pois, o direito subjetivo do proprietário: é a função social do detentor da riqueza.*

21. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, “Função Social do Contrato”, *cit.*, p. 106.

propriedade, pela faceta de suas diversas faculdades jurídicas, *aparando arestas do individualismo tradicional*, como diria Caio Mário da Silva Pereira,²² e *bombardeando, de todos os ângulos, o absolutismo do direito de propriedade* [...].²³

O espírito mesmo da legitimidade da concepção, a verdadeira mola de admissibilidade e de fundamentação de uma tal *funcionalização* do direito de propriedade – ou *socialização* do direito, ou *paternalização* das instituições, ou *humanização* das relações jurídicas, como preferem as mais distintas correntes do pensamento filosófico-jurídico da era pós-moderna ou contemporânea – reside, por certo, no fato de que a *propriedade individual, dentro nas vestes tradicionais, não conserva o conteúdo ético de assenhoração que exprime o contexto do artigo 524 do Código Civil* [atual *caput* do artigo 1.228]; *não se compraz com as idéias dominantes neste começo de milênio, que o dominus tenha o poder de utilização e gozo da coisa sua, numa tal extensão e profundidade que chegue a sacrificar o direito alheio, ou mais precisamente, o bem-estar de toda a comunidade*.²⁴

O reconhecimento de uma nova ordem – acima e além da *manière plus absolue de jouir e disposer des choses*²⁵ – instalou-se, com a superação do princípio pré-revolucionário do *laissez faire, laissez passer*, com a superação da atribuição de poder absoluto ao titular do direito de propriedade.

A Constituição alemã de Weimar (1919) revelou a síntese perfeita, a expressão mais simples, desta nova concepção de inversão de *status* de titularidade, ao normatizar, pelo viés do seu artigo 153, que a *propriedade obriga*. Registro histórico da maior importância, na primeira metade do século passado, esta Carta determinou expressamente que o uso da propriedade deveria se processar à face do interesse geral. Viga mestra da assunção principiológica constitucional da nova ordem, a concepção de Weimar espalhou-se por outras Constituições estrangeiras, que, igualmente, consignaram o importante princípio.

Adverte Clóvis do Couto e Silva que não foi fácil estabelecer seu significado, por duas razões. O Direito Constitucional e o Direito Civil eram considerados territórios autônomos, incomunicáveis, fruto natural da separação entre

22. Caio Mário da Silva Pereira. *Direito Civil – alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 70.

23. Caio Mário da Silva Pereira. *idem*, p. 71.

24. Caio Mário da Silva Pereira. *idem*, pp.71-72.

25. Conforme a famosa consagração do artigo 544 do Código Civil francês (1804).

o Estado e a sociedade própria da concepção liberal. Acresça-se a neutralidade valorativa que definia o Direito Privado.²⁶

Observa-se, contudo, não ser esta a diretriz atual, desde fins do segundo milênio quando, então, ganha cada vez mais importância a visão do Direito Civil com base constitucional – por alguns denominado *Direito Civil Constitucional* – bem como a interpenetração do Direito Civil no Direito Público e do Direito Público no Direito Civil, tema bem tratado por Michele Giorgiani²⁷ e, entre nós, por Maria Sylvania Zanella Di Pietro.²⁸

Clóvis do Couto e Silva observa ainda que, quando o art. 153 da Constituição de Weimar consagrou o princípio segundo o qual *a propriedade obriga*, dando expressão a uma idéia ainda sem forma, mas em vigor no mundo social, anotou Martin Wolff que se tratava de um princípio tradicional no Direito germânico.

Para Martin Wolff – e segundo a visão de Clóvis do Couto e Silva – do mencionado princípio resultaria para todo e qualquer direito subjetivo uma dupla obrigação para o titular: o dever de exercer o direito, se for de interesse público e o dever de exercê-lo de modo que satisfaça ao referido interesse público. Escreve o jurista gaúcho: “*Acresce, ainda, que o princípio a propriedade obriga tem, ademais, o significado de que o patrimônio obriga, para concluir que nesta última fórmula vive, concomitantemente, uma fração do postulado revolucionário da fraternidade. Assim, a concepção moderna da propriedade toma uma outra conotação, e a diversidade dos objetos sobre os quais ela recai passa a exigir uma regulamentação que lhe seja própria, de tudo resultando vários tipos de propriedade. A grande modificação que se operou no Direito brasileiro relacionou-se, como na maioria dos países, com a propriedade agrária e urbana – em última análise, com a Reforma Agrária e urbana*”.²⁹

Entre nós, brasileiros, apenas a partir de 1934 é que a doutrina da função social alcançou o bojo constitucional, desenhando-se os seus primeiros contornos. Não repetiu a posição, a Carta de 1937, regresso prejudicial no arco evolutivo da propriedade brasileira, mormente a fundiária.

26. “O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro”. *Revista dos Tribunais*, n. 628, 1988. O mesmo ensaio foi republicado em *O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Vera Maria Jacob de Fradera (coordenadora). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

27. “O Direito Privado e as suas atuais fronteiras”. *Revista dos Tribunais*, v. 747:35 e ss.

28. Consulte-se Maria Sylvania Zanella Di Pietro em *Do Direito privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

29. “O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro”. *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, cit., pp. 11-31. A citação encontra-se na p. 22, *in fine*, c 23.

Mas o tema foi reabsorvido pela Constituição subsequente (1946) que, no art. 147, condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social. Lembra Gustavo Tepedino que a preocupação da Constituição Federal de 1946, com a função social da propriedade, segue a esteira de farta legislação intervencionista, que caracterizou os primeiros passos do Estado assistencialista e da socialização do Direito Civil.³⁰

O Estado Assistencialista – Welfare State, État Providence ou Stato del Benessere – não mais se limita a mediar as relações privadas e elaborar as normas, mas passa a intervir fortemente para buscar objetivos fundamentais de justiça social, conforme descreve Gustavo Tepedino: *“A meta da justiça retributiva, conquista da Revolução Francesa, dá lugar à justiça redistributiva, com o acentuado intervencionismo estatal e dirigismo contratual que, no Brasil, é fartamente documentado a partir dos anos 30. A propriedade passa a ter uma função central de redistribuição de rendas. A titularidade da situação proprietária passa a implicar para seu titular, no concomitante respeito a crescentes situações não-proprietárias. A destinação do bem apropriado ora é determinada por lei, ora é controlada e restringida, ora é proibida, caracterizando-se o direito de propriedade menos pelo seu conteúdo estrutural acima descrito e mais pela destinação do bem sobre o qual incide ou, ainda, por sua potencialidade econômica.”*³¹

Acrescenta o autor que a fórmula *jus utendi et abutendi* é insuficiente para descrever a relação jurídica proprietária e *começa a ser questionado o direito proprietário como um direito único*. Verifica-se que a estrutura do Direito, fixada pelo Código Civil, é insuficiente para abrigar a multiplicidade de situações proprietárias, distintas umas das outras em função da *destinação do bem* e da disciplina aplicável na relação intersubjetiva em que se inseriram.

Em 1939, Filippo Vassali e, depois, Salvatore Pugliatti, no estudo *La Proprietá e le Proprietá*, de 1954, propõem a desintegração conceitual de propriedade. Pugliatti alude a “propriedades”. Contra o conceito não-unitário de propriedade ou noção pluralista de propriedade, cite-se Cariota Ferrara. Reafirma, ainda, o conceito *plúrimo* de propriedade, Ricardo César Pereira Lira, notável especialista em Direito das Coisas – propriedade urbana e fundiária – a quem se

30. “Contornos constitucionais da propriedade privada”. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 267 e ss., especialmente p. 269.

31. “A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária, e a Constituição)”. *Revista Forense*, v. 306, pp. 73-8.

deve o estudo pioneiro do novo direito de propriedade aplicado às favelas, uma realidade brasileira.³²

A Constituição, de 1967, e a sua Emenda de 1969 consagraram o princípio da função social da propriedade, de forma mais ampla, provavelmente porque já se encontrava promulgado o Estatuto da Terra (1964) que estabeleceu que *à propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo, previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta lei (art. 12)*.

Assegurou, o Estatuto da Terra, ainda, o acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social (art. 2º) e determinou as sanções (art. 13) impostas à observância do ordenamento constitucional e da lei ordinária.

A nova Carta brasileira, Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, no Título II, relativo aos *Direitos e Garantias Fundamentais*, garantiu o direito de propriedade (art. 5º, XXII), mas condicionou-o à função social, determinando que a propriedade a atenderá (art. 5º, XXIII). No Título VII, *Da Ordem Econômica e Financeira*, a Constituição – no capítulo referente à *Política Agrícola e Fundiária e Reforma Agrária* – estabeleceu os requisitos que devem ser atendidos, de modo simultâneo, a fim de que a função social, que é inerente à propriedade rural, possa ser integralmente cumprida.

Observe-se que a Constituição que ora vige detalhou, mais que as suas antecessoras, a noção de função social, não dizendo o que *ela é*, mas estabelecendo parâmetros que permitem a construção da sua idéia. Na verdade, a Constituição inseriu a função social da propriedade como um dos megaprincípios da ordem econômica e, também – já se mencionou – a elenca entre os direitos e as garantias fundamentais.

Gustavo Tepedino bem observa que esta inserção constitucional, entre os direitos e as garantias fundamentais, teve o escopo de elevar a determinação de atendimento à função social ao patamar de regra fundamental, *apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico*.³³

Segundo Gustavo Tepedino o que diferencia o ângulo de consideração da função social, na Constituição Federal de 1967-69 e na de 1988 é que, enquanto naquela a função social era princípio da ordem econômica e social, na Constituição vigente é encartada no âmbito dos direitos e garantias fundamentais (inciso XXIII do art. 5º).

32. Consulte-se, do autor, *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, especialmente p. 364.

33. Gustavo Tepedino. "Contornos constitucionais da propriedade privada", cit., pp. 267-292.

Há disciplinas diversas para a propriedade, segundo sua potencialidade quanto à destinação econômica. O art. 185 da Constituição Federal estabelece serem inexpropriáveis, para fins de reforma agrária: “I- a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II- a propriedade produtiva.”

Gustavo Tepedino invoca, também, o art. 5º, XXVI, segundo o qual a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, é impenhorável para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar seu desenvolvimento. Elenca, ainda, o Capítulo III do Título VII (arts. 184 a 191) que trata da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, no qual se encarta a norma que cuida das restrições de aquisição de propriedade rural por estrangeiros (art. 190).

Antes, o autor em consideração enfatiza a importância do art. 183 da Constituição que trata de *usucapião urbano*, reconhecido a quem possuir como sua, área urbana de até 250 m², por cinco anos, de modo ininterrupto e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família.

Lateralmente à modalidade urbana de usucapião situa-se o *usucapião especial* ou *usucapião agrário*, ou, ainda, *usucapião pro labore*. A ele aludem as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967-69, e a de 1988, bem como o Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964, art. 98), regulado pela Lei n. 6.969, de 10 de dezembro de 1981. Usucapião *pro labore*, como o próprio nome indica, é o que permite a aquisição do domínio *peelo trabalho* do possuidor da gleba rural, bem como pela sua *morada efetiva* no imóvel possuído, pois esta espécie de usucapião é modalidade que personaliza o usucapiente e que somente se pode verificar relativamente à *propriedade agrária* como *bem de produção*. Trabalho produtivo e morada habitual são, pois, os requisitos da denominada *posse agrária*³⁴ posse esta que se distingue da posse comum exatamente *peelo fato da produtividade e da pessoalidade do ato agrário, impregnando-se, como tudo o mais que compõe o conteúdo do Direito Agrário, da milenar função social da propriedade. E esta é a posse ad usucapionem da espécie em exame, isto é, a posse hábil para gerar o usucapião especial.*³⁵

Em 18 de junho foi aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à

34. Sobre posse agrária, leia-se mais, abaixo, neste mesmo estudo, sob o item 3.

35. Giselda M. Fernandes Novais Hironaka, “Usucapião Especial: características do imóvel usucapiendo em face da Constituição Federal de 1988”, *Direito Civil – Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 195-198.

sanção presidencial, o Projeto de Lei n. 181, de 1989 (n. 5.788, de 1990, da Câmara dos Deputados), transformando-se na Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como *Estatuto da Cidade*.

A lei em tela regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece as diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Importante instrumento de política urbana, desde há muito tempo tem sido alvo da preocupação dos juristas, entre os quais salienta-se a valiosa contribuição do professor Ricardo César Pereira Lira, composta de ensaios, palestras e proposta de projeto de Lei.³⁶

Além do usucapião especial de imóvel urbano, previsto nos arts. 9.º a 20, estabelece a Lei, tal como o Projeto n. 181/89, do qual se origina, a *concessão de uso especial para fins de moradia* e o *direito de superfície* (arts. 21 a 24) já proposto por Ricardo Lira, como solução para a questão da moradia, juntamente com a *concessão de direito real de uso*. Embora recente, a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, já foi objeto de relevantes estudos doutrinários, entre os quais o coordenado pela ilustre administrativista Odete Medauar.³⁷

Após análise da Constituição Federal, Gustavo Tepedino conclui, em oportuno resumo, que o constituinte criou estatutos diversos para a propriedade, segundo a sua *localização* (rural ou urbana), ou segundo a sua *potencialidade* (produtiva ou não-produtiva), ou, ainda, segundo a sua *titularidade* (por nacionais ou estrangeiros).

Quanto à mulher, convém observar que a Constituição previu expressamente – em boa hora, ainda que tardiamente – que ela pode adquirir o domínio, de área urbana, de até 250 m², nos termos do § 1º do art. 183, o que se coaduna com a igualdade entre homem e mulher – igualdade real e não-formal.³⁸

Pode ela, ainda, ser beneficiária da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária, nos termos do parágrafo único do art. 189.

Quanto ao usucapião *pro labore*, previsto no art. 191, apesar de não haver contemplação expressa, parece claro que a mulher também poderá usucapir, nas

36. Consulte-se a íntegra dos ensaios e proposta de projeto de lei em *Direito Urbanístico Brasileiro*, citado.

37. *Estatuto da Cidade. Lei n. 10.257, de 10.07.2001*. Coordenação de Odete Medauar e Fernando Dias Menezes de Almeida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

38. Sobre a igualdade real e não apenas formal entre homem e mulher, na Constituição Federal, consulte-se de Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida *Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da personalidade*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001. O tema é tratado nas páginas 37 e 73-76.

mesmas condições que o homem, aplicando-se aqui a igualdade real ou substancial prevista no art. 5º, I, da Constituição Federal.³⁹

Na análise, então, do desenho constitucional acerca do quanto possa dizer respeito e interessar, direta ou indiretamente, ao instituto da propriedade, relembre-se o importante art. 186, que fornece diretrizes seguras para o conteúdo da função social da propriedade. Também não se pode deixar de relevar o *princípio da dignidade da pessoa humana*, cláusula geral de interpretação (art. 1º, III, da Constituição Federal) e nem mesmo o art. 3º, que retrata os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, mas que, na verdade, elenca o mais formidável rol de intenções que pode ser querido por uma nação sábia – livre, justa e solidária – e seu povo, elenco no qual figura expressamente: “*IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”

Todos esses dispositivos, que configuram a tábua axiológica constitucional, devem ser interpretados em conjunto, o que será, por certo, o bastante para afirmar que propriedade *produtiva* não é a que produz no interesse exclusivo e particular do proprietário. A produção há de atender ao interesse da coletividade, há de ser feita da forma *solidarista*, na feliz expressão de Gustavo Tepedino.⁴⁰ Se ela tiver cunho especulativo, não atenderá sua função social, podendo ser desapropriada.

O conceito de função social é, efetivamente, muito difícil de ser enunciado com precisão, dada a sua conotação abstrata. Mas dúvida não resta de que ela é idéia inarredavelmente instalada bem no *âmago* do conceito de direito de propriedade, vinculando-o, em definitivo, ao *destino* previsto por aquela funcionalidade.

Sem dúvida nenhuma, a doutrina da função social da propriedade, como bem enuncia Luiz Edson Fachin, revela uma profunda alteração de natureza conceitual no regime tradicional; mas *não é, todavia* – adverte bem o autor – *uma questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização*.⁴¹

Carlos Alberto Bittar, entre os primeiros autores nacionais a escrever sobre o perfil constitucional da propriedade, conforme estampado em 1988,⁴² referiu-

39. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, “Usucapião Especial: características do imóvel usucapiendo em face da Constituição Federal de 1988”, cit., p. 197.

40. “Contornos constitucionais da propriedade privada”, cit., p. 274. O termo “solidarista” e não, “solidário”, é empregado pelo autor. Apresenta a vantagem de não se confundir com a solidariedade, termo técnico próprio ao Direito das Obrigações.

41. Luiz Edson Fachin. *Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea*. cit., p. 18.

42. Carlos Alberto Bittar, “Os Direitos Reais na Constituição de 1988”. *A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988*. (coord. Carlos Alberto Bittar). São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 1-13.

se ao fato de ter, a nova sistematização, absorvido a *textura ínsita* da Constituição imediatamente anterior, vale dizer, a posição adotada pelo legislador constitucional da Carta em vigor foi a de manter a concepção ocidental de propriedade pela qual resta reservado à pessoa, como um dos direitos fundamentais, as suas titularidades, bem como o uso e gozo dos bens de sua propriedade, mas desde que esta utilização se fizesse *sob a ética social, com a anteposição de certos limites atinentes ao ajuste desse direito a ditames de ordem pública*.⁴³

O mais importante aspecto que pode ser certamente visualizado, por força desta absorção constitucional da funcionalidade da propriedade, reside na perfeita e harmônica postura do legislador que, por um lado, preserva a propriedade como *um dos pilares da organização social e jurídica em nosso país, inatacável, a rigor constitucional, dada a sua condição de direito fundamental*, mas que, por outro lado, resiste e não propicia perigosas extensões do sentido social ao instituto ancestral, verdadeiras exacerbações *que intentavam legitimar invasões de terras alheias, ocupações de espaços imobiliários de outrem e operações outras desse naipe*, conforme as exatas palavras do já falecido professor das Arcadas.⁴⁴

Enfim, a função social corresponde a uma *formulação contemporânea da legitimação do título que encerra a dominialidade*, como com absoluta perfeição enuncia Luiz Edson Fachin.⁴⁵

Francisco Amaral, no ensaio “*A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional*”⁴⁶ afirma que uma das características dos estudos jurídicos contemporâneos é a conexão entre a teoria estrutural do direito e o ponto de vista técnico-jurídico, de um lado e, de outro, a teoria funcional do direito e o ponto de vista sociológico.

Esta conexão é essencial para o jurista saber não apenas como o direito é feito, mas também para o que serve, isto é, sua causa final. Invocando José Manuel Durão Barroso, hoje primeiro-ministro de Portugal, no verbete “*Função*” na *Polis-Enciclopedia Verbo 2*, p. 1.606, o autor afirma que assim aparece o conceito de função

43. Carlos Alberto Bittar, *idem*, p. 4.

44. Carlos Alberto Bittar, *idem*, pp. 7 e 10, respectivamente.

45. Luiz Edson Fachin. “A Cidade Nuclear e o Direito Periférico (reflexões sobre a propriedade urbana)”. *Revista dos Tribunais*, 1996, v. 743: 107-110, p. 109.

46. Francisco Amaral, “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia*, v. II. Bolctim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, número especial, Coimbra, 1989, pp. 5-41.

em Direito, designando o papel que um princípio, norma ou instituto desempenham no interior de um sistema ou estrutura, de partes interdependentes. O Direito começa a interessar-se por funções distributivas, promocionais ou inovadoras – abandonando a costumeira função repressiva, principalmente na relação do Direito com a Economia. Daí falar-se na função econômico-social dos institutos jurídicos, lembrando-se a obra de Karl Renner, primeiramente em matéria de propriedade e depois, de contrato: *Emprestar ao direito uma função social significa considerar que a sociedade se sobrepõe ao interesse individual, o que justifica acabar com as injustiças sociais. Função social significa não individual, sendo critério de valoração de situações jurídicas conexas ao desenvolvimento das atividades da ordem econômica. Seu objetivo é o bem-comum, o bem estar econômico coletivo.*⁴⁷

Francisco Amaral enfatiza, também, que a função social se configura como princípio ordenador da disciplina da propriedade e do contrato, legitimando a intervenção legislativa do Estado e a aplicação de normas excepcionais, operando ainda como critério de interpretação das leis: *“A função social é, por tudo isso, um princípio geral de atuação jurídica, um verdadeiro standard jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem ineficaciza os direitos subjetivos, apenas orienta o respectivo o exercício na direção mais consentânea com o bem-comum e a justiça social. Podem assim coexistir o direito subjetivo e o standard jurídico, e conceitos até então considerados incompatíveis, como direito e função, coexistem na realidade legislativa, em nível de princípios”*⁴⁸ Para ele, a teoria da função econômico-social dos institutos jurídicos é o produto-síntese das tendências axiológicas contemporâneas que levam ao paradigma da economia dirigida. O contrato, instrumento da autonomia privada, é o campo de maior aceitação dessa teoria, acolhida, primeiramente, no Código Civil italiano, art. 1.322. Do mesmo modo, portou-se o Código Civil português que, no art. 405 combinado com o art. 280, fixou limites ao exercício da autonomia privada estabelecendo a nulidade do negócio jurídico contrário à ordem pública ou aos bons costumes.

O novo Código Civil brasileiro prevê no art. 421 que *“a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”*. Muito se tem criticado a redação deste dispositivo da nova legislação civil brasileira, embora a inegável preciosidade do espírito contido no preceito legal que inaugura do *Livro dos*

47. “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, cit., p. 38.

48. Idem, ibidem.

Contratos no novo Código. São dois os grandes problemas de má técnica redacional que habitam o âmago do extraordinário art. 421, e é muito fácil reconhecê-los, de molde a se insistir, constantemente, que o preceito precisa mesmo ser modificado, a fim de que possa alcançar a otimização que permita se revele, dentro nele e em sua total consagração, o grande princípio da função social.

Bem adverte Antonio Junqueira de Azevedo⁴⁹ – acompanhando, nesse passo, a lição de Álvaro Villaça de Azevedo⁵⁰ – que *a função social do contrato é um limite para a liberdade contratual*, e não um limite à liberdade de contratar. Mas, mais que isso – 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 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. Insiste-se, acompanhando Antonio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça de Azevedo: a função social de que se cuida aqui, é função limitadora à fixação absolutamente livre do conteúdo

49. Assim manifestou-se o civilista paulista em memorável palestra que proferiu no *I Seminário sobre o Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão*, promovido pela Ouvidoria Parlamentar e Terceira Secretaria da Câmara dos Deputados, em Brasília (DF), em 04.06.2002.

50. Verbetes *liberdade contratual*, Enciclopédia Saraiva do Direito 49/370-371, São Paulo: Saraiva, 1977.

contratual, mas não é fundamento para justificar ou sustentar a restrição imposta em certos casos.⁵¹

Consagrada a função econômico-social do contrato e, implicitamente, a autonomia privada, reconhece-se, afinal, que este poder jurídico *deve limitar-se pela ordem pública e pelos bons costumes, de modo geral e, em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem estar promovendo a justiça, na sua modalidade distributiva ou na dimensão de justiça social*⁵²

4. A propriedade e a posse. A natureza jurídica do direito de propriedade: a influência da concepção absolutista e a influência da concepção personalista. O fenômeno possessório e a sua intrínseca funcionalidade social: a teoria possessória civilista e a teoria possessória agrária.

O Direito brasileiro acolhera, como demonstra a legislação de 1916,⁵³ a concepção individualista e absolutista acerca da propriedade e da investigação acerca de sua natureza jurídica.

Desde Clóvis Beviláqua, e já na esteira do pensamento de Lafayette, seguindo-se tantos outros grandes nomes do painel jurídico brasileiro – como Carvalho Santos, por exemplo – é possível visualizar a marcante presença desta influência que reconheceu a propriedade como uma *relação exclusiva entre a pessoa e a coisa*. Tão longe chegou tal formulação que se defendeu a idéia de que o desenho jurídico do direito real pressupunha, tão-somente, o sujeito ativo (titular do direito) e a coisa sobre que recaia.

A realidade é que os ilustres autores estavam tão jungidos à realidade social e econômica vigente – conforme enfatiza Emílio Gischkow – que omitiam o

51. Giselda M. Fernandes Novaes Hironaka, 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, palestra proferida 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 e Revista do Advogado – Novo Código Civil – Aspectos Relevantes, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXII, n. 68, dezembro/2002, pp. 79-86.

52. “A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional”, cit., p. 40.

53. Código Civil Brasileiro – Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916 – que esteve em vigor, entre nós, desde o dia 1º de janeiro de 1917 até o dia 10 de janeiro de 2003. Foi substituído pelo novo Código Civil brasileiro – Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 – que se encontra em vigor desde o dia 11 de janeiro de 2003.

*aspecto elementar de toda a atividade jurídica, ou seja, a relação interpessoal. Emitindo a regra jurídica um preceito, este contém um comando, ordem que se dirige a outro sujeito de direito.*⁵⁴

Efetivamente era frágil a posição e mantê-la tornou-se tarefa difícil, exatamente à face da reação forjada contra essa linha de concepção, reação que emergiu com a teoria personalista que defende, irrestritamente, a natureza interpessoal da relação jurídica real.

Essa teoria demonstrou que a todo direito subjetivo corresponde uma obrigação, de sorte que a relação jurídica, pretensamente exclusiva, entre o titular e a coisa, é singelamente errônea. Cunha Gonçalves, por exemplo, e entre outros, afirmou que nos direitos reais há sempre um sujeito passivo; apenas que este sujeito passivo é indeterminado e sua obrigação é negativa.

Por essa obrigação negativa o sujeito passivo – seja ele quem for – está obrigado a uma permanente abstenção, consistente em não-turbar, em não- agredir, em não-impedir o exercício, em não-lesar a coisa que a outrem pertença.

Assim sendo, a relação do titular do direito real é com todos, a respeito da coisa; e não uma relação do titular com a própria coisa.

Afastada a estreita e irreal *concepção absolutista* a respeito do direito de propriedade, a conseqüência imediata que aflorou, felizmente, foi o relevo dado ao caráter social do direito, uma vez que a relação jurídica apenas vincula pessoas, apenas determina a conduta de um homem à face de outro homem. Esta é a concepção personalista acerca da natureza jurídica do direito de propriedade.

No que diz respeito à estrutura desse direito, a mais tradicional doutrina já desmembrava, como se faz ainda hoje, o grande espectro deste importantíssimo direito real em distintas faculdades jurídicas, ou atributos jurídicos, estampando os poderes que são conferidos ao seu titular, quais sejam, o direito de usar, o direito de gozar ou fruir, o direito de dispor e o direito de perseguir e reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a possua.

Da análise cuidadosa desta plêiade de direitos derivados, ou faculdades jurídicas, vislumbra-se com clareza – e a melhor lição é a de Gustavo Tepedino – duas angulações distintas, mas harmônicas, por meio das quais se apresentam as atribuições qualitativas de um e de outro destes variados poderes. Vale dizer, com o autor: uma angulação *econômica e interna da estrutura do direito*, relacionada às faculdades de

54. Emilio Gischkow, *Princípios de Direito Agrário*, cit.

usar, gozar e dispor da coisa; e uma *angulação jurídica ou externa desta mesma estrutura*, relacionada à faculdade de reivindicação da coisa. Por meio do exercício dos sub-direitos que compõem o primeiro aspecto estrutural – usar, gozar e dispor – é que o titular do direito de propriedade afere compensações econômicas; e é pelo exercício da derradeira das faculdades – reaver a coisa – que o titular deste direito efetivamente o tutela e protege, *excluindo-o das ingerências alheias*.⁵⁵

Assim estruturado, o direito pleno, aglutinador das várias faculdades jurídicas, ainda que considerado tão forte que oponível *erga omnes*, se apresenta estático, desprovido de movimento, sem expressão que o exteriorize, carente de efetividade, ausente de exercício. A dar-lhe este traço de dinâmica, de mobilidade, de expressão externa e de funcionalidade, colabora o seu outro vigoroso aspecto, de inserção constitucional, ínsito ao seu exercício, utilização e destinação: a função social que lhe é inerente.

Ora, se já desde a lição iheringiana mais tradicionalmente ouvida sabe-se que *a posse é a exteriorização da propriedade*, sabe-se que é a posse quem vivifica e confere efetividade ao ancestral direito real, nada mais simples e natural que a conclusão que prestigia a identidade descortinada entre a posse e o princípio da função social da propriedade.

A lei, ao lado da garantia e proteção que confere à propriedade, estabeleceu normas de proteção também à posse, esta simples situação de fato, exatamente porque ela aparenta ser uma situação de direito e porque tem a lei em vista evitar preponderar a violência, tendo como nefasta e imediata consequência a quebra da harmonia social.

Procurando explicar o fenômeno da posse, os juristas apresentaram importantes e, hoje, clássicas teorias, as quais são invariavelmente demonstradas em todos os estudos que investiguem o tema. Destacam-se, pela distinta construção, as teorias elaboradas pelo gênio criador de Savigny, com sua *teoria subjetiva*, e pela inteligência extraordinariamente especulativa de Von Ihering, com sua *teoria objetiva*.

Para Savigny, a posse consiste no poder de dispor fisicamente da coisa, com intenção de dono e de defendê-la contra terceiros. Infere-se, imediatamente, os dois elementos essenciais desta teoria, vale dizer, de um lado, o elemento material que Savigny denominou *corpus*, refletindo a apreensão física da coisa, e de outro lado, o elemento moral, denominado *animus domini*, *animus possidendi*, *animus rem sibi*

55. Gustavo Tepcedino. "Aspectos da propriedade privada na ordem constitucional". *Estudos Jurídicos*, (coord. James Tubcnhlak e Ricardo Bustamante). Rio de Janeiro: 1991, p. 314.

habendi, ou, simplesmente, *animus*, a significar a intenção de ter a coisa como própria, de agir como se seu dono fosse, de se comportar como seu proprietário o faria.

Segundo Savigny, a posse só estaria caracterizada se concorresse ambos os elementos, pois, faltando *corpus*, inexistiria a relação pretendida, e faltando *animus*, não haveria posse, mas apenas mera detenção, circunstância incapaz de gerar efeitos jurídicos.

Von Ihering, por sua vez, opositor de Savigny, autor da teoria objetiva, considerou que a *posse é a condição do exercício da propriedade*, pois esta sem aquela *é como um cofre sem chave*.⁵⁶ Não admitiu Von Ihering, portanto, a distinção que Savigny fez entre *corpus* e *animus*, entendendo que este último está contido naquele, de sorte a ser possível que possuidor é aquele que age, em face da coisa corpórea, como se fosse proprietário, pois a posse nada mais é que a exteriorização da propriedade. Portanto, o possuidor é presuntivamente o proprietário.

De pronto observa-se, pela rápida releitura das fundamentais teorias acerca da posse, que os teóricos civilistas, sob a égide do pensamento individualista e liberal, preocuparam-se em elaborar teses possessórias que subsumiram a posse à propriedade. Resultou, na verdade, que tanto uma quanto outra teoria admitiam a possibilidade de uma interposta pessoa – fosse o representante, o preposto ou mesmo o simples servidor da posse – realizar atos de aquisição e de manutenção da posse, como se tais atos houvessem sido praticados pelo próprio titular, já que, em nome deste, aquele adquire ou conserva o *animus domini*. Mesmo sob o matiz da teoria iheringiana, é provavelmente possível concluir-se por idêntico raciocínio, isto é, a possibilidade da presença de interposta pessoa que realiza atos materiais dirigidos à conservação ou aquisição, fazendo-o em nome do titular.

Contemporaneamente, o fenômeno da posse deve ser encarado sob novas concepções, sob diverso enfoque, à luz de novos paradigmas, mormente no que tange à segurança acerca da natureza jurídica do imóvel rural como bem de produção que indubitavelmente é. A principiologia própria do Direito Agrário é quem traça os contornos desta nova e especialíssima ordem, de sorte a deixar assentado, com firmeza e precisão, que o imóvel rural é um dos valores máximos na apreciação das relações jurídicas que envolvam a propriedade, dado que é este valor que configura a forma e o

56. Sobre posse e detenção e as diferentes visões da teoria objetiva de Von Ihering e a teoria subjetiva, de Savigny, consulte-se o ensaio “A detenção no Direito Civil brasileiro”, do ilustre civilista José Carlos Moreira Alves, que há muito tem se dedicado ao tema dos direitos reais. O ensaio em tela é parte do livro *Posse e propriedade* (coordenação de Yussef Said Cahali). São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 1-31.

conteúdo à denominada *posse agrária* e que atua, de modo relevante, na conjugação dos fatores de produção econômica.⁵⁷

Sob a visão iheringiana observa-se que a posse agrária, assim como a comum, é conformada estruturalmente por dois elementos, *corpus* e *animus*; no entanto, a configuração destes dois elementos estruturais se externa de maneira distinta, em sede teórica, no que concerne ao estudo da *posse agrária*.

Assim, o elemento *corpus*, fator objetivo, é configurado por atos materiais que expressam a vinculação direta e imediata do possuidor à terra, por meio da organização dos fatores de produção, para o desenvolvimento da adequada e racional empresa agrária. Já o elemento *animus*, fator subjetivo, revela-se como a intenção do possuidor de exercer a atividade agrária para, daí, extrair riquezas. O possuidor deseja explorar a propriedade, economicamente, com a finalidade da produção de bens consumíveis, o que proporcionará tanto o proveito próprio quanto o proveito de toda a sociedade. Por isso, sua intenção – o *animus* iheringiano – é externada pelo trabalho agrário que alcança a sua completude com a obtenção do produto final oriundo do desempenho desta atividade.^{58 59}

57. A respeito, v. Antonio de Mattos Neto. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém: Cejup, 1988.

58. Não pensa assim, contudo, Antonio Junqueira de Azevedo que ao criticar de modo construtivo-objetivo o então Projeto de Código Civil observou que a posse, ali, é vista exclusivamente como *exteriorização* da propriedade, à maneira de Von Ihering, visão europeia que não se coaduna com a realidade brasileira. Ele afirma, em entrevista que concedeu ao jornal *Tribuna do Direito*, em março de 1998, p. 19, que *a dependência conceptual da posse à propriedade, como única visão possível, tem algo da visão do burguês europeu; afinal, a posse também pode existir de forma absolutamente independente da propriedade. As duas visões não se excluem. Para o povo brasileiro – especialmente os favelados e pequenos agricultores –, a posse é direito autônomo que nada tem a ver com a propriedade; a posse é direito que se compra, vende e deveria, portanto, estar contemplada entre os direitos reais*. Para Junqueira, a posse europeia – conforme ele denomina a posse iheringiana – bem poderia ser suficiente para fundamentar o usucapião tradicional (ordinário e extraordinário) que admite à aquisição da propriedade, por esta via. Mas seria insuficiente, e nisso ele tem boa razão, para justificar esse mesmo percurso, se o enfoque se deslocasse para outras modalidades de usucapião. Ele disse, ainda naquela entrevista: *nós temos também o usucapião constitucional (rural e urbano) que não está baseado na exteriorização ou na aparência de propriedade, e sim, na transformação do imóvel; seu fundamento é outro; trata-se de verdadeira especificação de imóvel; a propriedade é adquirida por força da modificação do imóvel, tal e qual o especificador que adquire um bem móvel pelo trabalho que aplica sobre ele (arts. 611 a 614 do atual Código Civil)! Se a posse, no Projeto, fosse incluída entre os direitos reais, o possuidor, especialmente na posse sobre imóvel, seria estimulado a fazer investimento no imóvel; com o registro da posse, poderia obter financiamento e não seria tentado a deteriorar o meio ambiente*.

59. Em sentido distinto a essa posição mencionada em anterior nota de rodapé, parece colocar-se Rui Geraldo Camargo Viana quando afirma: *Apenas fico um pouco irritado ao observar os autores repetindo que aqui se aceitou, no nosso sistema, a teoria de Von Ihering de que a posse se clarifica apenas pelo corpus, sem a necessidade do animus. É uma errônea. Nosso Código exige, sim, na formação da posse,*

Assim é possível dizer que o exercício da posse agrária, isto é, a sua face externa e dinâmica, se realiza por meio da execução da própria atividade agrária que envolve todo um elenco de atos que o possuidor agrário realiza com vistas à exploração econômica do bem, todos eles sujeitos aos riscos correlatos da natureza e suas soberanas forças, mas que, afinal, se desencadeiam em harmonia perfeita e singular, realizando o ciclo biológico do produto almejado. Toda esta atividade é, então, desenvolvida assim, dinamicamente, e gera expectativa de lucro; seu resultado bem-sucedido beneficiará o próprio rurícola e garantirá o seu próprio sustento e consumo, mas, mais que isso, beneficiará, por via de consequência, a sociedade como um todo.

Este movimento ativo do possuidor agrário, então, é que retrata o elemento subjetivo de sua posse, elemento este que, mais que singelo *animus*, é na verdade uma árdua e cotidiana realização do homem sobre a terra, na expectativa de exaltar-lhe o atributo de bem de produção, quando a provoca para o cumprimento de sua finalidade máxima, que é a função social da propriedade imobiliária rural. Na atualidade, pois, apresenta-se como verdadeiro princípio basilar agrário esta preferência que tem o rurícola pela empresa organizada à modelagem do cultivo direto, ocasião em que ele busca organizar os fatores de produção privilegiando a mão-de-obra própria e a de sua família.⁶⁰

Daí ser possível bem compreender porque é que a concepção atual de posse agrária subsume-se e identifica-se fundamentalmente com este viés de utilização adequada e racional da terra, fazendo-a produzir e conferindo-lhe a efetivação da função social que lhe é inerente, exatamente por meio do desempenho desta atividade que, na linguagem legal e desde o regime sesmarial, significa o atributo da *cultura efetiva*.

Mas não se exaure aí, apenas, a diferença entre a posse comum e a posse

o elemento volitivo. Não há posse sem vontade. Mera detenção não é posse, quem não tem a intenção de possuir não é possuidor. Costumo brincar com meus alunos, fazendo uma comparação. No Viaduto do Chá, em São Paulo, está um maneta atravessando a rua. Uma ventania arranca um chapéu de um cidadão e lhe cai sobre a cabeça. O chapéu é maior e se enterra na sua cabeça. Pergunto: ele está possuindo ou está sendo possuído pelo chapéu? Não é intencional. Ele não pode tirar o chapéu porque não tem mãos. Quanto mais ele chacoalha a cabeça, mais o chapéu afunda nela. Aquilo não é posse, porque esta é um estado de fato. Já o ladrão que roubou o chapéu de um cidadão, colocou na cabeça e fugiu é possuidor. Então, dizer que a posse não tem elemento subjetivo é uma tolice. No fundo, as divergências entre Von Ihering e Savigny são mais aparentes que reais. Na realidade, ambos têm esse elemento volitivo. (Direitos Reais e o novo Código Civil Brasileiro, palestra proferida no 1 Seminário sobre o Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão, promovido pela Ouvidoria Parlamentar e Terceira Secretaria da Câmara dos Deputados, em Brasília/DF, em 04.06.2002 – dcgravada e revista, aguardando publicação nos Anais correspondentes ao evento).

60. Antonio de Mattos Ncto. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém: Cejup, 1988.

agrária. Há um segundo elemento estrutural desta última, a ser considerado e que, ao somar-se ao atributo anteriormente anotado, revela-se como o qualificador desta posse *especial*, se assim se pode chamá-la, a posse agrária. Trata-se do segundo elemento a constituir o conceito funcional da posse agrária – de caráter genuinamente nacional e originado no período da história de nosso País conhecido como regime de posses – elemento este denominado *morada habitual*. Corresponde àquele *locus* agrário onde o empreendedor levará a efeito a sua atividade agrária, o seu trabalho produtivo. E são estes, então – *trabalho produtivo e morada habitual* – os requisitos da distinta e qualificada posse agrária, que difere da posse comum pelo fato da produtividade e da pessoalidade do ato agrário, contagiando-se e impregnando-se da milenar função social da propriedade, pois que desta, aquela é a externalidade, como nos avisa a luminosa lição de Von Ihering.

E é exatamente esta posse – assim qualificada pelos atributos que a integram – a posse hábil à aquisição da propriedade pela via do usucapião. Vale dizer: é, a posse agrária, a posse *ad usucapionem* capaz de gerar o usucapião especial.

Em 1970, o desembargador Ebert Chamoun – mais tarde um dos notáveis que integrou a comissão de redação do novo Código Civil Brasileiro, sob a coordenação de Miguel Reale – em memorável decisão,⁶¹ ratificou a posição prioritária acerca da natureza jurídica da posse, registrando que *é a posse um estado de fato, um poder de fato que alguém exerce sobre uma coisa e cujo conteúdo é exclusivamente econômico, porque se relaciona com o aproveitamento econômico da coisa, considerada como objeto de satisfação das necessidades humanas. Mas é um estado de fato apenas no sentido de prescindir da existência de um título jurídico: há um direito à proteção da posse sem que a posse esteja fundada em direito.*

Se Ebert Chamoun estivesse escrevendo, hoje, o mesmo acórdão, talvez este qualificativo mais contemporâneo e eminentemente *social* da posse tivesse sido grafado em seu voto, ao lado do adjetivo *econômico*, albergando melhor em seu seio a completude da funcionalidade social que impregna, assim como a propriedade, o instituto da posse.

Em ensaio de 1987, Rubens Limongi França demonstra que não há um comprometimento estrito entre a proteção possessória acolhida pelo Código Civil, de 1916, e a doutrina de Von Ihering. O professor paulista escreve que *nem tudo, e em toda a extensão do que é dito por Von Ihering a respeito da posse, encontra ou deve*

61. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, v. 23, pp. 11-27, 1970.

encontrar paralelo absoluto com as nossas prescrições legais. Observe-se, entre outros aspectos que o próprio mestre de Goettingen considera a sua teoria inserta entre as doutrinas relativas, não absoluta, no sentido de que a posse, a seu ver, não se protege em razão de si mesma, senão como forma de proteção do direito de propriedade, que ela exterioriza. Ora, isso não se apresenta como decorrência necessária nos textos legais, especialmente a partir do art. 485 do Código Civil [art. 1.196 do Código Civil atual].⁶²

Rubens Limongi França aplaude a visão de nossos Tribunais ao proteger a posse por si mesma e não como forma de proteção do direito de propriedade. Esta posição se insere nas teorias absolutas sobre posse, assim qualificadas por Von Ihering, e com as quais não-concorda. Essa perspectiva, segundo ele, não estaria em descompasso com a sustentação de Köhler e a sua teoria da *destinação social* da posse.

Finaliza, Rubens Limongi França, suas reflexões, afirmando que a própria regra de hermenêutica consagrada no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942, ao mencionar que na aplicação da lei “o juiz atenderá aos fins sociais” bem como “às exigências do bem comum” respalda esse enfoque com larga segurança.

Também trata preciosamente o assunto em comentário, isto é, a função social da posse e da propriedade, o civilista Ricardo César Pereira Lira, a quem se atribui os primeiros estudos a respeito do denominado *direito favelar*, expressivo neologismo por ele criado.⁶³ Ele cita a Declaração de Vancouver, enunciada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Urbanos, em junho de 1976 que propõe que os Estados devem fiscalizar o uso e a propriedade das terras; planejar e administrar a utilização do solo, para que o crescimento dos centros populacionais urbanos e rurais se baseie em plano amplo de utilização do solo. Essas mudanças devem assegurar a realização dos objetivos básicos da reforma social e econômica para cada nação, conforme o seu sistema e as suas leis relativas à propriedade da terra.

62. “As teorias da posse no Direito Positivo brasileiro”. *Posse e propriedade*. Coordenador: Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 663-73.

63. No *direito favelar* sobressai-se o *direito à laje*, bastante utilizado nas favelas do Rio de Janeiro. É o direito de superfície em segundo grau, que se concretiza pelo chamado direito de sobrelevação. Os moradores permitem que um terceiro construa sobre sua laje, ficando a este a posse exclusiva da moradia por ele edificada. Curiosamente, como informa Roberto César Pereira Lira, este direito de sobrelevação é similar ao Direito suíço. Anota que essa relação de direito material existe entre os favelados como uma realidade. “Como se resolvem os conflitos dela resultante, se na própria comunidade ou pelo direito formal, é uma questão de direito processual que não elimina a existência fática, real de um ‘direito de laje’” “A aplicação do Direito e a lei injusta”. *Direito & Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS. V. 19, ano XX, 1998, pp. 267-79. Consultem-se, especificamente, p. 274-5.

Ricardo César Pereira Lira invoca Ruggiero, para quem quanto mais se avança o conceito de solidariedade social, tanto maiores as restrições e vínculos que, no interesse geral e para a utilização social da riqueza, a propriedade está sujeita. Acrescenta, com inspiração em Filomusi, que a propriedade moderna deve ser exercida civilmente, segundo os fins do direito e não se age segundo estes quando, sem qualquer utilidade própria, se exerce o domínio com fins vexatórios. Ele escreve que *atualizando essa aguda observação podemos aduzir que, contemporaneamente, a propriedade não sofre apenas as limitações exteriores decorrentes do poder de polícia, consubstanciando a função social da propriedade, mas ela própria é uma função social, sobretudo quando cria poderes inerente a um bem de produção. Nesse caso* – prossegue Ricardo César Pereira Lira – *a riqueza social aumenta, a distribuição da riqueza se faz mais justamente, na medida em que, visando ao bem de todos, o ‘interesse protegido’ do dominus define-se diante do ‘interesse subordinado’ da comunidade.*⁶⁴

Segundo o mesmo autor, o direito de propriedade sobre os bens de produção não chega a desaparecer, *mas em nome de uma distribuição mais equânime da riqueza social, a soma de poderes remanescentes na titularidade dominial constitui um mínimo essencial. A senhoria se comprime, o conteúdo mesmo da propriedade perde em extensão e faculdade por isso que assim determina a justiça social pela vontade de todos.*⁶⁵

Os exemplos citados por Ricardo César Pereira Lira são: Lei de Luvas (D. 24.150, de 1934, hoje revogado pela Lei 8.245, de 1991) – renovação compulsória do contrato, por mais 5 anos, para proteção do fundo de comércio; direito de prelação em favor do Poder Público, na alienação de bem tombado (D. 25, de 1937); desapropriação de bens por utilidade pública – D. 3.365, de 1941, por interesse social (Lei n. 4.132, de 1962), por interesse social, de imóveis rurais para fins de reforma agrária (D. 554, de 1969); limitações urbanísticas relativas à altura das edificações; parcelamento ou construção compulsórios, bem como desapropriação; o imposto progressivo para imóveis não-edificados, nos termos do art. 182 § 4.º da CF (dependente de lei federal).

O uso e o parcelamento compulsórios serão, na visão de Ricardo César Pereira Lira, *instrumentos valiosos em uma política de repressão à especulação*

64. Ricardo César Pereira Lira. *Elementos de Direito Urbanístico*, cit., pp. 313-314. A citação encontra-se na p. 314.

65. Ricardo César Pereira Lira. *Elementos de Direito Urbanístico*, cit., pp. 313-314.

imobiliária. Como solução para favelas, ele propõe usucapião especial urbano em terras privadas ou públicas. Paralelamente à discriminação de terras públicas, haveria restabelecimento do direito de superfície, concessões de 50 ou 60 anos para população de baixa renda. Entre outros instrumentos hábeis, ele propõe utilizar, também, a concessão de direito real de uso (DL. 271, de 29.03.1971).⁶⁶

5. Direito de Autor: a polêmica acerca de ser um direito especial ou direito de propriedade.

A natureza jurídica do Direito de Autor tem sido debatida há muito. O assunto foi objeto de rico ensaio de Carlos Alberto Bittar⁶⁷ e de inúmeras lições doutrinárias oferecidas por autoristas de grande respeitabilidade como Antonio Chaves.⁶⁸

A evolução histórica do Direito Autoral e seu caminhar em direção à autonomia científica foram cuidadosamente tratados por Carlos Alberto Bittar. Considera-se que o primeiro texto legal acerca de direitos autorais foi o *Copyright Act*, da Rainha Ana, da Inglaterra, em 1710, conhecido exatamente como *Estatuto da Rainha Ana*.

Em 1793, duas leis francesas foram editadas: uma sobre execução e reprodução de obras dramáticas e escritas, composições musicais, pintura e desenhos; outra sobre direito de exclusividade aos criadores, como direito do autor e não do editor, conforme ocorria na Idade Média.

Em 1761, o advogado Héricourt obtém decisões favoráveis aos herdeiros de La Fontaine e de Fenelon (1777), na ocasião em que estiveram em confronto com os editores.

A importância do *Arrêt Rose Bonheur*, de 1865, é enfatizada por Carlos Alberto Bittar, pois neste julgado foi reconhecida pela primeira vez, a primazia ou preponderância do direito imaterial (Direito de Autor) em relação ao Direito Obrigacional. O pintor não foi obrigado a entregar o quadro encomendado por terceiro, em razão de ter mudado de concepção artística.

Em 1886 advém a Convenção de Berna, revista em 1908, em Berlim, na qual foram incluídos os direitos morais de autor, graças ao advogado Hervieu. Com a

66. Ricardo César Pereira Lira. *Elementos de Direito Urbanístico*, cit., p. 363.

67. Carlos Alberto Bittar. "Autonomia Científica do Direito de Autor". Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 87, p. 98.

68. Antonio Chaves. *Direito de Autor. Princípios fundamentais*. Forense: Rio de Janeiro, 1887, pp. 3-16.

vertente dos direitos morais, direitos da personalidade, começa a delinear-se a especialidade do direito autoral.

Na revisão de Roma, em 1928, Eduardo Piola Caselli debateu com o alemão oll, em polêmica famosa, firmando afinal a tese da incindibilidade ou unicidade do Direito de Autor, agregando-se direitos morais e patrimoniais e enfatizando-lhe a especialidade. Segundo Carlos Alberto Bittar, esta polêmica entre Zoll e Piola Caselli, foi chamada de *O Debate do Século* e a sufragação da tese possibilitou o reconhecimento da autonomia científica do Direito de Autor, que passou a figurar em legislação especial, inclusive no Brasil (Lei n. 496, de 1º de agosto de 1898). Antes, a Lei de Fundação dos Cursos Jurídicos, de 11 de agosto de 1827, no art. 7º já previa o direito de autor do professor sobre suas aulas.

O Código Civil, de 1916, contemplou expressamente a propriedade literária, artística e científica, nos arts. 649 a 673.

A Lei n. 5.988, de 14.12.1973 – cujo autor foi José Carlos Moreira Alves, então consultor geral da República – tendo regulado inteiramente a matéria, revogou o Código Civil e já inovou na terminologia, abandonando o termo *propriedade literária, artística e científica*, por *Direito Autoral* abrangendo não-só os criadores como os titulares dos denominados direitos conexos, relativos a artistas, intérpretes e executantes. A lei de direitos autorais alcançou depois o direito de arena, hoje expurgado de seu âmbito e consagrado em lei especial.⁶⁹

Esta lei de 1973 foi recentemente revogada pela Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que lhe segue as mesmas diretrizes, em essência.

Embora haja doutrinas diversas que procuram explicar a natureza jurídica do Direito de Autor, a predominante desvincula-o do direito de propriedade material. Na falta de uma denominação mais precisa, cai-se na classificação comum de *direito especial* ou *direito sui generis*.

Conforme adverte Antonio Chaves a diferença essencial entre o Direito de Autor e o direito de propriedade material, se funda tanto pelo modo de aquisição originário – tendo como único título, a criação da obra – quanto pelos modos de aquisição derivados. Enfatiza, louvando-se em Bluntschli que no direito autoral não há uma transferência perfeita, já que a obra intelectual não sai completamente do âmbito de influência da personalidade que a criou. Distingue-se, ainda, quanto à duração, à extensão, posse, comunhão, forma de extinção.

69. Sobre direito de autor, e direito de arena consulte-se “Direito de arena, direito de autor e direito à imagem”, de Silmara Juny Chinclato. In: *Estudos de Direito de Autor, Direito da personalidade, Direito do Consumidor e danos morais. Homenagem ao Professor Carlos Alberto Bittar*. Silmara Juny Chinclato e Eduardo Carlos Bianca Bittar, coordenadores. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pp. 3-24.

Escreve Antonio Chaves que: *no que, porém, mais se distancia o direito autoral da propriedade material é na separação perfeitamente nítida que se estabelece no período anterior e posterior à publicação da obra, sendo absoluto, na primeira, e constituindo-se, na segunda, de faculdades relativas, limitadas e determinadas: patrimoniais exclusivas de publicação, reprodução etc, que recaem sobre algumas formas de aproveitamento econômico da obra, e de natureza pessoal, referentes à defesa da paternidade e da integridade intelectual da obra. Direito especial, como se revela, exige, por isso mesmo, uma regulamentação específica, incompatível com o caráter demasiadamente amplo e genérico dos direitos da personalidade, assim como com os estreitos limites da propriedade material ou patrimonial.*⁷⁰

A discussão sobre a natureza jurídica do Direito de Autor é de fundamental importância, pois repercutirá em temas diversos em relação aos quais as polêmicas, dúvidas, indagações e perplexidades serão resolvidas à luz da tomada de posição quanto à natureza em tela.

Assim, por exemplo, quanto à prescrição de direito autoral, assunto que tem suscitado polêmica entre autores e que, no nosso modo de ver, não pode ser resolvido, de modo singelo, pela aplicação da regra relativa ao direito de propriedade material. O mesmo se diga quanto à desapropriação de direito autoral, merecendo ambos os temas estudo específico.⁷¹

A autonomia científica do Direito de Autor é bem demonstrada por Carlos Alberto Bittar, em ensaio de igual título, que reproduz aula proferida no concurso para professor titular de Direito de Autor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O autor demonstra, de modo convincente, que tem o Direito de Autor as características que sustentam a autonomia científica de um ramo do Direito, aplicando as lições de Alfredo Rocco (*Principii di Diritto Commerciale*, p. 161): são quatro os requisitos para autonomia científica de um ramo do Direito: *objeto, princípios específicos, normas especiais e figuras próprias*.

Como *objeto próprio* lembra ser ele a regulamentação jurídica da criação e da utilização econômica de obras de engenho (criações intelectuais artísticas e científicas, inclusive *software*).

70. *Direito de Autor: Princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 16.

71. Nem se argumente que o Direito de Autor é, para efeitos legais, bem móvel, segundo art. 3º da Lei n. 9.610/98. Essa consideração não o descaracteriza como direito especial, cuja vertente de direito de personalidade distancia-o do direito de propriedade material. O Código Civil de 2002 não repete o disposto no inciso III do art. 48, segundo o qual consideram-se móveis para os efeitos legais, os direitos de autor. Em melhor redação dispõe, no inciso III do art. 83, que se consideram móveis para os efeitos legais, "os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações". Ai se incluem os direitos patrimoniais de autor.

Entre os *princípios especiais* invoca: limitação, no tempo, de direitos patrimoniais e vitaliciedade dos direitos morais, direitos da personalidade, enfatizando a natureza híbrida do Direito de Autor.

A nós parece relevante que o brocardo jurídico “*mors omnia solvit*” não se aplique ao Direito Autoral que, em uma de suas vertentes, tem a natureza jurídica de direito da personalidade. Os direitos morais de autor ultrapassam-lhe a vida e jamais prescrevem. Elencados, de modo exemplificativo, no art. 24 da Lei n. 9.610, de 1998, são reconhecidos ao autor morto, para sempre. Entre eles, avulta o direito de paternidade por meio do qual o autor será sempre considerado o criador da obra, mesmo quando caída em domínio público, e a qualquer tempo.

A exclusividade de exploração da obra, pelo autor, encontra fundamento na Constituição Federal, no inciso XXVII do art. 5º, sendo excepcional a desapropriação de Direito de Autor, que não segue as mesmas regras da propriedade material.

Acresça-se a interpretação especial que o norteia, de acordo com o art. 3º da Lei 5988/73 e art. 4º da Lei n. 9.610/98. Segundo ela, são interpretados restritivamente, em favor do autor, os negócios jurídicos.

O terceiro requisito refere-se a *Leis especiais e normas especiais*, requisito presente tanto pela existência de lei especial, bem como de normas especiais nas leis sobre telecomunicações em geral.

Quanto a *conceitos e institutos peculiares*, verifica-se a especificidade do conceito de autor, titular originário e derivado – por sucessão, por via contratual – bem como de obras originária e derivada. Lembra, entre outros, a limitação ao exercício dos direitos, prevista no art. 49 da Lei revogada e no art. 46 da atual.

A vasta literatura estrangeira – européia e latino-americana, inclusive brasileira – demonstra que a doutrina trata o Direito de Autor como *direito especial* não-identificado com o direito de propriedade.

Registre-se, por derradeiro, a *importância crescente* do Direito de Autor, oriunda das novas formas de criação e novas formas de utilização das obras, na pós-moderna era da comunicação, na qual os respectivos meios se multiplicam, se aperfeiçoam e se popularizam: a quarta era dos direitos, na visão de Norberto Bobbio.⁷²

São Paulo, março de 2003

72. Norberto Bobbio. *A quarta era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997. Frisc-se que essa era é a era da comunicação e da Biogenética.

Bibliografia

AMARAL, Francisco. "A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional". *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia*, v. II. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, número especial, Coimbra, 1989, pp. 5-41.

BITTAR, Carlos Alberto. "Autonomia científica do direito de autor". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 89: 87-98, 1994.

———. "Os Direitos Reais na Constituição de 1988". *A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988*. (coord. Carlos Alberto Bittar). São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 1-13.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

CHAVES, Antonio. *Direito de Autor. Princípios fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. "Direito de arena, direito de autor e direito à imagem". *Estudos de Direito de Autor, Direito da Personalidade, Direito do Consumidor e danos morais*. Homenagem ao Professor Carlos Alberto Bittar. Silmara Juny Chinelato e Eduardo Carlos Bianca Bittar, coordenadores. Rio de Janeiro: Forense Universitária, pp. 3-24, 2002.

———. *Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Do Direito Privado na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1989.

DI PORTO, Andrea. "O papel do cidadão na tutela do ambiente" Trabalho apresentado no VI Congresso Latino-Americano de Direito Romano, Civil e Comparado, realizado em 1990, no Rio de Janeiro. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo. v. 23. n. 59. pp. 79-83. Set/dez/1990.

FACHIN, Luiz Edson. "A Cidade Nuclear e o Direito Periférico (reflexões sobre a propriedade urbana)". *Revista dos Tribunais*, 1996, v. 743: 107-110.

———. *Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GIORGIANNI, Michele. "O Direito Privado e as suas atuais fronteiras". *Revista dos Tribunais*. v. 747:35 e ss.

GISCHKOW, Emílio. *Princípios de Direito Agrário*. São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, Orlando. *A crise do Direito*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1955.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. “Função Social do Contrato” *Direito Civil – Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 101-117.

_____. “Enfiteuse” *Direito Civil – Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 185-193.

_____. “Usucapião Especial: características do imóvel usucapiendo em face da Constituição Federal de 1988”, *Direito Civil – Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 195-198.

_____. “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”, *Revista do Advogado – Novo Código Civil – Aspectos Relevantes*, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXII, n. 68, dezembro/2002, pp. 79-86.

JAYME, Erik. “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne” *Cours général de droit international privé. Recueil des Cours*. Haye. n. 251. pp. 9-268. 1995.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. “O Direito pós-moderno e a codificação” *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, pp. 3-11, 1999.

_____. *O Direito dos Contratos e o novo Código Civil Brasileiro*, palestra proferida no I Seminário sobre o Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão, promovido pela Ouvidoria Parlamentar e Terceira Secretaria da Câmara dos Deputados, em Brasília (DF), em 04.06.2002 (degravada e revista, aguardando publicação nos Anais correspondentes ao evento).

_____. Entrevista ao jornal *Tribuna do Direito*, março de 1998, p. 19.

LIMONGI FRANÇA, RUBENS. “As teorias da posse no Direito Positivo brasileiro”. *Posse e propriedade*. Yussef Said Cahali, coordenador. São Paulo: Saraiva, pp. 663-73, 1987.

LIRA, RICARDO CÉSAR PEREIRA. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. “A aplicação do Direito e a lei injusta”. *Direito & Justiça. Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS*. Volume 19, ano XX, pp. 267-79, 1998.

MADEIRA, Hécio Maciel. *Digesto de Justiniano. Livro I*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

MATTOS NETO, Antonio de. *A posse agrária e suas implicações jurídicas no Brasil*. Belém: Cejup, 1988.

MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes, coordenadores. *Estatuto da Cidade. Lei n. 10.257, de 10.07.2001*. São Paulo: RT, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*, v. I. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. “A detenção no Direito Civil brasileiro” *Posse e propriedade*, coordenação de Yussef Said Cahali, São Paulo: Saraiva, pp. 1-31, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil – alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SILVA, Clóvis do Couto e. “O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro” *O Direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Vera Maria Jacob de Fradera, coordenadora. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

_____. “O Direito Civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro” *Revista dos Tribunais*, n. 628, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. “Contornos constitucionais da propriedade privada” *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, pp.267-92, 1999.

_____. “A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo entre o Código Civil, a legislação ordinária, e a Constituição)”. *Revista Forense*, v. 306, pp. 73-8.

_____. “Aspectos da propriedade privada na ordem constitucional” *Estudos Jurídicos*. (coord. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante). Rio de Janeiro: 1991.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Direitos Reais e o novo Código Civil Brasileiro*, palestra proferida no I Seminário sobre o Novo Código Civil Brasileiro: o que muda na vida do cidadão, promovido pela Ouvidoria Parlamentar e Terceira Secretaria da Câmara dos Deputados, em Brasília (DF), em 05.11.2002 (degravada e revista, aguardando publicação nos Anais correspondentes ao evento).

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. *Verbetes liberdade contratual*, Enciclopédia Saraiva do Direito 49/370-371, São Paulo: Saraiva, 1977.

CODIFICAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO TEMA

Antonio Carlos Morato

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

A extensão da codificação e as polêmicas teses que a envolvem, e os questionamentos em torno das novas teses, tais como a centralização das normas do juiz, também tratada como sistema aberto.

Abstract:

The extension of the codification and the polemical thesis that involves it, and the questions involving the new thesis, such as the centralization of the judges norms, also treated as an open system.

Unitermos: Codificação; Descodificação; Novo Código Civil.

1. Introdução.

Com a vigência do novo Código Civil (Lei n. 10.406/02), observou-se que o debate envolvendo a conveniência da codificação no mundo contemporâneo foi relegado a um segundo plano, tendo em vista que o Código Civil tornou-se um fato consumado, com seus defeitos e qualidades.

Entretanto, consideramos que o antagonismo entre os que defendem a *codificação* e os que consideram preferível a aprovação de leis especiais, sustentando que estamos em uma fase de *descodificação* ainda não terminou, até porque tal discussão ainda apresenta considerável utilidade na fixação das premissas necessárias à elaboração de normas que possam obter efetivamente a pacificação social.

Henri Capitant, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Paris, após constatar que a codificação estabeleceu-se em diversos países, destacou que sua principal utilidade seria a unificação do Direito.¹

1. Segundo Henri Capitant, "*la codification est un phénomène qui se produit chez la plupart des peuples, à un moment donné de leur existence. Elle sert principalement à unifier le droit*" (Cf. Henri Capitant . *Introduction a l'étude du Droit Civil : Notions Générales* . 3a ed. . p. 64).

Assim, a *codificação*, na definição de Miguel Maria de Serpa Lopes corresponderia a todas as normas, de certo ramo do Direito, que vigoram em determinado momento histórico e que, principalmente, “*passam a viver sob um regime de unidade orgânica, modificando ou inovando profundamente todo o Direito de um Estado*”²

A unidade orgânica é a mais importante característica de um código, como também ressalta Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem “*o que caracteriza o código é a regulação unitária de um ramo do Direito (Código Civil, Comercial, Penal, etc.), estabelecendo-se para ele uma disciplina fundamental*”³

Na seqüência de tais esclarecimentos, ressaltamos que desenvolvemos o presente estudo tentando responder à seguinte questão: *É possível prever todas as condutas humanas, em especial no Código Civil (enquanto lei geral), em um mundo no qual ocorre um processo de mutação cada vez mais acelerado ?*

Poderíamos até considerar que tal indagação já foi respondida no passado, dado que Jean Portalis, considerado o mais importante entre os autores do Código Civil francês de 1804, concluiu que a pretensão de prever os vários aspectos da vida humana era algo absolutamente impraticável (e isso numa sociedade muito menos complexa do que a que vivemos contemporaneamente).

Nesse sentido, no Discurso Preliminar ao Código Civil francês, Jean Portalis ponderava, ainda na transição entre os séculos XVIII e XIX, que “*evitamos a perigosa ambição de querer regular e prever tudo, mas os mesmos para quem um código parece algo volumoso demais pretendem exigir do legislador a terrível tarefa de nada abandonar à decisão do magistrado. Por mais que se tente, as leis não poderiam substituir completamente o uso da razão natural nos negócios da vida, pois as necessidades da sociedade são tão variadas, a comunicação entre os homens é tão ativa, seus interesses tão distintos e suas relações tão extensas que seria impossível para o legislador prever tudo*”⁴

2. Cf. Miguel Maria de Serpa Lopes . *Curso de Direito Civil* v. 1 . 8a ed. . p. 125

3. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2a ed. p. 237

4. Cf. Jean Etienne Marie Portalis. *Discurso Preliminar al Código Civil Francés* tradução de I. Cremades e L. Gutiérrez-Masson. pp. 35-36 (A transcrição parcial, no corpo do texto é uma tradução livre, mas frisamos que, na tradução do texto original para o espanhol, consta que “*nos hemos preservado igualmente de la peligrosa ambición de querer regular y preverlo todo. Quién prodria pensar que son aquellos mismos a los que un código les parece siempre demasiado voluminoso, quienes se atreven a prescribir imperiosamente al legislador la terrible tarea de no abandonar nada a la decisión del juez ? Hágase lo que se haga, las leyes positivas no sabrían nunca substituir completamente el uso dela razón natural en los negocios de la vida. Las necesidades de la sociedad son tan variadas, la comunicación de*

A visão de Portalis, era não-só racional como necessária, pois apontava a preocupação com as dificuldades que uma lei atravessaria para continuar a ser eficaz na sociedade.

Realmente, em nosso País, tais preocupações também não afastaram a convicção acerca da utilidade de um código, particularmente quando é necessário optar entre a redação de um novo código e a simples reforma do anterior.

Nesse contexto, merece destaque a exposição de motivos apresentada pelo então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, para quem a elaboração do Código de Processo Civil de 1973 teria sido mais útil do que a reforma paulatina do Código de Processo Civil de 1939: “*mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências (...) O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções*”.⁵

Também merece destaque a exposição de motivos do prof. Miguel Reale, que presidiu a comissão responsável pela redação da Lei n. 10.406/02 (o novo Código Civil brasileiro), que criticava os que preferiam a descodificação, ao dizer que “*nem se diga que nossa época é pouco propícia à obra codificadora, tantas e tamanhas são as forças que atuam neste mundo em contínua transformação, pois, a prevalecer tal entendimento, só restaria ao jurista o papel melancólico de acompanhar passivamente o processo histórico, limitando-se a interferir, intermitentemente, com leis esparsas e extravagantes*”⁶

De fato, a preocupação com a finalidade da lei deve estar prevista na exposição de motivos, pois, como aponta o pensador finlandês Otto Brusiin “*pode-se considerar como caso perfeitamente normal que os motivos de um determinado parágrafo da lei expressem sua finalidade prática*” e, por isso mesmo, “*nos trabalhos*

los hombres es tan activa, sus intereses tan múltiples y sus relaciones tan extensas que le resulta imposible al legislador proveer a todo. En las materias mismas que fijan particularmente su atención hay un sinfin de detalles que se le escapan, o que son demasiado discutibles y en exceso variables como para poder llegar a ser el objeto de un texto de ley. Por lo demás, como encadenar la acción del tiempo ?, cómo oponerse al curso de los acontecimientos ?, o a la pendiente insensible de las contumbres ? Cómo conocer y clacular por adelantado lo que sólo la experiencia puede revelarnos ? Puede la previsión extenderse alguna vez a objetos que el pensamiento no puede alcanzar?”).

5. Na exposição de motivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, sendo que a exposição de motivos redigida pelo ministro Alfredo Buzaid e dirigida ao então presidente da República Emílio Garrastazu Médici datava de 31 de julho de 1972.

6. Cf. Miguel Reale *O Projeto do Novo Código Civil : situação após a aprovação pelo Senado Federal*. 2a ed. . p. 47

preparatórios de uma grande codificação se discutem a fundo problemas de adequação ao fim almejado”, embora alerte para o fato de que “*em um estado cultural da atualidade, não é fácil evitar que, nos motivos da lei, também se tratem, em ocasiões, problemas teóricos,*”⁷ como aparentemente pudemos notar no parágrafo anterior, no qual Miguel Reale trata da finalidade da lei, sem esquecer do embate teórico.

Todavia, também acreditamos que as dúvidas e perplexidades até aqui relatadas aprofundam-se cada vez mais, não apenas na Doutrina, mas fundamentalmente na próprio Poder Legislativo, com a acentuada proliferação de leis que demonstrariam que a codificação teria chegado a seu próprio ocaso, sendo colocada em dúvida sua real utilidade, apesar da sempre respeitável e lúcida intervenção de Miguel Reale.

Nessa ordem de idéias, sustentava Orlando Gomes que “*a maré montante das leis especiais atesta, com efeito, a impossibilidade da codificação, eis que não podem ser reduzidas a um sistema construído com outro método, outra lógica e outra filosofia. Parecerá a um jurista de breves análises que sua proliferação se deve simplesmente ao atraso histórico do Código Civil, bastando, para atualizá-lo, acertar o passo com a dinâmica da realidade dos novos tempos*” e, criticando tal entendimento, frisava o fato de que apenas por comodidade diferenciava-se o Código das leis especiais, pois aquele já não era “*a disciplina geral das relações jurídicas próprias da sociedade civil.*”⁸

O raciocínio do eminente civilista foi complementado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior que afirmou que “*os códigos que conhecemos hoje são marcados por um espírito de rigidez e conservadorismo que contrasta, mas fornece uma impressão de segurança e certeza*”⁹

Logo, pretender a *permanência* e, sobretudo a *estabilidade* da lei em circunstâncias cada vez mais caracterizadas por uma mutabilidade acelerada das relações sociais permanece como uma conduta arriscada por parte do legislador, posto que é exigida do Poder Legislativo cada vez maior celeridade diante dos diversos problemas atuais.

2. Codificação e Consolidação.

Para entender efetivamente o movimento codificador, é conveniente distinguir a codificação, já conceituada e analisada anteriormente, da mera consolidação de leis.

7. Cf. Otto Brusiin. *O Pensamento Jurídico*. tradução de Hebe A. M. Calctti Marcenco . pp. 86-87

8. Cf. Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil*. 14a ed. . p. 69

9. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior . *Introdução ao Estudo do Direito : técnica, decisão, dominação* . 2a ed. . p. 238

Ensinava Orlando Gomes que a condensação das normas jurídicas em um sistema não era uma questão recente, realizando-se por meio de dois processos: a) a consolidação e b) a codificação.¹⁰

A consolidação, para o ilustre autor consistia na “*justaposição de normas vigentes*”, que eram articuladas sob certa orientação, ao passo que na codificação “*não se aproveitam apenas as leis existentes, mas se fazem eliminações, adaptações e inovações*” elaborando-se uma “*obra metódica, sistemática*” e que prima pela inovação.¹¹

Na lição histórica de Augusto Teixeira de Freitas, na *Consolidação das Leis Civis*, “*consiste a consolidação em mostrar o último estado da legislação*”, pois “*a consolidação será feita por títulos e artigos, em os quaes serão reduzidas a proposições claras e succintas as disposições em vigor*”¹²

A codificação e a consolidação podem diferenciar-se tanto no conteúdo quanto na estrutura, na lição sempre precisa de Orlando Gomes, que também afirmava que a consolidação seria uma obra “*de adaptação morfológica*” enquanto a codificação seria “*uma obra de criação*”, apesar de seus objetivos serem os mesmos¹³

Em nosso ordenamento jurídico, cita Tércio Sampaio Ferraz Júnior o exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), instituída por Decreto-Lei, lembrando que a consolidação “*é uma espécie de compilação de leis preexistentes, mas retirando-lhes as normas do seu contexto, reformulando-as num todo*”, vez que “*em princípio, à diferença de um código, uma consolidação não é uma inovação legal, mas uma espécie de confirmação unitária de matéria legal preexistente*” e, por isso, pode a consolidação “*ser estabelecida por mero decreto, como é o caso da Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS (Decreto n. 11.011, de 24-01-76)*”¹⁴

Sob o prisma histórico da questão, de acordo com Ricardo Lorenzetti, “*a consolidação gerava insegurança, porque não se sabia se tal ou qual disposição*

10. Cf. Orlando Gomes . *Introdução ao Direito Civil* . 14a ed. . p. 61

11. Cf. Orlando Gomes . *op. cit.* . p. 61

12. Complementava ainda o grande jurista do período imperial que, no que diz respeito às normas costumeiras, “*em notas correspondentes deverá citar a lei que autorisa a disposição, e declarar o costume que estiver estabelecido contra ou além do texto*” (Cf. Augusto Teixeira de Freitas . *Consolidação das Leis Civis* . 2a ed. . p. II)

13. Cf. Orlando Gomes . *Introdução ao Direito Civil* 14a ed. . p. 61

14. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior . *Introdução ao Estudo do Direito : técnica, decisão, dominação* . 2a ed. . p. 238

estaria em vigor. O código é segurança, que se traduz em uma seqüência ordenada de artigos”, isso porque “a imutabilidade é uma das suas características essenciais; não se pode alterar uma parte sem mudar o todo”¹⁵

O conhecido jurista argentino relata que, antes das codificações, a sociedade era regulada por meio de consolidações, posto que “estas pretendiam reproduzir o Direito sem modificá-lo, visavam apenas continuá-lo, melhorá-lo, em um continuum histórico” e, a codificação, nessa linha de análise, constituiria uma ruptura com o Direito anterior e não a sua continuidade¹⁶

Por essa mesma razão, José Reinaldo Lima Lopes distingue o movimento de codificação do Direito, da mera compilação ocorrida anteriormente em Portugal, na França, na Alemanha e na Espanha.¹⁷

Para tanto, esclarece o autor que a codificação “reflete um desejo de ordem, de hierarquia e de concentração legislativa no poder central, no Estado” e, sob esse aspecto, tais códigos foram contra a tradição e os costumes estabelecidos, pois “na verdade precisavam superar e excluir a tradição do *ius commune*, medieval, corporativa e confusa para os padrões do racionalismo moderno” sendo essa a razão pela qual os códigos foram elaborados por pessoas de estrita confiança do soberano “que em geral já não têm a formação filosófica dos clássicos”, pois “ou são burocratas, ou são juristas não treinados não treinados na tradição universitária medieval”.¹⁸

Efetivamente, não é possível desconsiderar o argumento de que um poder central visava submeter as diversas regiões que utilizavam ainda um Direito calcado no costume e isso chegou a ocorrer até o século XIX.

Assim, basta relembrar o que ocorreu na Argentina, como demonstra o professor titular de História do Direito da Faculdade de Direito da Pontificia Universidad Católica Argentina, Liniers de Estrada, para quem a codificação trouxe uma polêmica entre os argentinos que enxergavam na codificação um avanço do poder central sobre as províncias e os que acreditavam ser a codificação um meio para unificar o país.¹⁹

15. Cf. Ricardo Lorenzetti . *Fundamentos do Direito Privado* . p. 42

16. Cf. Ricardo Lorenzetti . *op. cit.* . p. 42

17. Cf. José Reinaldo Lima Lopes . *O Direito na História : lições introdutórias* . p. 208

18. Cf. José Reinaldo Lima Lopes . *op. cit.* . p. 208

19. Liniers de Estrada relata o fato de que “la codificación planteó una polémica entre los que consideraban que ella significaba un avance del poder central sobre las provincias y los que la apoyaban pensando que seria un medio para contribuir a la unificación del país. Por otra parte la constitución sancionada en 1853 y reformada en 1860 establecía bien claramente que el congreso nacional debería

No entanto, ainda hoje, a codificação não é uma página virada da História, pois insiste Tércio Sampaio Ferraz Júnior que “*importantes são ainda hoje as simples compilações, repertórios de normas que, em geral, obedecem a critérios cronológicos, com divisões, às vezes, por matéria, e que conhecemos sobretudo quanto às decisões jurisprudenciais*” e “*a imposição de uma racionalidade lógica às compilações vem ganhando enorme significado atualmente, graças ao desenvolvimento da informática jurídica*”, pois “*a possibilidade de se construir bancos de dados, de normas legais, administrativas, jurisprudenciais, de opiniões doutrinárias, está, sem dúvida, revolucionando a técnica jurídica, prometendo, para um futuro próximo, uma repercussão fantástica no próprio pensamento dogmático*”.²⁰

Em conclusão, por paradoxal que pareça, tanto a codificação como a consolidação (mesmo que diferentes quanto à estrutura e sistematização), discutíveis enquanto soluções permanentes para o Direito, persistem pela irresistível atração que, tanto o legislador quanto os operadores do Direito, sentem pela unidade e aparente segurança conferida por ambas.

3. A Codificação como Sistema.

Destacamos anteriormente que a visão sistemática do Código era fundamental para diferenciá-lo das consolidações anteriores e, nesse sentido, advertia André Franco Montoro que “*o código não é um conjunto de leis, mas uma lei única, que dispõe de modo sistemático sobre um ramo ou setor do Direito*”²¹

É muito ilustrativa a explicação dada por José Reinaldo Lima Lopes ao apontar a ausência de sistema das ordenações em comparação com os códigos, dizendo que “*quem abre as Ordenações Filipinas, que também vigoraram no Brasil desde 1603, nota que elas são casuísticas*”, pois ao tratar da matéria penal “*não existe uma parte geral sobre as penas, os delitos, as circunstâncias atenuantes ou agravantes, o dolo ou a culpa*”, concluindo que tal ordenação consistia apenas numa simples coleção de delitos.²²

dictar los códigos civil, comercial, penal y de minería. Como consecuencia de ello se emprendió la tarea que culminó con el cumplimiento de aquella disposición. La codificación fue así una herramienta más en larga y difícil tarea de la unidad nacional, ya que una legislación uniforme en todo el país contribuyó a afianzar aquella. (Cf. Liniers de Estrada . *Manual de Historia del Derecho* . p. 167)

20. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior . *Introdução ao Estudo do Direito : técnica, decisão, dominação* . 2a ed. . pp. 238-239

21. Cf. André Franco Montoro . *Introdução à Ciência do Direito* . v. II . 7a ed. . p. 81

22. Cf. José Reinaldo Lima Lopes . *op. cit.* . pp. 223-224

Mesmo após tais esclarecimentos preliminares, persiste a dúvida: *Como podemos compreender um sistema?*

Partindo de uma abordagem verdadeiramente didática, Luiz Edson Fachin compara uma fotografia e uma moldura, sendo que o sistema enquanto moldura enquadraria as pessoas, suas relações e os bens (que corresponderiam à fotografia inserida na moldura), só que nem tudo que está contido nessa moldura corresponde ao que nela poderia estar.²³

O professor da Universidade Federal do Paraná conclui dizendo que “*há coisas que estão fora da moldura, e há também relações que estão excluídas desse quadro*”, mas “*a realidade fática, porém, constrói sociedade à margem dessa dimensão que o sistema fixa para dar dignidade jurídica*”. partindo da simples idéia de que os “*fatos se tornam jurídicos a partir de uma luz de juridicidade que recai sobre eles, o que leva à formulação de que nem todo fato é jurídico e nem toda pessoa é, a rigor, sujeito de direito*”²⁴

Em nosso país, o esboço de Código Civil, elaborado por Augusto Teixeira de Freitas, merece destaque tanto por sua importância histórica como pela sua reconhecida sistematização do Direito Civil, o que sem dúvida exige do conhecido jurista do Império, o reconhecimento de uma notável contribuição para a ciência do Direito em nível mundial.

Em 1865, ainda na introdução da *Consolidação das Leis Civis*, que antecedeu o *Esboço*, Teixeira de Freitas demonstrava sua preocupação com a codificação, ao afirmar que “*nunca tivemos Código Civil e, se por tal reputássemos o corpo das Ordenações Filipinas ou antes o 4º livro dellas que mais se dedicou aos contractos e sucessões, estaríamos ainda assim envolvidos na imensa teia das leis extravagantes que se tem accumulado no decurso de mais de dous seculos e meio. Também não existe um só escriptor, antigo ou moderno que puramente se limitasse a colligir e ordenar o Direito pátrio*”²⁵

Pontes de Miranda resgatou, embora com críticas, a importância do esboço de Teixeira de Freitas e sua inovadora concepção sistemática, ao dizer que neste “*o plano adotado foi o da dicotomia – Parte Geral (pessoas, coisas, fatos) e Parte Especial*”, sendo que esta “*se tripartia em direitos pessoais (em geral, relações*

23. Cf. Luiz Edson Fachin . *Teoria Crítica do Direito Civil* . p. 175

24. Cf. Luiz Edson Fachin . *op. cit.* . p. 177

25. Cf. Augusto Teixeira de Freitas . *Consolidação das Leis Civis* . 2a ed. . p. II-III

*de família, relações civis, direitos reais (em geral, sobre coisas próprias, sobre coisas alheias) e disposições comuns a direitos pessoais e reais (herança, concurso de credores, prescrição)”, considerando que “o mais admirável é a solidez, o concatenamento e a inteireza da construção jurídica, com que pode erguer, com tal programa falho, com tal classificação censurável, a sua obra minudente, sagaz, em que por vezes se adivinha o que só no B.G.B. aparecerá”*²⁶

E prosseguia Pontes de Miranda, afirmando ser apenas o BGB “*ainda hoje, pelo rigor técnico, superior ao esboço brasileiro de 1860. O Código Civil argentino (1869) adotou a disposição de matérias imaginada por ele; e, no mundo contemporâneo, só o Code Civil e o B.G.B. foram, até hoje, de tão grande influência em países estrangeiros. De 1869 para cá a sua atuação na América Latina é profunda, e os dispositivos de Códigos europeus e americanos que atenderam a inovações do argentino são, realmente, frutos do esboço*”²⁷

O jurista português Carlos Alberto da Mota Pinto lecionava no sentido de que “*da relação entre uma parte geral e partes especiais – e de um esquema idêntico dentro das várias partes especiais – resulta que as normas contidas no código não se dispõem segundo um mero alinhamento ou contiguidade, mas segundo uma ordenação que deve estar presente no espírito do julgador ao pesquisar a disciplina legal completa de qualquer situação da vida submetida ao seu julgamento*”²⁸

A Codificação, observada quanto à sua funcionalidade, consistiria na reunião em texto único, de forma *metódica* e *homogênea*, de uma série de normas relativas a certo ramo do Direito.²⁹

Nesse contexto, a visão de sistema deve *necessariamente* estar presente em um código, já que, na lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, os códigos “*representam um esforço técnico de domínio prático de um material, conforme as exigências de decidibilidade de conflitos em uma sociedade complexa, submetida à celeridade das transformações*”, dado que “*por seu intermédio, o conhecimento jurídico viu aplicadas*

26. Cf. Pontes de Miranda . *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro* . 2.^o cd. pp. 97-98

27. Cf. Pontes de Miranda . *op. cit.* . p. 98

28. Cf. Carlos Alberto da Mota Pinto . *Teoria Geral do Direito Civil* . 3a cd. . p. 57

29. Henri Capitant dizia que “*la codification peut également devenir nécessaire, même dans les pays où le droit est déjà unifié, lorsque les lois relatives aux institutions d’une même famille juridique forment une masse compacte au milieu de laquelle la pratique a peine à se reconnaître. Codifier, c’est alors réunir en un seul corps, a fin d’en faciliter l’étude et d’en faire un tout homogène et méthodique, ces différentes lois*”. (Cf. Henri Capitant . *Introduction à l’étude du Droit Civil : Notions Générales* . 3a cd. . p. 65).

*técnicas de controle sistemático no sentido de se constituírem grandes redes conceituais capazes de funcionar como uma espécie de mapeamento da realidade jurídica”*³⁰

A noção de sistematização, presente nos códigos, é até mais relevante do que a unificação legislativa pretendida; pois, na lição de Miguel Maria de Serpa Lopes, “*nem só a unificação constitui o objetivo da codificação, como ainda o de salutarmente contribuir para maior facilidade e perfeição do estudo do Direito, por se encontrar estratificado em sistematização cientificamente ordenada*”³¹

Para Luiz Edson Fachin, “*o sistema conforta porque dá respostas por meio de regras e presunções, e quando estas não são suficientes, cria ficções, tornando-se um sistema tão pronto e acabado que não permite a ninguém que o desconheça, ao menos em termos jurídicos, ainda que o ignore no plano real e material*”³²

Quanto à sistematização no novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/02), Miguel Reale salientou que “*como responsável pela codificação, não vacilei no sentido de preferir uma sistematização ampla, embora partindo do código em vigor*”, sendo fixado “*o critério de preservar, sempre que possível, as disposições do código atual, porquanto de certa forma cada texto legal representa um patrimônio de pesquisa, de estudos, de pronunciamentos de um universo de juristas*” tendo sido abandonada pela comissão “*a idéia de dividir o Código Civil, elaborando-se, em separado, um Código das Obrigações*”, pelo fato de que “*a quase-unanimidade de nossos juristas repudiou a proposta de um Código Civil decepado e sem sentido de unidade, condenando a eliminação da parte geral, tradicional em nosso Direito*”³³

4. Aspectos Históricos e Políticos das Codificação.

A preocupação em obter um corpo único de normas, com uma estrutura organizacional interna e de fácil acesso ao intérprete do texto legal não constitui uma preocupação que teria surgido apenas a partir do Código Napoleônico de 1804, como quer fazer crer principalmente certa parte da Doutrina francesa.

30. Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior . *Introdução ao Estudo do Direito : técnica, decisão, dominação*. 2a ed. . p. 238

31. Cf. Miguel Maria de Serpa Lopes . *Curso de Direito Civil* v. I . 8a ed. . p. 125

32. Nessa linha de raciocínio, prossegue o doutrinador, ao exemplificar que “*uma demonstração disso é a apropriação jurídica do primeiro ato de vida – o respirar – operada a partir do conceito de personalidade jurídica. Essa ordem de idéias marca o sujeito até para depois de sua morte*”. (Cf. Luiz Edson Fachin . *Teoria Crítica do Direito Civil*, pp. 195-196)

33. Cf. Miguel Reale . *O Projeto do Novo Código Civil : situação após a aprovação pelo Senado Federal* . 2a ed. . p. 4

De fato, ensinam Federico Lara Peinado e Federico Lara González que, entre os diversos textos em escrita cuneiforme achados pelos arqueólogos em suas escavações, um número elevado apresentava importantes informações para a história do Direito escrito, remontando a três mil anos antes de Cristo.³⁴

As primeiras leis mesopotâmicas caracterizavam-se pela permanência e pela imutabilidade e, como acreditava-se que as leis em questão tinham origem divina, pouco fazia-se para modificá-las, já que tais modificações trariam a ira dos deuses contra os humanos.³⁵

A codificação, nesse período, tinha caráter essencialmente penal e incluiu diversos códigos além do conhecido Código de Hammurabi, destacando-se o Código de Shulgi (que inspirou o Código de Hammurabi em diversos dispositivos), o Código de Lipit-Ishtar (destacando-se, em comparação com o Código de Shulgi, pelas previsões relativas ao Direito Sucessório e Matrimonial, contendo inclusive referências ao divórcio), o Código de Eshnunna (com um total de sessenta artigos relativos a salários, aluguéis, empréstimo, escravidão, compra e venda, aspectos penais e também o divórcio) e, por fim, a série Ana Ittishu (dispositivos hoje dispersos e que, curiosamente, tratavam também do ensino do Direito nas escolas e sua utilização por juizes, escribas e funcionários, bem como as sanções a que estavam sujeitos os pais ou filhos que questionavam seu parentesco e a sanção à esposa que renegava o seu marido).³⁶

Na verdade, embora possamos apontar diversos exemplos na Antiguidade, o movimento codificador só aparece, de forma significativa, a partir de 1756 com o *Codex Bavaricus*, na Baviera (ainda admitindo sua complementação pelo Direito Comum, de origem medieval), sendo seguido em 1786 pelo Código Josefino (elaborado durante o reinado de José II, filho de Maria Teresa da Áustria) até culminar, em 1794, naquele que é reconhecido, nas palavras de José Reinaldo de Lima Lopes como “*o fruto maduro dessa fase*”, o Código Civil da Prússia (sob o reinado de Frederico, o Grande).³⁷

Na medida em que o Direito consuetudinário passa a ser substituído pelo Direito legislado, constatamos que o movimento codificador envolveu uma

34. Cf. Federico Lara Peinado e Federico Lara González. *Los Primeros Códigos de La Humanidad*. p. IX

35. Cf. Federico Lara Peinado e Federico Lara González. *op. cit.*. p. XIII

36. Cf. Federico Lara Peinado e Federico Lara González. *op. cit.* pp. XXVI-XXXIII

37. Cf. José Reinaldo Lima Lopes. *O Direito na História: lições introdutórias*. p. 208

mudança de paradigma, relacionada diretamente ao papel desempenhado pelo próprio Estado liberal que substituiu o Antigo Regime e foi nesse contexto político que o positivismo desenvolveu-se, esclarecendo José Reinaldo de Lima Lopes que “a legislação desse Estado veio para pôr fim a todo o Direito anterior e seu instrumento privilegiado foi o Código: uma lei que dispunha sistemática e completamente sobre um assunto determinado”.³⁸

Também nessa ordem de idéias, Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux apontaram uma tendência natural das revoluções políticas no sentido de buscar a unificação do Direito.³⁹

Henri Capitant, com indisfarçável orgulho, destacou que o Código Civil francês tinha servido como modelo para toda a Europa.⁴⁰

Até mesmo na Alemanha, com suas notórias divergências em relação à França, ocorreu a tentativa de codificar o Direito baseada no modelo francês.

Todavia, cumpre ressaltar a existência da célebre polêmica entre Justus Thibaut, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg e Friedrich Carl Von Savigny, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Berlim.

Baseado no relato de Heinrich Lehmann, em 1814, Justus Thibaut, em seu trabalho *Über Die Notwendigkeit Eines Allgemeinen Bürgerlichen Rechts Für Deutschland* (Da Necessidade de um Direito Civil para toda a Alemanha), defendeu a promulgação de um Código, sendo que essa idéia contou com a oposição ferrenha de Friedrich Savigny, exposta em obra publicada no mesmo ano intitulada *Vom Beruf Unsrer eit Für Gesetzgebung Und Rechtswissenschaft* e elencando as seguintes objeções: 1) A Prússia e a Áustria não poderiam renunciar aos seus códigos que tinham sido

38. Cf. José Reinaldo Lima Lopes . *op. cit.* . p. 223

39. De acordo com Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux, “*les révolutions ont naturellement tendance à unifier le Droit*”. Tais autores ainda asseveram que o Código Napoleônico foi visto como o triunfo do individualismo liberal e visou consolidar as conquistas da Revolução Francesa, atenuando os seus excessos e encerrando uma fase de instabilidade política na França, que tinha também uma correspondência no plano legislativo (Cf. Jacques Ghestin e Gilles Goubeaux . *Traité de Droit civil : Introduction Générale*, pp. 83-89)

40. Relatou Henri Capitant que “*c’est ainsi que au commencement du XIX siècle, en France, on a éprouvé l’impérieux besoin de codifier le droit civil, pour mettre un terme à la diversité de notre ancien droit*” e “*de même l’Italie, puis l’Allemagne, après avoir consommé leur unité politique, l’ont complétée par la confection d’un Code Civil*”. Após esse breve relato histórico, afirmou que “*une querelle célèbre s’est engagée sur ce point au commencement du XIXe siècle en Allemagne. L’apparition du Code Civil Français, au début de ce siècle, avait été un événement considérable, et en dehors de sa force d’expansion due aux succès des armes de Napoléon, notre code fut pris pour modèle par toute l’Europe*”. (Cf. Henri Capitant . *Introduction a l’étude du Droit Civil : Notions Générales* . 3a ed. pp. 64-65)

criados recentemente; 2) O momento político não era adequado para elaborar um bom código e 3) inexistia um léxico jurídico utilizável.⁴¹

De acordo com Heinrich Lehmann, pelo próprio processo de unificação alemã, prevaleceu o entendimento de Savigny (ainda que temporariamente) e tudo permaneceu como estava até que, a partir da segunda metade do século XIX, fossem desenvolvidos os trabalhos para a elaboração do Código Civil.⁴²

Além dos argumentos já expostos, os códigos ameaçavam um mundo já conhecido da nobreza e do clero, setores que representavam a velha ordem e Savigny, ao opor-se ao movimento codificador na Alemanha, invocando a tradição e o *espírito do povo alemão* na verdade defendia, na visão de José Reinaldo de Lima Lopes, um mundo antigo, “inclusive o modelo antigo de professor, aquele que criava a ordem jurídica pelas suas intervenções ‘científicas’ e não se submetia à ordem criada arbitrariamente (não cientificamente) pela legislação”.⁴³

O *espírito do povo alemão*, sem qualquer justificativa plausível, também foi posteriormente invocado a serviço da própria barbárie, corporificada no regime nazista e que contou, lamentavelmente, com o aval de juristas do porte de Carl Schmitt no texto *O Führer protege o Direito*, no qual afirma que “o Führer leva as advertências da história alemã a sério. Isso lhe dá o direito e a força para fundar um novo Estado e uma nova ordem”, pois “o Führer protege o Direito do pior abuso, quando ele no instante do perigo cria o Direito sem mediações”, dado que “ele não está sujeito à justiça, ele mesmo foi justiça suprema”⁴⁴

41. Cf. Heinrich Lehmann . *Tratado de Derecho Civil : Parte General* . v. I . tradução de José M. Navas pp. 25-26

42. Aponta Heinrich Lehmann que “venció el criterio de Savigny y todo quedó como estaba. Tan sólo la Asamblea Nacional Alemana de 1849 dió nuevamente expresión a la necesidad de obtener un Derecho Civil uniforme. Sólo se llegó, empero, a la promulgación de la Ordenanza Cambiari y del Código de Comercio, así como a la elaboración de Proyecto de Derecho de Obligaciones (contra la protesta de Prusia), que se terminó poco antes de la disolución de la federación en 1866 (proyecto de Dresden)”(Cf. Heinrich Lehmann . *Tratado de Derecho Civil : Parte General* . v. I . tradução de José M. Navas . p. 26).

43. A questão política foi também a principal razão da dificuldade de implantar a codificação na Alemanha, vez que, de acordo com o mesmo autor, tal projeto era destinado ao fracasso “pois sua viabilidade dependia de não haver um Estado legislador liberal, capaz de impor-se” que era “aliás, a situação concreta da Alemanha, em que o Código Civil, como queriam seus defensores, viria antecipar a unificação, realizando-a no Direito Privado antes que se realizasse no Direito Público” (Cf. José Reinaldo Lima Lopes . *O Direito na História : lições introdutórias* . p. 223).

44. Sobre o texto *O Führer protege o Direito* (sobre o Discurso de Adolf Hitler no Reichstag em 13 de julho de 1934), transcrito da página 221 da obra *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito*, de Ronaldo Porto Macedo Jr., cabe frisar que este autor ponderou que apesar “do conteúdo ideológico e por vezes panfletário de alguns trabalhos de Schmitt, a sua obra é marcada por uma preocupação científica”,

No Direito alemão, ainda que sejam considerados os efeitos do período entre as guerras mundiais, não há como esquecer que, quando dos debates acerca do projeto que culminaria no *BGB*, Anton Menger, visto como um dos precursores do socialismo jurídico na Alemanha e na Áustria, afirmou que o período final do século XIX seria a época mais favorável para uma codificação voltada à proteção das classes economicamente menos favorecidas.⁴⁵

A comparação entre essa afirmação de Anton Menger, no final do século XIX, e os trágicos acontecimentos posteriores ocorridos no período nazista demonstram que é correta a percepção de que a política encontra-se interligada à norma jurídica.

Curiosamente visualizada, nos dias de hoje, como um retrocesso em muitos aspectos, não devemos esquecer que a codificação foi no passado uma inovação absoluta diante de uma acentuada resistência das classes privilegiadas que amparavam-se, sobretudo, nos costumes para negá-la.

Dessa forma, não parece correto sustentar que a codificação é em si, isoladamente, um mal ou um bem, refletindo apenas certa visão de mundo que pode ou não corresponder à visão necessária para solucionar os diversos problemas que nos atingem, como veremos nos pontos seguintes.

5. O processo de descodificação e suas origens.

Parece um fato incontestável que a codificação foi imposta na Europa, seja apenas como decorrência da vontade de um poder central autoritário, ainda que ilustrado (do qual o Código Napoleônico foi o grande exemplo), seja também como um reflexo de um processo de unificação (casos da Itália e da Alemanha).

Contudo, a velocidade dos acontecimentos ocorridos durante o século XX gerou a superação do mundo aparentemente estável e controlável que existiu principalmente na segunda metade do século XIX.

sendo que “a despeito de seu oportunismo político eticamente questionável e reprovável, a sua própria vida intelectual está marcada por relativa independência intelectual, o que inclusive lhe valeu, algumas ameaças de morte por parte de setores das SS em razão de suas idéias ‘incômodas’ para o Reich alemão a partir de 1935”.

45. Anton Menger (1841-1906), professor da Faculdade de Direito da Universidade de Viena, em sua obra *O Direito Civil e os Pobres*, sustentava que “la mirada del verdadero legislador no se vuelve hacia el pasado, sino que debe contemplar siempre el porvenir”, pois “jamás se ha presentado una época más favorable para una actividad creadora de ese género como la actual. Siglos hace que los patronos y los ricos formaban exclusivamente el Derecho Privado, adaptándolo a sus intereses, sin que los pobres, hicieran valer, por miedo o por ignorancia, sus propios derechos” (Anton Menger . *El Derecho Civil y los Pobres* . tradução de Adolfo Posada . p. 132)

Tais acontecimentos conduziram a um processo que seria conhecido como *descodificação*, entendida aqui como a necessidade de adoção de um processo legislativo mais célere, consubstanciado em leis que não fossem tão extensas, e pronto a responder às múltiplas necessidades de contenção dos litígios, individuais ou trans-individuais⁴⁶ que passaram a ocorrer na sociedade.

Sob esse aspecto, Fábio Siebeneichler de Andrade observou que as *“mudanças substanciais, tanto de ordem política quando de natureza econômica, propiciaram o surgimento de uma nova fase: a era da descodificação”* e, *“de fato os elementos que nortearam o século passado desapareceram”* passando da estabilidade própria do século XIX e início do século XX às incertezas permanentes do fim do século XX e do início do século XXI.⁴⁷

A própria função do Estado passou por uma revisão, dado que um sistema jurídico calcado em Códigos não pode mais enfrentar os problemas sociais que se acumulam e o próprio Direito deixa de atingir seu objetivo maior que é, como já salientamos anteriormente, o de obter a pacificação social.

Não há como negar a inserção, cada vez maior, de termos estranhos ao universo jurídico, em que a terminologia empregada em distintas áreas do conhecimento humano passam a integrar a norma.

Sob esse aspecto, aponta Gustavo Tepedino a constatação de *“uma alteração radical na linguagem empregada pelo legislador”*, vez que *“as leis passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, uma linguagem que, não obstante o protesto dos juristas, atende a exigências específicas, ora atinentes a questões de informática, ora relacionadas a inovações tecnológicas ou a novas operações contratuais, ora a assuntos financeiros ou econômicos, suscitando muitas vezes dificuldades para o intérprete”*⁴⁸

Luís Cabral de Moncada, que foi professor catedrático da Universidade de Coimbra, já alertava para o fato de que *“essa obra de barragem que foram os códigos, acha-se, com efeito, comprometida nos diferentes campos do Direito”*, pois *“a torrente avassaladora das leis dispersas ameaça romper, de novo, todos diques*

46. Os interesses transindividuais destacaram-se a partir da segunda metade do século XX, na qual tais interesses (sejam eles difusos, coletivos ou individuais homogêneos) foram identificados e passaram a chamar a atenção do legislador. No Brasil, destacam-se a Lei n. 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), a Lei n. 7.347/85 (Ação Civil Pública) e a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

47. Cf. Fábio Siebeneichler de Andrade . *op. cit.* pp. 171

48. Cf. Gustavo Tepedino . *Temas de Direito Civil* . 2a ed. . p. 9

com aquela *pletora ofensiva de leis*”, e não era difícil, para o doutrinador lusitano, encontrar as explicações para tal fato, que estariam na idolatria da lei e nas transições e transformações próprias da vida contemporânea, na qual o Estado tem a necessidade de assumir funções que sempre foram estranhas à sua tradicional atividade.⁴⁹

Assim, a atuação da Jurisprudência seria fundamental para amoldar as concepções antiquadas de um Código à realidade, atuação esta sempre somada à vigência de novas leis especiais, tal como sustentou Henri Capitant ao tratar do tema.⁵⁰

Fábio Siebeneichler de Andrade, em que pese o fato de sustentar a utilidade da codificação, relata expressivos argumentos a favor da descodificação, no sentido de que *“a idéia de código estruturado como um sistema fechado, geschlossen system, não se mostraria apta a enfrentar os problemas vivenciados pela sociedade atual; depois os princípios constitucionais teriam substituído os conceitos do Código Civil; mais ainda, as principais categorias do código também não seriam capazes de atender às necessidades sócio-econômicas atuais”* e, *“em consequência, acentua-se o desenvolvimento das leis especiais, que passam a constituir-se por força de seu grande número e importância, em verdadeiros microsistemas”* que retirariam do Código Civil o relevante papel que o mesmo desempenhava até então no sistema jurídico.⁵¹

O mesmo Fábio Siebeneichler de Andrade posiciona-se contrariamente a tais afirmações, dizendo que elas só demonstram uma consistência aparente, relatando que a tendência a codificar não teria desaparecido, com novos países codificando o seu Direito Privado e negando-se a *“compartilhar a tese de que teriam somente uma função microeconômica, enquanto às leis especiais caberia uma incumbência de caráter macroeconômico”*, pois as leis especiais não se caracterizam como um sistema já que visam resolver apenas problemas específicos e com vigência limitada.⁵²

49. Cf. Luís Cabral de Moncada . *Lições de Direito Civil*. 4a ed. . p. 127-128

50. Para Henri Capitant *“il faut en conclure que la codification ne doit pas être trop souvent répétée. Il est préférable de vivre sur un Code vieux, tout en le modifiant par des lois spéciales, plus faciles à élaborer, quant à ses parties qui ne correspondent plus aux conceptions actuelles, et de laisser à la jurisprudence, éclairée et dirigée par la doctrine, le soin de travailler sur ce fonds de textes, de les remanier, de les transformer insensiblement”*. E conclui dizendo que *“c’est à elle qui il faut, en première religne, confier la tâche de réparer les fissures qui se produisent dans l’édifice, au besoin même d’y changer quelques pierres, d’en modifier quelques parties. C’est par elle, toujours en contact avec la vie, que se fera désormais e progrès du droit, son adaptation au milieu social, et ainsi, avec une base solide et résistante faite de droit écrit, on laisser au droit toute sa souplesse, toute son aptitude à se modifier, en même temps que les faits eux-mêmes, pour être toujours d’accord avec eux”* (Cf. Henri Capitant *Introduction a l’étude du Droit Civil : Notions Générales* . 3a ed. . p. 71).

51. Cf. Fábio Siebeneichler de Andrade . *op. cit.* pp. 171-172

52. Cf. Fábio Siebeneichler de Andrade . *op. cit.* . p. 172

Ainda que com certa limitação de incidência, as leis especiais desempenhariam um importante papel, constituindo para Orlando Gomes verdadeiros “*microsistemas*”, pois as chamadas leis especiais ou extravagantes nada teriam de especiais, “*eis que não são desdobramento de institutos codificados, não regulam matéria estranha ao conteúdo do Direito Privado, nem apanham menor número de destinatários ou de hipóteses*”, constituindo “*distintos ‘universos legislativos’ de menor porte, denominados por um autor, com muita propriedade, ‘microsistemas tal como sucede, por exemplo, com o regime das locações.*”⁵³ Estes microsistemas são refratários à unidade sistemática dos códigos porque têm a sua própria filosofia e enraizam em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos”.⁵⁴

Não há como, de acordo com Gustavo Tepedino, fugir de tal realidade, tal conclusão surge da constatação de que a alteração “*no papel do Código Civil representa uma profunda alteração na própria dogmática*” identificando-se “*sinais de esgotamento das categorias do Direito Privado*”, pois “*os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito*”⁵⁵

Concluindo, ainda que recorramos ao positivismo, enquanto corrente jus-filosófica melhor vocacionada a amparar a codificação, é fundamental estabelecer que, mesmo tal corrente, não mais admite um dogmatismo exacerbado, tendo reformulado suas concepções originais e adotando hodiernamente postura mais flexível, sendo tal a distância do ponto de origem que há a indagação a respeito de ser correto ainda designá-la por tal denominação.⁵⁶

53. Acrescenta Gustavo Tepedino à lição do saudoso civilista que “*a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um Direito Civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, já reproduzindo outras leis anteriores à Constituição, como o Estatuto da Terra, todos esses universos legislativos apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora*”, pois “*não se tem aqui, do ponto de vista técnico, uma relação de gênero e espécie, ou de Direito comum e especial, senão a subtração verdadeira e própria de institutos – ou porque não alvitados pelo Código Civil ou porque revogados por leis especiais, o que sucedeu em relação a um número cada vez maior de matérias*”. (Cf. Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. 2a ed. . p. 8)

54. Cf. Orlando Gomes. *Introdução ao Direito Civil* 14a ed. . p. 69

55. Cf. Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. 2a ed. . p. 6

56. De acordo com Norberto Bobbio, “*quanto al positivismo come teoria del diritto, credo sia bene distinguere un significato stretto e un significato ampio della teoria. Se si dovesse intendere per positivismo*

6. A Codificação no Mundo Contemporâneo: as mudanças de paradigma e o paradigma pós-moderno.

A técnica jurídica não basta por si só, pois o intérprete não pode mais dispensar o recurso a conceitos oriundos da economia, da biologia e de outras ciências que contribuem, cada vez mais, para tornar a decisão judicial cada vez mais difícil de ser prolatada.⁵⁷

Esse fator é desencadeado pela própria complexidade dos problemas existentes em uma sociedade marcada por sua *heterogeneidade*. Não temos apenas um grupo social uniforme a reivindicar a tutela do Estado para a solução dos conflitos cotidianos.

A lição de Antonio Junqueira de Azevedo, em seu artigo *O Direito Pós-Moderno e a Codificação* é no sentido de que “*no campo do direito, a consideração da ‘realidade como é’ parece ao jurista pressuposto básico para a muito procurada segurança jurídica : a simples dúvida sobre a aptidão de o pensamento refletir a realidade incomoda. Paralelamente, outra característica dos tempos pós-modernos, a hiper-complexidade, que, no mundo jurídico, se revela na multiplicidade de fontes do direito, quer materiais – porque, hoje, são vários os grupos sociais, justapostos uns aos outros, todos dentro da mesma sociedade mas sem valores compartilhados (shared values), e cada um, querendo uma norma ou lei especial para si -, quer formais – com um sem número de leis, decretos, resoluções, códigos deontológicos, avisos, etc. etc. – quebram a permanente tendência à unidade do mundo do direito*”⁵⁸

Ricardo Lorenzetti constata a proliferação legislativa, acompanhada pelo crescente desconhecimento das leis por parte da população e, dessa forma, “o código

giuridico unicamente il ‘codicismo’, la teoria dell’interpretazione meccanica della legge, credo avrebbero ragione coloro che propongono discartarlo per l’ottima ragione che è smentito dai fatti ma dall’epoca del cosiddetto feticismo legislativo molta acqua è passata sotto i ponti, e nessuno crede più seriamente al giudice come automa”, porque “si tratta di vedere se convenga chiamare positivismo giuridico la teoria allargata, che ha mutato o va mutando radicalmente le idee sull’interpretazione giuridica e sull’opera della scienza del diritto” (Cf. Norberto Bobbio . Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico . 3a ed. . p. 125)

57. Apesar disso, é importante resgatar as palavras de Arnaldo Wald, advertindo que “o progresso jurídico deve acompanhar o crescente controle realizado pelo homem sobre os bens exteriores, aperfeiçoando paralelamente as relações interindividuais e dando às conquistas científicas um colorido e uma finalidade de ordem moral, pois é o aspecto moral que distingue a civilização da simples técnica”(Cf. Arnaldo Wald . “O Direito da Crise” . *O Direito na Década de 80 : Estudos Jurídicos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles* . p. 290)

58. Cf. Antonio Junqueira de Azevedo. *O Direito Pós-Moderno e a Codificação* . *Revista de Direito do Consumidor* n. 33 . p. 123

perde abrangência, a legislação especial é derogatória dos princípios gerais codificados”, sendo “difícil estabelecer uma ordem e, mais ainda, manter princípios axiomáticos”⁵⁹

Logo, segundo o autor, a tarefa de interpretar a norma tornou-se fundamental, tanto na Doutrina como na Jurisprudência e “a linguagem jurídica contaminou-se de genética, economia, moral, tecnologia, computação” e, em razão disso estaríamos diante de “não-somente uma descodificação legislativa, mas também um problema de explosão, com uma enorme força centrípeta, desintegradora, no plano da lei, de outras fontes, da Doutrina e do Direito Privado em geral”⁶⁰

Como apontou Ricardo Lorenzetti, durante certo período, “o código constituiu-se em um reflexo da criação do Estado nacional; sua pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária; uma só norma, aplicável por igual, a todos os cidadãos, sejam nacionais ou estrangeiros”, tornando-se o código “uma garantia de separação entre a sociedade civil e o Estado”.⁶¹

Assim, atualmente, o Direito Civil “não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos”, pois “a idéia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda de prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como ‘ordem social’” e o Código Civil perde sua centralidade diante dos microssistemas jurídicos.⁶²

Dessa forma, relata Gustavo Tepedino que “a tônica excessiva do Código Civil em torno do sujeito de direito cede à atenção do legislador especial para com as atividades, seus riscos e impacto social, e para a forma de utilização dos bens disponíveis, de maneira a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado”, considerando que “a legislação especial é o instrumento dessa profunda alteração, avalizada pela Constituição da República”⁶³

O que há, realmente, é uma mudança de paradigma, vez que o recurso a uma única lei, elaborada dentro de uma visão totalizadora dos problemas sociais, não

59. Cf. Ricardo Lorenzetti *Fundamentos do Direito Privado* tradução de Vera Maria Jacob de Fradrea p. 44

60. Cf. Ricardo Lorenzetti . *op. cit.* . p. 44

61. Cf. Ricardo Lorenzetti *Fundamentos do Direito Privado* tradução de Vera Maria Jacob de Fradrea, pp. 44-45

62. Cf. Ricardo Lorenzetti *Fundamentos do Direito Privado* tradução de Vera Maria Jacob de Fradrea . p. 45

63. Cf. Gustavo Tepedino . *Temas de Direito Civil* . 2a cd. . p. 7

mais pode ser considerada como satisfatória para a resolução de conflitos que avançam em progressão geométrica.⁶⁴

7. O Novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/02) e suas perspectivas, enquanto ordenador do Sistema Jurídico do Direito Privado

Após analisarmos até aqui as diversas correntes que sustentaram a necessidade da codificação ou ainda a sua superação, ainda não foi totalmente respondida a questão formulada inicialmente, sobre qual seria a função do novo Código Civil em nosso ordenamento jurídico.

Fábio Siebeneichler de Andrade aponta a nova missão de um Código Civil na atualidade, ressaltando que “*não será, é claro, a mesma idéia anterior, em que a concepção totalizante aparecia num grau muito intenso*” pois “*assegurada a atualidade do Código como forma de legislação, cabe, inicialmente, resgatar a figura do Código Civil como ordenador do sistema jurídico do Direito Privado*”⁶⁵

Para a consecução de tal objetivo, Fábio Siebeneichler de Andrade defende a utilização das cláusulas gerais, bem como uma revitalização da Doutrina, concluindo que “*a codificação, hoje colocada numa situação de crise, dificilmente poderá ser substituída ou superada*” visto que a codificação simboliza “*uma categoria altamente representativa que por estar associada ao princípio da continuidade sempre estará a (co)ordenar o Direito Privado*”⁶⁶

Podemos também defender a codificação como instrumento principiológico, tal como ocorre na Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), tal como ensina Nelson Nery Júnior, para quem tal lei teria essa característica, porque “*não é analítica, mas sintética*”, já que “*nem seria de boa técnica legislativa aprovar-se lei de relações de consumo que regulamentasse cada divisão do setor produtivo*”,

64. Nesse sentido, a inovadora lição de Antonio Junqueira de Azevedo (fundada na teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn), para quem o *paradigma da lei* limitou o legislador de 1916, embora mesmo o legislador de 2002 ainda estaria preso ao *paradigma do juiz*, por meio dos conceitos indeterminados ou abertos (que podem ser encontrados com frequência no novo Código). Essa visão do legislador estaria determinada por uma fase tida como *moderna*, sendo que esta já foi superada pela fase *pós-moderna*, na qual há uma *hiper-complexidade* que torna o simples recurso à liberdade do juiz para preenchimento da norma no caso concreto, uma medida insuficiente para resolver os problemas contemporâneos (Cf. Antonio Junqueira de Azevedo. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. *Revista de Direito do Consumidor* n. 33, pp. 125-126).

65. Cf. Fábio Siebeneichler de Andrade. *op. cit.* p. 172

66. Cf. Fábio Siebeneichler de Andrade. *op. cit.* p. 173

mas sim “aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica”⁶⁷

Esse raciocínio poderia ser aplicado ao Código Civil, sempre visto como lei de caráter geral?

Embora não neguemos todas as críticas esboçadas até aqui, *entendemos que sim* (destacando que, para nós, essa seria hoje a sua principal e talvez até sua única função), até porque diversos princípios estão contidos nesse diploma, o que condicionaria as leis especiais em que há, primordialmente, apenas relações de caráter civil, com igualdade entre as partes (o que excluiria as relações de trabalho e também as relações de consumo, a não ser que as normas civis, aplicáveis subsidiariamente, favoreçam a parte mais fraca).

Gustavo Tepedino critica a visão dos que são favoráveis à codificação, substituindo estas por uma visão constitucional do Direito Civil, pois as constituições assumem compromissos “*a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens*”, e “*o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do Direito Privado*”, pois “*os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade*” e “*o próprio Direito Civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes*”⁶⁸

O jurista do Rio de Janeiro complementa seu raciocínio, ao criticar o individualismo próprio do auge da codificação e afirmar que o papel constitucional do Direito Civil “*e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil*”, pois, nessa época o Direito Público não interferia na esfera privada, “*assumindo o Código Civil, portanto, o papel único e monopolizador das relações privadas*”, já que o Código “*almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular*”.⁶⁹

67. Cf. Nelson Nery Júnior. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto*. 6a ed. coordenação de Ada Pellegrini Grinover. p. 432

68. Cf. Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*. 2a ed. . p. 7

69. Cf. Gustavo Tepedino. *op. cit.* . p. 3

No auge da codificação, na França, afirma Louis Assier-Andrieu que a lei era um verdadeiro objeto de culto e, assim, “*substituiu-se a reverência devida ao monarca pela adoração de uma abstração derivada, pelos filósofos da razão universal, sem mudar a estrutura ritual de fidelidade e submissão*”⁷⁰

Não há como, no mundo atual, pretender a segurança (e ao mesmo tempo, a submissão, como bem sublinhou Louis Assier-Andrieu) absoluta de outrora em uma sociedade pautada pela heterogeneidade.

Contextualizando historicamente o Código Civil brasileiro, aprovado em 1916, Gustavo Tepedino, salienta que este foi, antes de mais nada, “*fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como ‘o mundo da segurança’ Segurança – é de se sublinhar – não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo*”, posto que “*ao Direito Civil cumpriria garantir à atividade privada*”⁷¹ e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas”⁷²

Para Luiz Edson Fachin, “*parece fundamental, todavia, abandonar-se a postura da segurança dos conceitos, uma vez que, em certa medida, as explicações segmentadas conduzem a uma banalização da complexidade dos problemas*” e conclui, com amargo, mas incontestável realismo que “*hoje, mais do que nunca, deve o estudioso afeiçoar-se a perguntas sem resposta*”⁷³

Em conclusão, podemos tomar emprestadas as palavras de Luiz Edson Fachin, já que o número de indagações que podemos continuar a elaborar é *infinitamente maior do que as respostas que poderemos obter*, tanto do legislador, como dos julgadores ou, ainda, da própria Doutrina.

Apesar de tudo que relatamos, não há como negar que a proliferação legislativa, embora num grau consideravelmente menor, também ocorreu no passado,

70. Cf. Louis Assier-Andrieu . *O Direito nas Sociedades Humanas* tradução de Maria Ermantina Galvão . p. 249

71. A esse respeito, em 1994, Carlos Alberto Bittar insistia que, “*no contexto atual, mesclam-se no âmbito privado, as regras gerais codificadas, de inspiração liberal, em que as pessoas são tomadas em nível de relação paritária, com outras resultantes da intervenção estatal, dentro das concepções socializantes que se expandiram em nosso século, nos quais se intenta tomar as pessoas não como indivíduos, mas como seres integrados à vida social, econômica e política do país*”. (Cf. Carlos Alberto Bittar *Curso de Direito Civil* . v. 1 . p. 18)

72. Cf. Gustavo Tepedino . *Temas de Direito Civil* . 2a ed. p. 3

73. Cf. Luiz Edson Fachin . *Teoria Crítica do Direito Civil* . p. 195

pois como ensina Renan Lotufo: “*ocorre que a produção legislativa é sempre crescente nas sociedades, e a multiplicidade de leis, afora os conflitos possíveis, implicando em se saber quais as normas vigentes para aplicação ao caso concreto, no tempo e espaço, começou a requerer os trabalhos de compilação. Estas começaram a ser unitárias e orgânicas, com uma estrutura lógica*”, o que culminou na codificação.⁷⁴

Estariamos, então, andando em círculos? Ou sucumbiríamos à constatação de que numa sociedade em transformação cada vez mais acelerada, na qual a uniformidade de outrora é substituída pela diversidade cultural e axiológica, só nos resta admitir que a perplexidade do jurista é apenas mais um dos sintomas da pós-modernidade?

Diante dessas considerações, temos de reconhecer que as respostas ainda estão por vir, mas que o debate pode e sobretudo *deve* permanecer, mesmo com a edição do novo Código Civil...

8. Conclusões.

1) A codificação surgiu como um movimento decorrente das injunções políticas dos séculos XVIII e XIX, ora por influência direta dos Estados liberais e ora por reação dos Estados absolutistas que eram governados por soberanos identificados com o que se convencionou denominar de despotismo esclarecido (como foi o caso do Código da Prússia, aprovado em 1794, no reinado de Frederico, o grande).

2) Comparando a codificação com a Consolidação, observamos que a primeira apresenta como característica fundamental a preocupação com a sistematização normativa, ausente na última.

3) Nessa ordem de raciocínio, o juspositivismo pode ser considerado como a corrente jusfilosófica mais adequada à codificação, já que esta tinha como escopo eliminar (principalmente negando) as lacunas do ordenamento jurídico. Apesar disso, sequer é correto visualizar no positivismo contemporâneo, na lição de Norberto Bobbio, a mesma corrente que ensinou o que costumou designar-se por fetichismo da lei.

4) É fato que, mesmo diante da aprovação da Lei n. 10.406/02, a codificação hoje não terá mais condições de desempenhar o mesmo papel totalizante e sistemático que desempenhava no passado, sem que fosse necessário recorrer ao

74. Cf. Renan Lotufo. *Curso Avançado de Direito Civil: Parte Geral* v. 1 p. 69

legislador para que este venha a suprir as cada vez mais constantes lacunas do ordenamento jurídico. Todavia, não se quer desprezar a relevância principiológica dos códigos, única justificativa para a manutenção dos mesmos no mundo contemporâneo.

5) Complementando a conclusão anterior, sustentamos que o novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/02) poderá revelar utilidade, na medida em que dele se espere apenas um vetor principiológico (o que, em certa medida, já era atingido por meio da Constituição Federal, embora ocorra aí, um certo desvio de sua função original) e não um repositório de soluções para os problemas da vida contemporânea, que apresentam uma hiper-complexidade cada vez mais acentuada.

São Paulo, julho de 2003.

Bibliografia

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação : Crônica de um Conceito*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas Sociedades Humanas* tradução de Maria Ermantina Galvão São Paulo : Martins Fontes, 2000.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo : Revista dos Tribunais, n. 33, pp. 123-129, jan./mar. 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1994.
- BOBBIO, Norberto *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. 3ª ed. . Milão : Edizioni di Comunità, 1977.
- BRUSIIN, Otto *O Pensamento Jurídico* tradução de Hebe A. M. Caletti Marengo Campinas : Edicamp, 2001.
- CAPITANT, Henri. *Introduction a l'étude du Droit Civil : Notions Générales* 3ª ed. . Paris : A. Pedone, 1912.
- ESTRADA, Liniers de *Manual de Historia del Derecho* Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito : técnica, decisão, dominação* 2ª ed. São Paulo : Atlas, 1994.
- FREITAS, Augusto Teixeira de *Consolidação das Leis Civis* 2ª ed. Rio de Janeiro : Typographia Universal de Laemmert, 1865.
- GHESTIN, Jacques e GOUBEAUX, Gilles. *Traité de Droit civil : Introduction Générale*. Paris : L.G.D.J., 1977.
- GOMES, Orlando *Introdução ao Direito Civil* 14ª ed. atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro : Forense, 1999.
- GONZÁLEZ, Federico Lara e PEINADO, Federico Lara. *Los Primeros Códigos de la Humanidad* Madri : Tecnos, 1994.
- LOPES, José Reinaldo de Lima *O Direito na História : Lições Introdutórias* São Paulo : Max Limonad, 2000.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil* v. 1 8ª ed. revista e atualizada por José Serpa Santa Maria Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1996.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado* tradução de Vera Maria Jacob de Fradera São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- LOTUFO, Renan *Curso Avançado de Direito Civil Parte Geral* v. 1 São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto *Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito* São Paulo : Max Limonad, 2001.
- MENGER, Anton. *El Derecho Civil y los Pobres* tradução de Adolfo Posada Granada : Comares, 1998.

MONCADA, Luís Cabral de *Lições de Direito Civil*. 4ª ed. Coimbra : Almedina, 1995.

MONTORO, André Franco . *Introdução à Ciência do Direito* . v. II . 7ª ed.. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1979.

MIRANDA, Pontes de . *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro* . 2ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1981.

NERY JÚNIOR, Néelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor : comentado pelos autores do anteprojeto* . 6ª ed. Ada Pellegrini Grinover (coord.) . Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1999.

PINTO, Carlos Alberto da Mota . *Teoria Geral do Direito Civil* . 3ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1996.

PORTALIS, Jean Etienne Marie . *Discurso Preliminar al Código Civil Francés* tradução de I. Cremades e L. Gutiérrez-Masson . Madri : Civitas, 1997.

REALE, Miguel . *O Projeto do Novo Código Civil : situação após a aprovação pelo Senado Federal* 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo . *Temas de Direito Civil* . 2ª ed. . Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

WALD, Arnaldo “O Direito da Crise” *O Direito na Década de 80 : Estudos Jurídicos em Homenagem a Hely Lopes Meirelles* coordenação de Arnaldo Wald São Paulo : Revista dos Tribunais, 1985, pp. 282-298

HIERARQUIA ENTRE GÊNEROS DE CONVIVÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Antonio Jorge Pereira Júnior

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O trabalho apresenta uma hierarquia sócio-jurídica entre gêneros de convivência constantes da Constituição Federal, que pode ser deduzida a partir da interpretação sistemática dos arts. 226 e 227.

Abstract:

This work presents a social and juridical hierarchy between companionships genus types, that could be deduced from the systematic interpretation of the articles 226 e 227.

Unitermos: tipos familiares; proteção estatal; hierarquia constitucional

Poder-se-ia demonstrar que um determinado gênero de convivência atende melhor aos interesses da criança e do adolescente ou da sociedade civil? A despeito de um estudo sociológico e/ou psicológico, e de uma análise ideológica do que se entende por “melhor” pode-se cogitar da identificação de uma categoria de relacionamento teoricamente mais apta a atender a “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”¹, bem como de satisfazer de modo mais adequado aos interesses da vida social (função social) de acordo com os dispositivos constitucionais. A partir da análise da Constituição Federal e da linha de pensamento sugerida por alguns juristas, pretende-se fazer uma reflexão acerca de uma possível hierarquia entre os tipos familiares concebidos na CF.

O que é a família? Perante a filosofia social, a família é uma sociedade natural, primeira e principal entidade responsável pela formação da pessoa humana. Para o presente estudo interessa analisar, perfunctoriamente, o conceito jurídico de família, bem como sua atual compreensão no Direito Constitucional brasileiro. Com essa breve análise, podem-se identificar, dentre as relações familiares, quais atendem ao melhor interesse da criança e do adolescente.

1. Constituição Federal – doravante CF - art. 227, § 3º, V.

Não é objeto deste trabalho o estudo vertical do conceito de família, em seu sentido ético, social e jurídico.² Os contornos da instituição familiar serão descritos aqui com a intenção de mostrar que a sociedade civil, por meio da Assembléia Constituinte, impôs ao Estado um modo de gerenciar as situações familiares, dada a importância da primeira e principal sociedade natural – família - para a sociedade civil e para cada pessoa individualmente considerada.

O valor social da família foi assimilado no topo da hierarquia normativa, por meio do art. 226 da CF “*a família, base da sociedade civil, terá especial proteção do Estado*”. Perante tal afirmação, convém perguntar-se sobre o que se pode entender por *família*, neste caso, e que categoria de *família* constitui base da sociedade civil.

Até meados do século XX se definia a família, habitualmente, como “conjunto de pessoas vinculadas pelo matrimônio ou pelo parentesco (descendência)”³ Para efeitos jurídicos, considerava-se família o casal unido matrimonialmente e sua prole. Se nesse quadro desaparecesse um dos cônjuges em virtude de morte, continuaria a união dos filhos com o cônjuge supérstite a ser tida como família, para todos os efeitos.

Durante o século XX, e de modo especial a partir dos anos sessenta, vários fatores levaram a mudanças nessa concepção de família.

Fatores de ordem sócio-econômica, como o aumento de participação do Estado e das organizações privadas na tarefa educativa dos jovens; a desvinculação progressiva do *status* social do indivíduo em função do casamento; a consolidação e ampliação da força produtiva das empresas, deslocando para fora do lar o papel econômico que outrora tinha a família, quando era unidade de produção. Restaram à família, basicamente, funções pessoais ou microsociais.⁴

Também os avanços médicos e biológicos influenciaram na estruturação da família: desenvolveram-se meios contraceptivos que lograram separar a sexualidade da reprodução; também se aperfeiçoaram técnicas que levaram, em ordem inversa, a separar a reprodução da sexualidade, mediante a fecundação *in vitro*.

2. Veja-se o estudo de Carlos Alberto BITTAR para maiores detalhes. “Novos rumos do direito de família”, *Direito civil na constituição de 1988* (Coord). São Paulo, 1989, pp.1-37.

3. Heinrich LEHMANN, *Derecho de familia. Tratado de derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, v. 4, p.11.

4. Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE, *Diagnostico sobre el derecho de familia*, Madri, Rialp, 1996, pp. 17-18. O mesmo autor afirma que em paralelo a esses fatores sócio-econômicos esquecia-se que a família desempenhava funções formativas e assistenciais de primeira ordem, nas quais é praticamente insubstituível.

Nestes dois casos, restando a união sexual dissociada da reprodução, os fins originários do matrimônio – vida comum entre esposos, abertura à procriação e educação dos filhos –, puderam ser separados com o auxílio de novas técnicas. As possibilidades oferecidas pela ciência reconfiguraram os hábitos sociais. Em muito isso contribuiu para que nos relacionamentos familiares as pretensões individuais tendessem a sobrepassar eventuais interesses sociais ou supra-individuais que pudessem colidir com elas. O medicamento possível foi recebido e incorporado por ser ideologicamente desejado.⁵ O desenvolvimento da medicina cirúrgica, oferecendo a possibilidade de mudar morfológicamente o aspecto físico de quem desejava pertencer a sexo diferente daquele com o qual nascera, reforçou a sensação de que estaria ao alcance do poder humano moldar sua realidade morfológica sexual.

Ainda no plano médico, a mortalidade infantil decresceu e a expectativa de vida subiu, afetando a composição dos quadros familiares. A maior parte dos filhos passaram a atingir a idade adulta e os idosos passaram a perdurar por mais tempo na vida familiar e social.

A expansão do trabalho feminino fora do lar contribuiu para mudar a compreensão da família. A mulher ganhou espaço no mercado de trabalho e diminuiu sua dependência econômica com relação ao marido. Somado a outros interesses ideológicos, esse fator levou a uma alteração da estrutura interna da família, onde as funções familiares deixaram de estar vinculadas estritamente à condição sexual do cônjuge, avançando-se na igualdade de poderes e deveres entre os esposos.

Tanto pela desvinculação da maternidade, mediante contraceptivos, quanto pela independência econômica, o casamento passou a se apresentar à mulher como menos necessário.⁶ Neste novo quadro, o aspecto afetivo-sentimental ganhou maior realce, bem como a necessidade de ele estar sendo realimentado em cada época da vida conjugal, para que se preservasse o interesse em manter o vínculo espousal. O divórcio como possibilidade de desfazimento do vínculo tornou-se uma possibilidade próxima para o caso de enfraquecimento ou ausência do caráter afetivo.

Por fim, fatores de ordem filosófica e ideológica afetaram a visão do matrimônio, da família, e da sexualidade humana.

Perpassando correntes de pensamento que operaram essa metamorfose, pode-se identificar, como pano de fundo comum a todas elas, a idéia de que o matrimônio

5. Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE, *Diagnostico sobre el derecho de familia*, pp.18-21.

6. Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE, *Diagnostico sobre el derecho de familia*, p.23.

e a família são realidades que não poderiam mais ser indagadas sob uma perspectiva objetiva ou “natural” (direito natural), mas deveriam permanecer como realidades mutáveis e moldáveis em cada época da história humana pela compreensão de cada pessoa ou de cada Estado, sem atributos essenciais perduráveis.

Carlos Martinez de Aguirre aponta como correntes de pensamento que influenciaram essas mudanças de perspectiva: (1) *a secularização e o positivismo*, que atribuíram à vontade humana e ao Estado o poder de definir o que se deveria entender, e o tratamento que se deveria dar à sexualidade; (2) *o individualismo liberal*, com a concepção de que o matrimônio e a família são instrumentos a serviço exclusivo dos interesses e satisfações dos indivíduos, sem qualquer finalidade supra-individual; (3) *a valorização do aspecto sentimental* como razão suprema e fundamento do surgimento e da manutenção do casamento, acima de qualquer outro interesse; (4) *o pluralismo ideológico e a neutralidade do Estado* frente às diversas concepções acerca do matrimônio, família, sexualidade, e às diferentes formas dos cidadãos organizarem suas relações afetivas e sexuais.⁷

Como resultado desses fatores, a compreensão da família sofreu alterações: ao lado da *família matrimonial*, no plano sócio-jurídico, veio se instalar a entidade familiar formada pela *união estável*; ao lado da família formada pelo *parentesco* (ancestrais comuns), veio se colocar o grupo familiar constituído, originariamente, sob a forma *monoparental* - mãe ou pai solteiros.

Apesar de maior permissividade, não chegou a vingar no País a disponibilidade absoluta quanto à criação de gêneros de convivência. No texto constitucional percebe-se a força contentora da sociedade politicamente organizada ao reconhecer duas situações como carecedoras de proteção estatal, apontando uma delas como causa exemplar e causa final dentre os gêneros tolerados: entidade familiar (união estável e família monoparental) e família (derivada do matrimônio). Pelos preceitos da Carta Magna nota-se que a concepção de família não depende unicamente da vontade dos indivíduos, sendo legítima a interferência da sociedade e do Estado na relação familiar.

Qual o grau de ingerência do Estado e da sociedade civil nesse âmbito?

A título de verificação do grau de interferência do Estado e da sociedade civil na esfera familiar, convém refletir brevemente sobre a normatividade constitucional em matéria de ordem social familiar.

7. Carlos MARTINEZ DE AGUIRRE, *Diagnostico sobre el derecho de familia*, pp. 23-24.

Nesta análise pode-se perceber que prevalece uma postura individualista de família, constituída sob diversas formas. Todavia, a sociedade civil, representada pela Assembléia Constituinte, ao mesmo tempo em que reconheceu diferentes categorias de organização familiar, estabeleceu entre elas uma hierarquia, apontando quais são socialmente mais adequadas à ordem social.

Além da família matrimonial e da família constituída exclusivamente pela filiação (natural ou jurídica), a CF reconhece a *relação informal* como “entidade familiar”, constituída sem pretensão de vínculo (jurídico) entre homem e mulher (união estável).

Por disposição constitucional, também a *família informal* merece “proteção” do Estado. Essa *família informal* (porque sem forma solene de constituição) é nomeada como espécie de *entidade familiar* pelo constituinte.

Entidade familiar monoparental

Uma outra espécie de entidade familiar origina-se da relação de filiação, sem a existência prévia de união estável ou de casamento entre os pais. A *entidade familiar* formada pela comunidade de um dos pais e seus descendentes refere-se, principalmente, às situações de mãe ou pai originariamente *solteiros*, que vivem com os filhos⁸

Estas situações (mãe ou pai solteiros, com prole) assemelham-se aos casos de famílias constituídas mediante casamento, nas quais um dos cônjuges falece. Seriam praticamente idênticas as situações, não fosse a diferença quanto à origem, que faz que a família matrimonial, enviuecida e com prole, continue com o *status* social de família, enquanto a outra não chegaria, socialmente, a ser tratada como tal.

A “proteção” dada à família foi expandida à entidade familiar monoparental.

A ampliação da proteção estatal deve-se, sobretudo, à prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227 da CF), que têm direito de desfrutar dos benefícios jurídicos oriundos da filiação, reservados, em outros tempos, somente aos filhos das famílias constituídas pelo casamento. Parece ser esta a finalidade primordial do reconhecimento e da proteção constitucional da família monoparental.

A família monoparental, portanto, não é *um modelo* a mais, oferecido aos cidadãos como produto jurídico-familiar apto a satisfazer o interesse de quem deseja

8. A possibilidade do pai solteiro é real desde que se tornou possível pelo ECA, art. 42, a adoção por pessoas solteiras.

ter filhos por meio de uma “produção independente” Interpretar a previsão constitucional como incentivo apriorístico a esse tipo de atitude seria contrariar o *princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente*, pois se colocaria a satisfação pessoal de pessoa solteira que deseja ter filhos, acima do direito da criança de desfrutar de um lar completo. É preciso primeiro pensar no melhor interesse da criança.

A adoção unipessoal e o reconhecimento das situações de mães-solteiras são previstas legalmente como meios de solucionar problemas instalados, quando não foi possível conferir um melhor quadro familiar à criança ou ao adolescente. São *remédios* que atendem problemas instalados.

É necessário que as autoridades competentes usem de parcimônia ao legislarem ou julgarem a respeito desta matéria, para que se observe, de fato, a prioridade absoluta dos interesses da criança. Caso contrário pode-se favorecer a multiplicação de famílias monoparentais, atendendo ao simples desejo de pessoas adultas solteiras possuírem filhos, sem que se leve em consideração a pessoa do filho, com a dignidade correspondente e a possibilidade real de ter uma família completa.

O planejamento familiar resguardado na Constituição está fundado “nos princípios da dignidade humana e da paternidade *responsável*”, e é “livre decisão do *casal*” (art. 226, § 7º; grifos nossos). Ou seja, pressupõe a existência de um casal e deve respeitar a dignidade do “concepturo”, que muitas vezes é esquecida... O planejamento familiar não pode ser invocado para lesar, *a priori* e voluntariamente, o direito que a criança teria de ser educada em uma família completa, de acordo com a ordem natural da vida, ou de saber quem é o seu pai. Por isso é uma temeridade o Direito Positivo e as autoridades públicas permitirem que se instalem, por exemplo, os bancos de espermatozoides ou de embriões. Ao fazer isso está-se tratando a criança como *objeto* de direito, esquecendo-se de que ela é *sujeito*, acima de tudo e de todos, e que merece um tratamento diferenciado em função de ser prioridade absoluta: seus direitos fundamentais estão acima dos direitos fundamentais dos pais.

A previsão constitucional da união estável, regulamentada na esfera infraconstitucional, manifesta reação contrária à irresponsabilidade da vida a dois, em face da sociedade civil, pois impede que seja alcançado o desejo de homem e mulher, de conviver à *latera* de qualquer vinculação jurídica.⁹

9. Deve-se reconhecer, também, que o reconhecimento da união estável atende, por outro lado, à pretensão legítima do companheiro que pretendia se casar, mas se vê obrigado a submeter-se a uma situação informal por exigência do parceiro. A imposição jurídica do vínculo protege a parte mais fraca na relação.

A toda liberdade de atuação corresponde uma responsabilidade. Assim, a sociedade civil cobra a responsabilidade correspondente à liberdade de união de homem e mulher que pretendem viver como companheiros, quando desimpedidos de se casarem. Estão exercitando a liberdade em um âmbito que afeta a vida social e, por isso, a sociedade cobra a responsabilidade correspondente (CF, art. 226).

Os dispositivos constitucionais ora citados, disciplinando a ordem social familiar, parecem confirmar as idéias de Cicu e Maritain:¹⁰ apesar de a tendência individualista imperar no sistema jurídico pátrio familiar, principalmente desde a edição da lei do divórcio, em 1977, nos dispositivos constitucionais referentes à união estável, vê-se uma reação contrária à subjetivação e individualização¹¹ da relação familiar.

Em que medida a família constituída pela convivência marital estável, informal, de um homem e de uma mulher desimpedidos de se casarem, atende interesses da sociedade a ponto de o constituinte prescrever que o Estado proteja essa relação? Somente se justifica isso, quando se reconhece um valor social e jurídico que se sobrepõe ao interesse individual na manutenção e/ou formação da união de ambos. Ou seja, a relação familiar espousal, seja ou-não matrimonial, tem uma *organicidade* que transcende seus membros, vinculando-os entre si a despeito do interesse exclusivo dos mesmos em manter-se independentes juridicamente.

O caráter social do relacionamento durável entre homem e mulher, *desimpedidos de se casarem*, vivendo como se casados fossem (de acordo com os efeitos sociais principais do casamento), configura o *estado social* de casados, de modo que efeitos jurídicos se desprendem dessa *relação familiar*. Essa relação produz efeitos *jusfamiliares*.

Nestes casos a vontade individual das partes não prevalece sobre a realidade social da vinculação, *imposta juridicamente*, segundo a compreensão jurídica

10. A partir da leitura de Antonio CICU ("Il concetto di 'status'"). *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli*. Napoli, Jovene, 1917, pp. 60-74), temperada pela exposição de Jacques MARITAIN (*O homem e o Estado*, 4ª ed. Rio de Janeiro, Agir, 1966), pode-se concluir que a sociedade familiar e a sociedade política exercem certo poder (orgânico) sobre os seus membros ainda que ambas se constituam em serviço deles.

11. Gustav RADBRUCH, *Filosofia do direito*, 4ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1961, pp. 56-69, entendia como família individualista aquela baseada no amor romântico entre cônjuges, na qual este amor seria o eixo e justificativa da manutenção do vínculo que une o casal, tendo eles plena liberdade quanto à criação ou desconstituição dos vínculos. Enquanto isso, a família supra-individualista seria aquela em que há um projeto que transcende esse amor romântico, tendo por finalidade, por exemplo, a procriação e educação da prole.

Deve-se reconhecer, também, que o reconhecimento da união estável atende, por outro lado, à pretensão legítima do companheiro que pretendia se casar, mas se vê obrigado a submeter-se a uma situação informal por exigência do parceiro. A imposição jurídica do vínculo protege a parte mais fraca na relação.

geral,¹² a despeito da deliberação contrária do companheiro e da companheira. A união estável goza da “proteção do Estado” independentemente da existência de prole, porque se assemelha à união matrimonial. O caráter familiar da união estável serve de fundamento para o reconhecimento impositivo do vínculo e a “formalização” heterônoma da relação, por força da lei (lei da união estável e Código Civil, art. 1.726).

Com o dispositivo constitucional, a sociedade civil uniu *juridicamente* aqueles que pretendiam manter uma união informal.

A união matrimonial projeta alterações importantes sobre a situação jurídica dos esposos, que passam a ocupar uma *função social* fundamental na sociedade – passam a integrar a *base* da sociedade, segundo os termos da Constituição.

União estável e matrimônio

As responsabilidades sociais assumidas pela família matrimonial podem ser reconhecidas nos encargos que essa situação impõe aos cônjuges, que assumem deveres próprios desse novo estado. À autonomia da vontade individual, que serve à constituição da vínculo (contrato), soma-se a responsabilidade socialmente reconhecida (daí o *instituto* do casamento). A solenidade do matrimônio serve para manifestar esse novo modo de estar dos cônjuges perante a coletividade, com as implicações que traz consigo.¹³

Na união estável é fácil perceber a autonomia da vontade individual na constituição da relação intersubjetiva, sem a formalização do vínculo. No Brasil, a lacuna da formalização voluntária foi preenchida pelo *reconhecimento social* dessa união, que a partir desse momento mereceu projeção jurídica, importando na alteração do *status* jurídico dos conviventes.¹⁴ A lei *formalizou* as uniões duradouras entre homem

12. Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO entende que a juridicidade das relações negociais deriva da própria sociedade, quando o meio social reconhece o caráter vinculativo de certas relações, sem a necessidade da chancela do direito oficial estatal. De certa forma isso se opera, também, nas relações familiares: *o estado de casado faz que a sociedade tenda a exigir uma relação jurídica familiar que a fundamente.* (Vide nota 15)

13. Ainda mais em tempos de tão fácil divórcio, não cabe mais o argumento do desuso do casamento pela indissolubilidade.

14. O caráter jurídico de uma dada situação decorre principalmente do reconhecimento social desse *caráter jurídico* por parte da sociedade, restando esse reconhecimento acima da vontade individual das partes e da “vontade estatal”, conforme aponta JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico e declaração negocial*, Tese apresentada em concurso para Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986, p.11, texto e nota.

e mulher desimpedidos de casarem, sem considerar as vontades que os companheiros possam ter de manter-se afastados de qualquer vinculação jurídica. Basta, para tanto, que estejam presentes determinados requisitos semelhantes aos exigidos para o casamento.

Há uma *função social* nos agrupamentos familiares, mesmo naqueles que se constituem de modo imperfeito, como é o caso da união estável, em comparação com o matrimônio. Buscar escapar do compromisso social que a vida familiar ocasiona, pela fuga à formalização do vínculo, seria ludibriar a necessidade da sociedade de reconhecer sua base.

Mas, deve-se notar que apesar de a união estável se assemelhar ao casamento, com ele não se confunde. O constituinte não definiu com idêntico qualificativo as duas situações e previu que a lei facilitasse a conversão da união estável em casamento, o que leva a inferir que o casamento é causa final e causa exemplar da união estável. Além do mais, caso fossem idênticas as situações não haveria porque *converter* a união estável em casamento.¹⁵ Nas palavras de Jaques de Camargo Penteado,¹⁶ amparado na doutrina de Maria Helena Diniz e de Carlos Alberto Bittar: “*Os juristas salientam que não houve equiparação entre casamento e união estável. A união estável não gera conseqüências idênticas às do matrimônio. Salienta-se que a união estável apenas garante a submissão do “par ao denominado Direito Tutelar ou Assistencial.”*” (Bittar).

É sintomático que a Constituição¹⁷ apresente os conceitos de *família* e de *entidade familiar* grafados de modo diferente, em dispositivos autônomos (art. 226, *caput* e art. 226 §§ 3º e 4º), que se aproximam apenas “para efeito da proteção do Estado” (art. 226 § 3º). Pode-se concluir da interpretação sistemática do art. 226 e de seus parágrafos que há um modelo, um paradigma ideal de família desejada pela sociedade: a família *matrimonial*, como se pode depreender da ordem de apresentação de ambos os conceitos.

15. Traçando uma analogia dos conceitos aristotélicos de substância e acidente, Jaques Camargo PENTEADO afirma que família pode ser entendida como uma substância que se perfaz com notas que vão além da estabilidade, requisito suficiente para a união estável. O casamento implica uma relação perfeita, juridicamente e, por isso, é a meta final da união estável. A determinação da conversão da união estável em casamento aponta que há distinção entre ambas e caracteriza o casamento como mais perfeito, pois não faria sentido a CF encaminhar uma situação para outra que fosse pior. *A família e a justiça penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, pp.108-109.

16. Jaques de Camargo PENTEADO, *A família e a justiça penal*, p.110

17. Convém lembrar que o Estado é instrumento a serviço da sociedade, e a *Constituição* é o instrumento formal do qual se vale o Poder Originário que cria o Estado.

Primazia hierárquica da família matrimonial

Os §§ 1º e 2º do art. 226 tratam expressamente do casamento, enquanto os §§ 3º e 4º dedicam-se à união estável e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Além disso, o art. 226, § 3º (que reconhece a união estável como entidade familiar), determina que a lei facilite a conversão da união estável em casamento.

No casamento civil os laços de relacionamento tendem a ser mais fortes. A solenidade do ato e a presença de normas cogentes no contrato de casamento pretendem dar-lhe efeito duradouro e garantir a estabilidade da relação, na medida em que é possível ao direito. Um quadro de direitos e deveres que estabeleça padrões mínimos de comportamento e de mútuo respeito, e ofereça um modo de gerenciamento do patrimônio familiar, facilita a organização, a convivência e a paz internas no seio familiar, o que convém à sociedade, aos cônjuges e à prole.

Do ponto de vista sócio-jurídico, a formalização expressa melhor a natureza associativa da família pela adesão voluntária a um projeto traçado objetivamente, cujas finalidades e regras básicas de relacionamento estão claramente expressas em lei. Isso confere maior segurança aos que se unem com o objetivo de constituir família, uma vez que passam a ter um estatuto de condutas mínimas que deve ser observado para a manutenção da relação.

A estabilidade jurídica do casal contribui para o benefício dos filhos. Filhos de pais casados contam com uma referência externa da situação jurídica dos genitores – o modelo matrimonial. Tomando por referência um casal hipotético, unido matrimonialmente, pode-se afirmar que a disciplina jurídica à qual estão submetidos os cônjuges possui contornos precisos, o que facilita a organização da família; se este mesmo casal vivesse em *união estável*, a relação dos companheiros estaria sob estatuto menos preciso, menos perfeito do ponto de vista jurídico, o que facilita que o relacionamento entre eles mantenha-se mais frágil. Essa fragilidade se reflete também na gestão do poder familiar.

Os deveres decorrentes da filiação, quando somados aos deveres do casamento, tendem a facilitar o trabalho conjunto dos pais perante os filhos. Quanto mais estável o vínculo que os une, em princípio poderão dedicar maior energia na tarefa educativa dos filhos, e os direitos dos filhos serão melhor protegidos. Tal pressuposto parte da perspectiva do direito, obviamente, enquanto organização da vida social. Por isso pode-se afirmar, sob a perspectiva jurídica, que os filhos de pais casados tendem a ter melhores possibilidades de formação.

Quando não são casados os pais, o Estado deve estar mais atento à formação do menor. “Quando as crianças nascem e os pais estão juntos, não se investiga sobre a capacidade deles, ou seja, o Estado não-interfere para saber se eles estão adequados ou-não”.¹⁸ O casamento, pela estabilidade jurídica que propicia, é o melhor modelo de união entre homem e mulher na formação da prole.

A extensão da proteção do Estado às *entidades familiares* responde a uma necessidade: a união estável apresenta uma potencialidade jurígena decorrente do reconhecimento social da similitude dessa situação ao matrimônio: os *traços jusfamiliares* aí presentes justificam a intervenção protetiva do Estado. À liberdade de “associação familiar” corresponde uma responsabilidade social. Tendo em conta o aspecto jurígeno desses traços, convém que seja encaminhado à forma mais adequada (porque perfeita juridicamente) do casamento (CF, art. 226 § 3º e Código Civil, art. 1.726).¹⁹ O art. 1.726 do Código Civil, de 2002, regulamenta esta conversão: “a união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.”

A *entidade familiar*, portanto, é uma figura que tem por referência a *família matrimonial*, em algum de seus traços habituais: pais com prole, na família monoparental, ou, simplesmente, a reunião perdurável de homem e mulher desimpedidos de se casarem.

Diante do exposto, compreende-se porque a associação familiar sofre ingerência externa: está ligada aos interesses e à organização da própria sociedade civil, não podendo ficar à mercê exclusiva das vontades e interesses individuais de quem pretende relacionar-se familiarmente com outra pessoa.

Quando essas associações geram filhos, o grau de interferência externa tende a aumentar, porque a prioridade da criança e do adolescente se impõe a outros interesses individuais. Existindo filiação, haverá poder familiar, e o Estado e a sociedade deverão intervir na administração deste poder, quando se constatar atuação insuficiente ou prejudicial à criança ou adolescente por parte dos responsáveis imediatos. Fora dessas hipóteses, deve-se respeitar a autonomia familiar, pois

“em princípio, podemos afirmar que onosso sistema jurídico autoriza os pais a criarem seusfilhos da maneira que lhes pareça a mais apropriada. São livres de fazê-lo

18. Tânia da Silva PEREIRA, “O “melhor” interesse da criança”, *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Tânia da Silva PEREIRA (Coord). Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p.89.

19. Eventualmente poderia se dizer que há aí elementos do suporte fático do casamento, mas insuficientes: a conversão em casamento completa os elementos faltantes.

como quiserem. São responsáveis por sua alimentação, vestuário, educação, saúde e lazer. Cabe-lhes definir o parâmetro da educação que pretendem dar, conforme seus próprios modelos e dentro de sua opção cultural”²⁰

Visto que o Poder Público interfere na regulação da relação homem-mulher, no interesse social que essa união desperta, mesmo na ausência de filhos, quanto mais não deveria fazê-lo na presença deles. Poder-se-ia cogitar, neste caso, da criação de uma curadoria do vínculo (seja ele constituído de modo autônomo ou heterônomo), no interesse dos filhos incapazes por defeito de idade. O curador do vínculo se encarregaria de tentar manter unidos os pais em conflito, buscando-se evitar a dissolução, em função do grau de prejudiciabilidade das separações para a prole, bem como poderia trabalhar para incentivar a conversão da união estável em casamento, para melhor atenção dos filhos e dos interesses da sociedade.

Entre os direitos fundamentais da criança e do adolescente está o direito à convivência familiar,²¹ que é otimizada pela presença de ambos os pais junto ao filho (ECA, art. 19). Há meios modernos de terapia de família que poderiam auxiliar nesse processo. Mas, esta questão não será aqui desenvolvida.

Quando não há laços familiares que fornecem ao incapaz por defeito de idade a atenção conveniente, as demais esferas deverão entrar em ação para tutelar esse indivíduo. A ausência dos pais não faz desaparecer as necessidades decorrentes da “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (CF, art. 227, § 3º V).

Para suprir a ausência familiar, a medida mais adequada é a adoção, que busca conferir uma família à criança ou ao adolescente. Quando se opera a adoção, dá-se a constituição de um novo título de poder familiar, atribuído aos novos pais, o que não se verifica nas demais situações – guarda ou tutela - em que um *título* diferente do poder familiar é constituído, atribuindo-se a ele apenas alguns dos poderes inerentes ao poder familiar, sob uma fiscalização mais cerrada do Estado. Em qualquer caso, deve-se buscar que o menor receba o máximo de proteção em qualquer das formas de *família substituta* que venha a recebê-lo.

20. Tânia da Silva PEREIRA, “O “melhor” interesse da criança”, p.48.

21. L. MENDIZÁBAL OSES, *Derecho de menores, teoría general*, Madrid, Pirâmide, 1977, p.42, argumenta que pelo fato da natureza ter provido todo ser humano *naturalmente* do bem que é uma família, os menores gozariam de uma *titularidade dominical* sobre tal entidade, que serve para satisfazer suas necessidades primárias e o desenvolvimento de seus interesses essenciais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em atenção à prioridade absoluta dos menores, estendeu benefícios próprios da *familia natural* às *familias substitutas*²² constituídas mediante guarda ou tutela: a guarda oficialmente constituída “confere à criança e ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” (ECA, art. 33 §3º). A nova relação familiar cumpre a função de suprir a relação familiar originária (no que for possível suprir), e é justo que se lhe atribuam os benefícios concebidos para esta, no interesse do menor.

São Paulo, março de 2003.

22. L. MENDIZÁBAL OSES, *Derecho de menores, teoria general*, pp. 219-229 e seguintes, desenvolve doutrina a respeito do que chamou *familia funcional*, que se trata de nossa *familia substituta* constituída mediante guarda e tutela.

Bibliografia

BARBOZA, Heloísa Helena. “O estatuto da criança e do adolescente e a disciplina da filiação no Código Civil”. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Tânia da Silva PEREIRA (Coord). Rio de Janeiro, Renovar, 2000

BITTAR, Carlos Alberto. “Novos rumos do direito de família”, *Direito civil na constituição de 1988* (Coord). São Paulo, 1989, pp.1-37.

CICU, Antonio. “Il concetto di ‘status’ ” *Studi in onore di Vincenzo Simoncelli*. Napoli, Jovene, 1917, pp.60-74

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico e declaração negocial*, Tese apresentada em concurso para Professor Titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1986

LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia. Tratado de derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, v.4.

MARITAIN, Jacques. *O homem e o Estado*, 4ª ed, Rio de Janeiro, Agir, 1966

MARTINEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnostico sobre el derecho de familia*, Madrid, Rialp, 1996

MENDIZÁBAL OSES, L. *Derecho de menores, teoria general*, Madrid, Pirâmide, 1977

PENTEADO, Jaques Camargo. *A família e a justiça penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998

PEREIRA, Tânia da Silva. “O “melhor” interesse da criança”, *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Tânia da Silva PEREIRA (Coord). Rio de Janeiro, Renovar, 2000

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, 4ªed, Coimbra, Armênio Amado, 1961

DIREITO AMBIENTAL

A REFORMA TRIBUTÁRIA ECOLÓGICA ALEMÃ

Roberto Chacon de Albuquerque
Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O artigo analisa a reforma tributária ecológica alemã, que tem como meta aumentar a eficiência no consumo de energia naquele país, estimulando a venda de produtos que consumam menos combustível ou energia.

Abstract:

The article analyses the German ecological tributary reform, that has the aim to increase to consumption efficiency on that country, stimulating the sold of products that spends less fuel or energy.

Unitermos: Reforma tributária; imposto; tributação; ecologia; energia; combustível; Alemanha.

Introdução

A reforma tributária ecológica alemã¹ constitui um dos projetos-chave para a modernização da economia e da sociedade daquele país. Ela encarece o consumo de energia. Com este encarecimento, tanto empresas quanto residências privadas são estimuladas a investir em tecnologias que reduzam o consumo de energia. As receitas auferidas com a reforma tributária ecológica são utilizadas para reduzir custos salariais,² para facilitar a criação de novos postos de trabalho. Ela teve de ser implementada paulatinamente, para que os contribuintes tivessem tempo para se adaptar ao seu mecanismo de funcionamento.³

1. A reforma tributária ecológica alemã compreende tanto a criação do imposto sobre energia quanto a majoração do imposto sobre combustível.

2. Utilizou-se, no original alemão, a expressão "*Lohnnebenkosten*".

3. LOSKE, Reinhard. Vorwort. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 2.

A reforma tributária ecológica alemã constitui também um instrumento-chave para combater a mudança climática,⁴ para reduzir o efeito-estufa.⁵ O Ministério do Meio Ambiente alemão reconhece, todavia, que o combate ao efeito-estufa não constitui uma tarefa puramente nacional. A União Européia comprometeu-se a reduzir em 8% a emissão dos gases que contribuem para agravar o efeito-estufa.⁶ A Alemanha, por sua vez, comprometeu-se a reduzir em 25% tais emissões de gás,⁷ de 1990 a 2005.⁸ Cerca da metade dessa meta já teria sido alcançada, graças a medidas econômicas que aumentaram a eficiência da indústria e ao próprio colapso das indústrias da antiga República Democrática Alemã.⁹ Alguns setores, no entanto, aumentaram a emissão de gases que contribuem para agravar o efeito-estufa. As residências privadas e o tráfego de automóveis tiveram, respectivamente, um aumento de 8% e 9% a mais na emissão de tais gases, de 1990 a 2000.¹⁰ A reforma tributária ecológica pretende estimular uma maior eficiência no consumo de energia nesses setores.

A reforma tributária ecológica alemã tem como objetivo prioritário a eficiência energética. Na produção de energia, o carvão e a energia nuclear não podem deixar de serem tributados, enquanto o gás natural já é tributado. Seriam duas as alternativas. Ou o carvão e a energia nuclear precisam passar a serem tributados, ou o gás natural, ao menos quando for utilizado em centrais de produção de energia elétrica, precisa deixar de ser tributado.¹¹ Estas centrais de energia elétrica serão necessárias

4. TRISTTIN, Jürgen. Begrüssung und Einführung. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 3: “*Der zentrale Punkt in meinen Augen ist, dass die ökologische Steuerreform eines der Schlüsselinstrumente für die Bewältigung der grössten Herausforderung ist, vor der nicht nur die Bundesrepublik, sondern letztendlich alle Bewohner dieses Erdalles stehen: Es geht darum, die Klimaveränderungen mit ihren verheerenden Folgen zu verhindern.*”

5. *Idem, ibidem*, p. 3: “*Es geht darum, Treibhausgasemissionen zu reduzieren.*”

6. *Id., ib.,* p. 3: “*Die EU hat sich verpflichtet, hier um 8% zu reduzieren.*”

7. As emissões são, sobretudo, de CO₂ (Cf. ZIESING, Hans-Joachim. Wichtige Bausteine der Öko-Steuer: Energieeffizienz und erneuerbare Energien – einige thesehafte Überlegungen. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 49).

8. Jürgen Tristtin, *ob. cit.*, p. 3: “*In Deutschland sind wir da etwas anspruchsvoller. Das Klimareduktionsziel lautet minus 25% gemessen an 1990 bis zum Jahr 2005.*”

9. *Idem, ibidem*, p. 3.

10. *Id., ib.,* p. 3: “*Die beiden Bereiche, die hier insbesondere zu nennen sind, sind die privaten Haushalte und der (übrigens auch aufgrund der Vereinigung) gestiegene Verkehr. In diesen Bereichen, wo wir Entwicklungen von plus 8% und plus 9% haben, kann die ökologische Steuerreform eines der Instrumente sein, um tatsächlich zu mehr Verbrauchseffizienz zu kommen.*”

11. O gás natural é objeto do imposto sobre combustíveis.

para o abastecimento energético alemão, caso as usinas nucleares forem extintas. As energias renováveis não devem ser tributadas, à exceção das grandes centrais hidroelétricas,¹² que produzam mais de 5MW. O programa de fomento às energias renováveis – biogás, biomassa e energia solar – deve continuar. Com relação aos setores econômicos que utilizam energia de uma maneira intensiva, pretende-se aumentar o efeito-condutor¹³ da reforma tributária ecológica. Por um lado, as indústrias produtivas pagam um imposto reduzido; por outro lado, implementa-se um mecanismo de compensação.¹⁴ Os empresários que forem onerados, com a incidência da reforma tributária ecológica, com mais intensidade do que desonerados com a diminuição das contribuições para a seguridade social, podem receber tal importância de volta.¹⁵

A reforma tributária ecológica alemã tem como meta alterar o paradigma energético, inclusive com a extinção das usinas nucleares. A energia é um bem escasso e finito; o preço para sua utilização na Alemanha é muito reduzido. O preço da energia na Alemanha não estimula a utilização de fontes de energia renovável e o desenvolvimento de tecnologias que reduzam o consumo de energia.¹⁶ Com a reforma tributária ecológica, pretende-se reduzir a utilização de fontes de energia não-renováveis, como carvão, óleo¹⁷ e gás, graças à incidência tributária que encarecerá sua utilização. Por outro lado, criam-se programas de incentivo à utilização de fontes de energia renovável, como a energia solar, eólica e biomassa.¹⁸ A implementação da reforma tributária ecológica alemã constitui uma tarefa complexa.¹⁹

12. LOSKE, Reinhard. Die Ökologische Steuerreform als Gestaltungsaufgabe – Anforderungen aus Sicht der Bundestagsfraktion. In: *Blick nach vorn*. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 8: "Ausnahme davon soll die grosse Wasserkraft sein."

13. Utilizou-se, no original alemão, a expressão "Lenkunswirkung"

14. Utilizou-se, no original alemão, a expressão "Spitzenausgleich".

15. Reinhard Loske, Die Ökosteuer-Debatte – Argumente und Hintergründe. In: *Blick nach vorn*. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 08 dezember 2000, p. 8.

16. ALEMANHA. Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN; Entwurf eines Gesetzes zum Einstieg in die ökologische Steuerreform, p. 1.

17. Utilizou-se, no original alemão, a expressão "ÖP" "Erdöl" significa "petróleo"

18. (Öko)Steuern, die Sie sich sparen können. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, s.d., p. 1.

19. Reinhard Loske, ob. cit., p. 8: "Es ist schwierig, es ist komplex. Es ist wahrscheinlich mit administrativem Aufwand verbunden."

Conforme a Declaração para a Proteção do Clima^{20, 21} de março de 1995, a indústria alemã comprometeu-se, voluntariamente, a reduzir até 2005 as emissões de CO₂ em até 20%.²² De 2008 a 2012, a Alemanha precisa contribuir com uma redução de 21% na emissão de seis gases que contribuem para agravar o efeito-estufa, para que a meta da União Européia, uma redução conjunta de 8%, seja alcançada.²³ Todos os portadores de energia que contribuam para o agravamento do efeito-estufa devem ser tributados. A não-tributação da hulha e da lignite, sob o ponto de vista ecológico, não é facilmente sustentável.²⁴ A reforma tributária ecológica alemã pretende estimular uma utilização mais eficiente dos recursos energéticos, sobretudo no que diz respeito aos combustíveis fósseis.²⁵

O setor de transportes é o principal responsável pelos problemas ambientais. Ele é responsável por cerca de 20% das emissões de CO₂. As externalidades negativas do setor de transportes – poluição do ar, sonora e acidentes – oscila entre DM 70 e 250 bilhões por ano na Alemanha.²⁶

Os objetivos fundamentais que guiam a reforma tributária ecológica na Alemanha são: esgotar o potencial de aumento da eficiência no consumo de energia de curto prazo; estabelecer práticas contínuas de gestão de energia; e influenciar decisões estratégicas de aumento da eficiência no consumo de energia de longo prazo, que estão ligadas a ciclos de investimento e de inovação.²⁷

20. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “Klimaschutzklärung”.

21. A Declaração para a Proteção do Clima constitui um manifesto da indústria alemã.

22. KRISTOF, Kora e RAMESOHL, Stephan. *Energicaudit und Anrechnung von Energiesparmassnahmen*. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 46.

23. ZIESING, Hans-Joachim. *Wichtige Bausteine der Öko-Steuer: Energieeffizienz und erneuerbare Energien – einige thesenhafte Überlegungen*. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 49 : “Danach muss bis zum Verpflichtungszeitraum 2008/2012 bei dem Bündel von sechs definierten Treibhausgasen Deutschland eine reduction um 21% beisteuern, um das gemeinsame EU-Ziel von minus 8% zu realisieren.”

24. *Idem, ibidem.*, p. 52 : “[...] aus ökologischer Sicht ist die Freistellung der Stein- und Braunkohlen sowie des schweren Heizöls (und – aus anderen Gründen – der Kernenergie) nur schwer zu begründen.”

25. -. *Diskussionsforum Ökosteuern*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, s.d., p. 1.

26. LOSKE, Reinhard e STEFFE, Frank. *Die Ökosteuern-Debatte – Argumente und Hintergründe*. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 08 Dezember 2000, p. 5: “Der Verkehrssektor gehört zu den Hauptverursachern der bestehenden Umweltprobleme. Er ist für ca. 20% der CO₂-Emissionen verantwortlich; die Schätzungen über die externen Kosten allein des Strassenverkehrs – durch Luftschadstoffe, Lärm und Unfälle – schwanken zwischen 70 und über 250 Mrd. DM pro Jahr.”

27. Kora Kristof e Stephan Ramesohl, *ob. cit.*, p. 35.

Cerca de 52% dos cidadãos alemães seriam favoráveis à reforma tributária ecológica.²⁸

1) A tributação ecológica na Europa

A Alemanha não é a pioneira na introdução de uma reforma tributária ecológica na Europa. Pelo contrário, a maioria dos países que fazem parte da União Europeia já adotaram muitos dos elementos de uma reforma tributária ecológica, sobretudo com uma incidência tributária mais acentuada sobre o consumo de energia.²⁹

A Alemanha não constitui, efetivamente, uma pioneira na introdução de uma reforma tributária ecológica na Europa, que já está rumando, faz tempo, para uma “*ecologização do sistema tributário*”³⁰ Tanto alguns países escandinavos quanto os Países Baixos, bem antes da Alemanha, já adotaram impostos ecológicos. A Alemanha pretende, com efeito, aprender com a experiência já adquirida por esses países como uma reforma tributária ecológica poderia, por exemplo, estimular o consumo de eletrodomésticos e veículos mais econômicos, sob o ponto de vista de consumo de energia.³¹ O “*Fuel Escalator*” do Reino Unido, que aumenta a cada ano o imposto sobre combustível³² em 6%, também já é conhecido de longa data. As receitas auferidas com a reforma tributária ecológica no Reino Unido têm sido utilizadas em benefício da redução das contribuições dos empregadores para a seguridade social.³³ Um outro exemplo de reforma tributária ecológica vem da Itália, com o “*Imposto-CO2*” dentro de uma política de combate ao efeito-estufa, à semelhança da estratégia adotada pela Alemanha.³⁴

28. Reinhard Loske e Frank Steffe, ob. cit., p. 4: “*Umfragen in der Süddeutschen Zeitung und im Spiegel haben Mehrheiten (52 bzw. 51%) zugunsten der Ökosteuern ergeben.*”

29. SCHLEGELMILCH, Kai. *Energiesteuern in Europa – Überblick und Perspektiven*. In: *Blick nach vorn*. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 10.

30. Tem-se utilizado, em alemão, o neologismo “*Ökologisierung des Steuersystems*”.

31. Jürgen Tristtin, ob. cit., p. 3.

32. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “*Mineralölsteuer*”, cuja tradução literal é “imposto sobre óleo mineral”.

33. Jürgen Tristtin, ob. cit., p. 4: “*Grossbritannien ist dadurch bekannt, dass es den sogenannten “Fuel Escalator” – das bedeutet, dass jedes Jahr die Mineralölsteuer um 6% steigt – inzwischen durch eine Klimaschutzabgabe für Unternehmen ergänzt hat, die für die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitgeber reinvestiert wird.*”

34. *Idem, ibidem*, p. 4.

Tabela 1: Reforma tributária ecológica na Europa

País	Ano da Criação/Alteração do Imposto Ecológico
Alemanha	99
Áustria	95/96
Bélgica	93
Dinamarca	92/93/96/00
Eslovênia	97/98
Finlândia	90/97
França	00
Itália	99
Noruega	91
Países Baixos	92/96/01
Reino Unido	93/96/01
Suíça	97/04

Fonte: SCHLEGELMILCH, Kai. *Energiesteuern in Europa – Überblick und Perspektiven*. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 10.

Ainda em 9 de março de 1999, o Reino Unido anunciou que, a partir do mês de abril de 2001, entraria em vigor um imposto sobre o consumo industrial de energia. Já em 1993, o Governo inglês, durante a administração de John Major, procurara tributar com mais intensidade o consumo privado de energia, sobretudo mediante a utilização de óleo para calefação.³⁵ Esta iniciativa foi considerada socialmente injusta. O sistema de calefação das residências britânicas não é bom, tampouco o capital disponível por muitas famílias para sua modernização. Tão logo os trabalhistas assumiram o poder, eles reduziram a tributação do consumo privado de energia. Tendo como pano de fundo esta polêmica, o mecanismo revolucionário do “*Fuel Escalator*”³⁶ foi adotado sem maiores discussões, ainda em 1993.³⁷

35. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “*Heizöl*”.

36. Em março de 1993, o imposto sobre combustível (gasolina e diesel) passou a sofrer um aumento real, a cada ano, de 3%. Em novembro de 1993, decidiu-se que esse aumento real, a cada ano, passaria a ser de 5%. Em 1998, já sob o governo trabalhista, o aumento real, a cada ano, passou a ser de 6% (Cf. SCHLEGELMILCH, Kai. *Energiesteuern in Europa – Überblick und Perspektiven*. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 12).

37. Kai Schlegelmilch, ob. cit., p. 11.

A questão central, para o Reino Unido, era descobrir como reduzir o consumo de energia industrial. A emissão de gases que contribuem para agravar o efeito-estufa precisava ser reduzida. A entrada em vigor, a partir de abril de 2001, de um imposto sobre o consumo industrial de energia foi o caminho escolhido. As contribuições para a seguridade social, da parte do empresariado britânico, deveriam ser reduzidas de 12,2% para 11,7%.³⁸ Mais de DM 150 milhões devem ser investidos em novas tecnologias ambientais.³⁹

A Dinamarca adotou um imposto sobre produção de CO₂ para residências privadas em 15 de maio de 1992 e para indústrias em 1º de janeiro de 1993. A reforma tributária ecológica de 1994 compreendeu diferentes tributos ecológicos, como o imposto sobre energia, CO₂ e enxofre. A Dinamarca tem protegido a competitividade dos empresários, cuja atividade depende muito do consumo de energia. Os processos de produção que utilizam energia de uma maneira intensiva⁴⁰ são objeto de um imposto reduzido, em comparação aos processos de produção que utilizam energia de uma maneira não intensiva. A Dinamarca tributa com menos intensidade os empresários que se submetem voluntariamente a auditorias de energia⁴¹⁻⁴²

Desde a crise do petróleo dos anos 70, a Dinamarca foi um dos únicos países do mundo que manteve artificialmente alto o preço da energia. O objetivo foi tornar rentáveis os investimentos em economia de energia.⁴³ A Dinamarca tem utilizado as receitas auferidas com o imposto sobre energia para reduzir custos salariais e para subsidiar investimentos que aumentam a eficiência no consumo de energia.⁴⁴

38. *Idem, ibidem*, p. 11: “Die Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung sollen von 12,2 auf 11,7 Prozentpunkte gesenkt werden.”

39. *Id., ib.*, p. 12.

40. Os processos que utilizam energia de uma maneira intensiva são definidos em função de dois critérios: as despesas com o imposto devem ser maiores do que 1% da produção e 3% do lucro (SCHLEGELMILCH, Kai. *Energiesteuern in Europa – Überblick und Perspektiven*. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 Mai 99, p. 14: “Energieintensive Prozesse sind seitdem über zwei Kriterien definiert: Die Steuerbelastung muss höher sein als ein Prozent des Umsatzes und drei Prozent der Wertschöpfung.”).

41. Kora Kristof e Stephan Ramsohl, ob. cit., p. 36: “Energie-Audit/Vereinbarung mit Absenkung der Steuersätze als Ausweichmöglichkeit.”

42. Kai Schlegelmilch, ob. cit., p. 17: “Ausserdem wurden die effektiven Steuersätze für Unternehmen in Abhängigkeit davon modifiziert, ob sie an einem Energieauditing teilnehmen oder nicht.”

43. *Idem, ibidem*, p. 21: “Dänemark hat al einer der wenigen Staaten nach den Ölpreiskrisen der 70er Jahre das Energiepreinsniveau künstlich hochgehalten und nicht verfallen lassen, damit sich die Anstrengungen in Energieeinsparung weiterhin rentieren und nicht durch den Ölpreisverfall seit Anfang der 80er Jahre zunichtgemacht werden.”

44. Kora Kristof e Stephan Ramsohl, ob. cit., p. 36: “Steuerückführung durch Lohnnenbenkostensenkung und für Übergangsphase Subventionierung von Energieeffizienzinvestitionen [...]”.

Os Países-Baixos introduziram um imposto sobre gás natural, energia e óleo para calefação em 1992. Como já existia um imposto sobre combustível, ajustado periodicamente em virtude da inflação, nem a gasolina nem o diesel sofreram modificações em seu sistema de tributação. O preço final do gás e da energia em 1998, para pequenos consumidores e residências privadas, aumentou, respectivamente, em 20%/25% e 15%.⁴⁵

Para que as camadas com renda mais baixa da sociedade não fossem sobrecarregadas, tanto o consumo de energia de até 800 kWh quanto de gás de até 800 m³ não foram tributados, seja de residências privadas seja de empresas.⁴⁶ Para que os grandes consumidores não fossem tributados de uma maneira muito intensa, entre 1996 e 1998, as quantias acima de 170 mil m³ de gás e de 50 mil kWh de energia também não foram tributadas.⁴⁷ A partir de 1998, o limite até o qual se tributou o consumo de energia e de gás passou de 50 mil kWh para 10 milhões de kWh e de 170 mil m³ de gás para 1 milhão de m³.⁴⁸ Os Países-Baixos esperam, até o ano 2000, ter reduzido, com a tributação do consumo de energia e de gás, as emissões de CO² em 5%.⁴⁹

Quem explora fontes de energia renováveis, nos Países Baixos, está isento do imposto sobre energia.⁵⁰

A Itália introduziu em 1999 uma reforma tributária ecológica, em cinco etapas, que deverá se prolongar até 2004. A receita auferida deve ser aplicada em benefício da redução dos custos salariais, que deverá atingir 0,8%.⁵¹ O imposto sobre combustível e óleo para calefação será aumentado. Novos impostos, tendo como objeto, por exemplo, o consumo de carvão e de coque, serão criados.

45. Kai Schlegelmilch, ob. cit., p. 19: *“Damit ist der Endpreis von Gas 1998 für Kleinverbraucher und Haushalte um 20-25% und jener von Strom um rund 15% gestiegen.”*

46. *Idem, ibidem*, p. 19: *“Um untere Einkommensgruppen nicht übermässig zu belasten, sind Freimengen von 800 Kilowattstunden Strom sowie 800 Kubikmeter Gas eingeführt worden, die weder Haushalte noch Unternehmen versteuern müssen.”*

47. *Id., ib.*, p. 19: *“Um die (tedenziell eher im Wettbewerb stehenden) Grossverbraucher nicht zu stark zu besteuern, sind anfangs (also konkret zwischen 1996 und 1998) die Mengen oberhalb von 170.000 Kubikmetern Gas und 50.000 Kilowattstunden Strom ebenfalls von der Besteuerung freigestellt.”*

48. *Id., ib.*, p. 19: *“So wird das Limit, bis zu dem Strom und Gas besteuert werden, von 50.000 kWh auf 10 Milliarde kWh bzw. von 170.000 cbm Gas auf 1 Million cbm erhöht.”*

49. *Id., ib.*, p. 19.

50. *Id., ib.*, p. 20: *“Schliesslich erhalten die Betreiber regenerativer Energiequellen die Energiesteuer voll zurückerstattet und sind damit von dieser Steuer befreit.”*

51. *Id., ib.*, p. 13: *“Das Aufkommen soll zurückgegeben werden über eine Senkung der Lohnnebenkosten, bemerkenswerterweise in Höhe der in Deutschland beschlossenen Höhe: 0,8% Prozentpunkte.”*

A França adotou em 2000 um imposto sobre energia. Sua receita deve ser parcialmente aplicada no financiamento das contribuições empresariais para a seguridade social.⁵²

Os países centro-europeus e europeus orientais dispõem de uma vasta gama de taxas ambientais, cuja efetividade no combate à poluição não tem sido fácil de ser verificada.⁵³

Tanto a Comissão quanto o Parlamento da União Européia manifestaram-se favoravelmente à adoção de uma diretriz comum em benefício de uma reforma tributária ecológica européia. A tributação da energia, com o objetivo de reduzir a emissão de gases que contribuem para agravar o efeito-estufa, foi recomendada.⁵⁴ Estima-se que os países periféricos⁵⁵ da União Européia se oponham a essa reforma tributária ecológica, sob o argumento de que ela retardaria seu desenvolvimento industrial.

Com a expansão da União Européia,⁵⁶ mediante a incorporação de países centro-europeus e europeus orientais, o Governo alemão acredita que o princípio da unanimidade perderá sua operacionalidade. Decisões deveriam passar a ser adotadas mediante o princípio da maioria qualificada (3/4). Sendo assim, a construção de alianças com lideranças políticas dos países centro-europeus e europeus orientais torna-se essencial. Tais alianças podem assegurar a adoção de reformas tributárias ecológicas numa União Européia expandida.⁵⁷

2) A reforma tributária ecológica na Alemanha

A primeira etapa da reforma tributária ecológica entrou em vigor em 1º de abril de 1999. Algumas imperfeições foram detectadas, como o tratamento desigual conferido ao gás, ao carvão e à gasolina na produção de energia. A utilização de fontes

52. *Id., ib.*, p. 14: “Für das Jahr 2000 ist konkret eine Energiesteuer zur Finanzierung der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung sowie zur Reduktion der Einkommen für Bezieher niedriger Arbeitseinkommen – beides im Zusammenhang mit der geplanten obligatorischen Arbeitszeitverkürzung – geplant.”

53. *Id., ib.*, p. 13.

54. Jürgen Tristtin, *ob. cit.*, p. 4.

55. Espanha, Grécia, Irlanda, Portugal.

56. A União Européia passará a ter 25 membros.

57. Kai Schlegelmilch, *ob. cit.*, pp. 24-27.

de energia renovável foi encarecida. Desconsiderou-se quais seriam os resultados da reforma tributária ecológica na produção de energia elétrica. As indústrias receberam um tratamento diferenciado.⁵⁸ Na primeira etapa da reforma tributária ecológica, uma desproporção foi detectada. A energia foi muito onerada, enquanto a gasolina, pouco onerada. O Governo alemão considerou essa desproporção insustentável, tanto sob o ponto do meio ambiente quanto da concorrência.⁵⁹

Para as segunda e terceira etapas⁶⁰ da reforma tributária ecológica, quatro tópicos foram discutidos. Primeiro, um sistema de não-tributação das energias renováveis. Segundo, um sistema de tributação mais equitativo para os portadores primários de energia.⁶¹ Com a reforma tributária ecológica, a utilização do gás foi abertamente discriminada. O gás foi tributado duas vezes, tanto como portador de energia (energia primária) quanto quando ele se transforma em energia. Terceiro, um sistema de tributação mais fortemente orientado para o consumo de energia e produção de CO₂. Quarto, um sistema de tributação mais apropriado para as indústrias produtivas. À medida que a atividade produtiva for onerada, a criação de novos postos de trabalho deveria ser desonerada.⁶²

A reforma tributária ecológica deve ser concebida como uma reforma a longo prazo. Tanto empresas quanto residências privadas precisam de tempo para adaptar-se à mudança de paradigma energético.⁶³ Uma quantidade considerável das emissões de CO₂ provém de residências privadas.⁶⁴ À semelhança da Dinamarca e dos Países-Baixos, a Alemanha deveria restituir integralmente o imposto sobre energia

58. LOSKE, Reinhard. Vorwort. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 2.

59. LOSKE, Reinhard. Die Ökologische Steuerreform als Gestaltungsaufgabe – Anforderungen aus Sicht der Bundestagsfraktion. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 9: “*Es hat in der ersten Stufe der Reform ein gewisses Ungleichgewicht gegeben. Der Strom ist überproportional, Benzin unterproportional belastet worden. Das kann weder umweltpolitisch noch wettbewerbspolitisch so bleiben.*”

60. As segunda e terceira etapas da reforma tributária ecológica entraram em vigor, respectivamente, em 1º de janeiro de 2000 e 1º de janeiro de 2001.

61. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “*Primärenergieträger*”

62. Kora Kristof e Stephan Ramesohl, ob. cit., p. 40.

63. Hans-Joachim Ziesing, ob. cit., p. 50: “*Wirtschaft und private Haushalte benötigen Planungssicherheit, damit Anpassungsmassnahmen und der notwendige Strukturwandel erlichtert werden.*”

64. (Öko)Steuern, die Sie sich sparen können. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, s.d., p. 1: “*Davon profitiert auch das Klima: Berechnungen haben ergeben, dass ein Grossteil der CO₂-Belastungen durch private Haushalte verursacht wird.*”

cobrado a quem produz energia renovável.⁶⁵ A reforma tributária ecológica não deveria adotar um modelo excessivamente regulamentador.⁶⁶

Os impostos não apenas financiam as atividades estatais, como podem ter um efeito-condutor direto. O imposto não deve encarecer indiscriminadamente todas as fontes de energia. Com o encarecimento desproporcional de fontes de energia específicas, o consumo das fontes de energia ilimitadas e não-poluidoras deveria ser estimulado.⁶⁷

A primeira etapa da reforma tributária ecológica alemã criou o imposto sobre energia⁶⁸ e modificou o imposto sobre combustível⁶⁹⁻⁷⁰

Com a criação do imposto sobre energia, passou-se a pagar DM 0,02 por kWh. Já com o aumento do imposto sobre combustível, passou-se a pagar DM 0,06 por litro de gasolina ou diesel, DM 0,04 por litro de óleo para calefação e DM 0,32 por kWh de gás natural. Houve apenas uma etapa da reforma tributária ecológica consagrada ao óleo para calefação, com o aumento, a partir de 1º de abril de 1999, da incidência do imposto sobre combustível de DM 0,04 para DM 0,12.⁷¹

As indústrias produtivas gozam de uma tributação reduzida no consumo de energia de apenas DM 0,05 por kWh, de óleo para calefação, de DM 0,01 por litro e de gás natural de DM 0,08 por kWh. Ainda durante a primeira etapa da reforma tributária ecológica, gerou polêmica o tratamento diferenciado concedido às indústrias produtivas, que têm direito a uma tributação reduzida. A economia de serviços, por exemplo, um grande hotel, não tem direito a esse tratamento diferenciado.⁷²

65. Hans-Joachim Ziesing, ob. cit., p. 53.

66. *Idem, ibidem*, p. 53.

67. *Id., ib.*, p. 50.

68. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “*Stromsteuer*”

69. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “*Mineralölsteuer*”.

70. ALEMANHA. Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode. Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN; Entwurf eines Gesetzes zum Einstieg in die ökologische Steuerreform, art. 1º e art. 2º

71. Reinhard Loske e Frank Steff, ob. cit., p. 3: “*Beim Heizöl gab es im Gegensatz zu den Kraftstoffen nur eine einzige Stufe der Ökosteuer: zum 1.4.1999 wurde die Mineralölsteuer hier um 4 Pfennig auf 12 Pfennig angehoben.*”

72. HERMANN, Winni. Vorstellung der Ergebnisse der Workshops und anschließende Diskussion. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 Mai 99, p. 92: “*Die Trennung zwischen produzierendem Gewerbe und Dienstleistungswirtschaft, die im Workshop diskutiert wurde, ist ja auch eine Kontroverse, die uns bereits während der Verhandlung der ersten Stufe der ökologischen Steuerreform immer wieder begegnet ist.*”

Com a terceira etapa da reforma tributária ecológica, o imposto sobre combustível, incidente sobre gasolina e diesel, aumentou desde 1º de janeiro de 2001 em DM 0,06 por litro. O imposto sobre energia aumentou DM 0,03 por kWh. O imposto sobre óleo de calefação e gás natural não foi majorado.⁷³

A reforma tributária ecológica alemã, em sua primeira etapa, deve ter arrecadado DM 11,3 bilhões.⁷⁴

À semelhança do Reino Unido e da Dinamarca, a Alemanha pretende que a gasolina com alto teor de enxofre custe DM 0,03 mais do que a gasolina com baixo teor de enxofre. Com as segunda e terceira etapas da reforma tributária ecológica, este objetivo teria sido alcançado. O aumento do preço da gasolina com alto teor de enxofre, em função desta tributação seletiva, reduziria seu consumo. Com a diminuição do consumo da gasolina com alto teor de enxofre, as emissões de dióxido de enxofre na atmosfera, provenientes do trânsito de veículos, seriam reduzidas, num curto espaço de tempo, de um quarto a um terço, o que melhoraria a qualidade do ar.⁷⁵ Deseja-se estimular o consumo de gasolina com pouco teor de enxofre, o que melhoraria consideravelmente a situação do meio ambiente.

Para o Governo alemão, a reforma tributária ecológica tem dois aspectos importantes. Primeiro, ela não provoca um êxodo industrial, Segundo, ela estimula a criação de novos postos de trabalho, bem como a manutenção dos já existentes. A reforma tributária ecológica não só fortaleceria a economia de mercado, como alteraria seu curso. A economia de mercado assumiria, aos poucos, uma feição auto-sustentável.⁷⁶

3) Justiça social

O Governo alemão tem acentuado a necessidade de a reforma tributária ecológica ser implementada com justiça social, de uma maneira equilibrada,

73. Ökosteuern: Für eine umweltfreundliche Energieversorgung. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 9 Februar 01, p. 1.

74. ALEMANHA. Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode. Bericht des Haushaltsausschusses (8. Ausschuss) gemäß § 96 der Geschäftsordnung; zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksachen 14/40, 14/408, 24 Februar 99. Entwurf eines Gesetzes zum Einstieg in die ökologische Steuerreform, p. 1: “Der Gesetzentwurf wird durch die Einführung der Stromsteuer und die Erhöhung der Mineralölsteuersätze im Bundeshaushalt im Jahre 1999 zu Mehreinnahmen in Höhe von 11,3 Mrd. DM führen.”

75. LOSKE, Reinhard. Die Ökologische Steuerreform als Gestaltungsaufgabe – Anforderungen aus Sicht der Bundestagsfraktion. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 9.

76. Kai Schlegelmilch, ob. cit., p. 23.

especialmente no que diz respeito ao consumo de energia residencial.⁷⁷ A aceitação social da reforma tributária ecológica, para a Alemanha, está associada à conexão entre imposto ecológico e redução dos custos salariais. Caso as receitas auferidas com a receita tributária ecológica forem utilizadas para reduzir déficits orçamentários, a aceitação social da reforma tributária ecológica seria seriamente prejudicada.⁷⁸ Com a reforma tributária ecológica, novos postos de trabalho devem ser criados. Através da primeira etapa da reforma tributária ecológica, graças à diminuição das contribuições para a seguridade social, mais de 100 mil novos postos de trabalho foram criados.⁷⁹

Com a reforma tributária ecológica, as contribuições para a seguridade social⁸⁰ diminuíram em cerca de 1%.⁸¹ Esta diminuição nos custos salariais, que desonera tanto empregadores quanto empregados, estimula a criação de novos postos de trabalho.⁸²

O efeito desonerador⁸³ da reforma tributária ecológica está vinculado à diminuição das contribuições para a seguridade social. Todavia, nem todos segmentos da população pagam contribuições para a seguridade social. As camadas com renda mais baixa da sociedade precisam ser compensadas de outra maneira.⁸⁴

Graças à reforma tributária ecológica, as residências privadas serão oneradas com o aumento do preço do óleo para calefação, gás natural e energia.⁸⁵ Ao

77. LOSKE, Reinhard. Die Ökologische Steuerreform als Gestaltungsaufgabe – Anforderungen aus Sicht der Bundestagsfraktion. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 6.

78. Reinhard Loske, ob. cit., p. 7: “Wenn die ökologische Steuerreform missbraucht würde zum Stopfen von Haushaltslöchern, würde ihre Akzeptanz deutlich zurückgehen, und das kann nicht im Interesse der Ökologie sein.”

79. Jürgen Tristtin, ob. cit., p. 3: “Es gibt Berechnungen, dass durch die Senkung der Sozialversicherungsbeiträge im Rahmen der 1. Stufe der ökologischen Steuerreform und durch die Initiativen die sich aus einer solchen Steuerreform im Positiven ergeben, in den nächsten vier Jahren mit einem Plus von 100.000 zusätzlichen Arbeitsplätzen zurechen ist.”

80. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “Rentenversicherung”, que poderia ser traduzida, literalmente, como “contribuições para a aposentadoria”.

81. Reinhard Loske e Frank Steffe, ob. cit., p. 4: “Bislang ist der Rentenversicherungsbeitrag dank der Ökosteuer um 1 Prozentpunkt von 20,3 auf 19,1% im Jahr 2001 gesunken, ohne Ökosteuer lägen die Beiträge dagegen bei fast 21 %.”

82. Diskussionsforum Ökosteuer. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, s.d., p. 1.

83. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “Entlastungswirkung”

84. Reinhard Loske, ob. cit., p. 9.

85. LEHR, Ulrike. Unverzichtbar für die soziale Akzeptanz: Soziale Gerechtigkeit. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 54.

mesmo tempo, elas serão desoneradas com a redução das contribuições dos empregadores para a seguridade social.⁸⁶ As famílias com renda mais baixa poderiam ser desoneradas mediante a concessão de um auxílio-moradia⁸⁷⁻⁸⁸ Nem todos, todavia, serão onerados ou desonerados da mesma maneira.⁸⁹

Os aposentados, os desempregados, as camadas com renda mais baixa da sociedade, os estudantes, por exemplo, serão desonerados com baixa intensidade.⁹⁰ A reforma tributária ecológica tem um efeito social injusto. As residências com renda mais baixa serão proporcionalmente mais oneradas do que as residências com renda mais alta.⁹¹

Estima-se que 66% de todas as famílias operárias vivem em imóveis alugados.⁹² As famílias com renda mais baixa vivem, por sua vez, em imóveis mais antigos e baratos, nas quais o custo de aquecimento é maior.⁹³ Essas famílias não têm recursos que lhes permitam modernizar o sistema de calefação dos imóveis onde vivem.⁹⁴ Contribuintes que se deslocam para o trabalho de automóvel e não têm nenhuma possibilidade de utilizar outro sistema de transporte, também são especialmente onerados pelo imposto sobre combustível.⁹⁵ Aos locatários, precisa-se oferecer um instrumento de informação que lhes permita, antes de alugar um imóvel, colocar-se a par do gasto médio com energia do mesmo. Não se deve esquecer, todavia,

86. *Idem, ibidem*, p. 54.

87. Utilizou-se, no original alemão, a expressão "*Wohngeld*"

88. O auxílio-moradia beneficia segmentos sociais de baixa renda, como, por exemplo, estudantes, aposentados ou desempregados (Cf. HEYNE, Kristin. Vorstellung der Ergebnisse der Workshops und anschließende Diskussion. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 93).

89 Ulrike Lehr, ob. cit., p. 54: "*Die (triviale) Grundannahme ist, dass die Be- und Entlastung nicht für alle Haushaltstypen im gleichen Ausmass gegeben sein wird.*"

90 *Idem, ibidem*, p. 55.

91. *Id., ib.*, p. 55: "*Bei diesen Haushalten steht zu vermuten, dass es zu 'sozial ungerechten' Effekten kommt; d.h., dass diese Haushalten per Saldo belastet werden, während besser verdienende Haushalte per Saldo sogar entlastet werden.*"

92. *Id., ib.*, p. 59: "*66% aller Arbeiterhaushalte wohnen zur Miete, dies sind 8,4 Mio. Haushalte.*"

93. *Id., ib.*, pp. 58-59.

94. *Id., ib.*, p. 56.

95. ALEMANHA. Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode. Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss); a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN - Drucksache 14/40 Entwurf eines Gesetzes zum Einstieg in die ökologische Steuerreform; b) zu dem Antrag der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN - Drucksache 14/66 (neu) - Entlastung durch Einführung einer ökologischer und sozialen Steuerreform, 01 märz 99, p. 19.

que os custos com a modernização do sistema de calefação gastos pelo locador serão repassados ao locatário.⁹⁶

Para a otimização do efeito-condutor, usuários de energia deveriam entrar em acordo com potenciais investidores em medidas a serem adotadas para minimizar o consumo de energia.⁹⁷

Com a reforma tributária ecológica, os altos custos salariais devem ser reduzidos,⁹⁸ em especial as contribuições para a seguridade social. Ao mesmo tempo, a reforma tributária ecológica deve esgotar o potencial de redução no consumo de energia, bem como estimular a utilização de fontes de energia renovável e o desenvolvimento de tecnologias que reduzam o consumo de energia.⁹⁹

A reforma tributária ecológica não será capaz de eliminar *per se* a injustiça social. Ela precisa fazer parte de uma reforma tributária mais ampla, com vistas a um combate sistemático às injustiças sociais, que podem ter sua origem até mesmo em como a reforma tributária ecológica tem sido implementada.¹⁰⁰

A política tributária do Governo alemão pretende desonerar a classe média e diminuir o imposto de renda. O sistema tributário sobrecarregaria, sobretudo, as residências privadas e os pequenos empresários.¹⁰¹

4) Auditoria de energia

A reforma tributária ecológica não constitui uma panacéia. Muito pelo contrário, precisam-se adotar medidas como auditorias de energia, mecanismos destinados a estimular a adoção de instrumentos que racionalizem o consumo de energia.¹⁰²

96. Ulrike Lehr, ob. cit., p. 61.

97. Idem, ibidem, p. 66: “*Die angestrebte Lenkungswirkung kann so lange nicht erreicht werden, wie die Nutzer von Ewnergie nicht mit den potentiellen Investoren in energiesparende Massnahmen übereinstimmen.*”

98. Os custos salariais decresceram, graças ao imposto ecológico (Cf. - Ökologische Steuerreform zeigt nach 2 Jahren ermutigende Lenkungswirkung. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 31 mörz 01, p. 1).

99. ALEMANHA. Deutscher Bundestag, 14. Wahlperiode. Bericht des Haushaltsausschusses (8. Ausschuss) gemäss § 96 der Geschäftsordnung; zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksachen 14/40, 14/408, 24 februar 99. Entwurf eines Gesetzes zum Einstieg in die ökologische Steuerreform, p. 1.

100. BERKEL, Matthias. Diskussion der Ergebnisse. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform.* Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 94.

101. Wir treffen – auch wenn die Körbe höher hängen. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, s.d., p. 1.

102. Kai Schlegelmilch, ob. cit., p. 14: “[...]eine ökologische Steuerreform allein kein Allheilmittel sei. Statt dessen brauchen wir ergänzende Massnahmen wie Energieaudit, Bewusstseinsbildung und Fördermittel.”

A médio prazo, a Alemanha deve passar a dispor de uma infra-estrutura capaz de viabilizar a realização de auditorias de energia. Como primeiro passo precisará capacitar e credenciar auditores de energia.¹⁰³ As indústrias continuarão a pagar um imposto reduzido, para que permaneçam competitivas internacionalmente.¹⁰⁴ Paralelamente ao desenvolvimento de um sistema de auditoria de energia, o Estado alemão deveria verificar em que medida uma estrutura de redução da tributação poderia beneficiar as empresas alemãs no mercado internacional.¹⁰⁵ Se uma empresa estabelecer práticas de gestão de energia, tanto a segunda quanto a terceira etapas da reforma tributária ecológica não deveriam aumentar a incidência do imposto em relação à primeira etapa da reforma tributária ecológica.¹⁰⁶

Caso um empresário apresente uma auditoria de energia, atestando a adoção de medidas destinadas ao aumento de eficiência no consumo de energia, ele seria tributado com menor intensidade. O período de amortização sem diminuição da tributação não ultrapassaria oito anos.¹⁰⁷ Durante o período de amortização, o empresário apresentaria um relatório anual sobre a implementação da estratégia de aumento da eficiência no consumo de energia. Caso as medidas destinadas ao aumento de eficiência no consumo de energia não fossem implementadas dentro do período de amortização, o empresário seria tributado com maior intensidade.¹⁰⁸

A reforma tributária ecológica não deve sobrecarregar setores econômicos que utilizam energia de uma maneira intensiva, sob risco de torná-los pouco competitivos internacionalmente. As empresas que aumentassem sua eficiência no consumo de energia, deveriam ser recompensadas. Esta recompensa não deveria ser maior do que os gastos do empresário na implementação de sua estratégia de aumento de eficiência

103. Kora Kristof e Stephan Ramesohl, ob. cit., p. 42.

104. *Idem, ibidem*, p. 40.

105. *Id., ib.*, p. 42: “Parallel zur Weiterentwicklung des Energie-Audit-Systems muss auch untersucht werden, wie die Belastungsfähigkeit der Unternehmen im internationalen Wettbewerb aussieht und wie daran orientierte Steuersatz- und Steuerermäßigungsstrukturen geschaffen werden können.”

106. *Id., ib.*, p. 40: “Falls das Unternehmen ein Energiemanagement hat bzw. einführt (Mindestkriterien dafür sind festzulegen, wobei die Kriterien beim Übergang von der 2. zur 3. Stufe verschärft werden), soll sich keine Steuersteigerung gegenüber der 1. Stufe ergeben;”

107. *Id., ib.*, p. 40: “Die Amortisationszeit ohne die Steuerermäßigung darf nicht höher als 8 Jahre sein.”

108. *Id., ib.*, p. 40: “Falls die Energieeinsparungen in der Amortisationszeit nicht in dem Umfang, in dem sie versprochen wurden, realisiert werden können, wird entsprechend nachversteuert (incl. Anfallende Zinsen).”

no consumo de energia, uma vez que essa recompensa não deve se transformar num subsídio.¹⁰⁹

Os empresários que se submetessem voluntariamente a auditorias de energia, para que se verificasse a utilização de mecanismos destinados à economia energética, poderiam ser excluídos da incidência da reforma tributária ecológica, ou ao menos serem submetidos a uma tributação reduzida. Com tal medida, novos postos de trabalho seriam criados, com a redução nos custos do consumo de energia.¹¹⁰

Um empresário ou um grupo de empresários pode assinar um acordo (acordo individual ou acordo coletivo, respectivamente) com a Agência de Energia Dinamarquesa (DEA), mediante o qual se submetem voluntariamente a auditorias de energia.¹¹¹ Tanto empresários que utilizam energia de uma maneira intensiva quanto empresários que utilizam energia de uma maneira extensiva podem submeter-se, voluntariamente, a auditorias de energia, desde que os gastos com o pagamento dos impostos ecológicos¹¹² ultrapassem 3% de seu lucro e uma quantia mínima estabelecida legalmente.¹¹³ Um plano de ação, de aumento de eficiência no consumo de energia, tem de ser formulado. Um perito oficial precisa comprovar a idoneidade deste plano de ação. Auditorias de energia, periodicamente, verificam a execução de tal plano.¹¹⁴

5) Subsídios nocivos ao meio ambiente

O término dos subsídios nocivos ao meio ambiente faz parte da reforma tributária ecológica alemã.¹¹⁵⁻¹¹⁶

109. *Id.*, *ib.*, p. 35.

110. LOSKE, Reinhard. Die Ökologische Steuerreform als Gestaltungsaufgabe – Anforderungen aus Sicht der Bundestagsfraktion. In: *Blick nach vorn. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform*. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 8.

111. Kora Kristof e Stephan Ramesohl, *ob. cit.*, p. 37.

112. Imposto sobre energia e imposto sobre combustível majorado.

113. Kora Kristof e Stephan Ramesohl, *ob. cit.*, p. 37 : “*Energie-Audit-Berechtigte: Unternehmen mit ‘energieintensiven Prozessen’ und Unternehmen ohne ‘energieintensive Prozesse’, sobald die Steuer 3% ihrer Wertschöpfung und eine Mindestsumme übersteigt.*”

114. *Idem, ibidem*, p. 37 : “*Um den Aufwand zu senken, erfolgt die generelle Untersuchung typischer Einsparpotentiale und die Formulierung eines Aktionsplans zu ihrer Umsetzung, deren bzw. dessen Qualität von einem unabhängigen behördlich anerkannten Gutachter zertifiziert wird (formale und technische Überprüfung).*”

115. Como a reforma implica a extinção dos subsídios nocivos ao meio ambiente, alguns autores preferem a expressão “reforma financeira ecológica” (“*ökologische Finanzreform*”) a “reforma tributária ecológica” (“*ökologische Steuerreform*”).

116. MEYER, Bettina. *Notwendige Ergänzung: Abbau ökologische schädlicher Subventionen und*

Os subsídios bloqueiam uma alocação racional dos fatores econômicos, à medida que conferem uma vantagem comparativa desproporcional ao setor econômico subsidiado. Subsídios duradouros bloqueiam, além do mais, a modernização da sociedade, à medida em que modificam o ritmo de mudança estrutural da economia. Em virtude do déficit de informação do governo, surge o risco de as “falsas” tecnologias serem subsidiadas. O governo costuma escolher arbitrariamente quais tecnologias e setores econômicos serão subsidiados.¹¹⁷

Várias são as espécies de subsídios nocivos ao meio ambiente na Alemanha. A título de exemplo, podem-se mencionar os subsídios concedidos à hulha.¹¹⁸ O governo também participa do financiamento do transporte dos dejetos nucleares.¹¹⁹ O preço da energia consumida por fabricantes de alumínio é subsidiado.¹²⁰

Grupos de interesse mobilizam-se contra o término dos subsídios nocivos ao meio ambiente. Costumam ser um grupo pequeno e homogêneo, extremamente sensível ao término desses subsídios. Bem organizados, defendem intensamente seus interesses.¹²¹

Conclusão

O imposto ecológico transformou-se num instrumento de *marketing*. Fabricantes de automóveis, empresas de construção, por exemplo, têm utilizado crescentemente o imposto ecológico como meio de alavancar a venda de produtos que consomem menos combustível ou energia.¹²² O imposto ecológico tem estimulado na Alemanha a fabricação de automóveis que consomem menos combustível, a utilização de meios de transporte públicos, de biomassa e de veículos movidos a gás natural.¹²³

Regelungen. In: *Blick nach vorn*. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 70: “*Der Abbau von ökologische kontraproduktiven Subventionen ist Teil einer umfassenden ökologischen Finanzreform.*”

117. *Idem, ibidem*, p. 71.

118. Utilizou-se, no original alemão, a expressão “*Steinkohlesubventionen*”.

119. Bettina Meyer, ob. cit., p. 72.

120. *Idem, ibidem*, p. 72: “*Verbilligungssubventionen z.B. bei Strompreisen für Aluminiumhersteller.*”

121. Bettina Meyer, ob. cit., p. 85.

122. Ökologische Steuerreform zeigt nach 2 Jahren ermutigende Lenkungswirkung. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 31 märz 01, p. 1.

123. Ökosteuer: Für eine umweltfreundliche Energieversorgung. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 9 februar 01, p. 1.

A indústria automobilística, em virtude da reforma tributária ecológica, não tem vendido menos automóveis, mas automóveis diferentes, mais eficientes.¹²⁴

Os efeitos positivos do imposto ecológico já se fazem notar. As empresas comunais e regionais têm registrado 1,3% a mais de passageiros; o interesse em veículos que utilizam menos combustível ou gás natural tem aumentado consideravelmente; e a venda de combustíveis fósseis¹²⁵ diminuiu em cerca de 1,7%.¹²⁶

A reforma tributária ecológica implica a adoção de um planejamento econômico de longo prazo. A política não pode tornar-se escrava do mercado.¹²⁷ Em 1960, um trabalhador alemão precisava trabalhar treze minutos para comprar um litro de gasolina. Em 2000, ele precisava trabalhar apenas quatro minutos.¹²⁸ A reforma tributária ecológica introduz um instrumento econômico na proteção ao meio ambiente na Alemanha, o que deverá implicar ganhos de eficiência e diminuição de custos no consumo de energia.¹²⁹

Toda reforma tributária ecológica deve ser de fácil compreensão, senão será criado um efeito assimétrico. Os grandes empresários terão condições de se adaptarem facilmente à sua lógica, ao contrário dos pequenos.¹³⁰ Indiretamente, a reforma tributária ecológica estaria, assim, contribuindo para que o mercado se tornasse mais oligopolizado.

O imposto sobre combustível¹³¹ deveria ser substituído por um imposto sobre energia, tendo como componente unificador a emissão de CO₂.¹³²⁻¹³³ Toda

124. Reinhard Loske e Frank Steffe, ob. cit., p. 3.

125. Utilizou-se, no original alemão, a expressão "*Mineralölprodukten*".

126. Diskussionsforum Ökosteuern. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, s.d., p. 1.

127. Reinhard Loske e Frank Steffe, ob. cit., p. 4.

128. *Idem, ibidem*, p. 5: "1960 musste ein Arbeitnehmer für einen Liter Benzin 13 Minuten arbeiten, heute dagegen nur 4 Minuten."

129. OECD-Ökonomen bewerten Einstieg in ökologische Steuerreform positiv. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 08 Dezember 1999, p. 1.

130. Winni Hermann, ob. cit., p. 92.

131. Utilizou-se, no original alemão, a expressão "*Mineralölsteuer*".

132. O imposto sobre combustível ("*Mineralöl*") é considerado como sendo muito complexo (Cf. HERMANN, Winni. Vorstellung der Ergebnisse der Workshops und anschließende Diskussion. In: *Blick nach vorn*. Anforderungen an die weiteren Stufen der ökologischen Steuerreform. Bonn: Bündnis 90/Die Grünen, 11 mai 99, p. 90).

133. Bettina Meyer, ob. cit., p. 75: "Im Ergebnis sollten die unsystematischen Einzelsteuersätze der bestehenden Mineralölsteuer durch eine Energiesteuer (mit CO₂-Komponente) ersetzt werden."

utilização de energia deveria ser objeto desse imposto, tenha ela como objeto o transporte de passageiros ou não.¹³⁴ Tanto a energia de origem fóssil como atômica deveria ser tributada, ao contrário das fontes de energia renovável.¹³⁵ A utilização de energia em sistemas de transporte deveria ser submetida a uma tributação mais elevada, devido às externalidades negativas, como barulho, acidentes, manutenção da infra-estrutura viária, bem como emissão de gases em áreas residenciais.¹³⁶ Combustíveis pouco nocivos ao meio ambiente, como gás natural, energia elétrica, óleo vegetal, bem como o transporte público, deveriam gozar de uma tributação reduzida.¹³⁷

Não se chegou, ainda, na Alemanha, a um acordo sobre a utilização da receita proveniente da reforma tributária ecológica em benefício de projetos que reduzam o consumo de energia.¹³⁸

São Paulo, maio de 2003.

134. *Idem, ibidem*, p. 75: "Die Energiesteuer sollte durch ein System von verkehrsspezifischen Zuschlägen ergänzt werden, so dass im Ergebnis alle nicht-verkehrlichen und alle verkehrlichen Verwendungen jeweils nach einem einheitlichen, umweltökonomisch begründeten Steuertarif besteuert werden."

135. *Id., ib.*, p. 75.

136. *Id., ib.*, p. 75.

137. *Id., ib.*, p. 76.

138. Winni Hermann, *ob. cit.*, p. 90: "Strittig war noch die Frage, ob ein Teil der Ökosteuereinnahmen auch für Förderprogramme verwendet werden soll, etwa im ÖPNV-Bereich oder beim Bauen, also Energiesparen."

DIREITO ECONÔMICO-FINANCEIRO

O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Paulo de Barros Carvalho

Professor Titular do Departamento de Direito
Econômico-Financeiro da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo e da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo

Resumo:

Sendo objeto do mundo da cultura, o Direito e, mais particularmente, as normas jurídicas estão sempre impregnadas de valor. Esse componente axiológico, invariavelmente presente na comunicação normativa, experimenta variações de intensidade de norma para norma, de tal sorte que existem preceitos fortemente carregados de valor e que, em função do seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativa influência sobre grandes porções do ordenamento, informando o vector de compreensão de múltiplos segmentos. Em Direito, utiliza-se o termo “princípio” para denotar as regras de que falamos, sendo esse o objeto do presente trabalho. Nele, a amplitude semântica do vocábulo “princípio” foi cuidadosamente examinada, bem como sua classificação e função dentro do conjunto normativo. Foram objeto de análise, também, alguns princípios constitucionais tributários encontrados no sistema positivo brasileiro, dando-se especial atenção ao sobreprincípio da segurança jurídica e respectivas implicações na esfera do Direito Tributário.

Abstract:

Being an object of the cultural world, the law, and more in particular, the legal rules are always impregnated by value. This axiological component, invariably present in the standard communication, undergoes variations in intensity from norm to norm, in such a way that there are precepts that are heavily loaded with value and that, in function of their syntactic role in the total, end up exercising significant influence on large parts of the legislation, providing information to the vector for comprehension of multiple segments. In Law the term “principle” is used to describe the rules that we speak about and this is the object of the present work. In this work, the semantic extensions of the word “principle” were carefully investigated, as well as their classification and function in the standard set of norms. Also object of analysis were some constitutional fiscal principles that can be found in the positive Brazilian system and special attention was given to the principle of legal security and the respective implications in the field of Fiscal Law.

Unitermos: *Direito Tributário; princípio; sobreprincípio; segurança jurídica.*

1. Amplitude semântica do vocábulo “princípio”

No campo das significações, o uso do signo “princípio” oferece farta variedade conotativa, de tal sorte que alcança todas as circunscrições de objetos, atuando nas quatro regiões ônticas. É uma palavra que frequenta com intensidade o discurso filosófico, expressando o “início”, o “ponto de origem”, o “ponto de partida”, a “hipótese-limite” escolhida como proposta de trabalho. Exprime também as formas de síntese com que se movimentam as meditações filosóficas (“ser”, “não-ser”, “vir-a-ser” e “dever-ser”), além do que tem presença obrigatória ali onde qualquer teoria nutrir pretensões científicas, pois toda a ciência repousa em um ou mais axiomas (postulados). Cada “princípio” seja ele um simples termo ou um enunciado mais complexo, é sempre passível de expressão em forma proposicional, descritiva ou prescritiva. Agora, o símbolo lingüístico que mais se aproxima desse vocábulo, na ordem das significações, é “lei”. Dizemos, por isso, que há uma lei, em Física, segundo a qual “o calor dilata os corpos” “os metais são bons condutores de eletricidade” “a matéria atrai a matéria na razão direta das massas e na razão inversa do quadrado das distâncias”; na Metafísica, apanhando como exemplo a filosofia de Schopenhauer, que a “vontade se constitui naquele ímpeto cego e irresistível que consubstancia o querer-viver universal”: entre os objetos ideais, que a “transitividade” é uma lei lógica: $[(p \rightarrow q). (q \rightarrow r)] \rightarrow (p \rightarrow r)$, assim como a “reflexividade” também o é $(xRy) \rightarrow (yRx)$; em Economia, falamos em “lei da oferta e da procura” ao mesmo tempo em que afirmamos que a “História fundamentalmente diacrônica” para ingressarmos nos domínios dos objetos culturais, onde ao lado de “leis” ou “princípios” descritivos, vamos encontrar as prescrições éticas, religiosas, morais etc., que ostentam o porte de autênticos “princípios”. Como desdobramento dessa descritividade e prescritividade, lidamos com “princípios gerais” e “específicos” “explícitos” ou “implícitos” classificando-os como “empíricos” “lógicos”, “ontológicos”, “epistemológicos” e “axiológicos”. Tudo isso é índice da riqueza significativa que a palavra exhibe, compelindo-nos a um esforço de elucidação para demarcar o sentido próprio que desejamos imprimir ao vocábulo, dentro de seu plano de irradiação semântica. Impõe-se uma decisão para cada caso concreto, principalmente se a proposta discursiva pretender foros de seriedade científica.

2. O Direito no mundo dos objetos culturais.

Enquanto camada de linguagem prescritiva de condutas, o Direito Positivo é uma construção do ser humano. Nesse sentido, dista de ser um dado

simplesmente ideal, não lhe sendo aplicáveis, também, as técnicas de investigação do mundo natural. As unidades normativas selecionam fatos e regulam comportamentos, fatos e condutas recolhidos no campo social. Ora, o fato social, como processo de relação, é um fenômeno com sentido e, sem ele (sentido), que imprime direção aos fatos sociais, é impossível compreendê-los. Os fatos jurídicos, quer os previstos nos antecedentes das normas, quer os prescritos na fórmula relacional dos conseqüentes, apresentam-se na forma de fenômenos físicos (relações de causa e efeito) mais o sentido, isto é o fim jurídico que os permeia. Sem a significação jurídica que presidiu a escolha do evento e inspirou a regulação da conduta, não há falar-se em fatos jurídicos e relações jurídicas. Essa parte do mundo empírico reivindica tratamento especial, que atente para seu lado dinâmico de ações e reações, no esquema de causa e efeito, mas que também o considere, fundamentalmente, naquilo que ele tem de significação, de sentido.

Quem se proponha conhecer o Direito Positivo não pode aproximar-se dele na condição de sujeito puro, despojado de atitudes axiológicas, como se estivesse perante um fenômeno da natureza ou uma equação algébrica. A neutralidade axiológica impediria, desde o início, a compreensão do sentido das normas, tolhendo a investigação. Além do mais, o conhecimento jurídico já encontra no seu objeto uma auto-explicação, pois o direito fala de si mesmo e este falar-de-si é componente material do objeto. Daí a função reconstrutiva do saber jurídico, expressa nas proposições descritivas da Ciência do Direito.

Demoremo-nos, porém, num ponto: se é impossível conhecer as normas do Direito Positivo sem estimar-lhes o valor, integrante que inere a todo o bem cultural, outra coisa bem distinta é compor o discurso jurídico-descritivo da Ciência aplicando-lhe, pela segunda vez, uma inclinação ideológica, vale dizer, estabelecendo juízos de valor que incidam nas proposições teóricas do conhecimento científico, opinando sobre a justiça, a racionalidade ou sobre critérios de segurança ou de funcionalidade que certa ordem jurídica oferece ou não oferece, enquanto sistema de direito positivo. O jurista dogmático não deve julgar as normas do ordenamento, unicamente compreendê-las para bem descrevê-las. Assevera por isso Lourival Vilanova que *“o sujeito do conhecimento, quando trava contacto com o mundo dos conteúdos sociais e históricos, vem a travar contacto consigo mesmo e ao invés da relação pura sujeito-objeto, mescla-se essa relação com uma inevitável parcela de atitude prático-valorativa”*¹

Acontece que o “dever-ser” na modalidade do jurídico, pressupõe o “poder-ser” isto é, a possibilidade objetiva do comportamento regulado vir a realizar-se na plataforma das interações humanas. E esse “poder-ser” da conduta nada mais é que a

1. *O problema do objeto da Teoria Geral do Estado*, Recife, 1953.

liberdade de cumprir a ação prevista ou de omiti-la. Eis aqui o valor, expressão de um dos mais caros e proclamados bens da história do homem, fincado, irremediavelmente, na própria raiz do direito e sem o qual a formulação normativa carecerá de sentido deôntico. Inexista a liberdade de exercer a conduta ou de atuar sua omissão e a disciplina da regra jurídica trará consigo um “sem-sentido” prescritivo, não de ordem sintática, mas de caráter semântico. Tal valor é um “*prius*” da análise jurídico-normativa.

3. Os “princípios”, na textura das várias linguagens jurídicas.

Empregamos “*linguagem jurídica*” para referir os sistemas de comunicação que se prestam a realizar ou a mencionar o fenômeno jurídico. Por essa locução designaremos o chamado “*Direito Positivo*”, a *Dogmática Jurídica* ou *Ciência do Direito* em sentido estrito, bem como todos aqueles setores do conhecimento que toam o sistema do *Direito Positivo* como objeto de suas indagações, ainda que não o façam em termos exclusivos. Nessa linha de pensamento, é *linguagem jurídica* a da *Filosofia do Direito* e, dentro dela, a da *Lógica Jurídica*, a da *Epistemologia do Direito*, a da *Axiologia do Direito* e a da *Ontologia Jurídica*. Mas serão também “*linguagem jurídica*” a *Sociologia do Direito*, a *Antropologia Cultural do Direito*, a *História do Direito* e tantas mais que levem em conta de objeto o sistema das normas positivadas.

De um lado, como *linguagem-objeto*, temos determinada ordem jurídico-normativa, operando num ponto do tempo histórico e sobre dado espaço territorial; de outro, como *metalinguagem descritiva*, a *Ciência do Direito* em sentido estrito ou *Dogmática Jurídica*, voltada somente a compreender e relatar sua *linguagem-objeto*. A *Filosofia do Direito* comparece aqui na condição de *metalinguagem* se suas reflexões incidirem sobre a *linguagem do Direito Positivo*. As meditações filosóficas, entretanto, trabalham muitas vezes sobre construções científicas, momento em que assumem a hierarquia de uma *metalinguagem*. Outro tanto vale para os demais segmentos contidos no âmbito das “*ciências jurídicas em sentido amplo*”

Firmados nessas ponderações, é lícito assertar a existência de “*princípios jurídicos*” em todos os setores da investigação do *Direito*. E é com tal dimensão significativa que enunciamos os princípios ou leis ditas ontológicas: “tudo que não estiver juridicamente proibido, estará juridicamente permitido” e “tudo que não estiver juridicamente permitido, estará juridicamente proibido”; os princípios jurídicos empiricamente verificáveis, como, por exemplo: “de acordo com a Constituição vigente, o Brasil é uma república federativa” (*princípios federativo e republicano*). Há o princípio

lógico jurídico segundo o qual “toda conduta obrigatória está necessariamente permitida” (e linguagem formalizada, diremos: $(Op\text{Æ}Pp)$, em que “O” é o modal “obrigatório”, “P” o “permitido” e “p” uma conduta qualquer). Esse “princípio” ou “lei” da Lógica Deôntico-Jurídica, aliás, é o fundamento da conhecida “ação de consignação em pagamento”. Ao lado dele, por oportuno, podemos indicar a lei lógica da “idempotência do conjuntor”, aplicada ao Direito: “Se duas ou mais normas servirem-se do mesmo antecedente e prescreverem a mesma regulação da conduta, então todas elas equívalem a uma só”. Expliquemos o princípio, formalizando-o e, depois, mediante um exemplo prático e objetivo. A “lei” da idempotência do conjuntor (utilizada para o universo jurídico) assim se exprime, em linguagem formal: $(Vp.Vp.Vp.Vp.Vp)=Vp$, onde “V” é a notação simbólica da “proibição”; “p” uma conduta qualquer; “”, o conectivo da conjunção lógica; e “=”, a equivalência. No sistema da Constituição, de 1967, havia três preceitos consagrando a “legalidade tributária”: um genérico e dois específicos. Quer significar, por outro giro, que o legislador constitucional prescrevia: “só é permitido exigir tributo novo ou aumentar os existentes por meio de lei” Tal era o conteúdo de três normas constitucionais. Pelo princípio da idempotência do conjuntor, os três equívalem a apenas um.

Bem, até aqui vimos princípios empíricos, ontológicos e lógicos. Examinemos outros. A “norma fundamental” kelseniana é um princípio epistemológico-jurídico, colocado na condição de pressuposto da atividade cognoscitiva do Direito. Sem a “norma fundamental” ou regressaríamos ao infinito, jamais começando a tarefa cognoscente, ou sacrificaríamos o cânone do isolamento do objeto, sem o que o estudo não atingiria a dignidade de ciência. Outros princípios epistemológico-jurídicos são os da “homogeneidade sintática” e da “heterogeneidade semântica” das unidades normativas. Já nos domínios axiológicos mencionemos o “princípio da Justiça” da “igualdade”, da “segurança”, da “racionalidade” entre muitos outros.

Vistos por outro prisma, os “princípios” seriam gerais (a legalidade referida no art. 5º II, da Constituição de 1988) ou específicos (a legalidade tributária instituída no art. 150, I, do mesmo Estatuto). Além disso, há os explícitos (art. 150, III – princípio da anterioridade tributária) e os implícitos (princípio da isonomia das pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Cumpre observar que os princípios mencionados estão distribuídos entre a linguagem-objeto (**direito positivo**) e as metalinguagens jurídicas acima indicadas. Pois bem. Demos exemplos, tecemos considerações, elucidamos algum conteúdo, mas permaneceu aberta a questão principal: que é princípio?

4. Os “princípios” e a compreensão do Direito.

Tomaremos como hipótese de trabalho o estudo do Direito, sob o ponto de vista dogmático, a partir das estruturas normativas existentes aqui e agora, que se projetam sobre a realidade social para ordená-la, no que tange às relações interpessoais que nela se estabelecem, canalizando o fluxo das condutas em direção a certos valores que a sociedade anela e quer implantados. Reconhecemos no fenômeno jurídico algo extremamente complexo, em que interferem fatores de naturezas distintas, num intensivo processo de miscigenação. Afigura-se-nos um trabalho difícilíssimo ingressar em sua ontologia, para extrair dados de sua intimidade existencial, caso isto, porventura, seja possível, premissa que não pretendemos discutir. Nossa concepção há de caminhar predominantemente no padrão analítico da linguagem, respeitando aquela complexidade que salientamos como ínsita ao dado jurídico, mas ao mesmo tempo refletindo na consideração de que ali onde houver regulação jurídica haverá, inexoravelmente, proposições normativas que, escritas ou não escritas, hão de manifestar-se em linguagem. Ora, se isolarmos o universo normativo, naquilo que ele tem de fenômeno lingüístico, aparecerá diante de nós um objeto uniforme (somente normas jurídicas), todas compostas na mesma organização sintática, vale dizer, mediante um juízo hipotético em que o legislador (sentido amplo) imputa, ao acontecimento de um fato previsto no antecedente, uma relação deontica entre dois ou mais sujeitos, como conseqüente. A previsão fáctica ou “descriptor” como suposto, implica a disciplina da conduta intersubjetiva, contida no “prescritor” (Lourival Vilanova). Nunca será demasiado insistir que tanto a ocorrência factual, como o comportamento regulado, têm de ser possíveis, para que a regra venha a ser aplicada, tornando-se individualmente eficaz.

Sobressai à evidência a homogeneidade sintática suso referida, porquanto todas as unidades do sistema terão idêntica estrutura lógica, a despeito da multiplicidade extensiva de seus vectores semânticos. O Direito Positivo, então, apresentar-se-á aos olhos da Dogmática como um conjunto finito, mas indeterminado, de normas jurídicas, nas quais surpreenderemos fatos jurídicos e relações jurídicas, associados por um ato de vontade de quem pôs as regras no sistema, ato psicológico este que o cientista coloca entre parênteses metódico, para não imitar-se em territórios alheios, como, por exemplo, a Psicologia e outras ciências que poderiam explicar aspectos parciais do fenômeno. Todavia, se os fatos são jurídicos porque previstos em antecedentes normativos, remanesceria apenas um, o mais importante porque fundador do próprio sistema, sem a qualificação de jurídico, circunstância que viria a comprometer a uniformidade objetual:

trata-se do acontecimento que dá origem à Constituição. É precisamente neste tópico que Kelsen trouxe a singela, porém genial contribuição da “norma fundamental” não posta, mas pressuposta, juridicizando aquele fato que ficara de fora, por imprimir-lhe o timbre de normatividade que lhe faltava. Fecha-se assim o conjunto, isolado na especificidade de seu objeto, uniforme porque composto tão-somente de normas jurídicas, de tal modo que nele, conjunto, não encontraremos senão descritores e prescritores, bem como suas contrapartes factuais: fatos jurídicos e relações jurídicas.

O corolário natural de tudo quanto se expôs é que o Direito Positivo, formado unicamente por normas jurídicas, não comportaria a presença de outras entidades, como, por exemplo, princípios. Estes não existem ao lado de normas, co-participando da integridade do ordenamento. Não estão ao lado das unidades normativas, justapondo-se ou contrapondo-se a elas. Acaso estivessem, seriam formações lingüísticas portadoras de uma estrutura sintática. E qual é esta configuração lógica? Ninguém, certamente, saberá responder a tal pergunta, porque “princípios” são “normas jurídicas” carregadas de forte conotação axiológica. É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica.

A tipificação dos fatos que ingressam pela porta aberta das hipóteses normativas se dá mediante conceitos que o legislador formula: conceitos sobre os acontecimentos do mundo e conceitos sobre as condutas inter-humanas. Ocorre que todo o conceito, que tem como correlato expressional o termo, assim como o juízo o tem na proposição, todo o conceito, repetimos, é seletor de propriedades não-só no Direito, como em qualquer região do conhecimento. Conceituar importa selecionar caracteres, escolher traços, separar aspectos, desprezando os demais. As singularidades irrelevantes, o legislador as deixa de lado, mesmo porque são em tal quantidade que o trabalho ganharia proporções infinitas. E surge o conceito, após a aplicação do critério seletivo que o legislador adotou, critério este que nada mais é que um juízo de valor expedido em consonância com sua ideologia, tomada a palavra, neste ensejo, como pauta de valores, tábua de referências axiológicas. Assim, valora o legislador fatos e condutas, tecendo o conteúdo de significação das normas jurídicas ou, em outras palavras, saturando as variáveis lógicas daquela estrutura sintática que é comum a todas as unidades do sistema. E, ao enfatizar esse ângulo da construção jurídico-normativa, estamos apenas reconhecendo ao Direito Positivo a condição de objeto cultural, anteriormente consignada. Mantenhamos na retentiva que os objetos do mundo cultural são, invariavelmente, portadores, de valores, como também os metafísicos, o

que não se verifica com os objetos da natureza e com os da região ôntica dos ideais, ambos axiologicamente neutros.

Até esta parte, firmamos duas proposições que aceitamos por verdadeiras: a) o Direito Positivo é formado, única e exclusivamente, por normas jurídicas (para efeitos dogmáticos), apresentando todas o mesmo esquema sintático (implicação), ainda que saturadas com enunciados semânticos diversos (heterogeneidade semântica); e b) por outro lado, como construção do ser humano, sempre imerso em sua circunstância (Gasset), é um produto cultural e, desse modo, portador de valores, significa dizer, carrega consigo uma porção axiológica que há de ser compreendida pelo sujeito cognoscente – o sentido normativo, indicativo dos fins (*telos*) que com ela se pretende alcançar.

Tal é a conclusão a que chegou Genaro Carrió, percorrendo caminhos um pouco distintos, em seu opúsculo sobre *Principios Jurídicos Y Positivism Jurídico*²: “*De lo expuesto se sigue que no existe la pretendida ‘diferencia lógica’ entre las reglas jurídicas y las pautas del tipo de la que expresa que a nadie debe permitírsele beneficiarse con su propia transgresión*”

O autor argentino não chega a esse resultado partindo das premissas que adotamos. Seu objetivo foi, antes de mais nada, questionar a procedência de crítica ao positivismo jurídico, que o professor Ronald M. Dworkin, da Universidade de Oxford, apresentou com o trabalho *The model of rules*³, e segundo o qual a análise e consideração adequada dos princípios ficaria prejudicada pela concepção positivista do fenômeno jurídico, já que tal concepção do Direito não deixa ver o papel central que na prática os princípios desempenham. É nesse sentido que parte do sistema de Hart⁴ para dele extrair argumentos que demonstrem a plena compatibilidade entre as normas jurídicas, examinadas pelo ângulo de sua positivação e os princípios que com elas combinam para formar o sistema do direito positivo.

Tendo seu pensamento mais próximo de Hart, em virtude das ligações que sempre manteve com a Universidade de Oxford, Carrió entende que o positivismo de Kelsen ofereceria menos recursos à sustentação de sua tese, não lhe permitindo dar os passos de que necessitava para alojar os princípios dentro da ordem jurídica, consoante os critérios que lhe pareciam justos. Nossa posição, contudo, é bem diversa, ainda que tenhamos de intuir certos desdobramentos que o mestre de Viena não empreendeu.

2. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

3. University of Chicago Law Review n. 14, 1967.

4. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, 1963.

Que não seja isso motivo de censuras, porquanto Carlos Cossio proclamou ter ido além de Kelsen sem haver transbordado os limites do próprio sistema kelseniano (foi além de Kelsen sem sair de Kelsen). E, de fato, há desdobramentos que se afiguram como corolários de uma teoria, não extraídos por aquele que a concebeu, mas que podem perfeitamente ser sacados por quem se dispuser a segui-la.

O que importa é que Genaro Carrió chega aos mesmos resultados, não só admitindo a existência de “princípios” dentro da ordem jurídica positiva, como reconhecendo que não há qualquer desencontro entre o esquema lógico das normas e o daqueles primados. Ainda que não ingresse na análise dos “valores”, fala, insistentemente, no “peso” dos princípios, o que basta para identificar a referida concordância.

5. “Princípios” como normas jurídicas que introduzem valores de grande importância para o ordenamento.

Recortemos determinado ambiente social. Os indivíduos da comunidade tendem a ter um núcleo consciente de valores básicos, advindos da contingência de viverem no mesmo território e no mesmo tempo histórico. Em derredor desse núcleo, contudo, a trajetória existencial de cada um vai depositando outros valores, recolhidos individualmente de tal arte que os padrões axiológicos das pessoas acabam apresentando variações muitas vezes sensíveis, repercutindo em fontes inesgotáveis de divergências, sempre que o homem se manifesta acerca de objetos de índole metafísica ou cultural. Seja uma obra literária, uma película cinematográfica, uma peça de mobiliário, uma crença religiosa, seja a interpretação de norma de Direito Positivo, os valores aparecem como centros significativos que expressam uma preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativa, ou melhor, por certos conjuntos de conteúdos abstratamente integrados num sentido consistente. Esses símbolos de preferência por ações indeterminadas permanentes, como alude Tércio Sampaio Ferraz Júnior,⁵ consistindo em núcleos significativos muito abstratos, requerem outro mecanismo integrador, credenciado a imprimir-lhes um mínimo de consistência: é a função das ideologias, conjuntos de avaliação dos próprios valores. Atuam para avaliar os valores, já que estes, por sua abstração, se mostram abertos e flexíveis. As ideologias, por isso mesmo, operam como sistemas rígidos e limitados, que hierarquizam os valores, organizando-os e permitindo que os identifiquemos.

5. *Introdução ao Estudo do Direito*, Editora Atlas, 1988, p. 109.

Muito bem. Toda vez que houver acordo, ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma “N” conduz um vector axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de um “princípio”. Quer isto significar, por outros torneios, que “princípio” é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude, influenciando, visivelmente, a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do sistema positivo. Advirta-se, entretanto, que ao aludirmos a “valores” estamos indicando somente aqueles depositados pelo legislador (consciente ou inconscientemente) na linguagem do direito posto. Não cremos existir uma “região de valores”, existente em si, como o *topos uranos* de Platão ou qualquer tipo de sistema suprapositivo de valores, ao modo de algumas vertentes jusnaturalistas. Aqueles de que nos ocupamos são os postos, centros significativos abstratos, mas positivados no ordenamento.

Se tais observações forem procedentes, cabe cogitar de uma hierarquia de valores jurídicos ou, de outra maneira, de uma classificação hierárquica das normas do Direito Positivo, elegendo-se como critério a intensidade axiológica nelas presente. Todavia, plantadas essas premissas, aquilo que se não pode admitir consoante assentamos linhas atrás, é a coalescência de “normas” e “princípios” como se fossem entidades diferentes, convivendo pacificamente no sistema das proposições prescritivas do Direito. Os princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar.

A resistência de Kelsen em compor uma teoria da interpretação fundou-se, certamente, nesse profundo subjetivismo que acompanha o processo dialético de compreensão dos conteúdos normativos. Os radicais desconcertos entre as teorias doutrinárias, tendo em vista preceitos jurídicos, são exemplos eloqüentes do cabimento dessa tese. Sabemos que as mensagens prescritivas dos arts. 29 a 31, da Constituição do Brasil, realizam o “princípio da autonomia dos municípios”, confirmado pela análise do sistema vigente. Nada obstante, juristas de renome, menos inclinados ao “municipalismo” conquanto não neguem a indigitada autonomia, reduzem drasticamente a relevância dessas pessoas políticas, em suas interpretações, chegando ao ponto de designá-las por “entes menores”. Esforçados nessa mesma inspiração, compreendem, ao pé da letra, o que preceitua o art. 187, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, chegando ao resultado deplorável de admitir a “ordem” que o dispositivo estabelece, com o que relegam os Municípios a uma condição de flagrante inferioridade em face dos Estado, do Distrito Federal e da União, sobre violarem de

maneira frontal o princípio implícito da isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno.

Desloquemos o foco da análise para o reino específico das imposições tributárias e encontraremos, desde logo, a discussão a propósito da existência ou-não do “princípio da anualidade”. Já expressamos nosso entendimento segundo o qual o velho primado desaparecera com o advento da Constituição de 1967. Em sentido contrário, porém, autores de prestígio não se cansam de invocá-lo, atribuindo-lhe lugar preeminente no quadro dos mais elevados princípios constitucionais tributários.

Já podemos extrair mais duas conclusões: a) o próprio saber se u’a norma, explícita ou implícita, consubstancia um “princípio”, é uma decisão inteiramente subjetiva, de cunho ideológico; e b) no que concerne ao conjunto dos princípios existentes em dado sistema, a distribuição hierárquica é função da estrutura axiológica daquele que interpreta, equivale a reconhecer, é função da sua ideologia.

6. A classificação dos “princípios” em razão dos critérios de objetividade que presidem sua aplicação aos casos concretos.

É sedutora, ao menos no exame do primeiro instante, a classificação dos princípios levando-se em conta o grau de objetividade que se verifica no momento de sua efetiva aplicação. Há princípios que são postos em termos vagos e excessivamente genéricos, ao lado de outros, enunciados de modo tão preciso, que passam a ser escassas as dissensões a respeito de sua incidência numa situação concreta. Vamos aos exemplos. A Lei Fundamental, no art. 37, *caput*, expressa-se de maneira vaga ao impor que a administração pública obedeça ao princípio da “moralidade”, tornando-se no mínimo duvidosa e discutível sua indicação numa faixa enorme de eventos reais. A “função social da propriedade” (art. 5º, XXIII, da Constituição) acha-se também envolvida por forte teor de indeterminação. E o mesmo se diga da “liberdade” da “segurança” da “racionalidade”, do “bem comum” da “finalidade pública” etc. bem certo que toda a palavra encerra alguma vaguidade. Mas queremos insistir que existem fórmulas expressivas onde predomina densamente a indeterminação, ao lado de outras de fácil e intuitivo reconhecimento, em que a ocorrência do mundo exterior está visivelmente demarcada, sobrando pouco espaço para os desacordos de opinião. É o caso da irretroatividade tributária (art. 150, inciso III, *a*, da Lei Magna). Basta saber o momento em que se deu o fato jurídico tributário e confrontá-lo com aquele que marcou o início da vigência da lei instituidora ou majoradora do tributo. Temos para nós que o princípio

que prestigia a casa como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI, da Constituição), bem como o que protege o sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas e das telecomunicações telefônicas, todos eles, em maior ou menor amplitude, podem acomodar-se rigorosamente no plano da aplicação factual.

Apesar da aparente simplicidade operativa, o critério que anima essa classificação procura transmitir uma objetividade que os valores não têm, nem podem ter. A natureza eminentemente subjetiva desse núcleos significativos jamais poderá ser aprisionada, como se fora um mero fato cosmológico insularmente levado à análise. Fiquemos com sua operacionalidade, mas desde que reconheçamos a impossibilidade de fixar diretrizes objetivas e, portanto, com validade intersubjetiva, para delimitar valores. O que distrai nossa atenção entre as duas classes de princípios é que o legislador injeta valores (sempre subjetivos) em situações diferentes: incertas, indecisas, indeterminadas, as primeiras; limitadas e rigidamente delineadas, as últimas. Reflitamos sobre este tópico e estaremos autorizados a utilizar a classificação. Caso contrário seremos surpreendidos, quando o legislador empregar o mesmo valor em hipóteses abertas, sem fronteiras onde o desenho recortado do suporte fáctico (Pontes de Miranda) não corresponda aos traços que a realidade material sugerir aos nossos sentidos. Eis o princípio da “igualdade” que pode ser tomado como exemplo. Ao projetar-se num dado acontecimento do mundo, essa diretriz experimenta curiosas configurações. Sabemos quanto difícil seria sustentar a discriminação entre homens e mulheres, no processo de seleção para ingresso na carreira do Ministério Público. A singela invocação do art. 5º, I, da Carta Constitucional vigente, seria o bastante para tolher qualquer entendimento discriminatório. Ao mesmo tempo, em matéria publicada na *Folha de São Paulo*, em janeiro de 1992, Flávia Piovesan discutiu a interessante tese de benefícios pleiteados por pessoas do mesmo sexo vivendo “maritalmente” Tudo sobre o fundamento daquela norma que sobranceira, estaria impregnando o sentido das demais regras do ordenamento. Num caso, o primeiro, a mera alusão ao primado da igualdade tem a força suficiente para decidir o problema. No segundo, em que a complexidade do desenho típico se vê agravada pela presença de outros valores, numa combinatória que suscita considerações mais profundas, o mesmo princípio perde seu aparente conteúdo de objetividade não se prestando mais para, sem outros torneios retóricos, encaminhar a solução exegetica.

Recobremos a lembrança de que as expressões lingüísticas conservam sempre um mínimo de vaguidade em sua integridade compositiva, inafastável por maior que seja o esforço de argumentação para efeito de convencimento. Não há como escapar

dessa porção movediça que se aloja nos termos e nos enunciados proposicionais, alimentando, incessantemente, os estudos semânticos. Admitir esse traço, porém, longe de trazer a insegurança que desde logo imaginamos, significa reconhecer que há uma matéria-prima própria para o discursos persuasivo, tecendo a linguagem jurídica que antecede a decisão normativa.

7. Alguns “princípios” constitucionais tributários no Sistema Positivo brasileiro.

À moda daquelas pesquisas de laboratório, em que o cientista suspende o interesse pelas coisas do mundo para poder concentrar sua atenção exclusivamente no objeto que está sobre a lâmina do microscópio, vamos esquecer, por um pequeno intervalo de tempo, o sistema do Direito Positivo na sua finitude indeterminada de normas jurídicas, dirigindo nossa atenção para preceitos constitucionais que versam a temática dos tributos e, mais que isso, ostentem a estatura de renomados “princípios” De plano, uma distinção útil, porque esclarecedora: há princípios que valem para todo o ordenamento e, por via de consequência, aplicam-se ao campo tributário; assim como há “princípios” que regem, com foros de especificidade, o desempenho da função impositiva que o Estado exerce mediante o instrumento que chamamos “tributo” Entre os dois subdomínios, fiquemos com o último, a fim de imprimir ao presente trabalho a índole que almejamos. Sendo numerosos os comandos que o constituinte inseriu no Texto Supremo, com *status* de princípios tributários, separemos alguns para efeito de experiência. Vejamos, por exemplo, o “princípio da estrita legalidade” cravado na redação do art. 150, I, da Lei Maior. Tal diretriz aponta para a necessidade impostergável de que a entidade seja criada ou majorada por lei. Põe-se, desde já, um problema: lei no sentido estrito, isto é, lei ordinária, ou lei na sua acepção larga, vale dizer, todos os diplomas credenciados a introduzir normas inaugurais no ordenamento? Como outro elemento complicador não se pode esquecer que o sistema conecta este princípio com um valor extremamente caro para o setor: a tipicidade, isto é, ao conceber o legislador o ente tributário, estará jungido a fixar, em sua plenitude, o desenho integral da figura típica do gravame. Vê-se aqui uma conjunção de valores impregnando as proporções semânticas do princípio da estrita legalidade.

Sobre o da anterioridade, já assinalamos que grassa forte divergência entre os autores, no sentido de aceitá-lo como mera antecedência cronológica da lei que institui ou majora o tributo, tomando-se por referência o primeiro dia do exercício financeiro seguinte (art. 150, III, *b*, da CF), ou como tal, acrescido do consentimento

dos administrados, manifestado na lei orçamentária, segundo prescrevia o velho princípio da anualidade. Atinando-se à possibilidade de acatamento do princípio da anterioridade até as vésperas da exigência fiscal, fala-se hoje no princípio da não-surpresa que predica o conhecimento antecipado, por parte do sujeito passivo, daquilo que lhe será cobrado no ano subsequente, mas com antecedência significativa que, por falta de parâmetros constitucionais, alguns postulam ser de um ano.

Queremos insistir na tese de que onde há princípios existem valores de magnitude para o sistema e tais valores vêm sempre acompanhados de elevado grau de indeterminação. Vejamos, por exemplo, o chamado princípio da proibição de confisco. É sobremaneira difícil opinar sobre o tema, e, quando o fazemos, utilizamos mecanismos intuitivos. A propósito deste assunto lidamos com índices que, além de tudo, eles mesmos – os índices –, não podem ser objetivamente aceitos. Por certo que todos concordariam que um alíquota de 25%, incidente sobre base de cálculo que tome o valor do imóvel como referência, caracterizará hipótese de confisco.

Todavia, se colhermos outro imposto, que não seja cobrado periodicamente sobre o mesmo bem, como o do exemplo, mas que incida sobre produtos de consumo, ninguém se surpreenderá com uma alíquota de 350% percutindo no valor da operação de venda. Já dissemos algures, que a doutrina do confisco não fora elaborada, permanecendo em solo estéril as construções que tomem esta figura em linha de consideração. Outro tanto se diga a respeito do princípio da capacidade econômica ou da capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação tributária. Por mais que a Ciência do Direito Tributário, principalmente a da Europa continental, tenha se esforçado para descrever o perfil desse primado, buscando limites e teorizando sobre possíveis demarcações práticas, nada de objetivo se realizou, permanecendo o quadro de incertezas que é, era e sempre foi. Sabe-se, quando muito, que o fato jurídico do tributo há de ser presuntivo de riqueza econômica, mesmo porque os números da pretensão impositiva não de saírem de avaliação que ele próprio ofereça. Porém, daí a pretender critérios intersubjetivamente válidos, constantes e satisfatórios, para dosar a carga tributária, vai uma distância realmente grande. Em parcelas homogêneas do universo de contribuintes ou de bens e situações que sejam tomadas como referência básica para a tributação, de fato o princípio se apresenta não-só útil e imprescindível, como de fácil manipulação. Basta, contudo, o ingresso de outro valor significativo, implicado na situação, para que as opiniões se dividam. Saquemos um exemplo atual. O IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) tem como base de cálculo o valor venal do imóvel, consoante planta elaborada pelas prefeituras municipais. Ponhamos também

entre parênteses que, por tradição, houve um acomodamento das autoridades administrativas, correspondendo ao interesse direto das pessoas tributadas, de tal modo que, neste passo, a lei nunca foi cumprida.

Inobstante isso, quantos problemas, quantas discussões se instauram, tendo como origem a cobrança dessa exação. Se a base de cálculo é o valor venal da propriedade, constante da planta de valores; se a alíquota é aquela indicada pela lei; onde estaria o ponto que irradia tantas disceptações? Afastando de cogitação o tema das atualizações, que cabe perfeitamente no espaço dos parênteses que abrimos e fechamos, não é penoso isolar casos em que a pretensão impositiva se torna discutível. Uma viúva, sem renda, que receba em herança determinado imóvel. Como atender sua obrigação tributária em relação ao IPTU? São ocorrência protocolares, não há dúvidas. Mas o que se quer demonstrar é que a aplicação do princípio da capacidade contributiva, para este imposto projetada sobre o “ser proprietário de bem imóvel no perímetro urbano do Município”, está plenamente satisfeita ainda que remanesça um sentimento geral de injustiça em face da pretensão do Poder Público. É que a peculiaridade do evento trouxe à tona outros valores que afetam a singela consideração da capacidade econômica do contribuinte, tornando mais complexa a compreensão do tema. A concretude factual permite que surjam alternativas hermenêuticas, servindo ao jogo de interesses que penetra as interações sociais e proporciona elementos para as digressões retóricas imprescindíveis ao convencimento a propósito da direção jurídica a ser tomada.

Como dissemos, há muitos princípios constitucionais tributários no Direito Positivo brasileiro, circunstância que vem justificando até o surgimento de um campo próprio de especialização nos domínios da Dogmática. Entre outros, há o trabalho clássico e pioneiro de Geraldo Ataliba (*Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*) e, mais recentemente, a obra do professor Roque Carrazza, intitulada *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Os dois livros, do mais elevado padrão científico, ocupam-se, exclusivamente dessa temática e tratam com especificidade, cada um dos magnos princípios que regem a atividade jurídico-tributária no Brasil.

8. “Princípios” e “sobreprincípios” – “princípios” que operam para a realização de outros “princípios” superiores na escala hierárquica.

Coloquemos entre parênteses as corriqueiras dissenções ideológicas que separam os juristas em múltiplas direções e meditemos na organização de um conjunto qualquer de valores jurídicos. Há “princípios” e “sobreprincípios” isto é normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito

Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do Direito Positivo. Emerge pelo reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo *quantum* de valor que carregam consigo, fazem dele um “sobreprincípio”. Realiza-se pela atuação de outros princípios. Assim também ocorre com o primado da Justiça. Agora, há um princípio que sempre estará presente, ali onde houver direito: trata-se do cânone da certeza jurídica, entendido o termo não como garantia de previsibilidade da regulação da conduta (que é uma de suas acepções), mas como algo que se situa nos fundamentos do dever-ser, ínsita que é ao domínio do deontico. Na sentença de um magistrado, que põe fim a uma controvérsia, seria absurdo figurarmos um juízo de probabilidade, em que o ato jurisdicional declarasse, como exemplifica Lourival Vilanova, que “A” possivelmente deve reparar o dano causado por ato ilícito seu. Não é sentenciar, diz o mestre, ou estatuir, com pretensão de validade, o *certum* no conflito de condutas. E, ainda que consideremos as obrigações alternativas, em que o devedor pode optar pela prestação “A”, “B” ou “C”, sobre uma delas há de recair, enfaticamente, sua escolha, como imperativo inafastável da certeza jurídica. Eis outro sobre princípio, mas de feição independente, pois querendo ou não querendo o legislador, havendo ou não havendo justiça, segurança ou qualquer valor jurídico que se colha para a experiência, as normas do sistema hão de consagrá-lo, para poder aspirar ao sentido deontico. Regra do direito que não discipline comportamentos intersubjetivos com observância do princípio da certeza expressará um sem-sentido na linguagem do dever-ser. Torna-se evidente que a certeza jurídica é também um sobreprincípio, mas dotado de aspectos lógicos peculiares, que lhe atribuem preeminência sintática com relação a todos os demais.

O campo de irradiação semântica da locução “certeza jurídica”, todavia, abriga também o sentido, como dissemos, de possibilidade de previsão, pelos destinatários da mensagem normativa, do modo como se dará a regulação da conduta. Dito de outra forma, a confiança de que, acontecidos certos eventos que a norma tipifica, os direitos e deveres prescritos estavam adrede conhecidos, uma vez que as regras jurídicas repartem os comportamentos entre as três regiões materiais (permitido, proibido, obrigatório) e, ao fazê-lo, canaliza as condutas na direção de determinados valores. Essa proporção de sentido, mesmo que cabível como fonte de indagação, como autêntico valor do ordenamento, tem sempre a relatividade própria das questões ideológicas. Com efeito, que se pode prever se o fato “X” vai ou não ensejar a prestação jurídica “P” é alguma coisa perfeitamente admissível onde houver um pingão de racionalidade no sistema considerado. Entretanto, saber antecipadamente, como vão

comportar-se os sujeitos da relação, no que tange ao cumprimento do dever jurídico ou com que intensidade o titular do direito subjetivo público vai exigir ou-não o conteúdo da prestação, é assunto bem diferente. Dependerá da maneira pela qual a comunidade jurídica estiver utilizando seus signos, variação que depende de uma série de fatores extralingüísticos e circunstanciais, que ninguém pode prever com rigor. Estamos, aliás, na dimensão pragmática da linguagem do Direito, caracterizada por forte oscilação de tendências e intensa variação de expectativas, responsável direta por mutações semânticas e sintáticas no conjunto dos signos.

9. Sobreprincípio da segurança jurídica no campo dos tributos.

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeção sobre o meio social. Se nos detivermos num Direito Positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas, como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo; então será possível imitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo. Se a esse tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será difícil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suporte, os princípios que, conjugados formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontramos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança. E se o setor especulativo é o do Direito Tributário, praticamente todos os países do mundo ocidental, ao reconhecerem aqueles vetores que se articulam axiologicamente, proclamam, na sua implicitude, essa diretriz suprema.

Nada obstante tudo que se disse, o Direito existe para cumprir o fim específico de reger os comportamentos humanos, nas suas relações de interpessoalidade, implantando os valores que a sociedade almeja alcançar. As normas

gerais e abstratas, principalmente as contidas na Lei Fundamental, exercem um papel relevantíssimo, pois são o fundamento de validade de todas as demais, indicando os rumos e os caminhos que as regras inferiores deverão de seguir, mas é naquelas individuais e concretas que o Direito se efetiva, se concretiza, se mostra como realidade normada, produto final do intenso e penoso trabalho de positivação. É o preciso instante em que a linguagem do Direito toca o tecido social, ferindo a possibilidade da conduta intersubjetiva. Daí porque não basta o trabalho preliminar de conhecer a feição estática do ordenamento positivo. Torna-se imperioso pesquisarmos o lado pragmático da linguagem normativa, para saber se os utentes desses signos os estão empregando com os efeitos que a visão estática sugere. De nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Maior, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem com a dimensão que o bom uso jurídico requer. São múltiplos os exemplos que a realidade dos nossos dias oferece.

A Constituição brasileira, de 1967, previu, insistentemente (três vezes), a necessidade de lei para que qualquer obrigação tributária fosse criada. Todavia, distorcendo o conteúdo de significação que as palavras têm, as autoridades administrativas violentaram, em muitas oportunidades, aquele magno princípio. A instituição do “decreto-lei” nessa matéria, foi instrumento de iterativas transgressões a preceitos superiores. Tanto o Poder Executivo, quanto o Legislativo, utilizando o quadro de variação de sentido dos vocábulos jurídico-tributários, têm obtido orientações diversas daquelas fixadas no ordenamento, inúmeras vezes com a complacência do Poder Judiciário. Também nossa experiência com as “Medidas Provisórias” rendeu ensejo às mais desastrosas conseqüências. Não propriamente que os defeitos estivessem contidos na estrutura mesma desses diplomas, os quais, no Brasil, têm força de lei. Mas, em virtude da manipulação extravagante e arbitrária que fez delas, medidas provisórias, instrumentos que atentavam, a cada passo, contra a integridade de valores sobranceiros da ordem jurídica nacional.

A utilização inadequada de símbolos jurídico-normativos não se dá apenas com regras de “decretos-leis” ou de “medidas provisórias” diplomas que por suas próprias peculiaridades são vistos com restrições pela comunidade jurídica. A Lei n. 8.383/91, que foi editada no dia 31 de dezembro, pretendendo vigorar no ano subsequente, isto é, a partir de 1º de janeiro de 1992, começou a circular, tornando-se pública, tão-só no dia 2 de janeiro. Ora, segundo o princípio da anterioridade, sua vigência deveria ficar protraída para o ano seguinte (1.1.93), uma vez que o sentido de “publicar” é “dar ao conhecimento público” “tornar o ato conhecido por todos”, e tal

providência veio a realizar-se somente com a circulação, no dia 2 de janeiro de 1992. Todavia, contra todas as expectativas, o Poder Público Federal defendeu a tese de que a “impressão” aconteceu em 21 de dezembro de 1991, o que seria suficiente para determinar a ciência dos administrados. Por mais absurda que seja a argumentação, o singelo uso de “circular”, com o valor semântico de “publicar” modifica o conteúdo de significação do princípio da anterioridade, exatamente no instante máximo de sua concretude, evitando que a genuína concepção daquele primado chegue intacto ao plano das condutas intersubjetivas e desse modo, ameaçando a “segurança jurídica”

Desde logo se vê que sem atinarmos para aquilo que se passa na instância pragmática, pouco poderemos falar acerca dos valores que o sistema consagra para manter a atividade jurídico-tributária dentro de padrões de respeito para com o direito dos administrados garantindo-lhe conquistas seculares. Cremos, por isso, que as investigações relativas ao princípio da segurança jurídica, em matéria tributária, não podem prescindir de incursão por esse plano semiótico, sob pena de não compreendermos a linguagem do Direito Positivo na sua integridade constitutiva.

10. Violação de princípios e de sobreprincípios.

Quando o comando emergente de um princípio é transgredido, nem por isso estaremos autorizados a declarar que a diretriz não tem eficácia, que é “letra morta”. Os sistemas de Direito Positivo prevêm a conduta infringente de suas prescrições, montando dinamismos de controle que se voltam à recomposição dos interesses violados. E sempre que esses dispositivos funcionam, restabelecendo a situação anterior, confirma-se a efetividade daqueles valores. Diante desse quadro, a desconsideração de princípios, como o da igualdade, anterioridade, legalidade estrita, entre outros, é o meio juridicamente próprio para testarmos sua eficácia. Se, quantas vezes atacados, tantas vezes reafirmado na sua força axiológica, confortavelmente poderemos afirmá-lo como vetor relevantíssimo do sistema.

Agora, se a agressão prospera, surte efeitos que se consolidam na ordem jurídica; se o Poder Judiciário a absorve, então se opera uma modificação no sistema, simplesmente porque a norma que hospedava certo sentido, adquire outra interpretação, passando a abrigar novos valores. E como esses valores são muito significativos, já que influenciam importantes porções de outras regras do conjunto, o antigo princípio já não se apresenta com eficácia, substituído que foi por vetores que atuam em outra direção semântica.

Fixemo-nos, porém, num ponto: a substituição de um princípio por outro, construído por alterações que se realizam no plano pragmático, é algo natural e perfeitamente compreensível, mesmo porque a sociedade humana vive em constante mutação e os conteúdos axiológicos exercem um papel histórico, portanto delimitado no tempo. A distorção significativa a que aludimos, contudo, manifesta-se de maneira um pouco diversa: em determinado preceito do sistema se reconhece a presença de um valor, que todos apontam. Mas, no percurso da sua implantação para disciplinar as condutas em interferência intersubjetiva, ocorrem desvios, de tal sorte que ao chegar no seu destino a norma não traz a mesma orientação valorativa. Acaso se consolide a situação final, diremos que o princípio foi violado. Entretanto, se funcionarem os dispositivos de recomposição, o princípio será reafirmado, saindo fortalecido.

Transportando-se a reflexão para o domínio dos sobreprincípios, em particular o da “segurança jurídica”, é possível dizermos que não existirá, efetivamente, aquele valor, sempre que os princípios que o realizem forem violados. Tratando-se de entidades axiológicas, onde, como vimos, o teor de subjetividade é decisivo para identificar resultados, não cabe atinarmos a dados quantitativos, motivo pelo qual não se cogita de saber se uma única transgressão consolidada é suficiente ou se o juízo de reconhecimento requer uma sucessão delas.

11. Conclusões.

1ª) Em termos de direito positivo, princípios são normas jurídicas portadoras de intensa carga axiológica, de tal forma que a compreensão de outras unidades do sistema fica na dependência da boa aplicação daqueles vetores. Acatando-se o enunciado assim formulado, preserva-se a uniformidade do objeto, permanecendo o sistema do direito posto como um conjunto de normas jurídicas: todas com a mesma estrutura sintática (homogeneidade sintática), porém diversas semanticamente (heterogeneidade semântica).

2ª) Assim como existe uma hierarquia sintática, podemos falar numa distribuição hierárquica dos valores jurídicos, dispostos também de maneira escalonada. Os princípios estariam ocupando posições privilegiadas nos patamares do ordenamento. E, mesmo que haja, em muitas circunstâncias, coincidência entre supremacia sintática e superioridade axiológica, a relação de correspondência não é necessária.

3ª) Ao mencionarmos a locução “valores jurídicos” queremos aludir àqueles plasmados na linguagem do Direito Positivo e não a outros. Temos presente

que as discrepâncias axiológicas conduzem a interpretações diferentes da mesma unidade normativa. Tais dissonâncias, porém, se instalam em face de valores que o exegeta contrói a partir do texto, porquanto rejeitamos a tese da existência de um reino de valores suprapositivos, pairando sobre o sistema vigente. Esses núcleos significativos que revelam a preferência do legislador são depositados, consciente ou inconscientemente, na linguagem prescritiva do Direito, presidindo a seleção de aspectos factuais e orientando a regulação das condutas intersubjetivas.

4ª) Como decorrência de tudo quanto foi dito, o saber se u'a norma consubstancia ou-não determinado princípio é uma decisão eminentemente subjetiva, de cunho ideológico.

5ª) Entendemos que descabe um segundo juízo de valor que, incidente sobre o primeiro, opine a respeito das proposições teóricas do conhecimento científico, manifestando-se o jurista dogmático a respeito da Justiça, da racionalidade, da segurança ou da operacionalidade que certa ordem jurídica apresenta ou não-apresenta. A aplicação, pela segunda vez, de uma inclinação ideológica, desvirtuaria os objetivos da Ciência, deslocando a atenção do objeto.

6ª) refutamos, igualmente, qualquer tentativa de aprisionar tais núcleos de significação, que chamamos de valores, por meio de esquemas objetivos, adrede preparados. Peleja contra eles o subjetivismo ínsito ao domínio do axiológico, que não admite esquemas dessa ordem. Tudo se dá, repetimos, pela combinação dos valores do sistema. Não é de estranhar-se, por conseguinte, que ninguém tenha inventado uma fórmula adequada para indicar a presença e orientar a aplicação de princípios como o da capacidade contributiva, o da proibição de confisco, o da estrita legalidade, o da anterioridade, o da igualdade tributária, para nos cingirmos tão-só a alguns exemplos.

7ª) A interpretação dos princípios, como normas que verdadeiramente são, depende de uma análise sistemática que leve em consideração o universo das regras jurídicas, enquanto organização sintática (hierarquia sintática) e enquanto organização axiológica (hierarquia dos valores jurídicos), pois assim como uma proposição prescritiva do Direito não pode ser apreciada independentemente do sistema a que pertence, outro tanto acontece com os valores jurídicos injetados nas estruturas normativas. Desse processo de integração resultará o entendimento da mensagem prescritiva, em sua integridade semântica, sempre elástica e mutável.

8ª) Não vemos qualquer incompatibilidade entre o reconhecimento de princípios, expressos ou implícitos, e a proposta metodológica do neopositivismo lógico, seja no esquema de Hart, como na concepção de Kelsen.

9ª) No Sistema Constitucional brasileiro há muitos princípios que versam matéria tributária, razão pela qual a compreensão desse ramo do Direito pressupõe demorada análise de preceitos da Lei Maior. Ressaltemos, dentre outros, o da igualdade, da legalidade estrita, da anterioridade, da isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, da proibição de confisco etc.

10ª) Todo princípio atua para implantar seus valores. Há, contudo, conjuntos de princípios que operam para realizar, além dos respectivos conteúdos axiológicos, princípios de maior hierarquia, aos quais chamaremos de “sobreprincípios” Entre esses está o da “segurança jurídica”

11ª) Se num determinado sistema jurídico tributário houver a coalescência de diretrizes como a da legalidade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição, da anterioridade etc., dele diremos que abriga o sobreprincípio da segurança jurídica em matéria tributária.

12ª) A ilação anterior, entretanto, comporta duas verificações: uma, que se dá no plano sintático-semântico; outra, no plano pragmático da linguagem jurídico-normativa.

13ª) A certificação sintático-semântica da existência daqueles princípios, em dado ordenamento, não garante o reconhecimento do sobreprimado da segurança jurídica, pois uma linguagem não pode prescindir de sua dimensão pragmática, e o Direito Positivo, como tal, é concebido para projetar-se sobre a região material das condutas intersubjetivas, disciplinando-as para a obtenção de certos valores.

14ª) Sendo assim, de nada adiantam direitos e garantias individuais, placidamente inscritos na Lei Magna, se os órgãos a quem compete efetivá-los não o fizerem das maneiras que o bom uso jurídico requer.

15ª) A circunstância de que um princípio seja transgredido, uma ou mais vezes, pouco diz sobre sua eficácia. Impende saber se os mecanismos de recomposição, previstos pelo sistema, funcionam a ponto de restabelecer os valores ofendidos. Em caso afirmativo, teremos a manifestação de sua efetividade.

16ª) Não haverá respeito ao sobreprincípio da segurança jurídica sempre que as diretrizes que o realizem venham a ser concretamente desrespeitadas e tais situações infringentes se perpetuem no tempo, consolidando-se.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Sérgio Assoni Filho

Mestrando em Direito Econômico-Financeiro pela
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Discute-se o princípio da legalidade tributária e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro, estendendo-se para as relações entre legalidade tributária, a lei e outras fontes legislativas.

Abstract:

It discuss the tributary legality principle and its repercussion on the Brazilian juridical order, expanding to the relations between tributary legality, the law and another legislativy fonts.

Unitermos: princípio da legalidade tributária.

1. Introdução

A sociedade humana evoluiu em suas relações, uma vez que as pretensões de cunho individualista cederam espaço para aquelas voltadas à coletividade, e a maior prova de que existiam, de fato, *necessidades públicas* foi a criação do Estado como forma organizacional dessa sociedade, que passou a intervir na vida dos particulares, buscando atender a essas necessidades e alcançar ao bem comum.

As intervenções nas atividades econômicas e sociais por parte do Estado tornaram-se imprescindíveis nos dias atuais, porque além das atividades por ele consideradas relevantes ao interesse público e, dessa forma, eleitas politicamente como dignas de prestação de um serviço público, o Estado passa a agir como um agente regulador das “falhas” de mercado, visto que existem bens e serviços que não são supridos pela iniciativa privada, mas que são essenciais aos cidadãos.

Além disso, o Estado exerce a importante função de promotor da Justiça social, ao intervir no mercado e na Economia, para que haja uma melhor distribuição de renda.

Diante dessa gama de atividades exercidas pelo Estado, surge a necessidade de recursos materiais para que elas possam ser atendidas, passando o Estado

a exercer uma atividade financeira que consiste na arrecadação desses recursos e em seu gerenciamento, de modo que tais recursos possam ser despendidos da forma mais racional possível e as necessidades públicas possam ser melhor supridas.

Entretanto, a intervenção estatal não poderá ser ilimitada, pois o Estado, ao valer-se de sua soberania e de seu poder de mando (*ius imperii*), visando à promoção do bem comum, deverá legitimar suas ações, principalmente as de cunho arrecadatório, com o consentimento daqueles que suportarão de fato esse encargo.

Tal consentimento será dado pelos representantes eleitos pelos cidadãos, e será materializado em uma lei. Essa lei servirá ao mesmo tempo de limitação à intervenção estatal na liberdade e propriedade individuais e será a expressão da vontade popular que, em última análise, legitimou tal intervenção.

Assim, surge o princípio da legalidade tributária, pois sempre que o Estado tiver que intervir na esfera privada, mediante a tributação, o fará com base em uma lei formal elaborada pelos representantes eleitos pelos cidadãos-contribuintes, que será a tradução do consentimento destes.

A necessidade dessa base legal legitimadora foi fruto de um longo processo histórico que abordaremos sinteticamente, e que culminou no surgimento dos Estados de Direito.

2. Breve Histórico.

O princípio da legalidade tem sua origem ligada à tributação de natureza tirânica, pela qual o soberano impunha aos seus súditos o pagamento de tributos, muitas vezes extorsivos, e que eles deveriam suportar.

Tais exações tirânicas foram plantando na coletividade a idéia de limitação a esse poder de tributar, de modo que a tributação somente seria legítima se devidamente autorizada por aqueles que efetivamente a suportassem.

A autorização ou consentimento dos súditos ao mesmo tempo em que legitimaria a cobrança tributária também limitaria o poder tributante do soberano. Esse consentimento seria concedido por meio dos representantes eleitos pelos contribuintes (*no taxation without representation*).

Os representantes eleitos seriam incumbidos de combater o arbítrio do soberano, autorizando a cobrança ou a autotributação somente quando essa invasão da liberdade e propriedade individuais resultassem em benefícios para a coletividade.

Essa idéia de limitação ao poder tributante foi arraigando-se na Europa

a partir do século XI, antes mesmo da existência de um diploma legal que formalmente a acolhesse, por meio de assembléias e conselhos de caráter popular.

Na Inglaterra, surgiam várias manifestações de cunho consuetudinário nesse sentido, como por exemplo, a promessa de recompensa a William Rufus pela conquista da Normandia, que teve, em 1096, o seu valor aumentado somente após o consentimento do Bispado.

Surge, em 1179, a proibição do Bispado de taxar o clero sem o prévio consentimento dos arqui-diáconos, por meio do chamado *Lateran Council*.

No mesmo sentido, em 1188, corpos colegiais compostos por membros do alto clero e da nobreza autorizaram o Rei Henrique II a instituir um tributo de dez por cento sobre a renda, para que tais recursos fossem empregados nas despesas com as Cruzadas contra Saladino. Em 1192, Henrique IV convoca reuniões e assembléias para deliberar sobre o pagamento do resgate de Ricardo I, que era mantido prisioneiro do Duque da Áustria.

Em 1197, nobreza e alto clero realizaram uma assembléia para deliberar sobre o dever de pagar uma soma em dinheiro em substituição à prestação do serviço militar requerido pelo Rei.

Já em 1207, para a reconquista de terras perdidas para a França, a *Magna Curia Regis* deliberou no sentido de arrecadar a importância de um treze avos das rendas dos proprietários das terras inglesas.

Tais costumes, acabam culminando, em 1215, na elaboração de um diploma legal denominado *Magna Charta*, em pleno reinado de João Sem Terra, que com suas imposições tributárias extorsivas motivou a revolta das classes dominantes, que pegaram em armas e impuseram a ele tal diploma legal.

Especialmente no art. XII da *Magna Charta*, ficou determinado que as obrigações tributárias somente existiriam se houvesse o prévio consentimento dos súditos, com exceção das obrigações já firmadas pelos costumes.

Desse modo, formalmente, o Rei não mais poderia impor obrigações de cunho tributário apenas com base em sua autoridade ou arbítrio, pois tais obrigações somente seriam legítimas se o necessário consentimento popular se manifestasse.

Ao passar do tempo, tal necessidade de consentimento foi se ampliando e atingindo todas as classes sociais, de modo que, foi-se consolidando o princípio da representação, pois todos os segmentos sociais deveriam ter representantes eleitos, visto que, em última análise, todas as classes do reino deveriam consentir na tributação.

Durante o século XII, o princípio do prévio consentimento sobreviveu a todas as alterações ocorridas na *Magna Charta*, podendo-se dizer, inclusive, que não só foi reafirmado, mas também ampliado em 1296, no reinado de Eduardo I, com a expedição do *statement de tallagio non concedendo*, pelo qual a assembléia passou a contar com um número maior de membros e, dessa forma, passou a ter maior representatividade.

A *Petition of Rights* de 1628 também manteve o princípio da necessidade do consentimento do Parlamento para a instituição de tributo, até mesmo porque o Rei Carlos I foi condenado à morte justamente por insistir em violar tal princípio.

Também o *Bill os Rights* de 1689 reafirma esse princípio, sendo aceito por Guilherme de Orange.

Além da Inglaterra, na Espanha de Afonso VI, em 1091, também seria necessário o consentimento dos súditos para a aplicação de tributos, tanto é assim que as chamadas “Cortes” exigiam que o soberano demonstrasse que o produto da arrecadação seria destinado a atender às necessidades públicas, de forma que, apenas após a demonstração da tal utilidade pública haveria o consentimento na tributação.

Em França, o consentimento popular formal surge em 1314, com o advento dos *Etats Généraux* como pressuposto da tributação.

Por sua vez, na Itália, os tributos deveriam ser consentidos pelos senhores feudais desde a baixa Idade Média, a não ser quanto àqueles encargos de caráter consuetudinário.

Com a evolução, no início do século XII, surgiram na Itália os “Conselhos” que limitavam o poder dos Cônsules, vinculando às suas decisões a instituição dos tributos.

Tais limitações se mantiveram e foram se aprimorando até resultar na elaboração de um diploma legal, em 1936, denominado *Colloquium*, do Patriarcado de Friuli, que garantia a necessidade da representação e do consentimento.

Na época da consolidação dos Estados Italianos, as Dietas, que correspondiam a uma espécie de Parlamento, dispunham de uma representação vigorosa, pois abrangiam as camadas populares, sempre legitimando o princípio de que sem consentimento ninguém poderia ser tributado.

À medida que esse sentimento foi se assentando no seio das sociedades, intoleráveis se tornaram o arbítrio fiscal e a tirania, de modo que a insistência dos governantes em fazer valer sua própria vontade, em detrimento da vontade geral, resultaram na eclosão, dentre outros motivos, da Revolução Francesa e da Americana.

Isso pode ser comprovado com a *Declaração dos Direitos* de 1789 da França, que em seu art. 13 consagra a necessidade de consentimento dos representantes da nação para a imposição dos tributos, assim como em dispositivo similar no art. I, da seção 8, da Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América.

Para Uckmar, esses dispositivos teriam como fonte de inspiração a doutrina de Locke, ao exigirem o consentimento dos representantes do povo para que os tributos pudessem ser cobrados.¹

Como as Constituições posteriores foram formuladas tendo como fonte inspiradora a Constituição francesa, especialmente as constituições ocidentais elaboradas durante o século XIX, esse princípio foi cada vez mais se difundindo, a tal ponto que, para Uckmar, todos os países na atualidade afirmam em seus textos constitucionais que de uma forma ou de outra os tributos deverão ser aprovados pelos órgãos legislativos competentes para se tornarem exigíveis. Exceção feita em relação aos países integrantes da então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.²

Assim, dessa breve evolução histórica, podemos perceber que a idéia de autotributação, inicialmente ligada aos costumes, foi se transformando aos poucos em uma necessidade de existência de uma lei formal, emanada dos órgãos competentes de representação popular, de modo que, o Direito Constitucional moderno, principalmente em sua feição tributária, guia-se de tal forma pelo princípio da legalidade que se pode anunciar que *nullum tributum sine lege*.

3. O Princípio da Legalidade e o Estado de Direito.

Os Estados modernos que submetem à lei as atividades de seus órgãos podem ser chamados de Estados de Direito, justamente por colocarem em pé de igualdade governantes e governados. Uma vez estabelecida a norma jurídica pelos representantes do povo, isto é, consoante com a vontade geral e como sua expressão, tal norma servirá de limite da atuação não-só do particular, mas também do próprio Estado.

Mas, para que haja efetivamente um Estado de Direito, além do conteúdo formal, ou seja, da existência de formas jurídicas regulando a atuação estatal, é necessário que o Estado busque, de fato, a concretização da Justiça material. Desse

1. UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, EDUC, 1976, p. 22.

2. Op. cit., p. 25.

modo, só haverá um verdadeiro Estado de Direito quando seu objetivo for atingir a Justiça por meio de um instrumento que é a lei.

Como leciona Alberto Xavier, o princípio da legalidade no Estado de Direito vai além da idéia de consentimento por aqueles que serão tributados, assumindo a forma de único instrumento válido de revelação e garantia da justiça tributária.³

O Estado de Direito nasceu de razões tributárias, como assevera Gerd Rothmann,⁴ uma vez que as garantias individuais contra o arbítrio estatal foram inicialmente de índole tributária, pois o cidadão-contribuinte protegia-se do Estado-Fisco, que exigia dele contribuições muitas vezes extorsivas e desvinculadas de uma utilidade pública ou interesse público justificadores da cobrança e, portanto, injustos.

A limitação desse poder tirânico manifestou-se primeiramente sob a forma de regras consuetudinárias e, posteriormente, jurídicas, de cunho tributário, de modo que a evolução até a consolidação dos Estados de Direito passou necessariamente por uma composição desses conflitos de interesses entre Estado-Fisco e cidadão-contribuinte.

Tal composição processou-se por meio do Direito Tributário e mais precisamente via princípio da legalidade tributária.

Assim sendo, a partir da legalidade tributária como garantidora dos indivíduos contra uma tributação arbitrária, aos poucos se incorporaram outros princípios de proteção individual até a consolidação dos Estados de Direito modernos.

Podemos então dizer, de acordo com o ensinamento de Dino Jarach, que a base histórico-constitucional do princípio da legalidade é a idéia de que os tributos são invasões do Poder Público nas riquezas particulares que, em um Estado de Direito, somente poderão se efetivar mediante a lei. Sendo o princípio da legalidade, no Estado de Direito, uma forma negativa de limitação do Poder Público, no sentido de que esse Poder não poderá ser exercido senão por meio de lei formal, ou seja, um ato do Poder Legislativo.⁵

A existência dessa base legal que elimina o arbítrio e transforma a relação tributária em uma relação jurídica é, justamente, o que iguala governantes e governados, pois o *ius imperii* do Estado, decorrente de sua soberania, deixa de originar uma relação

3. XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: RT, 1978, p. 11.

4. ROTHMANN, Gerd Willi. *O princípio da legalidade tributária*. In: *Direito Tributário*, 5ª coletânea: estudos de casos e problemas. São Paulo: Bushatsky, 1973, p. 139.

5. JARACH, Dino. *Curso Superior de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Licco Cima, 1969, p. 102.

de poder e passa a originar uma relação de direito, uma vez que o Estado não mais fará valer sua própria vontade, mas apenas utilizará seu poder de mando para fazer valer a vontade da lei, a qual também ele e seus órgãos estarão subordinados.

4. As Feições do Princípio da Legalidade Tributária.

Tendo em vista o Direito brasileiro, em especial a Constituição Federal de 1988 (CF) e o Código Tributário Nacional (CTN), podem ser extraídas quatro feições do princípio da legalidade tributária, quais sejam: i. Legalidade da Administração Pública; ii. Reserva da Lei; iii. Estrita Legalidade Tributária; iv. Conformidade da Tributação com o fato gerador ou Tipicidade Tributária.

4.1. Legalidade da Administração Pública.

A Administração Pública está vinculada à lei formal, assim como às normas administrativas, e tal vinculação resulta dos arts. 3º 96 e 142, parágrafo único do CTN. Sem falar das normas gerais constantes do art. 37 da CF referentes à Administração Pública.

Em relação ao art. 3º do CTN que, ao conceituar o tributo, estabelece que o mesmo somente poderá ser cobrado *mediante atividade administrativa plenamente vinculada*, quer significar que a atividade administrativa está vinculada a toda a legislação tributária, nos moldes do art. 96 do mesmo diploma legal, ou seja, não-só lei formal vincula a Administração, mas também os tratados e convenções internacionais, os decretos e as normas complementares de caráter administrativo.

O art. 142, parágrafo único do CTN, por sua vez dispõe que a atividade administrativa é não-só vinculada, mas também obrigatória, de modo que, uma vez surgida a obrigação tributária, decorrente da legislação pertinente, somente restará à Administração a alternativa de cobrá-la em conformidade com tal legislação. Assim se manifesta o princípio da legalidade da Administração Pública. Como ensina Dino Jarach, em matéria de Direito Tributário substantivo não se pode outorgar poderes discricionários à Administração para aplicar ou não os impostos, ou aplicá-los de uma forma em determinados casos e de uma forma em outros.⁶

Nesse sentido, também ensina Mario Pugliese ser a obrigação tributária

6. Op. cit., pp. 111-112.

de estrito Direito Público, absolutamente indisponível e intransigível por parte da Administração e por parte do contribuinte.⁷

4.2. Reserva da Lei.

Essa feição do princípio da legalidade tributária decorre do art. 5º, II da CF que anuncia o princípio da legalidade genérica da seguinte forma: *Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*

O tributo constitui uma obrigação *ex lege*, pois o Estado-Administração só poderá tributar o cidadão se houver uma lei formal justificadora dessa intervenção na liberdade e propriedade individuais. No dizer de Ruy Barbosa Nogueira, a lei constitui a verdadeira e única fonte formal originária de uma obrigação de natureza tributária.⁸

Segundo o ensinamento de Mario Pugliese, não surgirá vínculo obrigatório sem uma lei que atribua a um fato jurídico a eficácia de originar uma obrigação tributária. Tanto é assim que, no Direito Privado, uma confissão determinada por um erro de direito tem eficácia, o mesmo não ocorrendo no Direito Público, particularmente, no Direito Tributário, em que a simples declaração voluntária ou involuntária de um indivíduo não origina uma obrigação. Será necessária uma lei, um *poder impositivo*, para a criação desta obrigação, uma vez que, em matéria tributária, a mera declaração errônea de um contribuinte não será suficiente para criá-la.⁹

Essa lei formal que dá origem à obrigação tributária, isto é, dotada desse poder impositivo, será aquela originária do Poder Legislativo competente, e de acordo com o competente processo legislativo determinado pela Constituição.

Esse processo legislativo, também chamado por Uckmar de *procedimento especial exigido em muitos Estados*¹⁰, decorre do próprio mandamento constitucional, pois segundo o mestre Aliomar Baleeiro, a constitucionalidade das leis implica não-só a inspeção de seu aspecto formal, mas também o respeito aos dispositivos que regulam o modo por meio do qual elas serão elaboradas.¹¹

7. PUGLIESE, Mario. *La prova nel processo tributario*. Padova: CEDAM, 1935, p. 97.

8. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 67.

9. Op. cit., p. 97.

10. Op. cit., p. 121.

11. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1951, p. 27.

Ressalte-se que a Constituição brasileira confere ao Poder Legislativo o poder de instituir tributos mediante lei, entretanto, como ensina Geraldo Ataliba, tal mandamento não significa a faculdade de instituir qualquer tributo, mediante qualquer disciplina, uma vez que o sistema brasileiro manteve o poder tributário nas mãos do constituinte originário, deferindo ao Legislativo apenas competências determinadas e delimitadas de forma precisa e rígida.¹²

4.3. Estrita Legalidade Tributária.

Essa faceta do princípio da legalidade em matéria tributária decorre do próprio princípio da reserva da lei e, especialmente, do mandamento constitucional do art. 150, I da CF, e dos mandamentos infraconstitucionais constantes dos arts. 9º I e 97, I e II do CTN.

Tal feição do princípio da legalidade tributária veda constitucional e infraconstitucionalmente as Administrações Federal, Estadual, Distrital e Municipal de instituírem ou majorarem tributos sem a autorização da lei.

A restrição quanto à competência tributária é ainda maior em razão dos dispositivos constantes do CTN, em seu art. 97, I e II, que limitam também a extinção e redução tributárias à égide da lei.

Assim sendo, para ser atendido o princípio da estrita legalidade tributária, além da obrigação tributária dever originar-se de uma lei formal, elaborada mediante um processo legislativo, pelo Poder Legislativo competente, tal lei formal deverá ter como limite os termos da Constituição.

Por isso, para que haja estrita legalidade, não-só os dispositivos da Constituição, mas também os princípios constitucionais expressos e implícitos não deverão ser infringidos pela lei tributária, caso contrário, como assevera Geraldo Ataliba, tal lei deverá ser considerada inválida, inconstitucional, exorbitante e nula, ainda que a título de norma geral.¹³

4.4. Conformidade da Tributação com o Fato Gerador ou Tipicidade Tributária.

O princípio da legalidade tributária também se manifesta por meio dessa feição, decorrente do mandamento infraconstitucional constante do art. 97, III do CTN,

12. ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*. São Paulo: RT, 1968, pp. 31-32.

13. Op. cit., p. 101.

ao estabelecer que somente a lei poderá definir o fato gerador da obrigação tributária principal, bem como a definição do sujeito passivo dessa obrigação.

Portanto, a cobrança tributária somente poderá ser feita quando ocorrer o fato gerador, pré-definido na lei e que vincula a obrigação tributária à sua existência.

Da lição de Gerd Rothmann depreende-se que, em decorrência do princípio da legalidade tributária, a lei formal deverá determinar todos os elementos constitutivos da obrigação tributária, e essa diferenciação dos aspectos do fato gerador deverá ser feita pela própria lei, de modo que tal diferenciação não fique ao critério da Administração.¹⁴

Nesse sentido ensina Ruy Barbosa Nogueira quando diz que, assim como no Direito Privado essencial é a manifestação da vontade das partes (obrigações *ex voluntate*), para o nascimento da obrigação tributária essencial é a manifestação da vontade da lei (obrigação *ex lege*). Tal vontade da lei tributária cria o tributo por meio da descrição hipotética do fato, que se tornará gerador quando ocorrido em concreto.¹⁵

Também Dino Jarach assevera que, dizer que não existe tributo sem lei significa que somente a lei poderá estabelecer a obrigação tributária e, dessa forma, somente a lei deve definir os pressupostos e elementos que constituem a relação tributária.¹⁶

Então, a lei cria o tributo, estabelecendo que o indivíduo em determinada situação será submetido à obrigação tributária, justamente por ser essa situação pré-determinada e *escolhida* como fato gerador. Por isso, Aliomar Baleeiro argumenta que o tributo é uma obrigação *ex lege*, por decorrer de uma lei caracterizadora de um fato gerador da obrigação tributária, de modo que indiferente será o erro ou a malícia do legislador que empregue uma denominação ao tributo diversa daquelas esposadas pela CF e pelo CTN.¹⁷

A definição do fato gerador na legislação pátria pode ser encontrada no CTN nos seus arts. 114 e 115:

“Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

14. Op. cit., p. 156.

15. Op. cit., p. 154.

16. Op. cit., p. 107.

17. BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11ª cd. Atualizada por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forensc, 2000, p. 64.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal."

Há, desse modo, na legislação brasileira uma diferenciação entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória quanto ao fato gerador, uma vez que a obrigação principal decorre de lei, enquanto a obrigação acessória decorre da legislação aplicável.

Assim sendo, a determinação de uma obrigação tributária principal só será possível por meio da existência de uma lei formal, determinando os elementos ou aspectos do fato gerador.

Já em relação à obrigação tributária acessória, esta poderá ser determinada por qualquer das formas constantes do art. 96 do CTN, em outras palavras, não-só as leis, mas também os tratados e convenções internacionais, os decretos e normas complementares relacionadas à tributação, poderão dar origem a seu fato gerador.

Em decorrência dessa diferenciação, Gerd Rothmann leciona que a obrigação tributária principal, ao exigir a lei formal definidora de seu fato gerador, rege-se também pelas feições da reserva da lei e da estrita legalidade tributária, enquanto a obrigação tributária acessória apenas se submete à legalidade da Administração Pública.¹⁸

Como já mencionado, para que a obrigação tributária principal seja exigível, a lei não poderá deixar margem para que a Administração faça a diferenciação dos elementos constitutivos do fato gerador, de modo que eles deverão estar devidamente especificados na lei formal. Tal entendimento fica claro na lição de Alberto Xavier, quando argumenta que a lei deverá ser necessariamente minuciosa, contendo o fundamento da conduta da Administração e o próprio critério de decisão do caso concreto, que deverá ser obtida mediante a mera subsunção do fato na norma, sem qualquer valoração pessoal, uma vez que a decisão será uma mera dedução do que já consta da lei.¹⁹

Assim sendo, a lei dará origem à obrigação tributária quando esgotar os aspectos do fato gerador que, na visão de Ruy Barbosa Nogueira²⁰, são essencialmente:

18. Op. cit., p. 158.

19. XAVIER, Alberto. *Conceito e Natureza do Acto Tributário*. Coimbra: Almedina, 1972, pp. 291-292.

20. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Direito Financeiro*. 3ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1971, p. 114 e ss.

- a. Aspecto objetivo: definição da situação de fato tributável;
- b. Aspecto subjetivo: definição dos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária;
- c. Aspecto espacial: em decorrência do lugar em que ocorreu o fato gerador, será determinada a lei aplicável ao caso concreto;
- d. Aspecto temporal: definição do momento em que o fato gerador ocorrerá;
- e. Aspecto quantitativo: definição da base de cálculo e alíquota do tributo.

Como assevera Gerd Rothmann, não havendo a definição de fato gerador na lei, não haverá a obrigação tributária,²¹ de modo que a lei ao definir tal fato gerador cria em abstrato um tributo.

Dissemos que o tributo é criado em abstrato, pois, ao definir o fato gerador, a lei tenta aproximar-se ao máximo da realidade, embora ensine Yonne Dolacio de Oliveira que o Direito não consiga captar a vida na riqueza de suas múltiplas manifestações.²² Nesse sentido também Albert Hensel afirma haver no fato gerador tributário um complexo de pressupostos abstratos que, uma vez contidos na lei, passam a gerar conseqüências jurídicas, de forma que o fato gerador do tributo passa a ser a imagem abstrata do concreto estado das coisas.²³

Então, na busca da definição do fato gerador, que não pode abarcar todas as manifestações do mundo fenomênico, recorre o legislador à Tipicidade, como sendo a busca da transposição dessas manifestações concretas para um texto normativo.

Assim se apresenta a conformidade da tributação com o fato gerador ou a tipicidade tributária, como feição do princípio da legalidade tributária, pois o legislador ao definir o fato gerador realiza, no dizer de Miguel Reale, a chamada *qualificação tipológica*, em que há a escolha, entre essas manifestações do mundo fenomênico, daquelas que efetivamente constituirão o fato gerador tributário. Portanto, dessa *decisão* a respeito de fatos e valores em tensão é que nascerá a obrigação tributária, que será resultante de uma abstração em sentido positivo e uma abstração em sentido negativo, respectivamente, fixando no fato gerador do tributo o que foi considerado essencial, e eliminando do fato gerador do tributo o que foi considerado irrelevante ou secundário.²⁴

21. Op. cit., p. 177.

22. OLIVEIRA, Yonne Dolacio de. *A Tipicidade no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 57.

23. HENSEL, Albert. *Diritto Tributario*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 72.

24. REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 161 e ss.

Embora advirta Karl Engisch que a maior parte dos tipos não sejam conceitos graduáveis²⁵, a professora Yonne Dolacio de Oliveira afirma que a busca do tipo ocupa uma posição intermediária entre o abstrato e o concreto, que permite uma certa flexibilidade e graduação, uma vez que, ao contrário do conceito abstrato que *define* características eleitas de forma exaustiva, o tipo *descreve* e, por isso, torna-se um geral e um específico ao mesmo tempo. Daí a existência de duas espécies tipológicas: o tipo aberto e o tipo fechado.²⁶

Poderíamos dizer que os tipos abertos seriam aqueles que admitem conceitos indeterminados e o uso de listas exemplificativas, ou seja, mais flexíveis em seus limites, que por serem descritivos permitem uma *coordenação* do caso concreto ao tipo.

Já os tipos fechados requerem conceitos precisos e o uso de listas taxativas, isto é, assim como em um conceito abstrato, requerem a definição dos fatos escolhidos como essenciais, e uma mera *subsunção* do caso concreto ao tipo.

Como leciona Yonne Dolacio de Oliveira, a pressão exercida pela necessidade de segurança e certeza transforma os tipos abertos em tipos fechados em certos ramos do Direito, como o Tributário, em que os elementos considerados essenciais à constituição do fato gerador do tributo deverão ser definidos e fixados exaustivamente, com um repertório inextensível.²⁷

Uma vez que essa *qualificação tipológica* revela uma escolha entre as manifestações do mundo fenomênico, ou seja, uma vez que implica uma decisão que originará a norma tributária, podemos constatar a existência dessa face do princípio da legalidade tributária, que é a tipicidade tributária ou conformidade da tributação com o fato gerador.

A tipicidade dará as diretrizes a serem seguidas no momento da escolha ou *qualificação*, e o resultado dessa decisão estará intimamente ligado a essa produção normativa (que é a expressão do princípio da legalidade), pois o que foi decidido ao atender-se àquelas diretrizes traçadas é que resultará na lei.

Tanto é assim que, se as diretrizes forem no sentido de uma conceituação indeterminada e exemplificativa, teremos uma tipicidade aberta, e se as diretrizes forem no sentido de uma conceituação exaustiva e taxativa, teremos uma tipicidade fechada.

25. ENGISCH, Karl. *La idea de concreción en el derecho y en las ciencias jurídicas actuales*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1968, p. 490-491.

26. Op. cit., pp. 57-58.

27. Op. cit., pp. 59-60.

No Direito Tributário pátrio, somente será atingida a segurança jurídica e a certeza do direito caso essas diretrizes de qualificação tipológica, congruentes com a opção do Estado refletida em seu ordenamento, se convertam em leis que tenham esse caráter cerrado, visto que, em matéria tributária, há a intervenção estatal na liberdade e propriedade individuais, e tal intervenção somente se mostrará legítima quando atender à estrita legalidade e à tipicidade fechada, salvo nas hipóteses em que o próprio ordenamento permitir o contrário.

5. O Princípio da Legalidade Tributária e a Lei.

A Constituição primou pelo atendimento ao princípio da legalidade em matéria tributária, pois, além da legalidade genérica constante do art. 5º, II, dispõe o art. 150, I, que a instituição e majoração tributárias somente poder-se-ão realizar mediante *lei*, de modo que, a nosso ver, uma simples reserva de lei relativa pareceu ser insuficiente, sendo necessária, portanto, uma reserva absoluta de lei em matéria tributária.

Isso porque, entendeu o constituinte pátrio, que a mera proclamação da necessidade de uma lei formal não atenderia à sua maior finalidade, qual seja, a eliminação do arbítrio na aplicação dessa lei formal.

Portanto, somente uma reserva absoluta de lei formal, que contivesse em seu bojo os critérios de decisão para o caso concreto, atenderia a finalidade de atingimento de uma Justiça material que, em última análise, é a finalidade de um autêntico Estado de Direito. Desse modo, o arbítrio e a discricionariedade abusiva seriam evitados, pois ao aplicador do direito restaria apenas a tarefa de subsumir o fato descrito na norma, sem que sua valoração subjetiva pudesse causar distorções.

Então, no Direito Tributário, objetivando a segurança jurídica das relações entre Estado-Fisco e cidadão-contribuinte, o legislador restringiu o princípio da legalidade, de modo que, além de uma lei escrita, deve haver uma lei estrita, como leciona Alberto Xavier, a lei conterà os elementos da decisão material do caso concreto.²⁸

Em nosso entendimento, tal reserva absoluta de lei formal decorre do próprio texto constitucional que, em matéria tributária, exige uma lei para criar ou majorar tributos, mas não qualquer lei, e sim uma *lei ordinária* em sentido orgânico-formal, no dizer de Roque Carrazza, a lei na acepção técnico-específica como ato

28. *Os Princípios...*, cit., p. 36 e ss.

emanado do Poder Legislativo, e em obediência a um processo legislativo segundo os trâmites e formalidades constitucionais.²⁹

Essas maiores restrições em matéria tributária, que expressam esse máximo de legalidade, se consubstanciam em limites que, segundo Pietro Virga³⁰, são três:

- a. a reserva de lei: somente a lei, como ato de consentimento popular, por meio do Poder Legislativo, poderá originar um tributo.
- b. a disciplina de lei: os elementos fundamentais de um tributo deverão estar determinados na lei, para que a Fazenda tenha seu poder discricionário limitado ao máximo.
- c. os direitos garantidos pela Constituição: os direitos garantidos constitucionalmente não poderão ser afrontados pela tributação.

Assim sendo, somente o Poder Legislativo (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas, Câmaras Legislativas e as Câmaras de Vereadores) em sua competência federal, estadual, distrital e municipal, poderá instituir ou aumentar os tributos, e o meio para a criação ou majoração é a lei ordinária (exceção feita ao empréstimo compulsório e aos impostos de competência residual da União, que serão instituídos ou aumentados via lei complementar), justamente por ser tal lei um ato complexo, pois da sua elaboração participam os poderes Legislativo e Executivo e, desse modo, dotado de uma força própria que inova a ordem jurídica preexistente, quando obedecidos os trâmites previstos na Constituição.

A lei ordinária como ato próprio do Poder Legislativo, uma vez ratificada pelo Poder Executivo, passa a integrar a ordem legislativa infraconstitucional, sem que as normas de hierarquia inferior possam afetá-la, de modo que a segurança jurídica e a certeza do direito necessárias (especialmente em matéria tributária) serão garantidas pela instituição ou majoração de um tributo via lei ordinária.

Mesmo as exceções a essa regra, quais sejam, o empréstimo compulsório (art. 148 da CF) e os impostos de competência residual da União (art. 154, I da CF), que deverão ser criados ou aumentados por lei complementar, não podem ser considerados uma amenização dos rigores constitucionais quanto ao princípio da legalidade tributária; pelo contrário, tais espécies tributárias estarão submetidas a um

29. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 177.

30. VIRGA, Pietro. *Diritto Costituzionale*. 9ª ed. Milano: Giuffrè, 1979, p. 393 e ss.

processo legislativo mais rigoroso que o de uma lei ordinária, haja vista que as leis complementares apenas são aprovadas com *quorum* privilegiado, ou seja, de maioria absoluta, conforme o disposto no art. 69 da CF e, dessa forma, privilegiado também ficou o princípio da legalidade tributária em relação a essas exceções.³¹

Essa lei ordinária passará necessariamente por um processo de elaboração traçado na Constituição para que, efetivamente, dela possam se originar tributos, ou os já existentes possam ser majorados. Tal processo legislativo exige a participação dos Poderes Legislativo e Executivo e, em linhas gerais, pode ser descrito como trifásico: fase introdutória, fase constitutiva e fase integrativa da eficácia.

A fase introdutória é aquela que diz respeito à iniciativa, ou projeto de iniciativa do Chefe do Executivo, dos Membros do Legislativo, dos Tribunais Superiores, dos cidadãos etc.

Em matéria tributária tal poder de iniciativa é regulado pelos arts. 61 e 67 da CF, e uma vez apresentado o projeto de lei ordinária junto aos Poderes Legislativos Federal, Estadual, Distrital e Municipal, passa-se automaticamente para a fase seguinte.

A fase constitutiva consiste então na avaliação da totalidade do projeto para que, posteriormente, haja a deliberação ou votação segundo o art. 64 da CF, resultando em sua rejeição e arquivamento (ressalvado o disposto no art. 67 da CF), ou na sua aprovação e envio ao Chefe do Executivo. Ainda na fase constitutiva, a lei aprovada pelo Legislativo será apreciada pelo Chefe do Executivo, que decidirá no sentido de rejeitá-la (também chamado de veto), ou no sentido de acolhê-la (também chamado de sanção). O veto, por razões de mérito ou de forma, poderá ser total ou parcial, respeitado o disposto no art. 66, § 2º da CF. A lei ou parte da lei vetada retornará ao Legislativo juntamente com as razões do veto, e tal veto será apreciado, de modo que ele poderá ser aceito ou rejeitado. Caso o veto seja rejeitado pela maioria absoluta do Legislativo, conforme o disposto no art. 66, § 4º da CF, a lei passará para a última fase (integrativa da eficácia) como se sancionado tivesse sido o seu objeto.

Assim sendo, após a aprovação do Legislativo e a sanção ou veto rejeitado do Executivo, chega-se à fase integrativa da eficácia, em que já se pode dizer da existência da lei ordinária, faltando apenas a sua proclamação solene, que declarará a aprovação da lei e a sua existência inovando a ordem jurídica.

Essa proclamação solene da existência da lei, e que ela deverá ser cumprida, chama-se promulgação, que em nada acrescenta a seu teor, mas a torna

31. Cf. Roque Carrazza, *op. cit.*, p. 192.

provida de força executória. Como assevera Roque Carrazza, a promulgação gera uma presunção *iuris tantum* de que a lei está em condições de operar todos os efeitos no ordenamento jurídico.³²

Tanto passa a existir a lei no mundo jurídico a partir da promulgação, que a data desta é o critério a ser considerado no conflito de leis no tempo, devendo prevalecer a lei promulgada em último lugar.

Após a promulgação, resta a publicação oficial em Diário Oficial ou em periódico equivalente, que tornará a lei ordinária não-só executável, mas também obrigatória para seus destinatários, uma vez que, conhecida por todos, ninguém poderá se escusar de seu cumprimento. Surge, então, no dizer de Roque Carrazza, uma presunção *iuris et de iure* de que uma vez publicada, por todos será conhecida.³³

Portanto, a lei ordinária que inova no mundo jurídico, especialmente em matéria tributária, deverá seguir todos estes trâmites constitucionais para que o princípio da legalidade seja atingido. Entretanto, o Direito pátrio vem restringindo a competência do Poder Legislativo, por exemplo, ao determinar que algumas leis sobre determinadas matérias sejam de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Particularmente, encontramos no texto constitucional a limitação do art. 61, § 1º, II, b, que concede ao Chefe do Executivo, privativamente, a iniciativa de leis em matéria tributária e orçamentária.

Essa restrição, bem como a edição de medidas provisórias, demonstram que o princípio da legalidade tributária, em muitas situações, apenas subsiste formalmente, tendo seu conteúdo material esvaziado.³⁴

Segundo a lição de Uckmar, a obediência ao princípio da separação dos poderes, ao atribuir aos órgãos legislativos a competência para ditar normas em matéria tributária, deveria significar a exclusão de todo e qualquer poder normativo por parte do Executivo. Entretanto, o exercício da função legislativa vem sendo confiada ao Executivo cada vez em maior escala, justamente porque o Legislativo não tem sido capaz de dar cabo a tal função, por desconhecer os problemas práticos e pormenores, e por haver um volume de trabalho além de suas reais capacidades.

Mas, mesmo em ordenamentos que possibilitem ao Executivo a elaboração de dispositivos com eficácia de leis formais, tal intervenção só poderá

32. Op. cit., p. 223.

33. Op. cit., p. 226.

34. Cf. Gerd W. Rothmann, op. cit., p. 164.

satisfazer ao princípio da legalidade tributária se os órgãos legislativos delegarem essa função ou a sujeitarem à sua ratificação, ou seja, apenas se os órgãos legislativos exercerem um controle sobre os atos do Executivo. Tal controle não subsiste quando o Executivo dita leis substanciais, geralmente por meio de *regulamentos*, violando o princípio da legalidade tributária, pois tais regulamentos deveriam conter disposições de aplicação meramente executivas, dentro dos limites estabelecidos pelas normas primárias ou leis moldura.³⁵

O princípio da legalidade tributária será devidamente atendido apenas se esse processo legislativo for realizado pela pessoa política competente, uma vez que no sistema constitucional pátrio as competências vêm determinadas, e em alguns casos com exclusividade, de modo que a lei só será cumprida se elaborada pela pessoa política determinada pela própria Constituição.

Até mesmo em razão do princípio federativo e da autonomia dos entes da Federação, cada ente subnacional legisla sobre matéria de sua competência sem a ingerência dos demais, uma vez que não se pode falar em hierarquia de poderes legislativos dentro de uma Federação.

Como ensina o mestre Aliomar Baleeiro, a lei que cria um tributo será a da pessoa jurídica constitucionalmente competente para decretá-lo, havendo inconstitucionalidade quando o tributo for instituído ou majorado por decreto do Executivo, com fundamento apenas em uma norma geral de Direito Financeiro Federal, ainda que esta defina o fato gerador e a base de cálculo.³⁶

Nesse sentido também Geraldo Ataliba, quando leciona que nosso sistema constitucional é complexo, rígido e quase exaustivo, justamente por garantir a autonomia financeira das pessoas públicas e, assim, impedir atritos recíprocos e concorrência sobre as mesmas matérias. De modo que a natureza política dessas pessoas as nivela, por extraírem, todas elas, os seus poderes da mesma fonte, que é a Constituição, de modo que não subsiste hierarquia entre elas e, por esta razão, mais do que conveniente, é necessário que a própria Constituição delimite as respectivas esferas tributárias.³⁷

Assim sendo, diante da igualdade dos Poderes Legislativos, o princípio da legalidade tributária será obedecido, quando a lei ordinária que instituir ou majorar tributo originar-se daquela pessoa política que a Constituição Federal determinou ser a competente para legislar sobre a matéria que envolve tal tributo.

35. Op. cit., pp. 30-31.

36. *Direito Tributário...*, cit., p. 64.

37. Op. cit., pp. 100 e 134.

6. Legalidade Tributária e outras Fontes Legislativas.

6.1. Medidas Provisórias

O art. 62 da CF, que dispõe sobre as medidas provisórias, contém em seu bojo uma verdadeira contradição no que se refere à matéria tributária, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001.

Esse contra-senso manifesta-se porque no *caput* do referido artigo há a faculdade de o Chefe do Executivo adotar medidas provisórias, com força de lei, em casos de relevância e *urgência*, entretanto, já o § 2º do mesmo artigo submete a matéria tributária ao *princípio da anterioridade*, uma vez que a medida provisória que implique majoração de impostos só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte ao de sua conversão em lei. Portanto, nos parece inconciliáveis as idéias de urgência e anterioridade.

Ainda que admitamos a eficácia imediata de uma medida provisória, de modo que ela não se submetesse ao princípio da anterioridade, ainda assim sua admissão como fonte instituidora ou majoradora de tributos seria questionável, uma vez que o princípio da legalidade tributária constante do art. 150, I da CF refere-se à *lei* que estabeleça tal instituição ou majoração, e medida provisória não é lei, pois só se transformará em lei após sua aprovação pelo Congresso Nacional.

No sentido de que medida provisória não é lei, leciona Roque Carrazza, dizendo ser a medida provisória um ato administrativo em sentido amplo, apenas dotada de alguns atributos da lei, e apenas expedida pelo Chefe do Executivo em casos de relevância e urgência.³⁸

Já em relação aos impostos referidos no próprio § 2º do art. 62 da Constituição como excetuados do princípio da anterioridade, quais sejam, os de importação, os de exportação, os sobre produtos industrializados, os sobre operações de crédito, câmbio, seguro e relativos a título de valores mobiliários, e os extraordinários em caso de guerra externa ou sua iminência, também nos inclinamos no sentido da impossibilidade de serem instituídos ou majorados via medida provisória.

Isso porque, embora possa haver nesses casos a aparente conciliação à idéia de urgência, que é condição necessária à existência de uma medida provisória, a relevância e urgência em matéria tributária têm um sentido próprio e diverso daquele que legitima a edição de medidas provisórias.³⁹

38. Op. cit., p. 193.

39. DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Medidas Provisórias – Sua absoluta inadequação à instituição e majoração de tributos*. In: *Revista de Direito Tributário*, n. 45, pp. 130-142.

Tal assertiva fica melhor demonstrada tendo em mente o tratamento diferenciado que o legislador reservou a esses tributos dentro da própria Constituição Federal, ao criar dispositivos, ou nas palavras de Roque Carrazza, criar *mecanismos específicos*, para resolver as questões concernentes à urgência e ao interesse público relevante, que se relacionem a esses tributos.⁴⁰

Em relação aos impostos do art. 153, I, II, IV e V, o legislador dispõe no § 1º do mesmo artigo que o Executivo poderá alterar suas alíquotas, desde que atendidas as condições e limites estabelecidos em lei. Ora, se o Chefe do Executivo puder criar ou aumentar tributos via medida provisória, tal dispositivo (§ 1º, do art. 153) torna-se inócuo, de conteúdo vazio.

Assim, o legislador constituinte, com relação a esses impostos, e em situações de relevância e urgência, criou um mecanismo específico para que ao Executivo fosse dado o poder de aumentá-los nos limites da *lei*, e não via medidas provisórias.

Caso o Legislativo não determine as alíquotas mínimas e máximas para essas espécies tributárias, de modo que o Executivo fique impedido de utilizar a faculdade constante do § 1º do art. 153, deverá ficar subentendido que não há urgência e relevância que justifiquem sua alteração, de modo que também não poderá o Executivo lançar mão de uma medida provisória para assim as determinar.

Com relação aos impostos extraordinários do art. 154, II, ou seja, no caso de guerra externa ou sua iminência, o Presidente da República dispõe de um mecanismo específico constante do art. 137 e seu parágrafo único da Constituição, que é o *estado de sítio*, autorizando-o a exigir dos cidadãos os valores necessários para enfrentar tal situação exorbitante. Assim sendo, em caso de ameaça externa já existe um dispositivo adequado e revelador da verdadeira urgência e relevância, dispensando a utilização de uma medida provisória.⁴¹

Além desses impostos não submetidos à anterioridade tributária, outros como o empréstimo compulsório, os impostos de competência residual da União e as contribuições sociais para a Seguridade Social, também não podem originar-se de uma medida provisória, como veremos a seguir.

Em relação aos empréstimos compulsórios (art. 148 da CF) e os impostos de competência residual da União (art. 154, I da CF), eles somente poderão ser instituídos via lei complementar e, dessa forma, são incompatíveis com a adoção de medidas

40. Op. cit., p. 199.

41. Cf. Roque Carrazza, op. cit., p. 201.

provisórias, até mesmo porque, com a nova redação dada ao art. 62, por meio da Emenda Constitucional n. 32/2001, ficou vedada expressamente no § 1º, III, a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar.

Quanto às contribuições sociais para a Seguridade Social, embora não estejam submetidas ao princípio da anterioridade tributária, como expresso no art. 195, § 6º da CF, tais tributos já possuem uma espécie de anterioridade, quando o referido dispositivo determina que eles terão uma *vacatio legis* de noventa dias e, portanto, a relevância e urgência a eles relacionados serão atendidas tendo em vista esse prazo, e não ao imediatismo necessário quando da edição de uma medida provisória.

A título de conclusão, podemos dizer que o legislador pátrio, tendo em vista uma análise sistemática, não pretendeu dar às medidas provisórias o poder de instituir ou de majorar tributos, uma vez que submeteu a maioria dos tributos ao princípio da anterioridade (inconciliável com a urgência necessária à edição de uma medida provisória), e, quanto aos demais, deu um tratamento especial que também excluiu a necessidade da edição de uma medida provisória. Assim sendo, em que pese o contraditório art. 62 em seu § 2º dar a entender que as medidas provisórias sejam instrumentos hábeis à instituição ou majoração tributárias, tal entendimento não deve prevalecer.

6.2. Leis Delegadas.

Tendo em vista o princípio da legalidade tributária, em que os tributos somente podem ser criados ou majorados via lei ordinária e, excepcionalmente, nos casos previstos na Constituição, via lei complementar, à primeira vista já poderíamos refutar a idéia de instituição ou majoração tributárias via leis delegadas.

Além disso, tal competência para instituir ou majorar tributos nos parece indelegável, haja vista que a Constituição não permite expressamente em nenhum momento tal delegação, até mesmo porque, caso o Legislativo pudesse transferir tal atribuição ao Executivo, ficaria esvaziado o sentido do art. 150, I da CF.

A única inovação na ordem jurídica, em matéria tributária, concedida ao Chefe do Executivo, expressamente pela Constituição, é a constante do art. 153, § 1º relacionada aos impostos dos incisos I, II, IV e V do mesmo artigo, autorizando a alteração de suas alíquotas *nas condições e limites estabelecidos em lei*.⁴²

42. Cf. Roque Carrazza, op. cit., p. 206.

Ora, se o Executivo pudesse se valer de leis delegadas para instituir ou majorar tributos, tal dispositivo também seria inócuo, de modo que a interpretação que nos parece mais correta para a harmonização das disposições constitucionais dos arts. 150, I e 153, § 1º com o disposto no art. 68, que diz respeito às leis delegadas, é a de que elas não poderão instituir ou majorar tributos.

6.3. Regulamentos.

Os regulamentos estão subordinados à lei, até porque a Constituição em seu art. 84, IV, dá a eles um caráter de meros executores da lei.

Assim sendo, essas regras gerais e abstratas expedidas pelo Chefe do Executivo, sujeitam-se ao princípio da legalidade, pois pressupõem a existência de uma lei e devem atendê-la sem infringi-la ou extrapolá-la.

Na lição de Roque Carrazza, está o regulamento abaixo da lei dentro da pirâmide jurídica, não podendo ab-rogar ou modificar seu conteúdo, submetendo-se às suas disposições.⁴³

Portanto, ao executar a lei, dando-lhe condições de eficácia, restringem-se os regulamentos ao âmbito administrativo e não vinculam o Poder Judiciário, mas apenas a Administração.

Por terem um caráter administrativo, dando à lei tributária meramente uma interpretação do conteúdo contido nesta lei, não se originam os regulamentos do Poder Legislativo e, assim sendo, não expressam aquele consentimento popular necessário à legitimação de uma intervenção na liberdade e propriedade dos contribuintes, de modo que não atendem por si sós ao princípio da legalidade tributária, não podendo instituir ou majorar tributos.

Como ensina Dino Jarach, a faculdade regulamentar deve ser utilizada para esclarecer conceitos que não estejam suficientemente explícitos nos dispositivos legais, ou para especificar princípios em determinadas situações. Entretanto, o Executivo não poderá se valer dela para instituir um conceito inexistente no texto legal, pois, se fosse possível ao regulamento definir o conceito legal em que está contido o fato imponível, flagrante seria a violação da essência do princípio da legalidade.⁴⁴

Tendo em vista que, atualmente, o Executivo expede regulamentos em matéria tributária, tais regulamentos somente não infringirão ao princípio da legalidade

43. Op. cit., p. 251.

44. Op. cit., pp. 109-110.

tributária se, segundo Uckmar: competir exclusivamente ao Legislativo determinar os elementos constitutivos do fato gerador do tributo; o Executivo promover a arrecadação tributária somente com base em lei; e o Poder Judiciário negar aplicação aos regulamentos que conflitam com normas primárias, funcionando assim como um verdadeiro controle de natureza jurídica exercido sobre a atividade legislativa do Executivo.⁴⁵

Portanto, como meros executores de uma lei existente, não podem os regulamentos instituírem ou majorarem tributos, uma vez que a obrigação tributária principal decorre justamente daquela lei, e não da faculdade regulamentar, que, no máximo, será competente para originar uma obrigação tributária acessória, também chamada de dever instrumental tributário.

7. Legalidade e Segurança Jurídica.

Com a consolidação dos Estados de Direito, tanto os indivíduos como o próprio Estado passaram a estar submetidos ao princípio da legalidade, uma vez que a lei os colocou em pé de igualdade, na medida em que a atuação tanto estatal quanto dos próprios cidadãos por ela foi limitada.

A lei, como verdadeira expressão da vontade popular, deverá ser respeitada igualmente pelos governantes e pelos governados, e dos limites por ela impostos à atuação do Estado é que nascem os direitos fundamentais dos cidadãos.

O principal instrumento de limitação da atuação estatal, e ao mesmo tempo garantidor dos direitos fundamentais do cidadão, é a lei, mais especificamente a Constituição de um Estado. Como leciona Sampaio Dória, ao dizer que é o objeto das Constituições: a composição do Poder Público, sua estruturação, e o que podem e o que não podem.⁴⁶

O Brasil como Estado de Direito, inspirado no *Bill of Rights* inglês e na *Declaração de Direitos* francesa, também acolheu em sua Constituição a idéia de garantia dos direitos fundamentais do cidadão, inclusive, dedicando o Título II, especialmente o Capítulo I, à sua proteção.

Devido à existência na Lei Suprema pátria dessas garantias, criam-se direitos subjetivos oponíveis, inclusive, ao Estado, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

45. Op. cit., pp. 33-37.

46. DÓRIA, Antônio de Sampaio. *Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1960, v. 3, p. 588.

A importância do princípio da legalidade manifesta-se, principalmente, quando se constata que, embora inatos os direitos fundamentais dos cidadãos, eles só se transformam em direitos subjetivos oponíveis quando integram o ordenamento jurídico. Portanto, da lei decorre essa oponibilidade e essa limitação à atuação estatal diante desses direitos individuais.

Da mesma forma, quando o Estado exerce o poder de tributar deve sempre observar os limites impostos pela lei, visto que, assim o fazendo, estará observando também os direitos subjetivos individuais dos contribuintes que nela estão contidos.

Todos esses direitos fundamentais concernentes à tributação passaram a ser denominados na doutrina de *estatuto do contribuinte*, como sendo o conjunto de dispositivos constitucionais, em matéria tributária, que determina quais sejam os direitos e deveres do contribuinte diante das pretensões do Estado e, na lição de Paulo de Barros Carvalho, tais direitos e deveres, quando encontrados em níveis infraconstitucionais, terão que se guiar por aqueles constantes da Constituição para serem considerados dotados de juridicidade.⁴⁷

Assim sendo, na Constituição é que o legislador encontra delimitada a área de tributação nos âmbitos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não podendo ultrapassar esses limites que, em última análise, são as marcas divisórias entre o que é legal e o que é arbitrário.

Como assevera Paulo de Barros Carvalho, a diretriz do princípio da legalidade é exatamente a estipulação desses limites objetivos por meio de uma norma jurídica de posição privilegiada.⁴⁸

Mas, como ensina José Souto Maior Borges, para que tais normas jurídicas possam dar efetividade a essas garantias erigidas pela Constituição, elas deverão tornar *segura* a vida das pessoas e das instituições.⁴⁹

Caberá então à lei a garantia de que o arbítrio será extirpado das relações entre Estado e particulares, ou como lecionou Alfredo Becker, *o direito positivo conferirá certeza à incerteza das relações sociais*.⁵⁰

47. CARVALHO, Paulo de Barros. *Estatuto do Contribuinte. Direitos, garantias individuais em matéria tributária e limitações constitucionais nas relações entre Fisco e Contribuinte*. In: *Vox Legis*, n. 141, p. 36.

48. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 149.

49. BORGES, José Souto Maior. *Princípio da Segurança Jurídica na criação e aplicação do tributo*. In: *Revista de Direito Tributário*, n. 63, pp. 206-207.

50. BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p.68.

Tais ideais de segurança jurídica e certeza do Direito, apesar de mais abrangentes que a da própria legalidade, permeiam o seu significado, principalmente quando relacionados à matéria tributária, em que o princípio da legalidade apresenta-se como reserva absoluta de lei formal, pois todos os elementos substanciais do tributo deverão dela constar, assim como o critério de decisão do caso concreto.

À medida em que a *lei* torne possível ao contribuinte perceber, de maneira objetiva, quais são seus direitos e deveres em relação ao Fisco, alcança-se a essência da segurança jurídica, uma vez que seu conteúdo formal é a certeza do direito e o seu conteúdo material é o que se convencionou chamar na doutrina alemã de *proteção da confiança*.⁵¹

Assim sendo, o princípio da legalidade transforma-se em um valioso instrumento por meio do qual será atingida a segurança jurídica, pois:

- a. elimina-se o juízo de probabilidade, que é incompatível com a natureza de um dever-ser (norma jurídica);
- b. propaga-se no seio da sociedade a idéia de que as relações jurídicas serão desenvolvidas sob o manto da previsibilidade.

De modo que, afastada a idéia de probabilidade, em decorrência desse sentimento de previsibilidade, poderá o contribuinte agir com *confiança*.

Como ensina Paulo de Barros Carvalho, uma vez conhecidas as normas jurídicas, poderão os cidadãos planejarem suas ações futuras, já que o sentimento de previsibilidade os tranqüiliza. Essa bidirecionalidade entre o passado e o futuro é fundamental para que se estabeleça a chamada segurança jurídica.⁵²

Essa necessidade de previsibilidade objetiva, sem a qual não existirá segurança nas relações jurídicas, a nosso ver, foi ultrajada pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, pois o legislador ao inserir o § 7º no art. 150 da CF, possibilitou à lei tributária originar obrigação tributária por meio de um fato gerador futuro.

A instituição da substituição tributária para frente, ou responsabilidade tributária por fato futuro, no ordenamento pátrio, permitiu que a lei tributária pudesse criar tributos a partir de fatos não-ocorridos, mas com grande probabilidade de ocorrerem no futuro, de modo que as obrigações tributárias serão originadas de verdadeiras presunções legais.

51. Cf. Alberto Xavier, *Os Princípios...*, cit., p. 45.

52. Op. cit., p. 147.

A impossibilidade de se fazer valer essa regra decorre dos próprios direitos fundamentais do contribuinte erigidos na Constituição, uma vez que não se pode atribuir uma obrigação tributária a um indivíduo que não tem nem ao menos a certeza de que é, de fato, sujeito passivo daquela obrigação.

Até mesmo porque, a segurança jurídica depende dessa *certeza* e abomina essa possibilidade ou probabilidade de ocorrência futura, como antes mencionado.

Os direitos e garantias individuais devem estar protegidos dessa agressão, pois são, inclusive, assegurados no texto constitucional em seu art. 60, § 4º, IV, ou seja, estão entre aquelas disposições que a doutrina convencionou chamar de *cláusulas pétreas*.

Concordamos com o parecer de Roque Carrazza, que considera tal dispositivo inconstitucional, visto que se originou de uma *emenda constitucional inconstitucional*, onde o legislador constituinte, como constituinte derivado que é, deveria ter respeitado o direito fundamental do contribuinte de ser tributado apenas com base em fatos geradores já ocorridos.⁵³

Uma vez desrespeitado pelo constituinte esse direito fundamental do contribuinte, desrespeitada foi uma cláusula pétrea limitadora daquele poder, de modo que se apresentou inconstitucional a sua manifestação por meio desse odioso § 7º do art. 150.

Aliás, quando se trata de segurança jurídica, deve ser evitada ao máximo a utilização de presunções, ficções e indícios, principalmente em matéria tributária (que envolve a idéia de tipicidade fechada, como visto), de modo que, quando admitidas, deverão se coadunar com os princípios constitucionais.

Tais artificios técnicos só serão admitidos se decorrerem de uma norma jurídica expressa e em conformidade com a Constituição. Portanto, a utilização das presunções, ficções e indícios está também vinculada ao princípio da legalidade como instrumento da segurança jurídica.

Em nome da segurança jurídica, a lei deverá também garantir que os contribuintes tenham livre acesso ao Poder Judiciário, sempre que eles se sentirem lesados pelo Fisco em sua liberdade e propriedade individuais. Isso decorre do próprio texto constitucional, em seu art. 5º, XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

São Paulo, março de 2003.

53. Op. cit., p. 308 e ss.

DIREITO COMERCIAL

AS BOLSAS DE VALORES COMO UM FENÔMENO COMERCIAL

Carlos Eduardo Vergueiro

Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O objetivo deste trabalho é o de apresentar as Bolsas de Valores como um Fenômeno próprio da História do Comércio/Comerciantes/Direito Comercial. Para tanto, também são analisados os conceitos e origens históricas do termo, a disciplina jurídica e as finalidades atribuídas pelo Direito às Bolsas de Valores no Brasil. Por fim, há uma conceituação formulada pelo autor, como conclusão do trabalho.

Abstract:

This article has been written for the purpose of describing Stock Exchanges as a phenomenon related to Business History/ Business Men/ Business Law. As steps taken to reach such goal, it will be examined the concepts and historical origins of the expression Stock Exchange, legal discipline and the purposes that Law grant to Stock Exchanges in Brazil. At last, but not least, the author shows his own concept of Stock Exchanges as a conclusion for the work herein.

Unitermos: Bolsas de Valores; Mercado de Capitais; Valores Mobiliários

“Todo o mundo especula na Bolsa. Os aumentos de rendas que conseguimos com o trabalho certamente nos alegram, mas os lucros auferidos graças ao acaso valem uma dupla alegria.”
(Winston S. Churchill)¹

1. Introdução

Teria Winston Churchill agido de modo correto ao apresentar as Bolsas de Valores como locais onde a especulação seria a atividade preponderante? Certamente, a resposta à indagação seria negativa se fossem consideradas certas outras características presentes nas atividades desempenhadas pelas Bolsas de Valores, especialmente aquelas

1. In R. I. Warshow, *The Story of Wall Street*, 1929, trad. port. de C. Fonseca, *Wall Street: História da Bolsa de Nova York desde suas origens até 1930*, São Paulo, Cultura Brasileira, 193?, p. 8.

lembrados por J. X. Carvalho de Mendonça, que afirmou que *as bolsas têm a capacidade de impulsionar e facilitar*, com garantias de sinceridade, *as atividades empresariais*. Isso ocorre, no seu entendimento, a partir da *concentração da oferta e da procura*, o que vem a facilitar o concurso dos capitalistas para o sucesso dos novos empreendimentos empresariais.²

Questões como essa, que analisa a relevância das Bolsas para a economia nacional, têm permeado o imaginário e o debate sobre o tema das Bolsas de Valores há muito tempo. Bulgarelli, nesse sentido, lembra que a expressão “Bolsa de Valores” constitui verdadeira palavra mágica, que atrai a atenção das pessoas, trazendo à mente a existência de negócios em grande escala e de valor altíssimo.^{3 4}

Muito mais do que simplesmente analisar a relação de importância que se estabelece entre as Bolsas de Valores e a Economia, este artigo tem por finalidade apresentar as Bolsas de Valores como um Fenômeno próprio do Comércio/ Comerciantes/ Direito Comercial, o que somente pode acontecer se, inicialmente, forem lembradas as conceituações tradicionalmente aplicadas à expressão “Bolsa”, aproveitando para também mencionar a disciplina jurídica do tema, quando se irá procurar entender como o Direito nacional classifica as Bolsas de Valores⁵ e o que delas espera. Para esse item, a verificação da disciplina introduzida pela Lei 6.385/76, com a verificação de existência, ou não, de prestação de serviço público, e seu regramento jurídico, torna-se imprescindível, como se passa a analisar a partir de agora.

2. Cf. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 3ª ed., vol. 6, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939, p. 283.

3. Cf. *Bolsas de Valores in Enciclopédia Saraiva de Direito*, v.12, (1977).

4. Em outra ocasião, BULGARELLI chegou a afirmar que seria *inútil enfatizar a importância das Bolsas, hoje, no mundo moderno*, cf. *Curso de Direito Commercial*, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 1999, p. 226.

5. Todo o estudo aqui registrado procura evidenciar aspectos gerais aplicáveis a quaisquer Bolsas de Valores operantes no Brasil. Entretanto, é válido lembrar que existe apenas uma Bolsa de Valores que negocia com títulos privados (a BOVESPA – Bolsa de Valores de São Paulo) e outra que também negocia, com exclusividade, títulos públicos (no caso, a BVRJ – Bolsa de Valores do Rio de Janeiro). Existem outras sete Bolsas de Valores no país, as quais se denominam: (1) Bolsa de Valores de Minas, Espírito Santo e Brasília – BOVMESB; (2) Bolsa de Valores do Extremo Sul – BVES; (3) Bolsa de Valores do Paraná – BVPR; (4) Bolsa de Valores da Bahia, Sergipe e Alagoas – BVBA; (5) Bolsa de Valores de Pernambuco e Paraíba – BVPP; (6) Bolsa de Valores Regional – BVRG, representando Ceará e Rio Grande do Norte; e, (7) Bolsa de Valores de Santos – BVST. O que importa notar é que, no final do ano de 1999, todas essas nove Bolsas de Valores protagonizaram um processo de integração, que resultou na concentração das atividades de negociação de valores mobiliários na BOVESPA e na BVRJ. As demais Bolsas de Valores não mantêm mercado para a negociação de valores mobiliários. Sobre o tema, recomendamos a leitura do nosso artigo *A Integração das Bolsas Nacionais e o Aumento de Competitividade*, publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 96, edição de 2001, pp. 671-683, e que foi vencedor do II Concurso de Monografias da Comissão de Valores Mobiliários.

2. Conceituações Tradicionais da Palavra “Bolsa”

A compreensão das formas pelas quais a expressão Bolsa foi tradicionalmente conceituada é uma tarefa que se mostra oportuna para o estudo que se pretende realizar neste artigo.⁶

Na verdade, sempre existiram quatro significados para a palavra Bolsa, representando histórias particularmente interessantes sobre os hábitos do comércio, e que trazem à mente a idéia da Bolsa como sendo: (1) a reunião de interessados em fazer negócios, (2) o local de reuniões dessa natureza, (3) o conjunto dos negócios realizados, ou (4) a própria instituição Bolsa de Valores, como será melhor explicado a seguir.

Os Comercialistas afirmam que a origem da palavra “Bolsa”, significando uma reunião de pessoas com o propósito de realizar negócios, ou mais precisamente o local onde essas reuniões eram realizadas, provém da cidade flamenga de Bruges, ainda no século XIII. A esse respeito, Oscar Barreto Filho explicou que, *nessa ocasião, uma família nobre, de nome Van der Bürse, assinalava o frontispício de sua casa com escudos de armas, em que figuravam três bolsas – por extensão, tal nome passou a designar uma praça contígua à casa, a qual constituía o centro de reunião dos mercadores.*⁷ Dirigir-se à Bolsa, nessa acepção, queria significar ir a um local determinado, onde já se sabia que estariam pessoas interessadas em realizar negócios.

A própria Bolsa de Nova York também apresenta uma história semelhante. Em 17 de maio de 1792, 24 corretores resolveram assinar um contrato que formaria o primeiro Mercado de Valores Mobiliários de Nova York. E as suas reuniões eram feitas embaixo de uma árvore na *Wall Street*.

O Código Comercial de 1850 fez uso desses significados de local/ reunião para designar as Bolsas, por ele abrangidas implicitamente no conceito de Praças do Comércio, da seguinte maneira: “Art. 32. Praça do comércio é não só o local, mas também a reunião dos comerciantes, capitães e mestres dos navios, corretores e mais pessoas empregadas no comércio.”

Atualmente, as Bolsas de Valores tem organizado ambientes virtuais para a negociação de valores mobiliários. Esses ambientes mantêm as mesmas particularidades presentes nos tradicionais pregões das Bolsas de Valores porque neles

6. As conceituações históricas da palavra “Bolsa” podem ser utilizadas tanto para o entendimento das Bolsas de Valores, que constituem o objeto de estudo neste trabalho, como para a compreensão do funcionamento das Bolsas de Mercadorias, que não estão diretamente tratadas neste trabalho. Diferença básica entre as duas entidades é o bem objeto de negociação em cada uma.

7. Cf. *Natureza Jurídica das Bolsas de Valores, no Direito Brasileiro*, in RT 283/7.

3. As Bolsas de Valores como um Fenômeno Comercial

Feita a descrição do capítulo anterior, trata-se agora de inovar para apresentar as “Bolsas de Valores” como sendo um fenômeno próprio do Comércio/Comerciantes/Direito Comercial; o que se justifica pelo fato delas estarem diretamente relacionadas com as Sociedades Anônimas e, também, com as vontades que estiveram presentes na mente dos comerciantes desde o desenvolvimento das sociedades comerciais e das próprias Bolsas de Valores. O acesso ao “capital barato” também se insere nessa perspectiva.

Certamente, as Bolsas de Valores e as Sociedades Anônimas formaram uma dupla que têm promovido benefícios mutuamente através dos tempos. As Sociedades Anônimas, que representam um dos casos de maior êxito dentre as criações do Direito Comercial, encontraram nas Bolsas uma fonte de tomada de capitais que lhes permitiram obter o substrato financeiro necessário para suas atividades.

Em que lugar poderiam as ações melhor livremente circular do que não numa Bolsa de Valores? Não são as Bolsas os espaços onde quaisquer critérios (como raça, origem do capital, religião ou até a reputação) que eventualmente poderiam afastar vendedores dos compradores, e vice-versa, podem também ser melhor afastados? Interessados em investir em ações de determinadas empresas se dirigem para as Bolsas com o propósito de adquirir essas ações de quem quer as detenha, da mesma forma que vendedores alienam suas ações para quem lhes pagar o preço que desejam.

E, se lembrarmos que a negociação em Bolsa de Valores no Brasil pressupõe a presença de um corretor, o que afasta a possibilidade de negociação direta entre as partes, como admitir que preconceitos particulares possam estar presentes numa compra e venda de ações feita em Bolsa? A função econômica das Bolsas tem como objetivo facilitar o ingresso de capitais para as Sociedades Anônimas, valendo-se, principalmente, da concentração da oferta e da demanda por valores mobiliários.

Olhando esse mesmo cenário sob a ótica das próprias Bolsas de Valores, também se pode dizer que as Sociedades Anônimas lhes têm trazido benefícios; o que não se deve apenas à sua qualidade de emissoras de valores mobiliários. A questão é que, na exata medida em que as Sociedades Anônimas (abertas) trazem em sua natureza um apelo ao público em geral para que adquira suas ações, acaba sendo gerado um contingente enorme de pessoas (físicas ou jurídicas) que, por motivos pessoais, desejam encontrar um local (ou uma instituição!) na qual possam rapidamente alienar ou aumentar suas participações societárias, se assim o desejarem.

as Bolsas exercerão o seu poder para: controlar o acesso das pessoas que estarão operando com valores mobiliários, fiscalizar essas operações, cobrar contraprestação pecuniária pelos serviços prestados, recolher informações sobre as operações e repassá-las a quem interessar.

Mas esses não são os únicos significados atribuídos à palavra Bolsa, que também pode significar o conjunto de negócios nela realizados. Frases do tipo “A Bolsa despencou!”, “A Bolsa subiu hoje” “Todos estão felizes com a alta da Bolsa” ilustram como a palavra Bolsa pode ser utilizada como sinônimo dos negócios nela realizados. Nesse aspecto é que está inserida uma das principais funções das Bolsas, qual seja a de produzir informações sobre empresas, setores empresariais (siderurgia, telecomunicações etc), o que se reflete diretamente sobre as expectativas da Economia de um País.

É interessante notar que essa característica também estava presente no Código Comercial do Império, cujo art. 33 determinava “O resultado das negociações que se operarem na praça determinará o curso do câmbio, e o preço corrente das mercadorias, seguros, fretes, transportes de terra e água, fundos públicos, nacionais ou estrangeiros, e de outros quaisquer papéis de crédito, cujo curso possa ser anotado.”

Sendo as Bolsas pessoas jurídicas de Direito Privado, e desempenhando as mesmas funções auxiliares para a Comissão de Valores Mobiliários, conforme será explicado abaixo, não se pode esquecer de atribuir à expressão “Bolsa” aspectos institucionais. Dizer que a “Bolsa suspendeu as negociações com ações da companhia X” ou ainda “A Bolsa comprou um novo prédio para suas instalações” exemplificam essa característica, que realça a qualidade de sujeito de direitos e deveres presentes nas Bolsas.

Os quatro significados que tradicionalmente foram dados à “Bolsa” têm permanecido complementares com o passar do tempo, o que permite que atualmente se diga que a Bolsa representa:

(1) a reunião de interessados em fazer negócios, que não é uma simples reunião, mas sim uma agremiação especial em função dos temas (compra e venda de valores mobiliários) que são nela tratados,

(2) o local de reuniões dessa natureza, seja esse local um espaço físico – o pregão ou um ambiente virtual especialmente criado para tanto, e regulado pela própria Bolsa,

(3) o conjunto dos negócios realizados no pregão ou no espaço virtual, ou

(4) a própria instituição Bolsa de Valores, como sujeito de direitos e deveres, deveres esses que são reforçados pela Lei n. 6.385/76, como será tratado abaixo, logo após da apresentação das Bolsas de Valores como um fenômeno comercial.

Desse desejo que está no interior de cada acionista, é possível compreender como é importante a existência de uma Bolsa de Valores, que acaba influenciando (na mente do interessado) a vontade de adquirir ações, pois sabe que poderá rapidamente delas se desfazer em mercado de Bolsa.

A relação de sucesso dessa cooperação que as Bolsas de Valores e as Sociedades Anônimas protagonizaram durante o tempo pode ser vista desde a “famosa avó das Sociedades Anônimas de agora”, a Companhia das Índias Ocidentais, cujo desenvolvimento foi proporcionado, em grande parte, conforme lição de Waldemar Ferreira, *pela existência da Bolsa de Amsterdã, ainda no século XVII, “onde os títulos poderiam ser facilmente transferidos”*⁸

Um terceiro grande critério que justifica a relação de parceria entre as Bolsas de Valores e as Sociedades Anônimas é o fato das Bolsas permitirem que as Sociedades possam contar com “capital barato” para darem continuidade a suas atividades.

Quando uma empresa (no caso, uma Sociedade Anônima) verifica que precisa de mais recursos do que dispõe para realizar um negócio que lhe seja interessante (por exemplo, a compra de uma outra empresa, a montagem de nova fábrica, a criação de filiais ou subsidiárias, etc), seus administradores sabem que poderão optar por dois caminhos: o primeiro é a contratação de empréstimos com juros que, pelo seu elevado valor, podem desestimular todo o negócio pretendido; o segundo é o aumento do capital social em valor que permita a entrada de recursos no caixa em montante suficiente para a realização do negócio. E onde podem ser encontrados interessados em participar desse aumento, dando dinheiro em troca de ações? Nenhum lugar melhor do que numa Bolsa de Valores.

As formas de remuneração dos acionistas, especialmente os dividendos e os juros sobre o capital próprio, tendem a ser mais baratos para a empresa do que o pagamento do juros e do principal que seriam devido no caso da contratação de empréstimo. Por isso, aumentos de capital que procuram atrair a atenção do público investidor são procurados pelas empresas como forma de obtenção de “capital barato” ou ao menos, de “capital mais barato”

Por impulsionar as Sociedades Anônimas, e por conseqüência a economia de um país, as Bolsas de Valores podem ser caracterizadas como um fenômeno próprio do comércio, que nelas acredita e por elas capta os recursos necessários para a consecução de suas atividades. Por óbvio, não se está, aqui, a esquecer da transformação

8. Cf. *Tratado de Direito Comercial*, 4º v., São Paulo, Saraiva, 1961, p. 17.

dos paradigmas do Direito Comercial, que agora têm como objeto de estudo a empresa (ou as atividades de empresa) e não a figura do comerciante. Mas como todo o desenvolvimento do tema das Bolsas de Valores se deu ainda na época dos comerciantes, valendo recordar que eram os próprios homens do comércio que se dirigiam à praça de Bruges no século XIII, não havia outra forma de comentar o tema.

4. Disciplina Jurídica das Bolsas de Valores no Brasil e Análise da Existência de Prestação de Serviço Público

As questões da disciplina jurídica das Bolsas de Valores no Brasil e da análise da existência de prestação de serviço público constituem o ponto central da classificação das Bolsas de Valores perante o Direito.⁹ O ponto de partida, nesse contexto de investigação, é o exame das disposições que o Direito brasileiro, através da Lei n. 6.385/76, prevê para as Bolsas de Valores, principiando pelos deveres e, na seqüência, comentando outros aspectos da disciplina legal.

4.1. Constituição e Funcionamento

Em primeiro lugar, a criação e o funcionamento das Bolsas de Valores no Brasil não é um sistema de total liberdade privada. Ao contrário, o Direito brasileiro em muito influencia, deixando reduzida margem de liberdade. A competência para definir as condições de constituição das Bolsas, bem como sua forma jurídica, seus órgãos sociais e respectivas formas de preenchimento foi atribuída à CVM pelo art. 18 da Lei n. 6.385/76. Portanto, não é possível que pessoas interessadas simplesmente resolvam organizar uma Bolsa de Valores e iniciar suas operações a seu prazer.

Da mesma forma, a Comissão tem a prerrogativa legal de editar normas sobre: (1) o exercício do poder disciplinar pelas Bolsas, (2) o número de membros da Bolsa, (3) requisitos mínimos para a eleição dos administradores da Bolsa, (4) administração da Bolsa, (5) espécies de operações autorizadas, (6) responsabilidades dos intermediários, (7) emolumentos e comissões cobrados pelas Bolsas, (8) condições de realização das operações a termo e (9) métodos e práticas de observância obrigatória em bolsa. (art. 18, inciso I, alíneas c, d, e, f e inciso II, alínea a).

9. Para uma análise histórica do enquadramento legal das Bolsas de Valores perante o Direito brasileiro, recomendamos, além do artigo de Oscar Barreto Filho e do Tratado de J. X. Carvalho de Mendonça, mencionados nas notas 7 e 2 supra, a leitura do *Tratado de Direito Comercial* de Waldemar Ferreira, precisamente o 11º volume, no item §576 (demais dados bibliográfico, vide nota 8).

No que diz respeito à constituição e funcionamento das Bolsas, a Resolução 2.690/00 do Conselho Monetário Nacional, que foi o ente competente no lugar da CVM até a entrada em vigor da Medida Provisória n. 8/2001¹⁰, estabelece um regramento também permeado de influência sobre a vontade dos membros e fundadores das Bolsas de Valores.¹¹

De acordo com o art. 1º do Regulamento anexo à Resolução n. 2.690/00, as Bolsas de Valores deverão ser constituídas como associações civis¹² ou como sociedades anônimas. A Bovespa, que é a única Bolsa de Valores operante com valores mobiliários privados na atualidade foi constituída como associação civil sem finalidade lucrativa.

O que chama a atenção desse dispositivo é que, ao contrário do regime anterior, passou-se a prever que as Bolsas poderiam ser constituídas como sociedades anônimas, o que dá abertura para que a própria Bolsa coloque suas próprias ações em negociação. Colocar parcelas do próprio capital em circulação é uma medida que, para muitos, pode auxiliar no fortalecimento institucional da própria Bolsa de Valores. O exemplo vem da Europa: em 22 de setembro de 2000, foi oficializada a criação da Euronext, que é o resultado da fusão entre as Bolsas de Valores de Amsterdam (Amsterdam Exchanges), Bruxelas (Brussels Exchanges) e Paris (Paris Bourse). A própria Euronext chegou a anunciar sua intenção de colocar suas próprias ações para negociação.

Porém, a famosa e grande Bolsa de Valores de Nova Iorque, a *New York Stock Exchange*, permanece como sendo uma associação sem fins lucrativos. Entretanto, por força do mesmo Regulamento, a colocação de ações em negociação dependerá de autorização da CVM.

No que diz respeito ao funcionamento das Bolsas de Valores, a vontade da própria Bolsa em se autodisciplinar também segue diretrizes estatais. A Resolução n. 2.690/00 estabelece quais atividades são objeto das Bolsas de Valores, que o estatuto social e regimento interno deverão ter alterações aprovadas pela CVM, conteúdo mínimo do estatuto social, formação do patrimônio social, datas de início e término do exercício social, demonstrações financeiras, composição dos órgãos de administração, disciplina legal dos membros das Bolsas, etc.

10. A MP 8/01 foi convertida na Lei n. 10.411/02, e suas disposições alteram a própria Lei n. 6.395/76.

11. É interessante notar que o Direito brasileiro já vem há tempos aceitando a idéia de recepção, a qual podemos invocar para aceitar a vigência da referida resolução nos dias de hoje. O exemplo da recepção do Código Tributário Nacional pela Constituição de 1988 talvez seja o exemplo de maior relevância prática sobre o tema da recepção.

12. Por óbvio, a Resolução n. 2.690/00 usa a expressão “associação civil” no lugar de “associação” porque foi promulgada antes da vigência do Novo Código Civil, que alterou essas expressões.

A influência estatal é evidente.

Supervisão pela CVM e Deveres Legais

Reforçando a idéia de influência legal sobre as atividades das Bolsas de Valores, o art. 17 da Lei n. 6.385/76 apresenta duas idéias antagônicas (ou uma reduzindo as disposições da outra...). Afirma esse artigo que as Bolsas de Valores possuem autonomia administrativa, financeira e patrimonial, mas devem operar sempre sob a “supervisão da CVM”

Ou seja, a interferência estatal dá-se não somente na constituição e definição dos estatutos, mas também no cotidiano das atividades desempenhas pelas Bolsas de Valores. Essa influência, na verdade, deve ser vista como sendo uma medida positiva pois a existência de um órgão estatal fiscalizando as operações da Bolsa só aumenta as garantias e seguranças que os investidores desejam para participarem desse mercado.

Além da influência, o segundo aspecto que se destaca é a atribuição de deveres às Bolsas de Valores por parte da Lei n. 6.385/76. A interpretação do art. 8 (inc. V e §1º) leva ao entendimento de que há delegação de competência concorrente para que as Bolsas possam fiscalizar as operações realizadas em seus mercados, bem como as pessoas envolvidas e as empresas emissoras de valores mobiliários. Nesse artigo, está afirmado que compete à Comissão de Valores Mobiliários, sem exclusão da competência das Bolsas de Valores, fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dando prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

A atribuição de competência para as Bolsas também é importante porque facilita e agiliza a fiscalização dos negócios, garantindo maior proteção aos investidores.

Por fim, também reforçando a idéia de vínculo entre as Bolsas e a CVM, diz o art. 14 da Lei n. 6.385/76 que a Comissão de Valores Mobiliários poderá prever, em seu orçamento, dotações de verbas às Bolsas de Valores.

Dessa forma, as Bolsas de Valores não são simples integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários; possuem competências e deveres em relação aos mercados por elas organizados, atuando sempre conforme a supervisão da Comissão de Valores Mobiliários.

4.3. Exame de Existência de Prestação de Serviço Público

Comparato, com a publicação de artigo sobre a natureza jurídica das Bolsas de Valores, concluiu que elas são entidades privadas prestadoras de serviço

público.¹³ No seu entendimento, a característica determinante seria a atribuição da qualidade de órgão auxiliar da CVM, com poderes e responsabilidades perante e dentro do mercado de valores mobiliários.

Concordamos com esse entendimento. As Bolsas de Valores não se situam na mesma esfera dos particulares, e essa afirmativa não está baseada somente sob a ótica da constituição e funcionamento. De forma mais forte a colocação expressa das Bolsas de Valores como órgão auxiliar da CVM (art. 17, §1º), que atuam sob a sua supervisão (art. 17, caput) e com poderes para fiscalizar operações, empresas emissoras e membros envolvidos em operações de negociação de valores mobiliários certamente as coloca em posição especial, própria daqueles que detêm poder de polícia sobre seus administrados (art. 8º).

A previsão legal de destino de verbas públicas provindas da Comissão de Valores Mobiliários para as Bolsas de Valores nada mais é do que um reforço dessa idéia de prestação de serviço público por parte das Bolsas de Valores.

5. Conclusão: do Conceito Jurídico das Bolsas de Valores no Brasil

De acordo com o exposto, pode-se concluir que, em face do Direito brasileiro, pode-se atribuir às Bolsas de Valores o seguinte conceito:

São Bolsas de Valores no Brasil as entidades privadas (1) que, detentoras de direitos e deveres (2), atuam sob a supervisão e autorização da Comissão de Valores Mobiliários (3), facilitando o encontro de pessoas interessadas em comprar ou vender valores mobiliários, a partir da manutenção de mercados para tanto (4), nos quais coexiste o poder de fiscalização das próprias Bolsas de Valores com a Comissão de Valores Mobiliários. (5)

É válido conferir as causas que levaram à essa conceituação:

(1) as Bolsas de Valores são entidades privadas porque, por força da Resolução 2.690/00 do Conselho Monetário Nacional, devem se constituir sob a forma de associações ou sociedades anônimas;

(2) as Bolsas de Valores são sujeitos de direito que gozam de autonomia administrativa, patrimonial e financeira (art. 17 da Lei n. 6.385/76), mas que possuem responsabilidades em função dos mercados de negociação de valores mobiliários por

13. Cf. *Natureza Jurídica das Bolsas de Valores e Delimitação do seu Objeto*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 60, Editora Revista dos Tribunais, out/dez 1985, p. 47.

elas mantidos (art. 17, §1º e art. 8º, inc. V c/c §1º), em adição às responsabilidades inerentes a qualquer pessoa jurídica de direito privado no Brasil;

(3) nenhuma Bolsa de Valores poderá ser constituída ou exercer atividades sem autorização da CVM e cumprindo suas determinações;

(4) a facilitação do encontro de interessados em comprar ou vender valores mobiliários decorre das características das Bolsas de Valores serem locais onde se dá a reunião desses interessados, estando presentes, aqui, as definições históricas da expressão “Bolsa de Valores” Por “locais” devem ser entendidos tanto os pregões quanto os ambientes virtuais de negociação; e

(5) tanto as Bolsas de Valores quanto a própria CVM devem fiscalizar as operações realizadas nos mercados mantidos pelas Bolsas, em função do art. 8º, V e §1º da n. Lei 6.385/76).

O tratamento dado pelo Direito brasileiro para o tema das Bolsas de Valores traz especificidade para as concepções históricas das Bolsas, que são os verdadeiros mercados dos valores mobiliários.

São Paulo, setembro de 2003.

Bibliografia

BARRETO FILHO, Oscar, *Natureza Jurídica das Bólsas de Valores, no Direito Brasileiro*, in RT 283/7.

BULGARELLI, Waldirio, *Bolsas de Valores* in *Enciclopédia Saraiva de Direito*, vol.12, (1977).

_____ *Curso de Direito Comercial*, 14ª ed., São Paulo, Atlas, 1999.

COMPARATO, Fabio Konder, *Natureza Jurídica das Bolsas de Valores e Delimitação do seu Objeto*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 60, out/dez 1985, pp. 45-53.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio, e MAGLIANO FILHO, Raymundo, *A Bolsa de Valores como Sistema de Poder*, in *Revista de Direito Econômico*, maio/agosto 1980, pp. 7-20.

FERREIRA, Waldemar, *Tratado de Direito Comercial*, 4º vol., São Paulo, Saraiva, 1961.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares, *Bolsa de Valores*, in *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, n. 29, 2000, pp. 200-216.

LUCCA, Newton De, *As Bolsas de Valores e os Valores Mobiliários* in *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 35, jul/set, 1998, pp. 19-38.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de, *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*, 3ª ed., vol. 6, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1939.

RIPPERT, George e ROBLLOT, René, *Traité de Droit Commercial*, Tomo 1, 13ª ed., Paris, Librairie de Droit et Jurisprudence, 1989.

ULRICH, Ruy Ennes, *Da Bolsa e suas Operações*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1906.

VERGUEIRO, Carlos Eduardo, *A Integração das Bolsas Nacionais e o Aumento de Competitividade*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 96, 2001, pp. 671-683.

WARSHOW, Robert Irving, *The Story of Wall Street*, 1929, trad. port. de C. Fonseca, *Wall Street: História da Bolsa de Nova York desde suas origens até 1930*, São Paulo, Cultura Brasileira, 1937.

DIREITO PENAL

O “RÉU SEM ROSTO”

David Teixeira de Azevedo

Professor Doutor do Departamento de Direito Penal,
Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo

Este trabalho apresenta as mais recentes discussões em torno da “Justiça Cibernética”.

Abstract

This paper presents the recents discussions about the Cybernetic Justice.

Unitermos: Poder Judiciário brasileiro; Justiça Cibernética; réu sem rosto.

As dolorosas perdas dos juízes Antônio José Machado Dias, Juiz de Direito no Estado de São Paulo, e Alexandre Martins de Castro Filho, Juiz de Direito no Estado de Espírito Santo, despertaram no Poder Judiciário brasileiro a sensação de fragilidade. O gigantesco aparelho de exercício de poder pelo Estado foi tomado pelo medo. Mais: por verdadeiro pânico. Sob pânico, a razão perde o bom norte, sai mesmo de seu demarcado território, e as respostas são emocionais quando não instintivas. Sob o império do instinto não há discernimento intelectual, não há valoração racional, não existe o tempero da piedade, a sensibilidade da dor do outro. Aliás, não existe nem mesmo o outro, pois é o instinto autocentrado e auto-referente.

As propostas excogitadas para solução da violência sobre membros do Poder Judiciário e as idéias brotadas para permitir o regular funcionamento da Justiça, ainda envolvida pelo clima da morte dos magistrados, vêm dominadas pelo pânico. São propostas e idéias de um lado ilógicas e de outro, na perspectiva do relacionamento Estado-cidadão, uma reação instintiva de aniquilamento do outro.

Pensar em policiais militares como uma espécie de guarda-costas do magistrado é absolutamente ilógico.

Primeiramente porque essa proteção deverá ser feita 24 horas por dia, 365 dias por ano, pois assassinos contratados e Comandos Criminosos não escolhem dia e hora para concretizar a ofensa. Fazem campana, escolhem a melhor oportunidade.

Um passeio aos finais de semana ao supermercado, ao shopping, ao cinema, uma viagem, uma festa, enfim um momento de descuido e a vida é ceifada.

Em segundo lugar, não há no contingente da Polícia Militar de São Paulo pessoal para cobertura de todos os magistrados, da Vara Comum e dos Tribunais, no rodízio de 24 horas. Isto implicaria destacar quatro policiais para cada magistrado. São Paulo, p. ex., contando com aproximadamente 2 mil magistrados, deveria separar perto de 8 mil policiais, ou seja, perto de 20% de todo o efetivo da Polícia Militar, excluídos os Policiais Rodoviários e os Bombeiros. E se a ameaça se estendesse aos promotores, como, aliás, já ocorreu com ilustres membros do Ministério Público alvejados na via pública, esse número praticamente duplicaria.

Em terceiro lugar, há o envolvimento de maus policiais com o crime organizado, cuja dramática ilustração, em tinta vermelha, foi a brutal morte do juiz das Execuções Penais Alexandre Martins de Castro Filho: o coronel PM Walter Gomes Ferreira, preso na distante Penitenciária de Papudinha no Acre, foi o mandante do assassinato do magistrado. Nessa perspectiva, estar sob a proteção da Polícia Militar pode, eventualmente, significar achar-se o magistrado sob maior e mais qualificado risco. Risco que poderá inclusive provir da falta de capacitação do policial, não treinado para defesa pessoal de terceiro, o que é um contingente muito pequeno. Um policial destacado para acompanhar um magistrado, amigo, do Tribunal de Alçada Criminal disse, em tom de séria brincadeira, ser o primeiro a fugir.

Outras dessas idéias destituídas de toda lógica intrínseca, que apressadamente se busca transformar em lei tão-só para oferecer à população a sensação de que providências urgentes são agilizadas, diz respeito ao isolamento celular por 365 dias ou mais do recluso e o aumento da reprimenda para homicídio cometido contra membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia, por exemplo.

O isolamento celular é a um só tempo inutilidade e desumanidade. Nem mesmo se pudessem ser colhidos reais e proveitosos frutos dessa violência à dignidade da pessoa humana, ou mesmo se dessa negação dos direitos naturais mínimos do preso resultasse eficaz controle do crime, nem assim essa estúpida idéia se justificaria.

Nada. O preso verdadeiramente, pelo teor da norma, terá direito a dois celulares: ao isolamento celular e ao aparelho celular para comunicação com o exterior. O conflito lógico da lei é visível. A primeira premissa afirma entrarem celulares nas Penitenciárias, apesar de terminantemente proibidos. A segunda premissa afirma ser a lei descumprida pela corrupção que grassa “leve e solta” e graças à qual os presos têm

acesso a celulares, com os quais “trabalham” como executivos, em comunicação constante com o exterior, a agenciar e administrar a prática de crimes.

A conclusão lógica “perneta” não é a de impedir o ingresso de celulares, nem a de combater a corrupção no sistema penitenciário. A brilhante conclusão, de “lógica burra” é a de que se o preso tem acesso ao celular dentro de sua cela comum, em decorrência da corrupção no sistema, ele deixará de ter acesso ao celular se ficar recluso na cela ou for transferido para outra. Assim os celulares deixariam de ingressar na prisão e/ou a corrupção estaria debelada !!? Não é apenas falta de lógica, mas má-fé manifesta de uns e uma inocência injustificável de muitos outros.

Que relação lógica pode haver entre corrupção que permite ingresso de celular na cadeia e réu isolado? Porventura não está ele no ambiente carcerário? E estando nesse ambiente não aproveitará de sua fragilidade para obter o celular?

Se lógica há, ela é perversa. A corrupção gera a comunicação celular. Não se debela a corrupção e se oxigeniza moralmente o sistema, mas se cerceia o direito mínimo do preso de contato com o exterior! Parece mais fácil e simples afligir o direito do cidadão preso ou solto – não importa -, do que o Estado tomar providências administrativas para solução dos problemas de sua exclusiva responsabilidade.

Valem a esse propósito, como lição, as palavras da coordenadora da Pastoral Carcerária no Estado do Espírito Santo, Isabel Borges da Silva: *“Não existe presídio de segurança máxima enquanto tivermos corruptos dentro dos nossos Poderes Judiciário e Legislativo e do sistema penitenciário. Aqui o crime está institucionalizado”*

De qualquer modo, penso que ao final e ao cabo ganhará nosso executivo do crime maior privacidade para desempenhar suas tarefas, o que não deixa de ser, de algum modo, um respeito ao direito à intimidade, ao direito de estar só!

O Estado sofre de amnésia institucional ou de vício grave político. A amnésia total institucional faz esquecer o legislador-carcereiro da edição em 1990 da Lei dos Crimes Hediondos. Essa legislação elevou a pena mínima do crime de extorsão mediante seqüestro de seis para oito anos de reclusão e outra coisa não aconteceu senão o aumento dessa modalidade de infração penal. Enquanto em 1996 houve doze crimes de extorsão mediante seqüestro, em 1999 esse número subiu para dezenove, em 2001 para 307 e em 2002 para 321!

Outro tanto sucede com o crime de homicídio, em que a modalidade qualificada também incluída entre os crimes hediondos. Do total de homicídios em 1996 de 10.447, esse contingente subiu para 12.818 em 1999, ficando em 12.475 em 2001 e fixando-se em 11.847 em 2002.

Já com relação ao crime de latrocínio, também identificado como hediondo e com penas exacerbadíssimas, houve um total de 524 em 1996, 450 em 1997, 562 em 2001 e 505 em 2002.

A Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo revelou a razão da diminuição havida nos delitos de extorsão mediante seqüestro em 2002: melhoria do policiamento preventivo e repressivo, criação de delegacias especializadas e aumento do contingente de policiais e modernização dos equipamentos.

Por isso, é mais que condenável o vício político de jogar com os números da criminalidade e propor leis duras em profusão para alcançar coeficiente político. Os estelionatários do poder querem enganar a população para granjear a indevida vantagem: prestígio político e votos. Sabem que a criminalidade não diminuirá, sabem que a prática de crimes contra magistrados, membros do Ministério Público e da Polícia não depende da incriminação penal. Não-obstante, jogam para a platéia. Encenam. Posam de responsáveis e oferecem a solução fácil de alteração legislativa como capaz de forjar uma nova realidade.

Na melhor opção, é amnésia. Na pior, má-fé explícita, *hard core*.

O pânico não gera apenas idéias ilógicas ou paralógicas e de sofistaria. Incita e excita os instintos e gera o embrutecimento da alma. Essa, a idéia do “Juiz sem Rosto” uma autenticação da impessoalidade da Jurisdição Penal, uma despersonalização da Justiça Penal, que deixa de ser o palco dos dramas da vida, da dor trágica do crime, da compulsão do criminoso e da participação menor ou maior da vítima, que deixa de ser o sítio de realização e problematização de valores para degenerar-se numa atividade mecânica, desenvolvida dentro de um sistema asséptico. O que sobra é a pasteurizada presença do juiz, com distanciamento do réu (já há o interrogatório *on line*), com o véu voltado para a vítima, escondido das testemunhas, distante do pulsar da existência. Já agora não a figura tão criticada do juiz-de-gabinete, mas a figura do juiz sem rosto, sem figura, sem forma, sem feição, sem emoção, sem paixão e sem Justiça.

O Juiz-sem-rosto, a bem ver, viola o direito de defesa. Já não se poderá apreciar, pelos traços fisionômicos e mudança de semblante se a prova colhida está ou não interferindo no convencimento judicial e em que medida, porquanto o ato de comunicação e de persuasão vai muito além da letra deformada dos autos. Fere, sob outro ângulo, o direito à publicidade, pois não conhecerá o réu, nem os partícipes do processo, nem os cidadãos qual o juiz da causa. É uma justiça secreta, exercida por um espectro ou por um juiz fugidio.

É preciso acautelar-se não apenas da despersonalização do juiz, mas de todos os atores do processo. O fenômeno do "Juiz-sem-rosto" pôs o facho luminoso sobre o palco processual para iluminar um ator há muito tempo sem semblante: o réu.

O "Réu-sem-rosto" este personagem sem personalidade, este homem sem vida no processo, é o resultado de uma justiça criminal de alma endurecida ou embrutecida, que vive sob o encantamento produzido pela natureza do crime (violento e dirigido ao patrimônio).

Esse encantamento, que magnetiza o operador do direito, primeiramente esmaece ou faz desaparecer da cena processual o acusado, sua história e seus laços sociais, depois relativiza as provas (um cortejo delas já não-absolve, mas um fiapo lastreia o juízo condenatório), e, por fim, aqui o mais grave, subverte os princípios processuais e penais democráticos.

Outro dia, ao aguardar oportunidade de sustentação em Tribunal de Justiça estadual observei a realidade crua do réu-sem-rosto. Nenhum, mas nenhum mesmo *habeas corpus* foi concedido quando o delito era de natureza patrimonial praticado mediante violência ou grave ameaça, como o roubo ou a extorsão mediante seqüestro, ou, ainda, crimes que ferem o preconceito judicial como o de tráfico de entorpecente. Todavia, ordens foram concedidas, às mancheias, precedidas ou-não de liminares, quando a imputação era de crime de falso, contra o consumidor, estelionato ou até mesmo contra a vida.

O mais horrendo já começa a surgir: negação de vigência de textos legais. Inúmeros julgados têm negado vigência a textos expressos de lei. Assim p.ex. ocorre nos denominados crimes praticados mediante organização criminosa, que são os delitos praticados por meio de quadrilha ou bando, já que nossa legislação não definiu corretamente o que seja organização criminosa. Não-obstante o texto expresso e claro da lei fixe o prazo de 81 dias para o término da instrução criminal do réu preso e 120 dias quando solto, simples e reincidentemente se desconsidera o texto legal.

E não fique o cidadão feliz pelo descumprimento da lei sob a falsa idéia de assim se achar mais seguro, pois lhe aproveitaria a prisão sem fim do réu ou indiciado. Amanhã poderão ser os direitos do cidadão aqueles os esquecidos da toga. E o cidadão acha-se mais próximo do réu do que do juiz. O cidadão certamente poderá ser réu um dia, tem grande e real probabilidade de sê-lo. A imensa maioria, porém, nunca será juiz, a participar do poder do Estado. É bom, portanto, querer juízes com rosto, sentenças assinadas, direitos respeitados e a lei observada. Disso tudo depende a democracia.

Retomando, o réu já está sem rosto há muito tempo, sendo por isso indeferidas as perguntas dos defensores relativas aos antecedentes do acusado, sua vida social e familiar, seu engajamento em obras relevantes para a comunidade. Tudo isso a maioria dos juízes tem por irrelevantes “porque não dizem com o fato objeto do processo, doutor” Já não vale a redação do art. 59 do Código Penal, segundo a qual o juiz aferirá o juízo de culpabilidade levando em conta os antecedentes, a motivação, a conduta social, as circunstâncias do crime e conduta da vítima!

Reprise-se. O réu já está sem rosto há muito tempo e, agora, parece o *kairós* de o Juiz perder o rosto e com ele perder a Jurisdição a identidade própria. A impressão é de que o Estado aguardava essa oportunidade. Do relacionamento de um juiz-sem-rosto com um réu-sem-rosto muito pouco ou nada se pode esperar da atividade quase sacra de realização da Justiça.

Melhor seria – talvez houvesse mais Justiça - os excelentes engenheiros ou técnicos de sistema criarem um cuidadoso programa de valoração de provas, capaz de aferir criteriosa e matematicamente tarifa à prova e à palavra do réu, agora reduzida a simples letra, balancear os argumentos de acusação e defesa e proferir uma decisão qualquer. Enfim, melhor seria – e com que dor afirmo - uma justiça cibernética, de simples controle de máquinas e não de homens, porque a elas foram degenerados os humanos decaídos que pecam e os inumanos, sob máscara ou capuz, que julgam.

São Paulo, novembro de 2003.

DIREITO DO TRABALHO

RELAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO COM OUTRAS DISCIPLINAS NÃO-JURÍDICAS

Sérgio Pinto Martins

Professor Titular do Departamento de Direito
do Trabalho da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Resumo:

O trabalho apresenta as relações do Direito do Trabalho com disciplinas não-jurídicas.

Abstract:

This paper presents the relations between Labour Law and other materias.

Unitermos: Relações do Direito do Trabalho.

Introdução

1. Esse trabalho representa a aula sobre o tema relações do Direito do Trabalho com outras disciplinas jurídicas no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Há grande dificuldade em serem encontrados textos sobre o tema. Alguns são muito curtos, outros em língua estrangeira, outros são textos especializados na matéria em si e não em Direito do Trabalho.

Irei examinar a relação do Direito do Trabalho com a Sociologia, a Economia, a Administração de Empresas, a Contabilidade, a Estatística, a Medicina, a Psicologia e a Filosofia do Trabalho¹

Relações Industriais

2. Na Revolução Industrial o trabalho adquire papel fundamental. As normas civis não eram suficientes para regular a questão do trabalho.

1. Agradeço a compilação do material à professora Walküre Lopes Ribeiro da Silva, que me forneceu muitos textos, sem os quais o presente trabalho não seria terminado.

A denominação utilizada é relações industriais ou *industrial relations*. É originária do século XIX, principalmente da Inglaterra e dos EUA. Significa a forma de regular as relações entre o capital e o trabalho na indústria.

O presidente americano William Howard Taft propôs a criação de Comissão de Relações Industriais em virtude de protesto popular pela morte de vinte pessoas, em razão de bomba colocada por lideranças sindicais de metalúrgicos no edifício do Los Angeles Times, em 1910.

As relações industriais eram consideradas como o conjunto de relações entre empregadores e empregados, bem como das associações por eles formadas, os meios de negociação e seus conflitos.

A crítica que se faz a tal denominação é que o Direito do Trabalho não se preocupa apenas com as relações industriais, mas com qualquer ramo de atividade em que haja trabalhadores, como no comércio, nos bancos, nas empresas prestadoras de serviços.

Hoje, Direito Industrial é parte do Direito Comercial, que estuda marcas, patentes, invenções etc.

Relação do Direito do Trabalho com outras disciplinas

3. O Direito do Trabalho tem relação com várias outras disciplinas, tanto Ciências sociais, como exatas ou biológicas.

História

4. O Direito do Trabalho não deixa de ser uma realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de quaisquer de suas partes sem que se tenha uma noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo.

À luz da História podemos compreender com mais acuidade os problemas atuais. A concepção histórica mostra como foi o desenvolvimento de certa disciplina, além das projeções que podem ser alinhadas com base no que se fez no passado, inclusive no que diz respeito à compreensão dos problemas atuais. Não se pode, portanto, prescindir de seu exame. É impossível ter o exato conhecimento do trabalho sem se proceder a seu exame histórico, pois se verifica suas origens, sua evolução, os aspectos políticos ou econômicos que o influenciaram, de como era organizado e de como ele era disciplinado.

Ao analisar o que pode acontecer no futuro, é preciso estudar e compreender o passado, estudando o que ocorreu no curso do tempo, o progresso da tecnologia. Heráclito

já dizia: o homem que volta a banhar-se no mesmo rio, nem o rio é o mesmo rio e nem o homem é o mesmo homem. Isso ocorre por que o tempo passa e as coisas não são exatamente iguais como eram, mas precisam ser estudadas para se compreender o futuro. Para fazer um estudo sobre o que pode acontecer no futuro é necessário não perder de vista o passado. Não se pode romper com o passado, desprezando-o. Segundo as lições de Waldemar Ferreira, *“nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais”*.

A constatação de várias aspectos históricos pode ajudar a compreender a relação do Direito do Trabalho com outras disciplinas.

Sociologia

5. A Sociologia vai se preocupar em estudar os fenômenos sociais. Nesse estudo, serão utilizados dados estatísticos, pesquisas de campo etc. Não tem por objetivo a Sociologia a interpretação da norma jurídica.

Irá a Sociologia analisar as sociedades, os conflitos existentes nela, quanto aos fatos sociais que dão origem às questões trabalhistas, os grupos, as classes, as instituições, os processos, os movimentos sociais, que acabam influenciando na formação das leis, principalmente trabalhistas.

A Sociologia se preocupa com o estudo social da empresa, do sindicato, da greve, do emprego, enquanto fatos sociais.

Irá a Sociologia do Trabalho estudar as coletividades humanas formadas pelo trabalho.

Ultimamente há até estudos sobre o ócio (Domenico de Masi).

Obra importante é o “Tratado de Sociologia do Trabalho”, de Georges Friedmann e Pierre Naville, da editora Cultrix, de 1962.

Economia

6. A Economia é a ciência que tem por objetivo o estudo da distribuição de riquezas, da produção e do consumo.

O Direito do Trabalho relaciona-se com a Economia a partir do momento em que o Estado intervém no sistema produtivo, estabelece políticas que têm reflexos no nível de emprego. A relação entre empregado e empregador tem causa econômica. A Economia tem por objetivo primordial o estudo da produção, distribuição e consumo de bens indispensáveis ou úteis à vida coletiva. Os fatos econômicos dão ensejo, porém,

a modificações na estrutura jurídica. Exemplos são a globalização, o Mercosul, as crises econômicas etc. O governo intervém na economia estabelecendo uma política econômica, uma política salarial, que terão influência na relação de emprego.

Evaristo de Moraes Filho afirma que *“pode-se dizer sem receio de errar que nenhum outro ramo do direito vive tão próximo das manifestações econômicas como o Direito do Trabalho. O seu conteúdo é econômico por excelência”* Leciona Arion Sayão Romita que *“o Direito do Trabalho se propõe realizar o socialmente desejável, mas encontra limitações no economicamente possível”* George Gurvitch afirma que, *“nos vários tipos de sociedade, ora é a economia que, ultrapassando a realidade jurídica, serve-lhe de fator; ora o direito que, guiando a realidade econômica condiciona-a”*. Miguel Reale declara que há *“uma interação dialética entre o econômico e o jurídico, não sendo possível reduzir essa relação a nexos causais, nem tampouco a uma relação entre forma e conteúdo”* Não há como deixar de reconhecer o impacto dos fenômenos da economia na formulação das regras de Direito. Como assevera, porém, Rudolf Stammler: *“se o conteúdo dos atos humanos é econômico, a sua forma é necessariamente jurídica”*

O Direito do Trabalho não pode ignorar os fatores macroeconômicos, como a relação entre população e população ativa, as modificações decorrentes da tecnologia, o grau de investimento público ou privado, o grau de consumo, a capacidade de poupança, a distribuição da renda nacional, o nível de emprego, a produtividade, os preços etc.

Após 1946, com o final da Segunda Guerra Mundial, há a consagração do regime de economia de mercado com finalidade social, sendo a busca do pleno emprego um dos objetivos das políticas governamentais. Exemplos dos reflexos da política governamental no Direito do Trabalho são a limitação da jornada de trabalho, que pode influir no volume de produção. Ao se observar certas regras mínimas trabalhistas, até mesmo de segurança e higiene do trabalho, pode ocorrer o aumento dos custos das mercadorias e dos serviços. O mesmo se pode dizer com o aumento do salário mínimo, que, em contrapartida, pode gerar um aumento do poder de compra e de venda de mercadorias e serviços.

Na verdade, existe uma interação entre o Direito do Trabalho e a Economia. Os fatos econômicos influenciaram a história do Direito do Trabalho, como se verifica com a Revolução Industrial. Entretanto, o Direito do Trabalho também pode influenciar a Economia, como ocorre com determinações legislativas, como de política salarial etc.

O Direito do Trabalho não faz parte, porém, do Direito Econômico. Este é matéria pluridisciplinar, como afirmam Orlando Gomes e Antunes Varela. O Direito Econômico irá estudar os vários processos econômicos, entre os quais se incluem a terra, o capital e o trabalho no sistema de produção.

O trabalho é visto como elemento de produção. A mão-de-obra é elemento essencial nesse sentido. São também aspectos importantes: o nível de oportunidades de emprego, a mobilidade dos trabalhadores e os efeitos da inflação sobre os salários.

A Economia Social visa proporcionar a elevação do nível de vida das pessoas, mediante a utilização da assistência, da mutualidade, da proteção à mulher e ao menor, o uso adequado da horas de descanso e das férias.

A teoria dos jogos serve para mostrar a tomada de decisões nas negociações coletivas e os resultados que dependam parcialmente das ações de uma das partes.

Empresa é um conceito econômico: é a atividade organizada para a produção de bens e serviços para o mercado visando lucro.

O trabalho, do ponto de vista econômico, é a produção de bens ou serviços para o mercado. É um dos fatores da produção, juntamente com a terra e o capital.

O salário é analisado sob o enfoque da oferta e da procura também para se buscar uma remuneração justa e suficiente. Com base na teoria dos salários e do emprego são observadas as seguintes indagações. Como se determina os níveis e diferenças salariais? Como são afetadas as variações de salários na empresa? O que determina o nível geral de salários? Em que condições podem os sindicatos influir nos níveis de salários? Qual a relação entre os níveis de salários e preços? Que fatores influenciam o componente salarial da renda nacional?

As políticas públicas ajudam a verificar os problemas do trabalho, de acordo com uma política de trabalho, política salarial e política macroeconômica.

A política salarial não existe no momento. Estabelece o art. 10 da Lei n. 10.192 que os salários e as demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos, na respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva. Essa política vem do tempo do Governo Collor, com a Lei n. 8.030/90, que revogou a Lei n. 7.788/89, que previa o reajuste pelo IPC.

A teoria do mercado de trabalho é apenas uma parte da teoria geral dos mercados.

Pleno emprego

7. Romita afirma que a expressão pleno emprego tem significado meramente heurístico.

Constitui o pleno emprego uma questão política.

A Constituição portuguesa assegura a todos o direito ao trabalho (art. 58, 1). O dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho. Incumbe ao Estado, por meio da aplicação de planos de política econômica e social, garantir o direito ao trabalho, assegurando a execução de políticas de pleno emprego (art. 58, 3, a).

Dispunha o art. 145 da Constituição de 1946 que a ordem econômica era organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. O parágrafo único dispunha que a todos seria assegurado trabalho que possibilitasse existência digna, sendo o trabalho obrigação social.

Previo o inciso VI, do art. 160 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que um dos princípios da ordem econômica e social era *“a expansão das oportunidades de emprego produtivo”*

O inciso VIII, do art. 170 da Constituição estabelece o princípio de que a ordem econômica busca o pleno emprego. Essa é, contudo, uma regra programática que deve ser complementada pela lei ordinária, não querendo dizer, portanto, que a terceirização é proibida quando implica a diminuição dos postos de trabalho nas empresas, pois é apenas um princípio a ser buscado.

Pleno emprego é a situação em que a demanda de trabalho é igual ou inferior à oferta. Isso significa que todos que desejarem vender sua força de trabalho pelo salário corrente terão condições de obter um emprego. Em termos globais, é possível dizer representa o grau máximo de utilização dos recursos produtivos tanto materiais como humanos dentro de uma economia. Numa economia dinâmica é muito difícil ocorrer a eliminação total do desemprego, pois: atividades como agricultura não ocupam a mesma força continuamente (efeito sazonal); é necessário algum tempo para que as pessoas troquem de emprego, uma vez que ninguém quer viver desempregado; existe uma situação de pleno emprego caso não exceda 3 a 4% de mão-de-obra desempregada (versão moderna da teoria keynesiana).

A busca do pleno emprego pode até parecer uma condição utópica, inatingível, mas, na verdade, é uma forma de política econômica adotada pelos governos, com o objetivo de ser atingida.

O objetivo do constituinte parece ser atingir o ideal de Keynes, no sentido de emprego pleno de todos os recursos e fatores da produção.

Para a OIT, pleno emprego é a ausência de desemprego involuntário ou a existência de trabalho para todos aqueles que desejam trabalhar.

Pleno emprego significa emprego total, emprego para todos que procuram trabalho.

O pleno emprego tem sentido econômico e não jurídico. É uma forma de garantir o direito social ao trabalho (art. 6.º da Constituição) ou o primado do trabalho (art. 193 da Lei Magna).

O jurista deve, porém, dar subsídios jurídicos para que os economistas possam estabelecer um sistema voltado para o pleno emprego, como requer a Constituição.

Há relação entre pleno emprego e oferta de trabalhadores. Se aumentar a oferta de trabalhadores sem que haja postos de trabalho, existe desemprego.

O pleno emprego só será conseguido com investimentos, públicos e privados, de forma a gerar postos de trabalho, além do que deve haver redução da taxa de juros.

José Pastore informa que no Brasil, em 1970, para criar um emprego era necessário um investimento de US\$ 10 mil. Na década de 1980 era preciso US\$ 15 mil. Hoje, são necessários US\$ 30 mil. Constata-se que há necessidade de muito mais capital para gerar o mesmo posto de trabalho.

Declara José Pastore que “já foi o tempo em que com 1% de crescimento econômico gerava-se 0,5% de emprego. Hoje, para gerar esse montante de emprego é preciso crescer mais de 2%”

Para que haja a geração de empregos é preciso crescimento sustentado. No período do “milagre econômico” a taxa de investimento foi de 25% do PIB, enquanto o crescimento chegou a 10% ao ano. Atualmente a taxa de investimento é de 17% do PIB, sendo que o crescimento está em torno de 2 a 3% ao ano. Para que houvesse a criação de empregos, o PIB teria de crescer entre 6 e 7% ao ano.

A conquista e a manutenção de um nível de pleno emprego são um importante fator de crescimento econômico acompanhadas da elevação do padrão de vida da população. Os governos podem aplicar uma política de pleno emprego, por meio de recursos fiscais, como incentivos e empreendimentos geradores de emprego e monetários quando ocorre o direcionamento dos créditos e das verbas. Exemplo da crise de 1929, o pleno emprego tornou-se um objetivo nacional de todos os grandes países industrializados e mais especificamente nos EUA com a implantação do New Deal e a aprovação da Lei do Emprego em 1946.

O governo pode aplicar pleno emprego por meio de recursos fiscais, como incentivos, empreendimentos geradores e monetários, quando ocorre o direcionamento dos créditos.

Keynes assevera que o emprego depende da demanda efetiva por bens e serviços. O desemprego seria causado por uma deficiência da demanda agregada. Só se preocupava com o desemprego funcional. A idéia era acabar com a miséria econômica e seus malefícios.

O. W. Phelps afirma que para manter o pleno emprego deve-se encontrar o montante da renda nacional que produzirá o emprego desejado, tomando-se as providências para que ele seja mantido.

Há três correntes sobre o pleno emprego:

- a. keynesiana: demanda de trabalho é insuficiente;
- b. funcionamento do mercado, que impõe o preço do trabalho;
- c. marco regulatório: instituições e legislação impõem desemprego.

Políticas ativas são os serviços de pleno emprego, treinamento, apoio aos jovens, subsídios, assistência à procura do trabalho, auxílio para negócio próprio.

Políticas passivas são o seguro-desemprego, suspensão para qualificação profissional (art. 476-A da CLT) ou outros benefícios, aposentadoria precoce ou incentivo à aposentadoria para gerar novos empregos, de reduzir o desemprego é estimular as aposentadorias.

Administração de Empresas

8. A Administração de Empresas se preocupa com a organização da empresa, sua forma de produção. Vai estabelecer quantos funcionários necessita, cargos, salários etc.

A organização da empresa implica o exercício do poder de organização da empresa, que está incluído no poder de direção do empregador.

Uma das partes da Administração de Empresas é a Administração de Recursos Humanos, que estuda a estrutura de retribuições no mercado de trabalho.

Os recursos humanos estão divididos em direção, no nível intermediário (gerência e assessoria), no nível operacional (técnicos, funcionários e operários).

A teoria do comportamento humano é indicada por Douglas McGregor, que desenvolve a Teoria X e a Teoria Y. Na primeira, o ser humano não gosta de

trabalho e o evitará. Na segunda, o trabalho pode ser uma fonte de satisfação ou de sofrimento, dependendo das condições controláveis.

William Ouchi desenvolve a Teoria Z, tratando da concepção japonesa de administração. A produtividade seria a administração de pessoas, muito mais do que tecnologia. O gerenciamento humano é fundamentado na filosofia e cultura organizacionais adequadas do que de tratamentos tradicionais fundados na organização. O processo decisório é participativo e consensual.

A participação na gestão tem relação com a Administração de Empresas, pois será a forma de gerir a empresa juntamente com os empregados. Tem previsão o tema no inciso XI do artigo 7.º da Constituição e no art. 621 da CLT, que permite que a participação seja estabelecida por convenção ou acordo coletivo. Até o momento não foi disciplinada por meio de lei.

Os Recursos Humanos envolvem recrutamento, técnicas de recrutamento, critérios de seleção de pessoal. A movimentação interna dos recursos humanos, como as promoções, os planos de cargos e salários, remuneração indireta dos participantes, visando inclusive a produtividade, benefícios sociais que podem ser concedidos, motivação da força de trabalho, ambiente de trabalho agradável, inclusive quanto a segurança e higiene do trabalho, estudo relativo à rotação de pessoal ou *turnover*. Muito se fala nas dispensas dos trabalhadores que já estão treinados na empresa e que acabam indo para o concorrente. Há, portanto, necessidade de manter esses trabalhadores na empresa. É preciso identificar por que existe rotatividade de pessoal na empresa, que pode ser decorrente de vários fatores.

Contabilidade

9. A relação do Direito do Trabalho com a Contabilidade diz respeito aos cálculos das verbas trabalhistas, à escrituração das contas das empresas, podendo ser verificados o pagamento dos salários e de outras verbas aos empregados.

A Contabilidade aplica o Direito do Trabalho na elaboração de folha de pagamentos, na observância de pagamentos aos empregados e recolhimentos do FGTS nos prazos definidos na lei.

Estatística

10. Não havia preocupação sobre tal aspecto no Direito.

O professor Pastore mostra nos seus livros a importância da utilização de

dados estatísticos no mundo do trabalho, inclusive para justificar seus pontos de vista.

São importantes dados estatísticos os relativos à evolução do desemprego, da demanda e oferta de trabalho, do salário mínimo, do custo da subsistência.

Medicina

11. A Medicina do Trabalho é uma das espécies da Medicina.

Estudos importantes sobre a prevenção e reparação da saúde do trabalhador foram feitos por Bernardino Ramazzini, na Itália, na cidade de Módena, em 1700. Escreveu o livro *As doenças dos trabalhadores*. O referido trabalho foi considerado o texto básico da Medicina Preventiva até por volta do século XIX. São dele os aforismos “*mais vale prevenir do que remediar*” e “*todo trabalho torna-se perigoso se praticado em excesso*”

Na CLT há o capítulo sobre segurança e medicina do trabalho, conforme os arts. 154 a 201 da CLT, na redação determinada pela Lei n. 6.514/77.

Os citados artigos são complementados pela NR 15 da Portaria n. 3.214/78, que indica elementos químicos, físicos ou biológicos que trazem malefícios à saúde do trabalhador e que são analisados pela Medicina do Trabalho para efeito do trabalho insalubre.

Durante o trabalho são produzidas substâncias nocivas, como o ácido láctico e o ácido carbônico. Quando essas substâncias se acumulam no organismo há a fadiga.

Preocupa-se a Medicina do Trabalho com a saúde dos trabalhadores. Pretende limitar a jornada de trabalho para evitar a fadiga. Estabelece intervalos, descansos semanais, férias e medidas preventivas em relação a acidentes do trabalho. A redução da jornada em trabalho insalubre e o aumento de dias de férias nesse mister são recomendados na Medicina do Trabalho.

A Medicina pode ser importante fundamento para verificar seguros de enfermidade, de maternidade, de situações de trabalho insalubre.

Psicologia

12. A Psicologia do Trabalho é uma parte da Psicologia. É o estudo das técnicas para adaptação do trabalhador à sua atividade.

O trabalho é um comportamento para o psicólogo.

A tecnopsicologia estuda a maneira de trabalhar.

As relações entre empregado e empregador dizem respeito à psicologia social ou econômica.

A Psicologia vai estudar não só a adaptação do homem ao trabalho, mas também do trabalho ao homem. Analisa os processos em que se divide a atividade humana para então utilizar os conhecimentos da psicologia, conforme as reações das pessoas.

A adaptação do homem ao trabalho envolve a seleção e a formação profissional. Vai estudar os movimentos profissionais, o ambiente de trabalho, inclusive as instalações, máquinas e utensílios.

O trabalhador contribui para o funcionamento da estrutura da empresa.

É campo de trabalho o estudo das interações entre o homem, os instrumentos de trabalho e o ambiente técnico.

Os testes psicotécnicos são feitos pelo psicólogo, visando o recrutamento do trabalhador. Muitas vezes em testes de seleção é usada a dinâmica de grupo para verificar como a pessoa se sai em situações grupais.

A seleção procura escolher as pessoas com as aptidões necessárias para o trabalho. O psicólogo do trabalho pode ter o interesse de aumentar o rendimento do trabalhador e sua satisfação pessoal no trabalho. Isso pode evitar prejuízos no trabalho.

A psicologia pode estudar o trabalho de forma a que dê maior rendimento, de forma que o trabalhador preste serviços na posição mais conveniente. As máquinas também deveriam levar em conta quem irá operá-las, sob o aspecto do operador.

O trabalho deve ser adaptado ao homem e não o contrário. Assim como a máquina deve ser adaptada ao homem e não este à máquina, principalmente tomando por base as questões relativas à fadiga, do ritmo de trabalho e do repouso.

O tempo pode trazer pressões sobre o trabalho. A decisão e a satisfação também devem ser estudados no trabalho, o que é feito pelo psicólogo.

A Psicologia pode estudar o caráter, os gostos, as tendências do trabalhador para o trabalho na empresa. Vê o esforço do trabalhador para produzir.

O estudo da ergonomia também é feito pelo psicólogo do trabalho, no sentido de verificar a adaptação do homem ao trabalho e vice-versa. A NR 17 da Portaria n. 3.214/78 trata da ergonomia no trabalho, como de iluminação, postura no trabalho etc.

O psicólogo do trabalho pode tentar melhorar a segurança no trabalho, diminuir a carga do trabalho, tentar reduzir o absenteísmo, aumentar o grau de satisfação.

A Psicologia se preocupa também com os estudos das causas e efeitos da fadiga.

Filosofia do Trabalho

13. Uma das partes da Filosofia é a Filosofia do Trabalho.

Há pelo menos dois estudos importantes sobre o tema Filosofia do trabalho, de Felice Battaglia e Filosofia do trabalho de Luigi Bagolini.

Na Bíblia o trabalho foi considerado um castigo por Adão ter comido a maçã. Adão e Eva foram expulsos do Paraíso. Deus disse que *“do suor do teu rosto comerás o teu pão”* Cristo libertou o mundo do pecado original. Assim, mediante o trabalho, o homem modela o mundo à imagem e semelhança de Deus. Trabalho também seria a criação do bem comum.

Homero afirma que os deuses odeiam os homens e precisamente aparece o trabalho como conseqüência deste ódio. Xenofonte diz que *“o trabalho é a retribuição da dor mediante a qual os deuses nos vendem os bens”* Pródico alega que o trabalho confere dignidade à vida.

Os gregos afirmavam que o trabalho era o castigo dos deuses. Os nobres não trabalhavam. Mencionava Aristóteles que *“a escravidão de uns é necessária para que outros possam ser virtuosos”*. O trabalho impediria o homem de atingir a perfeição. Platão asseverava que *“os trabalhadores da terra e os outros operários conhecem só as coisas do corpo; se, pois, sabedoria implica conhecimento de si mesmo, nenhum destes é sábio em função da sua arte”*

Os sofistas tinham entendimento diverso. Para Pródico, *“nada do que é bom e belo concederam os deuses ao homem sem esforço e sem estudo; se queres que a terra te produza frutos abundantes, deves cultivá-la”*

No Renascimento, a consciência do trabalho era considerada como um valor. Smith entendia que a riqueza era o resultado do trabalho. Palmieri menciona que a riqueza das nações é a soma dos trabalhos nelas executados. São Tomás de Aquino leciona, ao interpretar a Bíblia, que antes do pecado teria havido trabalho para o homem, mas ele teria sido delitoso e sem pena, deleitoso pelo sentimento que o acompanhava, sendo atividade para a qual os homens eram dispostos por divina providência, pela virtude que havia nas almas, integral e sem falácia. Para Hegel, o trabalho é o próprio meio de o homem encontrar-se.

Trabalho é um valor na ordem ético-jurídica conferido ao homem.

Leão XIII afirma que o *“trabalho é a atividade humana ordenada para prover às necessidades da vida, e especialmente à sua conservação”*. A Constituição de 1924 previa que *“quem trabalha não come”* No preâmbulo da Constituição francesa de 1946 está escrito: *“todos têm o dever de trabalhar e o direito de obter emprego”*

O trabalho é um direito da pessoa. É uma atividade lícita. O direito ao trabalho é uma forma de dignidade da pessoa e da independência como homem. O

homem deve ser tratado como pessoa e não como coisa. O inciso III do art. 1º da Constituição consagra a dignidade da pessoa humana. É um direito social (art. 6º da Constituição).

Um dos fins do Estado é assegurar as condições necessárias para que as pessoas se tornem dignas. O homem se realiza por intermédio do trabalho. Precisa do trabalho para poder viver. O direito ao trabalho é um dever que deveria ser exigido do Estado. A existência digna do homem implica o direito ao trabalho, para que possa existir. Deve ser proporcionado trabalho ao homem.

O direito ao trabalho tem como consequência do dever de trabalhar se há trabalho. O direito ao trabalho seria uma liberdade pública. Entretanto, seria liberdade pública se o trabalhador pudesse ir a juízo e exigir do Estado o direito de trabalhar. É o direito que todo homem tem de viver, proporcionando-se, pelo próprio trabalho, os recursos necessários.

Não pode haver uma intervenção excessiva do Estado na relação de trabalho, sob pena de destruir a liberdade das pessoas de contratarem, importando até em servidão pública.

O trabalho, porém, não pode ser considerado como mera mercadoria. Afirma José Cretella Jr. que não basta viver. É preciso viver com dignidade. A valorização do trabalho é pressuposto da existência digna. Com o trabalho se atinge a essência. O trabalhador deveria ter o direito de continuar trabalhando, da continuidade do contrato de trabalho. Com o trabalho, poderá ter existência digna.

São Paulo, julho de 2003.

REFORMA DE SENTENÇA TERMINATIVA E JULGAMENTO IMEDIATO DO MÉRITO NO PROCESSO DO TRABALHO

Estêvão Mallet

Professor Associado do Departamento de
Direito do Trabalho da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo

Resumo:

O efeito devolutivo de recurso contra sentença terminativa (Lei n. 10.352) e o duplo grau de jurisdição em caso de reforma, além de antecedentes legislativos e Direito comparado são itens abordados pelo autor.

Abstract:

The returnable effect of the appeal against terminative sentence (Law n. 10.352) and the double jurisdiction grade in reformation cases, added to the legislatives antecedents and Compared Law are the itens boarded by the author.

Unitermos: reforma de sentença terminativa; compatibilidade com processo trabalhista; Lei n. 10.352; efeito devolutivo da apelação

1. Introdução.

A reforma da legislação processual, iniciada em 1994, compreende medidas com diferentes graus de importância. Algumas envolvem correção de imperfeições pouco significativas, por vezes de caráter meramente terminológico, como é o caso, para mencionar apenas um exemplo recente, da nova redação dada ao art. 475, inciso II, do CPC. Substitui-se a equivocada alusão a improcedência da execução pela referência, tecnicamente mais correta, a procedência dos embargos à execução. Outras medidas, ao contrário, contêm avanços muito mais expressivos. Alteram diretrizes tradicionais, deixam de lado princípios sedimentados e abandonam postulados antes considerados intocáveis, tudo para permitir a prestação mais eficiente e eficaz da atividade jurisdicional. É o caso do § 3º, introduzido no art. 515, do CPC, que, ao ampliar o efeito devolutivo da apelação, admite o imediato julgamento do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, nos seguintes termos: “*nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento*”

Para interpretar adequadamente essa regra e bem compreender o seu significado é preciso ter em mente, em primeiro lugar, as limitações antes impostas ao efeito devolutivo da apelação.

2. Efeito devolutivo de recurso contra sentença terminativa antes da Lei n. 10.352.

De acordo com o regramento em vigor antes da Lei n. 10.352, a apelação, tal como o recurso ordinário do processo do trabalho – não há, entre um meio de impugnação e o outro, nesse ponto, diferença alguma –, tinha efeito devolutivo mais limitado. Quando interposta contra sentença terminativa, não permitia, caso reformada a decisão, o imediato julgamento do mérito do processo¹. O retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para exame do mérito, era de rigor, sob pena de nulidade da decisão, em respeito, segundo se imaginava, ao princípio do duplo grau de jurisdição².

Na verdade, porém, a apontada limitação do efeito devolutivo da apelação, antes da Lei n. 10.352, era fruto de mera opção legislativa. Não constituía desdobramento do princípio do devido processo legal ou mesmo da garantia de duplo grau de jurisdição. É o que cabe doravante demonstrar.

3. Duplo grau de jurisdição, devido processo legal e julgamento imediato do mérito em caso de reforma de sentença terminativa

O duplo grau de jurisdição, embora possa ser concebido com maior ou menor amplitude, variando, portanto, de um ordenamento jurídico para o outro³ normalmente não assegura pelo menos dois juízos sobre todas as questões discutidas

1. José Carlos Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 2000, vol. V, n. 238, p. 425.

2. Assim, expressamente, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Sobre os limites objetivos da apelação civil, São Paulo, s. e. p., 1986, p. 102, e Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 2000, v. I, n. 543, p. 505, nota 58. Em jurisprudência: “Apelação civil. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Art. 515 do CPC. Duplo grau de jurisdição. Extinto o processo, sem julgamento do mérito, na instância inferior, com base no art. 267, VI, do CPC, não é possível ao juízo de segunda instância, em grau de apelação, apreciar o mérito, julgando procedente a ação, sob pena de comprometer o duplo grau de jurisdição. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF – 1ª T., RE n. 111.111/113 103.588/SC, Rel. Min. Rafael Mayer, julg. em 03.12.84 in DJU de 19.12.84, p. 21.920) e “Apelação. Carência de ação reconhecida pela sentença. Impossibilidade do tribunal, apreciando recurso de apelação, julgar o mérito do pedido inicial. Violação do princípio do duplo grau de jurisdição e ofensa ao art. 515, par 1º, do CPC. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e provido.” (STF – 1ª T., RE n. 111.111/113 84.467/SP, Rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 19.10.76 in DJU de 19.11.76).

3. Enrico Redenti, *Diritto processuale civile*, Varese, Giuffrè, 1985, 2, n. 161, p. 404.

no processo. Garante simplesmente a possibilidade de a controvérsia, compreendida em sua integralidade, passar por duplo exame. Como escreve Mario Villani, consagração do duplo grau de jurisdição “*non esige che ogni singola questione venga esaminata due volta: è la controversia nel suo complesso che deve poter passare...attraverso due gradi*”⁴ Torna-se isso muito claro quando se consideram os sistemas jurídicos que, embora acolhendo o princípio do duplo grau de jurisdição como ocorre no Direito francês –, permitem, com largueza, a apresentação, perante tribunal, de questões não examinadas no juízo recorrido⁵ Para essas questões nova não se oferece duplo exame.

Mesmo no direito brasileiro, que, nessa matéria, seguiu a linha do processo austríaco,⁶ limitando sensivelmente a possibilidade de exame de questões novas no juízo recursal, nunca se afastou completamente o *jus novorum* na apelação. Além do art. 517, do CPC, a própria extensão conferida pelos §§ 1º e 2º, do art. 515, também do CPC, ao efeito devolutivo da apelação permite que certas questões fiquem sujeitas apenas a um julgamento. Se a defesa assenta em dois diferentes fundamentos, pode dar-se a rejeição do pedido por apenas um deles, sem exame do outro. Com o recurso do autor, ao tribunal transfere-se o exame de ambos os fundamentos, inclusive o daquele não apreciado em primeiro grau de jurisdição. E sobre esse fundamento, não examinado em primeiro grau, não haverá duplo juízo, mas apenas o juízo emitido pelo tribunal⁷

Assim entendido o duplo grau de jurisdição, percebe-se que a possibilidade ou-não de exame imediato do mérito do processo, no caso de provimento

4. *Appello (diritto processuale civile)* em *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè, 1958, II, p. 719. No mesmo sentido, na jurisprudência trabalhista, colhe-se, em acórdão proferido no ROAR n. 736.660, da SDI – II, do Tribunal Superior do Trabalho, relatado pelo Min. João Oreste Dalazen, a seguinte precisa afirmação: “... para a realização do princípio do duplo grau não se quer que o juízo “a quo” haja exaurido a matéria de mérito no julgamento da lide. Basta que haja julgado o(s) pedido(s).” (julg. em 05.03.00 in DJU de 12.04.02).

5. A conjugação do art. 564 com o art. 565, do *Code de Procédure Civile*, permite afirmar a ampla possibilidade de alteração da causa de pedir na apelação do direito francês, desde que não se altere o pedido. É, ao que parece, a conclusão de Jean Vincent e Serge Guinchard (*Procédure civile*, Paris, Dalloz, 1999, n. 1.431, p. 971) e de Gérard Cornu e Jean Foyer (*Procédure civile*, Paris, PUF, 1996, p. 611).

6. A propósito, Luiz Machado Guimarães, *Efeito devolutivo da apelação in Estudos de direito processual civil*, Rio de Janeiro, Editora Jurídica e Universitária, 1969, p. 216 e segs.

7. Figure-se um exemplo. Em reclamação envolvendo pedido de pagamento de horas extras, ofereceu o reclamado defesa em que alega: a) não-prestação de horas extras e b) exercício, pelo empregado, do cargo de confiança, incompatível com a exigibilidade de horas extras (CLT, art. 62, inciso II). Julgado improcedente o pedido, com o acolhimento do primeiro fundamento da defesa, o recurso ordinário interposto pelo reclamante devolve ao tribunal o exame integral da lide, nos exatos termos do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. Reconhecida a prestação de horas extras, ao tribunal cabe julgar se o empregado exerce ou-não cargo de confiança; embora sobre tal matéria não se tenha pronunciado o juízo de primeiro grau

de recurso interposto contra sentença terminativa, constitui mera decorrência do efeito devolutivo da impugnação. Se esse efeito é mais limitado, por opção do legislador, o exame do mérito não pode ter lugar. Se, diversamente, atribui-se ao efeito devolutivo maior amplitude, pode-se desde logo julgar o mérito do processo. Em qualquer hipótese, contudo, não se elimina o princípio do duplo grau de jurisdição, que se acha preservado pela simples permissão do recurso.

De todo modo, o duplo grau de jurisdição não constitui – cumpre dizê-lo com clareza – decorrência necessária da garantia do devido processo legal, de modo que não está posto ao abrigo de qualquer limitação por parte do legislador ordinário. Prova-o a previsão, na Constituição brasileira – em que expressamente se acolhe a garantia do devido processo legal –, de causas julgadas em única instância (art. 102, incisos I e III). A questão é, aliás, absolutamente pacífica na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, em torno da qual se construiu, em grande medida, o conceito de devido processo legal. Em *McKane v. Durston*, por exemplo, registrou a Corte: “*A review by an appellate court of the final judgment in a criminal case, however grave the offense of which the accused is convicted, was not at common law, and is not now, a necessary element of due process of law. It is wholly within the discretion of the state to allow or not to allow such a review. A citation of authorities upon the point is unnecessary*”⁸. Já em *National Union v. Arnold* reafirma-se a mesma idéia em matéria civil, consignando-se que “*a statutory review...is not a requirement of due process*”⁹. Não discrepa a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como mostra decisão com a seguinte ementa: “*Diante do disposto no inciso III do artigo 102 da Carta Política da República, no que revela cabível o extraordinário contra decisão de última ou única instância, o duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional*”¹⁰

8. 153 U.S. 684.

9. 348 U.S. 37. Ainda em *Reetz v. People of State of Michigan* (188 U.S. 505) pode-se ler: “*Neither is the right of appeal essential to due process of law...In civil cases a common rule is that the amount in controversy limits the entire litigation to one court...*” Finalmente, em *Luckenbach S.S. Co. v. United States* (272 U.S. 533) encontra-se a seguinte assertiva: “*The constitutional requirements are all satisfied if one opportunity is had for the trial of all parts of a case. Everything beyond that is matter of legislative discretion, not of constitutional right*” Não é sem interesse notar que Thomas Cooley, ao indicar as características do *due process of law*, depois de se referir ao direito de ser previamente ouvido por um tribunal imparcial, com jurisdição adequada e aplicação de punição apenas depois do julgamento, não menciona, em nenhum momento, o direito ao recurso (*The general principles of constitutional law*, New Jersey, The Lawbook Exchange, 2000, p. 224).

10. STF - 2a T., AgRg AI n. 209.954-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 15.09.98 in D.J.U. de 4.12.98. Sempre no mesmo sentido, STF, 2a T., RHC 80.919-SP, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. em 12.06.01

Em síntese, a possibilidade de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não conflita, de modo algum, com a regra do duplo grau de jurisdição, ao menos nos termos em que ela é tradicionalmente concebida no Direito brasileiro, a qual, ademais, não exterioriza desdobramento necessário da garantia constitucional do devido processo legal.

4. Antecedentes legislativos e Direito comparado.

A nova previsão do § 3º, do art. 515, do CPC, não é completa novidade no direito brasileiro e muito menos no comparado.

As Ordenações Filipinas, que tratavam com largueza o efeito devolutivo da apelação, estendendo-o a ambas as partes, inclusive à que não havia apelado¹¹ impunham, como regra, o imediato julgamento do mérito do processo em caso de reforma de sentença terminativa, repelindo a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para novo julgamento. Apenas excepcionalmente, havendo requerimento de ambas as partes, é que prevalecia solução diversa. Dispunha o Livro III, Título LXVIII, *principio*, das Ordenações Filipinas: “*Quando alguma das partes appellar da sentença, que contra elle fôr dada...e depois que o feito fôr conclusivo, vejam-no os Julgadores, a que o conhecimento de tal appellação pertencer; e se fôr appellado da sentença interlocutória, e acharem que foi bem appellado, e que o appellante foi agravado pelo Juiz, assi o determinam, e não mandem tornar o feito ao Juiz, de que foi appellado, mas vão por elle em diante, e o determinem finalmente, como acharem por Direito, salvo, se o appellante e o appellado ambos requererem, que se torne o feito á terra perante o Juiz, de que foi appellado, porque então se tornará, e será assinado termo, a que o vão lá seguir*” O Código de Processo da Bahia manteve tal diretriz, preceituando, no art. 1.290: “*Tendo o juiz de primeira instância deixado, por qualquer motivo, de julgar a causa de meritis, a turma ou o juiz da appellação, si entender que isto não obsta que se conheça do pedido, julgará a causa definitivamente*”

No Direito comparado é paradigmática a solução vigente no Direito francês. O art. 568, do *Code de Procédure Civile*, preocupado com a rápida solução do

in Informativo STF 232, de 11 a 15 de junho de 2001, STF, 1a T., AgAICrim n. 248.761/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 11.04.00 *in* DJU de 23.06.00, p. 10 e, ainda, STF, 1a T., HC-71.124/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 28.06.94 *in* DJU de 23.09.94, p. 25.314. Isolada e minoritária, pois, a seguinte pronúncia: “...o princípio constitucional da ampla defesa...por si, pressupõe mais de um grau de jurisdição”(STJ – 1ª Sec., MS n. 4.831-DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo *in* DJU de 16.06.97, p. 27.308).

11. Almeida e Sousa considera certíssima a máxima segundo a qual a apelação é comum a ambas as partes (Segundas linhas sobre o processo civil, Lisboa, Imprensa Nacional, 1855, parte II, nota 645, p. 385).

litígio¹² determina: “*Lorsque la cour d’appel est saisie d’un jugement qui a ordonné une mesure d’instruction, ou d’un jugement qui statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l’instance, elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de bonne justice de donner à l’affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même, le cas échéant, une mesure d’instruction*” No Cantão de Genebra a mesma possibilidade existe, mas depende de concordância das partes. O art. 311, da Lei de Procedimento Civil, de 1987, acha-se assim redigido: “*Jugement sur incident. 1. Si le jugement n’a tranché qu’un incident, la cour ne statue que sur cet incident; la décision du fond est renvoyée au juge de première instance. 2. Si toutes les parties le requièrent, la cour peut toutefois, en infirmant la décision du premier juge, par le même arrêt, prononcer sur le fond*”. Já no direito belga impõe-se ao juízo do recurso o imediato julgamento do mérito do litígio, ainda quando terminativa a decisão impugnada, impedindo-se mesmo o reenvio da causa ao juízo recorrido, salvo se confirmada determinação de realização de medida instrutória. O art. 1.068, do *Code Judiciaire*, tem, na redação francesa, o seguinte texto: “*Tout appel d’un jugement définitif ou avant dire droit saisi du fond du litige le juge d’appel. Celui-ci ne renvoie la cause au premier juge que s’il confirme, même partiellement, une mesure d’instruction ordonnée par le jugement entrepris*”. O direito português mostra-se ainda mais avançado. Embora preveja recurso específico em caso de extinção do processo sem julgamento do mérito, correspondente ao agravo, reservando a apelação para os casos de extinção com julgamento do mérito,¹³ admite que, ao julgar o agravo, o tribunal desde logo resolva em definitivo o litígio. Preceitua o art. 753, n. 1, do Código de Processo Civil: “*Sendo o agravo interposto de decisão final e tendo o juiz de 1ª instância deixado, por qualquer motivo, de conhecer do pedido, o tribunal, se julgar que o motivo não procede e que nenhum outro obsta a que se conheça do mérito da causa, conhecerá deste no mesmo acórdão em que revogar a decisão de 1ª instância*”

No Direito chileno merece referência o art. 208, do *Código de Procedimiento Civil*, assim redigido: “*Podrá el tribunal de alzada fallar las cuestiones ventiladas en primera instancia y sobre las cuales no se haya pronunciado la sentencia apelada por ser incompatibles con lo resuelto en ella, sin que se requiera nuevo pronunciamiento del tribunal inferior*”

Mesmo nos ordenamentos jurídicos da *common law*, a despeito das sensíveis diferenças que apresentam frente aos da *civil law*, encontra-se solução similar à do art.

12. Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procédure civile cit.*, n. 1447, p. 978.

13. É a regra geral, como exposto por João de Castro Mendes, que sublinha a existência de casos duvidosos e de situações excepcionais, envolvendo decisão de mérito suscetível de agravo (Direito processual civil, s. l. e., Edição AAFDL, 1989, IIIº vol., p. 87 e segs.).

515, § 3º, do CPC brasileiro. No art. 909, do *Code of Civil Procedure* do Estado norte-americano da Califórnia, por exemplo, ao disciplinar o julgamento de apelação interposta em causas não sujeitas a julgamento por juri, estatui o legislador: “*The reviewing court may for the purpose of making the factual determinations or for any other purpose in the interests of justice, take additional evidence of or concerning facts occurring at any time prior to the decision of the appeal, and may give or direct the entry of any judgment or order and may make any further or other order as the case may require. This section shall be liberally construed to the end among others that, where feasible, causes may be finally disposed of by a single appeal and without further proceedings in the trial court except where in the interests of justice a new trial is required on some or all of the issues*”

Como se vê, a solução consagrada no § 3º, do art. 515, encontra amplo respaldo nos mais diferentes diplomas legislativos.

5. Fundamentos da regra.

A possibilidade de imediato exame do mérito, em caso de acolhimento de recurso interposto contra sentença terminativa, acha-se respaldada na idéia de obtenção de maior rendimento na atividade jurisdicional.

É desejável, desde que não se comprometam as garantias fundamentais dos litigantes, que o processo ofereça o máximo possível de rendimento, com menor custo e dispêndio de tempo, em respeito ao princípio da economia processual.¹⁴

É igualmente desejável que, na medida do possível e respeitadas as condições pertinentes, leve o processo a decisão de mérito, resolvendo em definitivo o conflito existente entre os litigantes¹⁵ finalidade principal da atividade jurisdicional.¹⁶

14. Teve o Supremo Tribunal Federal ocasião de registrar: “Princípio da oralidade Economia processual. Tanto quanto possível, busca-se, com um mínimo de atuação judicante, a máxima eficácia das normas que compõem a ordem jurídica.”(STF - Pleno, RCL-371/RR, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 25.08.92, in DJU de 02.04.93, p. 5.613).

15. Interessante notar, a propósito, que o *Revised Code* do Estado norte-americano de Washington, em seu Título 2.04.190, ao atribuir à Suprema Corte do Estado a prerrogativa de editar normas sobre *pleading, practice, and procedure generally* (“*The supreme court shall have the power to prescribe, from time to time, the forms of writs and all other process, the mode and manner of framing and filing proceedings and pleadings; of giving notice and serving writs and process of all kinds; of taking and obtaining evidence; of drawing up, entering and enrolling orders and judgments; and generally to regulate and prescribe by rule the forms for and the kind and character of the entire pleading, practice and procedure to be used in all suits, actions, appeals and proceedings of whatever nature by the supreme court, superior courts, and district courts of the state*”), impõe levem essas normas em conta o seguinte propósito: “*In prescribing such rules the supreme court shall have regard to the simplification of the system of pleading, practice and procedure in said courts to promote the speedy determination of litigation on the merits*”. A preocupação com a promoção do rápido julgamento do mérito do litígio evidencia a relevância da nova regra do art. 515, § 3º, do CPC brasileiro.

16. A propósito, Carlo A. Nicolletti, *La conciliazione nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1963, n. 147 e segs.

Assim, se a causa, quando de seu exame no juízo do recurso, diante do estado em que se encontra, já comporta julgamento de mérito, não há razão suficiente para que se devolvam os autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que nova sentença seja proferida, tanto mais quando é muito provável que a nova decisão venha a ser impugnada, retornando o feito ao exame do tribunal. Haveria considerável gasto adicional de tempo e significativo acréscimo de custo para o aparelho judiciário, com ganho qualitativo pouco expressivo. Daí a preocupação do legislador, subjacente à regra do art. 515, § 3º, do CPC, de evitar os “*incômodos, despesas e demoras resultantes do vai-vem do processo*”, para utilizar as palavras de José Alberto dos Reis.¹⁷

É verdade que o julgamento do mérito apenas no juízo do recurso tem pelo menos um inconveniente: afasta a pronúncia sobre o fundo do litígio pelo órgão judiciário que colheu as provas, quebrando o vínculo que deve haver entre a atividade de produção da prova e a de julgamento da lide. Essa quebra é ainda mais indesejável, quando – como ocorre com freqüência no processo do trabalho – a análise das provas testemunhais é importante para a correta solução da lide. Isso porque os juízes que não ouviram as testemunhas depondo – ressalta François Gorphe, em estudo dedicado exatamente à valoração da prova testemunhal – “*n’ont aucun moyen d’apprécier les témoignages*”¹⁸ Nas palavras de Denti, “*il vero giudizio di fatto è quello che si pone in rapporto di immediatezza con l’assunzione delle prove e discende da una partecipazione diretta del giudice alle attività istruttorie*”¹⁹ Hazard e Taruffo ainda sublinham: “*il giudice del dibattimento di primo grado si trova in una posizione in cui può meglio valutare la credibilità dei testimoni*”²⁰

Mas o julgamento fundado em apreciação das provas testemunhais por quem não acompanhou a sua produção não é problema causado apenas pela regra do § 3º do art. 515, do CPC, e nem seria eliminado com a sua revogação. Trata-se de dificuldade produzida pela amplitude do duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, que confere ao juízo do recurso a possibilidade de reexaminar o litígio em todos os

17. Código de Processo Civil anotado, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, vol. VI, p. 184.

18. *La critique du témoignage*, Paris, Dalloz, 1927. p. 85.

19. *Riforma o controriforma del processo civile?* em *Un progetto per la giustizia*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 288. Em termos quase idênticos, Mauro Cappelletti, *Un idolo falso: el Código de 1942 em Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, EJE, 1974, p. 289.

20. *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 1993, p. 209. Veja-se ainda, no mesmo sentido, a categórica advertência de Edoardo F. Ricci: “*Se l’immediatezza-concentrazione è un valore del processo moderno, il secondo grado non è un processo degno di questo nome*”(Doppio grado di giurisdizione (principio del), I) *Diritto processuale civile em Enciclopedia giuridica*, Roma, 1989, v. 12, p. 8).

seus aspectos²¹ Mesmo que, após a reforma de sentença terminativa, fosse proferido novo julgamento pelo órgão judiciário perante o qual se produziram as provas, especialmente a testemunhal, a interposição de recurso devolveria ao tribunal o reexame da causa, quebrando a imediação.

Em síntese, nos sistemas em que não há garantia efetiva de imediação – como é o do Direito Processual brasileiro –, a regra do § 3º, do art. 515, do CPC, traz mais vantagens, em termos de economia de tempo e de custos, do que desvantagens. Sua adoção mostra-se, pois, plenamente justificável. Só deixaria de o ser se o recurso de apelação fosse sensivelmente limitado em seu efeito devolutivo, do ponto de vista da profundidade, para tornar soberana a decisão do juízo recorrido no tocante aos fatos em debate na causa.

6. Compatibilidade com o processo do trabalho.

A possibilidade de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, é perfeitamente compatível com o processo do trabalho.

O recurso ordinário do processo do trabalho, no tocante aos seus efeitos, não se distingue em nada da apelação regulada no direito comum. Trata-se exatamente do mesmo recurso, apenas com alteração nominal e com pequenas peculiaridades no tocante a certas condições de admissibilidade, tais como prazo e depósito recursal. A falta, no Direito brasileiro, de preceito como o art. 87º, do Código de Processo do Trabalho português, sujeitando expressamente os recursos do processo do trabalho ao regime de julgamento estabelecido pelo processo civil²², não tem relevo, suprida que se acha a lacuna pelo comando genérico do art. 769, da CLT. Aliás, tanto jurisprudência como doutrina já haviam realçado a aplicação das regras dos §§ 1º e 2º, do art. 515, ao recurso ordinário do processo do trabalho²³ Não há razão para que se passe de modo diverso com o novo preceito adicionado a esse artigo.

21. Como escreve Pedro Batista Martins, o duplo grau de jurisdição “importa o sacrifício de um dos princípios cardeais do sistema oral: o da *imedição*” (Recursos e processos da competência originária dos tribunais, Rio de Janeiro, Forense, 1957, n. 109, p. 150).

22. O art. 87º, do Código de Processo do Trabalho português, com a redação dada pelo Decreto-Lei n. 480/99, tem o seguinte teor: “O regime de julgamento dos recursos é o que resulta, com as necessárias adaptações, das disposições do Código de Processo Civil que regulamentam o julgamento do recurso de agravo, quer interposto na 1ª instância, quer na 2ª instância, conforme os casos”.

23. Em Jurisprudência: “Recurso – Devolutividade – Amplitude. Se o reclamado em sua defesa articulou mais de um fundamento mas apenas um deles foi acolhido pela sentença de primeiro grau, o recurso ordinário interposto devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais fundamentos da defesa, ainda que não apreciados pela Junta de Conciliação e Julgamento. Inteligência do art. 515 do CPC. Recurso conhecido e provido.” (TST – SBD11 – ERR n. 208.313/95-1, Rel. Min. Vantuil Abdala *in* DJU de 21.05.99, p. 87). Em doutrina, cf. Estêvão Mallet, Procedimento sumarríssimo trabalhista, São Paulo, LTr, 2002, n. 38, p. 100/101.

Ademais, a finalidade perseguida pela norma do § 3º do art. 515, do CPC, encontra-se afinada com o art. 765, da CLT, que sublinha a importância do rápido andamento das causas trabalhistas.

Não há, pois, como pôr em dúvida a possibilidade de aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, no processo do trabalho²⁴

7. Pressupostos para o julgamento imediato do mérito em caso de reforma de sentença terminativa.

No Direito brasileiro o exame do mérito do litígio, em caso de reforma de sentença terminativa, depende, consoante o texto do § 3º do art. 515, do CPC, da natureza da questão em debate, que deve ser, segundo a fórmula legal, “exclusivamente de direito”, e da possibilidade de se dar, desde logo, o seu julgamento.

Logo de início percebe-se o equívoco do legislador em referir-se a questão exclusivamente de direito. Na verdade, questão alguma é exclusivamente de direito porque – como lembra Lopes da Costa – a discussão sobre a norma a aplicar “*não pode ser de modo absoluto separada da questão de fato. É do fato que nasce o direito. Ex facto ius oritur*”²⁵

Realmente, pretender separar, de modo rígido, fato e direito não se compreende. A própria análise dos fatos não é simplesmente atividade voltada à consideração da realidade. A discriminação dos fatos a serem considerados supõe já certo enquadramento jurídico da situação, porque os fatos são sempre constatados tendo em vista “um determinado sentido jurídico”²⁶ Daí dizer Karl Larenz que todas as situações de fato a apreciar juridicamente “*não representam uma pura enumeração de fatos, mas são o resultado de uma certa escolha...em atenção ao que nisso pode ser juridicamente relevante*”²⁷ Os fatos são muito variados e nem todos os aspectos da situação ocorrida revestem-se de relevância jurídica. Assim, é preciso separar, entre os

24. Em Jurisprudência, aplicando já a nova regra no processo do trabalho: “A lei processual em vigor pôs fim ao formalismo inútil da chamada supressão de instância. Se o juiz declarar extinto o processo nos termos do art. 267 do CPC, pode o Tribunal afastar o motivo e decidir a lide...”(TRT – 2ª Reg., 9ª T., RO n. 20010377039, Ac. n. 20020198595, Rel. Juiz Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, julg. em 01.04.02 in Revista Nacional de Direito do Trabalho, n. 50, junho de 2002, p. 163).

25. Direito processual civil, Rio de Janeiro, Forense, 1959, v. III, n. 419, p. 409.

26. Jan Schapp, Problemas fundamentais da metodologia jurídica, Porto Alegre, Fabris Editor, 1985, p. 40.

27. Metodologia da ciência do direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 335.

diversos acontecimentos, aqueles efetivamente importantes para a análise jurídica do problema. Mas a própria delimitação dos acontecimentos relevantes supõe já possível enquadramento jurídico da situação, porque conforme seja uma ou outra a norma aplicável, variam os fatos dignos de consideração. Em conseqüência, a definição dos fatos e a determinação da norma de regência não são momentos distintos e estanques do processo de formulação da sentença. Muito ao contrário, “a constatação dos fatos está inserida na apreciação jurídica”, consoante adverte Schapp²⁸ o que transforma a atividade decisória em verdadeiro “círculo hermenêutico”²⁹ para utilizar a expressiva fórmula cunhada por Larenz.

Em perfeita sintonia com esse entendimento, lembra Mandrioli ser impossível conceber como duas operações absolutamente distintas os juízos sobre os fatos e sobre o direito, “*perché il giudizio di diritto presuppone, nella sua stessa impostazione...un primo orientamento che non può esser dato che dai fatti, mentre il giudizio di fatto presuppone la cernita e la messa a fuoco degli elementi rilevanti, la quale presuppone a sua volta il riferimento alla portata della norma*”³⁰ Aliás, nem mesmo no juízo abstrato de constitucionalidade das normas – em que presumivelmente menos importância poderia ter a realidade concreta – a separação entre fatos e direito mostra-se cabível, aludindo a doutrina à necessidade de “investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos”³¹ E tanto é verdade que a Lei n. 9.868, ao regular o procedimento para julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, reconheceu a importância que os fatos podem ter no exame da controvérsia, admitindo sejam solicitados pareceres ou ouvidos especialistas.³²

Em conseqüência, superada a pretendida separação rígida entre questão de fato e questão de direito, a inadequada fórmula do § 3º, do art. 515, do CPC, passa a dirigir-se às situações em que já há nos autos elementos suficientes para resolução da controvérsia sobre os fatos relevantes no processo, tornando desnecessárias novas diligências. É, aliás, a mesma solução estabelecida para hipótese assemelhada – embora

28. Problemas fundamentais da metodologia jurídica cit., p. 40.

29. Metodologia da ciência do direito cit., p. 337.

30. *Corso di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 1993, I, § 17, p. 81.

31. Gilmar Ferreira Mendes, Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial *in* Jurisdição constitucional, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 356.

32. Arts. 9º, § 1º e 20, § 1º

não idêntica, sublinhe-se –, consoante previsão do parágrafo único, do art. 740, do CPC: “*Não se realizará audiência, se os embargos versarem sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o juiz proferirá a sentença no prazo de 10 (dez) dias*” Em ambos os casos, a desnecessidade de novas diligências impõe o pronto julgamento da causa.

Definido o correto significado da imprópria referência a “questão exclusivamente de direito”, cabe agora apurar se as duas condições mencionadas no § 3º, do art. 515, do CPC, antes indicadas, são aditivas. A esse propósito cumpre ter em vista que a utilização da partícula “e” nem sempre traduz idéia de adição, ao contrário do que a alguns pareceu.³³ Por vezes serve apenas como “designativa de ordem”, como sublinhou Correa Telles, nas notas que após à Teoria da interpretação das leis de Domat, demonstrando sua afirmação com o seguinte exemplo: “*se me perguntarem... quaes são os herdeiros necessários, e eu responder, que são os descendentes e ascendentes, nem por isso quero dizer, que os ascendentes succedem junctamente com descendentes*”³⁴ Outras vezes a partícula tem significado alternativo. É o que ocorre quando, para a pergunta sobre os caminhos para se chegar a determinado local, indica-se que se pode adotar o caminho A e o caminho B³⁵ Tome-se exemplo ainda mais próximo da questão em debate. Refere-se o art. 475, inciso I, do CPC, ao tratar do reexame necessário, à sentença “*proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público*”. A despeito do duplo emprego do “e” a ninguém ocorrerá dizer que está sujeita ao reexame necessário apenas a sentença simultaneamente contrária a todas as pessoas mencionadas. A função alternativa – e não-aditiva – das partículas é, no caso, inegável.

Pois bem, se, como visto, o “e” não indica necessariamente adição, não faria sentido algum que tivesse esse significado no § 3º, do art. 515, do CPC. Qual o motivo para afastar o exame imediato do mérito do litígio quando semelhante resultado se pode logo obter, embora não seja “exclusivamente de direito” a questão? Buscou-

33. César Marcos Klouri, Comentários às alterações do Código de Processo Civil *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, RT, n. 9, janeiro-junho de 2002, p. 201.

34. Auxiliar jurídico – Apêndice às Ordenações Filipinas, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1985, v. I, p. 431.

35. Interessante notar que por vezes é o contrário o que se verifica. Adquire a partícula “ou” significado aditivo e não-alternativo. Exemplo expressivo encontra-se no *caput*, do art. 286, do CPC. Sobre essa hipótese, cf. José Carlos Barbosa Moreira, O novo processo civil brasileiro, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 13, e José Joaquim Calhoun de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1989, v. 3, p. 214.

se, com a dispensa de retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, permitir a prestação mais eficiente, eficaz e rápida da atividade jurisdicional, ideal a ser prestigiado e favorecido. Logo, não há razão alguma para limitar os casos em que a providência tem lugar. Daí porque não é preciso estarem presentes simultaneamente as duas condições mencionadas no art. 515, § 3º, do CPC, para que se julgue o mérito logo após a reforma da sentença terminativa.

Em consequência, mesmo havendo controvérsia sobre direito e também sobre fatos, se já foram realizadas todas as diligências pertinentes ao esclarecimento desses fatos, após larga instrução processual, sem, todavia, decisão de mérito – pronunciando-se, por exemplo, a carência de ação, o que sabidamente pode ocorrer a qualquer tempo (CPC, art. 267, § 3º)³⁶ –, o acórdão que reformar a sentença poderá desde logo reconhecer a procedência do pedido. Diversamente, se, pelo acolhimento de preliminar de inépcia, suscitada em defesa, o julgamento terminativo ocorreu sem que as provas tenham sido produzidas, afastada a inépcia, o julgamento do mérito não pode se dar de imediato. Em síntese, teria sido muito mais simples se houvesse o legislador brasileiro deixado claro, com melhor técnica, que o imediato julgamento do mérito depende apenas da inexistência de qualquer obstáculo, seja por não ter havido controvérsia sobre os fatos no juízo recorrido, seja por já haverem sido produzidas todas as provas necessárias ao deslinde da controvérsia.

8. Natureza da atribuição de julgamento imediato do mérito.

Presentes os pressupostos antes analisados, o julgamento imediato do mérito não constitui mera faculdade conferida ao juízo do recurso. Trata-se, ao

36. Cf., sobre o tema, Liebman, Manual de direito processual civil, São Paulo, Forense, 1985, vol. 1, n. 74, p. 154. Em jurisprudência: "Acerca dos pressupostos processuais e das condições da ação, não há preclusão para o juiz, a quem é lícito, em qualquer tempo e grau da jurisdição ordinária, reexaminá-los, não estando exaurido o seu ofício na causa." (STJ – 4a T., Resp n. 18.711/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, julg. de 31.05.93 in DJU de 30.08.93, p. 17.296.); "O tribunal da apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação. Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão final." (STJ – 4a T., AGREsp n. 192.199/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. em 10.08.99 in DJU de 20.09.99, p. 66). De modo ainda mais abrangente, admitindo até mesmo o reexame de decisão de saneamento, para declarar carência de ação antes afastada: "Após declarar saneado o processo, não fica o juiz impedido de declarar a ilegitimidade da parte. A preclusão é sanção imposta à parte e não ao juiz, que pode examinar os pressupostos processuais e as condições da ação desde a petição inicial até o julgamento definitivo da lide." (STJ – 1a T., Resp n. 199.471/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, julg. em 04.05.99, in DJU de 21.06.99, p. 87). No sentido do último julgado, em doutrina, Ovídio Batista da Silva, Curso de processo civil, São Paulo, RT, 1998, vol. 1, p. 211 e José Rogério Cruz e Tucci, Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento in Revista dos Tribunais, v. 640, *passim*, especialmente p. 23.

contrário, de verdadeiro dever.³⁷ O fato de haver o legislador disposto que o tribunal “pode julgar desde logo a lide” não o impondo claramente, não é de modo algum determinante.

Em primeiro lugar, é sabido que muitas vezes a expressão utilizada pelo legislador, reconhecidas as deficiências e as limitações da interpretação gramatical, não constitui o argumento decisivo no campo da hermenêutica jurídica.³⁸ Poder-se-ia dizer, repetindo Celso: “conhecer as leis não é ater-se a suas palavras, mas compreender sua força e efeitos”.³⁹ Mais tarde Emilio Betti afirmaria ser a superação da interpretação “*alla lettera della legge*” a principal exigência imposta ao verdadeiro intérprete do Direito⁴⁰, até porque o correto sentido de qualquer declaração, não apenas das declarações jurídicas, depende sempre “*de presupostos mais complexos que o puro sentido literal*”⁴¹. Não custa sublinhar o que teve a Suprema Corte norte-americana ocasião de assentar, em *United States v. American Trucking Ass'ns*, de 1940, ao expor as limitações da interpretação meramente literal, que por ela nunca foi considerada decisiva e determinante: “*There is, of course, no more persuasive evidence of the purpose of a statute than the words by which the legislature undertook to give expression to its wishes. Often these words are sufficient in and of themselves to determine the purpose of the legislation. In such cases we have followed their plain meaning. When that meaning has led to absurd or futile results, however, this Court has looked beyond the words to the purpose of the act. Frequently, however, even when the plain meaning did not produce absurd results but merely an unreasonable one 'plainly at variance with the policy of the legislation as a whole' this Court has followed that purpose,*

37. No mesmo sentido, de modo hesitante, porém, e sem indicação de fundamentos para a conclusão, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, *Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, RT, 2002, p. 142.

38. Cf., dispensando outras referências, Francesco Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, Athenaeum, 1921, t. I, p. 214. Na jurisprudência vale a alusão ao seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: “Muitas vezes a interpretação literal contraria profundamente o espírito da lei” (STJ 1a T., REsp. n. 231.313-RS, Rcl. Min. Humberto Gomes de Barros, julg. em 22.08.00 in *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 140, p. 143/144).

39. *Digesto*, I, III, 17.

40. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 179/180.

41. Philipp Heck, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*, São Paulo, Saraiva, 1948, p. 53. Em *Helvering v. New York Trust Co.*, de 1934, assinalou a Suprema Corte norte-americana: “*a thing which is within the intention of the makers of a statute is as much within the statute as if it were within the letter, and a thing which is within the letter of a statute, is not within the statute, unless it is within the intention of the makers*” (292 U.S. 455).

*rather than the literal words*⁴² Certamente não será preciso insistir ainda mais no ponto.

Não bastasse o já exposto, freqüentemente exprime o legislador verdadeira obrigação imposta ao juiz por meio da alusão a algo que pode ele fazer⁴³ Um bom exemplo encontra-se no art. 273, do CPC, que igualmente alude à possibilidade de o juiz antecipar a tutela pedida, já havendo a doutrina sublinhado que o provimento tem de ser concedido, tanto que presentes os seus pressupostos⁴⁴ Por isso mesmo, quando se está diante de verdadeira faculdade, a fórmula legal é clara e indubitosa, como ocorre, por exemplo, no direito francês, em que o julgamento imediato do mérito fica condicionado a que o tribunal considere “*de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive*”, nos termos do art. 568, do *Code de Procédure Civile*, anteriormente mencionado⁴⁵

Cabe lembrar ainda, em terceiro lugar, que a obtenção do maior rendimento com a atividade processual, idéia que, em correspondência com o princípio da economia processual, inspira a norma do § 3º, do art. 515, do CPC,⁴⁶ não pode ficar na dependência da vontade do julgador. Constitui, pelo contrário, objetivo a ser perseguido permanentemente, sem prejuízo das garantias conferidas aos litigantes. E tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já realçou ser o julgamento antecipado da lide providência de caráter obrigatório e não facultativo.⁴⁷

42. 310 U.S. 534. Também em *Helvering v. Morgan's Inc.*, de 1934, a Corte sublinhou a mesma proposição, aduzindo, em material tributária: “...the true meaning of a single section of a statute in a setting as complex as that of the revenue acts, however precise its language, cannot be ascertained if it be considered apart from related sections, or if the mind be isolated from the history of the income tax legislation of which it is an integral part”(293 U.S. 121).

43. Sobre o tema, amplamente, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1991, n. 331 e ss., p. 270 e ss.

44. No processo civil, cf. José Carlos Barbosa Moreira, *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do Código de Processo Civil* in *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 1996, n. 81, p. 208, e, no processo do trabalho, Estêvão Mallet, *Antecipação da tutela no processo do trabalho*, São Paulo, LTr, 1999, p. 94.

45. Compreende-se, ante tal fórmula, considere a doutrina francesa o julgamento imediato do mérito “*une simple faculté, nullement une obligation*”(Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procédure civile cit.*, n. 1445, p. 977).

46. Antes, item 5.

47. O acórdão tem a seguinte ementa: “Presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder”(STJ – 4º T., REsp n. 2.832-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo in DJU de 17.09.90, p. 9.513). Ainda na mesma linha: “Cerceamento de defesa. Dispensa de testemunha. Não configuração...não configura cerceamento de defesa a dispensa de testemunha quando o julgador, sentindo-se convencido com a prova colhida, inclusive testemunhal, entender desnecessária a oitiva das demais testemunhas arroladas face a inexistência de controvérsia acerca do fato probante”(STJ - 3a T., RESP n. 40.212/BA, Rel. Min. Cláudio Santos in DJU de 02.05.94, p. 10.008).

Por fim, no processo do trabalho é ainda mais evidente o caráter imperativo do julgamento imediato do mérito, quando presentes os pressupostos mencionados no § 3º, do art. 515, diante da obrigação imposta ao juízo pelo art. 765, da CLT.

9. Julgamento imediato do mérito e conduta do recorrente.

Do que acaba de ser dito no item anterior tira-se que o julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não depende de requerimento do recorrente. Não cabe argumentar, para justificar solução diversa, com o *caput*, do art. 515,⁴⁸ porque o § 3º constitui exceção à primeira norma. Tampouco importa o desejo da parte de, com o retorno dos autos ao juízo recorrido, produzir provas adicionais.⁴⁹ De duas, uma: ou as provas que a parte pretende produzir são pertinentes, ou não. Sendo pertinentes, não cabe aplicação do § 3º, do art. 515, porque não se encontram presentes as condições para o julgamento imediato do mérito no juízo do recurso.⁵⁰ Se são impertinentes as provas, não serão produzidas nem mesmo em primeiro grau de jurisdição (CPC, art. 130, parte final), por mais que o desejo a parte.⁵¹ A vontade do litigante é, no particular, irrelevante. O que importa é a necessidade objetiva da prova. Logo, se entende o juízo do recurso, diante do estado do processo, desnecessárias novas provas, deverá de imediato julgar o mérito do litígio. Fazendo-o não cerceará a defesa de quem quer que seja⁵². Claro está, de todo modo, que, equivocadamente o seu entendimento – porque era necessária a prova indeferida –, se configura *error in procedendo*, tornando-se a decisão suscetível de anulação.

Desnecessário, como visto, requerimento para que se aplique o § 3º, do art. 515, do CPC, não há se falar em oposição do recorrente ou mesmo do recorrido ao

48. O argumento encontra-se em Cândido Rangel Dinamarco, Os efeitos dos recursos *in Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*, São Paulo, RT, 2002, p. 38.

49. Novamente Cândido Rangel Dinamarco, Os efeitos dos recursos cit., p. 39.

50. Antes, item 7.

51. “Ao julgador incumbe indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, na esteira do entendimento do art. 130 do Código de rito” (2º Trib. Alçada Civil - SP, 11a Câmara, Ap. n. 593.076-00/0, Rel. Juiz Mendes Gomes *in* Boletim ADCOAS n. 8192095). Invocando expressamente a aplicação subsidiária do art. 130, do CPC, no processo do trabalho, cf. TRT – 12ª Reg., 3ª T., Ac. nº 5365/98, Relª Juíza Lourdes Dreyer *in* DJSC de 22.06.98, p. 74.

52. Em termos gerais, veja-se, a propósito, o seguinte aresto: “Não pratica cerceamento de defesa a decisão que julga antecipadamente a lide, afirmando ser dispensável a realização de perícia com vistas a constituir prova sobre fato cuja comprovação documental cabia à concordatária, que não cuidou de fazê-la oportunamente” (STJ – 4ª T. Ag n. 43.975-5-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo *in* DJU de 23.05.94, p. 12.616).

imediate julgamento do mérito. A conclusão do processo não fica sujeita à iniciativa das partes (CPC, art. 262). Se o litígio já se encontra em condições de julgamento, não podem as partes se opor a que isso ocorra, nem lhes cabe produzir diligências inúteis ou protelatórias (CPC, art. 130, parte final).

10. Âmbito de incidência.

O julgamento imediato do mérito, no campo trabalhista, tem cabimento, normalmente, no julgamento do recurso ordinário. Hipótese mais freqüente é a de cumulação objetiva de ações. Pleiteando o reclamante, por exemplo, o pagamento de horas extras e equiparação salarial, realizada a instrução em torno de ambos os pedidos, o segundo é, ao ensejo do julgamento, considerado inepto. Afastada, no julgamento do recurso ordinário, a inépcia, segue-se o exame do mérito do pedido de equiparação salarial.

Pode-se aplicar o § 3º, do art. 515, mesmo sem que haja cumulação objetiva de ações. Ajuizada a reclamação apenas para o pagamento de horas extras, sem a prévia tentativa de conciliação (CLT, art. 625-D, *caput*), equivocadamente se pronuncia, após a completa instrução do feito, a carência de ação⁵³. Sobrevindo reforma da decisão, com o julgamento do recurso, prossegue-se desde logo no exame do mérito do litígio. O mesmo se pode dizer no caso de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, afirmada após a produção de todas as provas requeridas pelas partes. Afastando o Tribunal a incompetência, julgará de imediato o mérito.

Também na hipótese de reconvenção pode haver aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC. Repelida a reconvenção, depois de regularmente contestada, por

53. A solução é equivocada porque, como se procurou mostrar em outra oportunidade (Primeiras linhas sobre as comissões de conciliação *in* Revista LTR, São Paulo, v. 64-04, p. 444), a falta de prévia tentativa de conciliação não obsta o julgamento do mérito do pedido. Nesse sentido: "*Comissão de conciliação prévia - Submeter a controvérsia à Comissão de Conciliação Prévia não é um dos pressupostos da ação. É uma faculdade da parte. Raciocinar em sentido contrário seria obstaculizar o exercício da cidadania constitucionalmente previsto, e que assegura a todos o acesso ao Poder Jurisdicional para dirimir questões que envolvem violação a direito, a uma norma de hierarquia inferior, no caso a Lei n. 9958/2000.*" (TRT 2ª Reg., 4ª T., RORS nº 07873200290202009, Rel. Juiz Sergio Winnik, julg. em 09.04.02 *in* DJ de 19.04.02) e "*Comissão de Conciliação Prévia. Artigo 625-D, da CLT. Não há cominação para o não comparecimento à comissão de conciliação prévia, razão pela qual, constituindo uma faculdade (e não uma obrigação), não impede o ajuizamento da ação na Justiça do Trabalho.*" (TRT - 2ª Reg., 6ª T., RO n. 20010369320, Rel. Juíza Rita Maria Silvestre, julg. em 16.04.02, *in* DJ de 03.05.02). Existem, porém, julgados em sentido contrário. Por exemplo: "...qualquer demanda de natureza trabalhista, inclusive sobre obrigação de fazer, será submetida à \ "h11#h11" \ "h13#h13" Comissão de \ "h12#h12" \ "h14#h14" Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, ela houver sido instituída no âmbito da empresa ou do sindicato (art. 625-D), sob pena de \ "h13#h13" \ "h15#h15" extinção do feito." (TRT - 3ª Reg., 2ª T., RO n. 12.121/2001, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, julg. em 09.10.01 *in* DJMG de 17.10.01, p. 21).

considerar-se ausente o pressuposto da conexão, mencionado no art. 315, *caput*, do CPC, se a instrução realizada na ação principal permite o esclarecimento da matéria suscitada na reconvenção, o tribunal, reformando a sentença de extinção, examinará logo o pedido deduzido pelo reclamado.

Se o recurso ordinário é interposto em processo de competência originária do Tribunal Regional, como em dissídio coletivo, ação rescisória ou mesmo mandado de segurança, a regra do § 3º do art. 515, do CPC, satisfeitos os seus pressupostos específicos, tem plena aplicação. Daí porque, extinto o dissídio coletivo sem exame do mérito, por considerar-se que não se esgotou a tentativa de negociação, a reforma da decisão devolve ao Tribunal Superior do Trabalho, não havendo necessidade de novas provas, o exame do mérito do litígio. Julga-se logo o pedido, sem necessidade de baixa dos autos ao Tribunal Regional.

Em procedimento sumaríssimo, incide igualmente a permissão de julgamento imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa. A especialidade desse procedimento não é incompatível com a norma do art. 515, § 3º, do CPC.

O mesmo não se verifica, todavia, no procedimento sumário da Lei n. 5.584, não derogado pela Lei n. 9.957.⁵⁴ É que nesse último procedimento não se admite a interposição de recurso ordinário, mas apenas de recurso extraordinário, em caso de ofensa à Constituição⁵⁵

Uma vez que o exame imediato do mérito, em caso de reforma de sentença terminativa, não contraria o duplo grau de jurisdição, como se procurou mostrar acima,⁵⁶

54. Estêvão Mallet, Procedimento sumaríssimo trabalhista cit., pp. 21/22.

55. Sobre a questão, Estêvão Mallet, Do recurso de revista no processo do trabalho, São Paulo, LTr, 1995, n. 6.1, pp. 43/44. Em jurisprudência: "Recurso extraordinário. Causas de alçada. Decisão, em instância única, de primeiro grau, versando matéria constitucional. Dela cabe recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (...) e não recurso a órgão judiciário de segundo grau" (STF - 2ª T., Proc. RE n. 140.169-9, Rel. Min. Neri da Silveira in DJU n. 53, de 19.3.93, p. 4.283) e "A existência de contencioso constitucional, a ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal, viabiliza a interposição de recurso extraordinário contra a decisão emanada de juízes de primeiro grau, nas causas de alçada" (STF - 1ª T., RE n. 182.995-8, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 08.11.94 in DJU n. 164, de 25.08.95, p. 26.078). Sempre no mesmo sentido, STF - 1ª T., Proc. RE n. 136.149-2, Rel. Min. Moreira Alves in DJU n. 213, de 06.11.92, p. 20.107, e STF - Plenário, REC n. 510-1, Rel. Min. Ilmar Galvão, julg. em 23.02.95 in DJU n. 85, de 05.05.95, p. 11.904. Sem razão, portanto, o seguinte acórdão do Tribunal Superior do Trabalho: "Cabe recurso ordinário das sentenças proferidas nos dissídios de alçada que versem matéria constitucional" (TST 4ª T., Proc. RR n. 115.591/94, Rel. Juiz convocado Rider Nogueira de Brito in DJU n. 238, de 16.12.94, p. 35.138).

56. Antes, item 3.

a regra do § 3º, do art. 515, do CPC, abrange ainda o recurso ordinário *ex officio*, previsto no art. 1º inciso V, do Decreto-Lei n. 779.⁵⁷

A nova disciplina estabelecida pela Lei n. 9.756 estende a aplicação do § 3º do art. 515, do CPC até mesmo ao julgamento proferido após o provimento de agravo de instrumento. Denegado recurso ordinário interposto contra sentença terminativa, o provimento do agravo, nos termos do art. 897, § 7º, da CLT, leva ao exame do recurso denegado, o que permite o imediato julgamento do mérito do litígio.

Também em agravo de petição, que pouco se distingue do recurso ordinário, pode ter lugar o julgamento imediato do mérito. Se a impugnação à sentença de liquidação ou os embargos à execução não são examinados no mérito, porque acolhida a alegação de intempestividade, a reforma dessa decisão transfere ao tribunal o julgamento do litígio, descabendo a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau para prolação de nova sentença.

É claro que não tem pertinência o § 3º, do art. 515, do CPC, se o juízo do recurso entende não ser o caso de julgamento do mérito. Afirmando o tribunal a incompetência da Justiça do Trabalho para julgamento da causa, deverá aplicar o disposto no art. 113, § 2º, do CPC, sendo-lhe vedado julgar o mérito do litígio ou mesmo deixar de anular a decisão recorrida. Tampouco se aplica o § 3º do art. 515, do CPC, se não houve extinção do processo sem exame do mérito em primeiro grau de jurisdição. Assim, se determinada Vara do Trabalho rejeita exceção de incompetência relativa, prosseguindo até decisão de mérito, reiterada a alegação no recurso, deverá o tribunal, julgando-a fundada, anular a sentença e remeter os autos à Vara do Trabalho competente.

Tampouco importa para a aplicação da regra do § 3º, do art. 515, quando, por deficiência técnica, proclama-se a extinção do processo sem julgamento do mérito, embora se tenha examinado a pretensão deduzida. Exemplifique-se com a decisão proferida em reclamação com pedido de reconhecimento de existência de contrato de trabalho, julgada, após a completa instrução processual, extinta sem exame do mérito, porque considerado autônomo o reclamante. A conclusão sobre a natureza não-empregatícia da relação envolve juízo de mérito.⁵⁸ A alusão à extinção do processo

57. Em sentido diverso, partindo, segundo parece, da premissa de que o art. 515, § 3º, do CPC, contrastaria com a regra do duplo grau de jurisdição, cf. Luiz Eduardo Gunther e Cristina Maria Navarro Zorning, *As novas alterações do CPC e o processo do trabalho in* Jornal Trabalhista, Brasília, 15 de junho de 2002, p. 923/11.

58. A propósito: *"Afirmando o autor, em sua peça inaugural, a existência de uma relação empregatícia, está constituída a causa de pedir remota, substrato de todos os pleitos vindicados, sendo isso o suficiente para a fixação da competência, no plano lógico e abstrato. Admite-se, então, segundo a ótica da*

sem julgamento do mérito mostra-se, pois, equivocada. De todo modo, esse equívoco, meramente terminológico, não altera a natureza do pronunciamento, de modo que, mesmo antes da reforma introduzida pela Lei n. 10.352, em caso de reforma da sentença, ao juízo do recurso cabia desde logo examinar os pedidos deduzidos, sem devolução dos autos ao juízo recorrido.⁵⁹

11. Procedimento aplicável.

O procedimento a observar para a aplicação do § 3º, do art. 515, não apresenta peculiaridades significativas. Algumas poucas merecem referência.

Em primeiro lugar, não há necessidade e nem mesmo é tecnicamente correta a cisão do julgamento em diferentes sessões, uma para reforma da sentença terminativa, outra para julgamento do mérito do litígio. Na sessão designada para apreciação do recurso ordinário, considerando o relator estarem presentes os pressupostos do § 3º, do art. 515, do CPC, apresentará de imediato pronunciamento atinente à reforma da sentença, examinando o mérito da pretensão. Acolhida sua manifestação, julgar-se-ão na mesma assentada e no mesmo acórdão todas as matérias. Não haverá um acórdão para a reforma da sentença e outro para julgamento do mérito. Nem é pertinente o adiamento da sessão, para julgamento do mérito, em outra oportunidade, do mérito. Se, no entanto, por equívoco assim se fizer, não ocorre nulidade, diante da ausência de prejuízo para as partes (CLT, art. 794).

Em segundo lugar, e como decorrência do exposto, ao impugnar o recurso interposto contra sentença terminativa, deve o recorrido desde logo oferecer suas alegações atinentes ao mérito do litígio. Não terá oportunidade subsequente para fazê-lo. Do mesmo modo, ao recorrente cabe discutir o mérito de sua pretensão. Diversamente do que ocorre no Direito português, em que o tribunal, ao reformar a sentença

reelaborada teoria abstrata do direito de ação, a veracidade provisória dos fatos constantes da exordial, relegando ao julgamento meritório a apuração do juízo de certeza quanto a estes.”(TRT 13ª Reg., REOR n. 2074/99, Rel. Desig. Juiz Francisco de Assis Carvalho e Silva, Ac. n. 55.617, julg. em 08.09.99 in DJ de 20.04.00.

59. Assim, na Jurisprudência de Direito comum: “Para verificar se houve exame do mérito, há que pesquisar se a pretensão formulada foi decidida. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença haja, equivocadamente, afirmado que o autor era carecedor da ação. Fica o tribunal, no julgamento da apelação, autorizado a examinar todas as questões pertinentes ao merecimento” (STJ – 3ª T., REsp n. 31.766-0-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro in DJU de 30.05.94, p. 13.480) e “É lícito ao acórdão examinar o pedido pelo mérito, se a sentença não deixou de fazê-lo, embora tenha extinto o processo sem julgamento do mérito. Inocorrência de ofensa ao art. 515 do CPC” (STJ – 3ª T., Resp n. 7.417-SP, Rel. Min. Nilson Naves in DJU de 22.04.91, p. 4.787).

terminativa, convida as partes “a produzir alegações sobre a questão de mérito”⁶⁰ o regime do § 3º, do art. 515, do CPC brasileiro não assegura o direito de manifestação em separado sobre o mérito, após a interposição do recurso. Tem o recorrido, pois, o ônus de falar, já em sua resposta ao recurso, sobre o mérito do litígio.

Sem embargo, serão votadas separadamente as questões relativas à reforma da sentença, ao cabimento do exame do mérito e, finalmente, ao próprio mérito.⁶¹ Concebe-se, pois, que, após a reforma unânime da sentença terminativa, fique vencido o relator na proposta de imediato exame do mérito, por entenderem os demais julgadores não estarem presentes os pressupostos do § 3º, do art. 515, do CPC, caso em que haverá a baixa dos autos, para prosseguimento do processo (CPC, art. 560). Os juízes vencidos no julgamento de qualquer uma das questões deverão votar nas subseqüentes, consoante o art. 561, do CPC. Ao julgador que votara pela confirmação da sentença terminativa, vencido na questão, compete pronunciar-se sobre o mérito, se assim decidir a maioria.

Outro ponto a assinalar diz respeito ao depósito recursal. O julgamento imediato do mérito prescinde de depósito recursal específico e não autoriza a posterior exigência de garantia duplicada. Por isso, se houve extinção do processo sem julgamento do mérito em relação a todos os pedidos, o recurso do reclamante chega ao tribunal sem que tenha sido feito depósito recursal algum. Reformada a sentença e julgado procedente o pedido, o recurso de revista do empregador dependerá apenas do depósito do valor limite previsto em lei para este último recurso, não cabendo a exigência cumulada do valor exigido também para a interposição do recurso ordinário.

12. Impugnação do pronunciamento sobre a aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC.

A aplicação ou não da regra do § 3º, do art. 515, do CPC, não envolvendo mera faculdade do juízo do recurso⁶² sujeita-se, em tese, a impugnação. O recurso apropriado para tanto é, no caso de decisão proferida por Tribunal Regional, a revista, prevista no art. 896, da CLT. Não incide o óbice previsto no Enunciado 126, do Tribunal Superior do Trabalho, até porque a discussão sobre a necessidade ou não de novas

60. Código de Processo Civil português, art. 753, n. 2.

61. Sobre o tema, amplamente, José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil cit.*, n. 372, p. 663 e ss.

62. Antes, item 8.

provas não envolve reexame de fatos, mas aplicação de normas legais sobre direito probatório⁶³

Nem sempre, porém, o recurso de revista poderá ser oferecido. Se o tribunal nega a aplicação do § 3º do art. 515, do CPC, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, qualquer que seja o motivo, seu pronunciamento reveste-se de caráter interlocutório e não comporta imediata impugnação por meio de recurso, como decorrência do disposto no art. 893, § 1º, da CLT, e Enunciado 214, do Tribunal Superior do Trabalho⁶⁴. Eventual equívoco será reparado posteriormente.

Determinando o tribunal o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, após reformar sentença terminativa, sem examinar a possibilidade de aplicação do § 3º, do art. 515, do CPC, tem-se por configurada omissão. Admite-se, na hipótese, a apresentação de embargos de declaração (CPC, art. 535, inciso II), os quais poderão revestir-se de efeito modificativo (Enunciado 278, do Tribunal Superior do Trabalho, combinado com Orientação Jurisprudencial n. 142, da Subseção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho) e, em conseqüência, propiciar a continuação do julgamento já no tribunal, independentemente da prolação de nova sentença.

63. Em sentido contrário, sem razão, todavia: "A verificação da necessidade ou não de outras provas para alicerçar o julgamento da causa demandaria...o reexame das provas dos autos, vedado nesta Instância Especial, a teor do Verbete Sumular n. 7-STJ"(STJ - 4ª T., REsp n. 210.607-RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo *in* Revista do Superior Tribunal de Justiça, junho de 2002, vol. 154, p. 393). A mesma diretriz prevalece no Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, como mostra o seguinte acórdão: "A suficiência ou insuficiência de factos para julgar de mérito no despacho saneador e a apreciação das provas integram, em princípio, questão de facto da exclusiva competência das instâncias."(STJ - Processo n. 1.527, Rel. Correias de Paiva, julg. em 16.01.87).

64. De acordo com isso, em situação assemelhada: "¶ "h3#h3" ¶ "h5#h5" Recurso de ¶ "h4#h4" ¶ "h6#h6" revista - Descabimento. Acórdão regional que ordena o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para providências, sem julgamento definitivo da causa. Irrecorribilidade. A teor do En. nº 214 do TST, "as decisões ¶ "h5#h5" ¶ "h7#h7" interlocutórias, na Justiça do Trabalho, só são recorríveis de imediato quando terminativas do feito, podendo ser impugnadas na oportunidade da interposição de ¶ "h6#h6" ¶ "h8#h8" recurso contra a ¶ "h7#h7" ¶ "h9#h9" decisão definitiva, salvo quando proferidas em acórdão sujeito a ¶ "h8#h8" o mesmo tribunal". Tal verbete espelha o comando do art. 893, § 1º, da CLT, no sentido de que "os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões h10¶ "h9#h9" ¶ "h11#h11" interlocutórias somente em ¶ "h10#h10" ¶ "h12#h12" recursos da ¶ "h11#h11" ¶ "h13#h13" decisão definitiva". A este princípio se curva o acórdão, que, decidindo questões preliminares ou prejudiciais, devolve os autos ao primeiro grau de jurisdição, para prosseguir no julgamento ou adotar providências, que adiem o provimento regional definitivo para um segundo momento. Tal ¶ "h12#h12" ¶ "h14#h14" decisão, por teratológica que possa ser, não desafiará ¶ "h13#h13" ¶ "h15#h15" recurso de ¶ "h14#h14" ¶ "h16#h16" revista, eis que não represente a última manifestação jurisdicional, em grau ordinário. Tem-se, aqui, salutar expressão de celeridade processual, enquanto se evita o percurso desnecessário dos autos entre as instâncias recursais. ¶ "h15#h15" ¶ "h17#h17" Recurso de ¶ "h16#h16" ¶ "h18#h18" revista não conhecido."(TST - 2ª T., RR n. 372.244, Rel. Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani Pereira, julg. em 14.02.01 *in* DJU de 16.03.01, p. 737).

13. Direito intertemporal.

A afirmação, tão freqüente, de que as normas de Direito Processual têm aplicação imediata, apanhando os processos em curso,⁶⁵ é, em sua generalidade, excessiva. Nem sempre há como compatibilizar os atos já praticados com as novas disposições legais, como se pôde verificar com o procedimento sumaríssimo previsto no Código de Processo Civil de 1973⁶⁶ e, mais recentemente, com o procedimento criado pela Lei n. 9.957.⁶⁷

No caso da Lei n. 10.352 a aplicação da regra do § 3º do art. 515, do CPC, aos recursos interpostos antes de sua vigência, embora julgados posteriormente, comprometeria o contraditório, na medida em que o recorrido, dispensado, pela regulamentação anterior, de discutir o mérito do litígio em sua resposta ao recurso, poderia ser surpreendido pela decisão do tribunal.

O critério mais adequada para a solução do conflito de leis no tempo em matéria recursal corresponde à observância da norma vigente quando da prolação da sentença. O direito ao recurso surge com o julgamento, segundo bem assentado em doutrina⁶⁸ regendo-se, pois, pelas regras então vigentes. Alterações posteriores não repercutem, em regra, sobre a posição processual da parte. Nem mesmo a aplicação da lei vigente ao tempo da publicação da decisão recorrida – critério que antes se propusera⁶⁹ e que conta com amplo apoio da doutrina⁷⁰ e da jurisprudência⁷¹ – é correto.

65. Por todos, Paul Roubier, *Le droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1960, n. 101, p. 545.

66. A propósito, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Procedimento sumaríssimo. Este ganha feição própria a partir da petição inicial (CPC, art. 276). Esta sua configuração, que surge, portanto, da propositura da ação, impede que, iniciada a demanda pelo procedimento ordinário e até contestada, tal ainda na vigência da antiga lei adjetiva civil, venha, quando em grau de recurso, e aí já vigorando o novo Código, ser aplicado o prazo de 5 dias do parágrafo único do art. 508. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (STF - 1a T., RE n. 82.357/PR, Rel. Min. Bilac Pinto, julg. em 04.11.75 in DJU de 26.12.75 e RTJ v. 76, p. 653).

67Cf. TST - 2a T., AIRR n; 698.747/00, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, julg. em 21.02.01 in DJU de 23.03.01, p. 608; TST - 5a T., AIRR n. 717.985/00, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, julg. em 09.05.01 in DJU de 24.05.01, p. 731 e TST - 4a T., RR n. 715.592/00, Rel. Juiz Convocado Renato de Lacerda Paiva, julg. em 06.06.01 in DJU de 29.06.01, p. 837.

68. Cf., a propósito, Galeno de Lacerda, O novo direito processual e os feitos pendentes, Rio de Janeiro, Forense, 1974, p. 70, e Athon de Gusmão Carneiro, Lei nova e admissibilidade de recursos in Revista de Processo, São Paulo, RT, vol. 108, p. 213 e segs.

69. Estêvão Mallet, Reforma de sentença terminativa e julgamento imediato do mérito no processo do trabalho in Revista da AMATRA II, São Paulo, n. 7, p. 16 e segs.

70. José Manoel de Arruda Alvim, Curso de direito processual civil, São Paulo, RT, vol. I, n. 13.

71. “Segundo princípio de direito intertemporal, o recurso se rege pela lei vigente à data em que

Apresenta falhas e inconvenientes, na medida em que pode fazer com que decisões proferidas na mesma data fiquem, sem qualquer razão relevante, sujeitas a normas legais diversas somente porque publicadas em diferentes momentos, por conta de diversa tramitação burocrática dos processos.⁷²

Em síntese, o § 3º, do art. 515, do CPC, aplica-se desde logo aos recursos interpostos contra decisões prolatadas após o início da vigência da Lei n. 10.352, não importando o momento em que ajuizada a ação, encerrada a instrução ou publicada a sentença. Os recursos interpostos contra decisões prolatadas anteriormente, porém, ficam ainda sujeitos ao regime do direito anterior, mesmo quando julgados já sob a vigência das disposições da Lei n. 10.352.

São Paulo, junho de 2003.

publicada a decisão..."(STJ – 4ª T., RMS n. 38-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo *in* DJU de 04.06.90, p. 5.061) e "É entendimento pacífico nesta Corte que a lei vigente à data da publicação da sentença é a que rege a interposição de recursos"(STJ – 5ª T., AgRgAgRgAI n. 391.043-RJ, Rel. Min. Felix Fischer *in* Bol. AASP n. 2297/649). A Súmula n. 1, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região tem o seguinte teor: "A lei regente do recurso é a em vigor na data da publicação da sentença ou decisão."

72. Athos de Gusmão Carneiro, Lei nova e admissibilidade de recursos cit., p. 219.

**DIREITO DO TRABALHO E DIREITO DOS CONTRATOS:
APONTAMENTOS RELEVANTES SOBRE A PARTE ESPECIAL DO
NOVO CÓDIGO CIVIL (LEI N. 10.406, de 10.01.2002)**

Guilherme Guimarães Feliciano
Doutorando pela Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Resumo:

As inovações do Novo Código Civil em relação ao Direito do Trabalho, com ênfase aos dispositivos da Parte Especial do Novo Código Civil.

Abstract:

The innovations of the New Civil Code related to the Labor Law, emphasizing the Special Part features.

Unitermos: contratos no Direito do Trabalho; Novo Código Civil.

I. Introdução.

O presente trabalho propõe examinar, sem maiores digressões, o ensejo e a forma de aplicação das normas dispostas pela Lei n. 10.406/2002 (“*Institui o Código Civil*”) ao Direito do Trabalho e, no geral, às relações sociais de trabalho – como também, indiretamente, ao próprio Direito Processual do Trabalho, por via reflexa. Como, todavia, não se pretende exaustivo, atém-se aos dispositivos da Parte Especial do Novo Código Civil (NCC), mais exatamente àqueles que, a partir do art. 421, tratam “Dos Contratos em Geral” no que convir e couber dizer.

Com esse propósito, o art. parte da teoria geral dos contratos, tal como posta pela Lei n. 10.406/2002, para ali identificar princípios e institutos úteis aos operadores do Direito do Trabalho, com especial atenção para as novidades introduzidas pelo novo Código.

Futuramente, deveremos pinçar, entre os vários contratos típicos do Código Civil de 2002, aqueles mais encontrados no âmbito do processo do trabalho (nomeadamente, a doação, a prestação de serviços, a empreitada, o mandato, a transação e o compromisso), comentando-os brevemente e analisando-os à luz do novo regramento legal.

Por ora, todavia, interessa destrinçar os aspectos mais relevantes da teoria geral. Passemos, pois, ao estudo da “*lex nova*”

II. Dos contratos em geral (Título V – arts. 421 a 480).

No estudo das aplicações da teoria geral dos contratos ao Direito do Trabalho, é curial recordar, em caráter propedêutico, a *nota fundamental* insculpida no art. 8º, par. único, da CLT (que regeu a aplicabilidade do Direito Civil aos contratos de trabalho sob a égide do Código Civil de 1916 e continua a regê-la, agora sob o pálio do Código Civil de 2002): a subsidiariedade. Significa dizer que as normas de Direito Civil informam as relações de trabalho em caráter subsidiário, o que pressupõe o atendimento de duas *condições* de aferição estritamente hermenêutica, a saber, (1) a lacuna no sistema legal-trabalhista, e (2) a compatibilidade entre a norma de Direito Civil e os princípios retores do Direito do Trabalho (sintetizados em *quatro* entidades, na célebre partição de Plá Rodriguez¹: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade e princípio da razoabilidade).

Dizer que essas duas condições têm aferição *estritamente hermenêutica* significa reconhecer que, na prática, a identificação de lacunas e o juízo de compatibilidade são tarefas que geralmente exigem especiais esforços do intérprete, não raro alimentados pela sua predisposição ideológica (no sentido de transigir ou não com a norma exógena) e pelos seus vínculos culturais. Às questões de aplicação subsidiária do Direito Civil geralmente não se impõe o axioma “*in claris cessat interpretatio*” æ máxima refutada, ademais, pela moderna teoria jurídica, para a qual não há norma jurídica que prescindida de interpretação. É compreensível, portanto, que juristas de diversas linhagens partam dos mesmos pressupostos (*i.e.*, da mesma situação de fato e das mesmas fontes formais do direito) e concluam de modo diametralmente oposto, aqui pela aplicação subsidiária da norma civil e, ali, pela sua não-aplicação. É o que se tem visto, *e.g.*, no campo do processo (*ut* art. 769 da CLT), após a edição da Lei n. 10.352 de 26.12.2001, que deu redação ao parágrafo 2º ao art. 475 do CPC²: enquanto muitos recusam sua aplicação ao processo do trabalho, por

1. Américo Plá Rodriguez, *Princípios de Direito do Trabalho*, trad. Wagner Giglio, 4a tiragem, São Paulo, LTr, 1996, *passim*.

2. “Não se aplica o disposto neste art. [reexame necessário] sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor”

entenderem não haver lacuna, outros pugnam pela aplicação, ao argumento de que a lacuna é óbvia³ ...

Na teoria geral dos contratos, não será diferente. Por isso, manda a cautela que iniciemos o estudo pelos aspectos menos movediços, à vista do que já prevalecia à luz do Código Civil de 1916.

2.1. Formação do contrato e autonomia de vontades.

O art. 421 do NCC estabelece que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato. Ao reconhecer, nesse sentido, uma *função* aos contratos em geral, o legislador repudia a idéia liberal de que todo acordo de vontades é válido, desde que reúna partes capazes em torno de um objeto lícito e determinado (ou determinável): a atividade de contratar não é *livre* desse modo, porque a ela se contrapõe a função social dos contratos, que o Estado resguarda como “*atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder*”⁴

A função social do contrato determina, portanto, os *limites* da liberdade de contratar. Nessa ensanча, Nery Jr. e Andrade Nery reconhecem, no preceito (art. 421 do NCC), três *cláusulas gerais* (*Generalklausen*) do direito dos contratos, ditas

3. Cfr., e.g., José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva (*A alteração nos arts. 475 e 515 do CPC e sua aplicação no processo do trabalho*, in Revista LTr 66-12/1461-1468): “Nenhuma objeção séria pode haver quanto à subsidiariedade de tal norma no processo do trabalho, porquanto previstos os dois requisitos para tanto: a lacuna do Decreto-lei n. 779/69 e a perfeita compatibilidade com os princípios do referido processo (art. 769 da CLT)” (p. 1.463). Menos categórico, Manoel Antonio Teixeira Filho (*Código de Processo Civil e alterações: breves comentários às Leis ns. 10.352 e 10.358/2001*, in Revista LTr 66-03/263-276) observou que a primeira parte do parágrafo 2o do art. 475 do CPC poderia ser aplicada ao processo do trabalho (p. 264). E, em sentido contrário, Bruno Fernandes Albuquerque (*A última reforma do Código de Processo Civil e a sua repercussão no processo do trabalho*, in Revista LTr 66-03/300-309): “Quanto à limitação em 60 (sessenta) salários imposta pelo parágrafo segundo do art. 475 do CPC, haverá quem defenda a sua aplicação ao processo do trabalho [...]. Entretanto, entendemos que o legislador ao criar tal valor referencial para envio ou não ao tribunal *ad quem* da decisão contrária a Fazenda Pública, tornou disponíveis, apenas para o processo civil, as condenações iguais ou inferiores a 60 (sessenta) salários mínimos. Isto porque a norma deve ser interpretada de forma restritiva, já que fere a regra constitucional da indisponibilidade dos recursos Públicos e o princípio da legalidade na administração pública” (pp. 304-305 - *g.n.*). De nossa parte, acompanhamos esse último escólio (pela não-aplicabilidade): embora possa não ser a solução mais *útil* para a grande massa de jurisdicionados, é a mais *técnica* à mercê do sistema jurídico vigente, já que o Decreto-lei 779/69 regulou *inteiramente* os efeitos do processo do trabalho em relação aos entes da Administração Pública.

4. Cfr., *mutatis mutandi*, Antonio Herman V. Benjamin, *Função Ambiental*, in *Dano Ambiental Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p.28.

tais as “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas principalmente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir”: a *autonomia privada* (= *liberdade de contratar*), o *respeito à ordem pública* e a *função social do contrato*, que interagem entre si⁵

A rigor, a *função social* do contrato æ aquilo que, nos contratos, destina-se ao interesse alheio, com a nota da relevância global (caráter *publicístico*) e a natureza de poder-dever, sob regime homogêneo æ é a de propiciar circulação de riqueza, transferindo-a de um patrimônio a outro⁶. No Direito do Trabalho, permite-se reconhecer, para além disso, as funções sociais de distribuição de riqueza (obstando, na ótica marxista, uma apropriação selvagem e desumana da mais-valia) e de tutela da dignidade humana (a relação de trabalho æ de perfil contratual-institucional æ surge no horizonte histórico como instrumento jurídico de salvaguarda mínima dos interesses econômicos e psicossomáticos do trabalhador, desaguando na dicção doutrinal do princípio da proteção), desempenhadas pelo *contrato de trabalho*, a teor dos art. s 1º, III e IV, 3º, I e III, e 170 da CRFB/88.

Reconhecer tais funções sociais, que são inerentes ao contrato de trabalho e admitem fácil cognição a partir da interpretação histórico-teleológica dos arts. 2º, 3º e 442, *caput*, da CLT (ou à mercê de interpretação sistemática que tome em consideração o art. 5º do Decreto-lei n. 4.657/42 æ Lei de Introdução ao Código Civil æ, pelo qual a lei se aplica com vistas aos seus fins sociais e às exigências do bem comum), importa em carrear, para o juiz do Trabalho, o poder de intervenção corretiva nos contratos de trabalho, ajustando suas cláusulas, expressas e/ou tácitas, às suas funções sociais proeminentes⁷. Isso porque, “*como a função social é cláusula geral, o juiz poderá preencher os claros do que significa ‘função social’ com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC 166 VI),*

5. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 06 (citando Franz Wieacker) e 180-181.

6. *Idem*, p. 181 (citando Enzo Roppo).

7. Nesse sentido, reconhecendo o poder de intervenção corretiva do juiz do Trabalho no marco dos contratos individuais de trabalho, cfr. Mozart Victor Russomano, *Princípios Gerais de Direito Sindical*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, pp.232-233 (narrando caso em que, ainda juiz, apreciou reclamatória trabalhista na qual um vigia noturno reclamava a alteração das condições do contrato de trabalho, por sofrer de dores reumáticas e estar submetido ao frio e à umidade da noite, já que o empregador não construía guarita).

porque a norma do CC 421 é de ordem pública (CC 2035 par. ún.); convalidar o contrato anulável (CC 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. São múltiplas as possibilidades que se oferecem como soluções ao problema do desatendimento à cláusula geral da função social do contrato”⁸ No mesmo diapasão, o juiz do Trabalho também pode proclamar a inexistência de contrato de trabalho por falta de objeto, nas simulações concertadas para fraudar a Previdência Social, ainda se houver anotação em CTPS; do mesmo modo, pode declarar a nulidade do contrato de trabalho por violação à norma imperativa do art. 37, II, da CRFB (limite de ordem pública), embora reconheça o direito aos salários æ Enunciado n. 363 do C.TST æ ou até a mais do que isso⁹ Pode, enfim, invalidar cláusulas contratuais que comprometam a função social do contrato de trabalho, ainda que *essenciais* àquele contrato æ como se dá, amiúde, nos contratos de adesão de trabalhadores subordinados às cooperativas de mão-de-obra que mercadejam força de trabalho, nos quais as partes “concordam” tratar-se de vínculo cooperativo, sob o manto do art. 442, par. único, da CLT (mesmo porque, nesses casos, a oposição da cláusula tende a configurar simulação, dolo ou coação “*in contrahendo*”)¹⁰

O art. 421 do NCC dispõe, ainda, que a autonomia privada æ que também é, por si mesma, emanção do princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB) æ tem, na função social do contrato, não apenas um *limite*, mas também um foco: deve ser exercida em razão dessa última. Dão-se, aí, ensejo e parâmetro legal-positivo para a operação do *princípio da razoabilidade* no Direito do Trabalho, com maior precisão e segurança, relegando a planos secundários focos nebulosos como a “compreensão intuitiva da razoabilidade” (Holmes) ou a própria lógica cartesiana,

8. *Idem, ibidem* (g.u.).

9. Cfr., e.g., TRT/SP-15a Reg., 12.797/96, Ac. SE 19.686/97, rel. Edison Laércio de Oliveira, in D.O.E. 04.08.1997, p.128; TRT/CE-7a Reg., REO 2.359/01, Ac. 3.259/01, rel. Laís Mira Rossas Freira, in DOJT 27.09.2001. Releva transcrever, desse último, a passagem seguinte: “(...) a nulidade, no entanto, tem efeitos *ex nunc*, face à teoria do contrato realidade, garantindo-se à obreira não somente os salários, mas os demais direitos trabalhistas (...)”. Pensamos, também nós, desse modo.

10. Cfr., por todos, TRT/SC-12aReg., RO-EV 02107-2001-003-12-00-5, Ac. 3a T. 13889/02, 05.11.2002, rel. Gisele Pereira Alexandrino, in DJSC 11.12.2002, p.138 (reconhecendo vínculo empregatício entre o trabalhador e a cooperativa à qual aderiu, pois “inexiste a possibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com o Município (art. 37, II, da CF)” æ que, todavia, foi condenado a responder pelos créditos trabalhistas em caráter subsidiário). *Dolo*, no texto principal, tem a acepção civilista de *indução a erro*.

estruturalmente impassível e aética¹¹. A norma em comento privilegia, ao revés, a *lógica social* do contrato, compensando, com um critério sociológico (plástico, mas objetivo), a “certa dose de subjetividade” que informa o princípio¹²

O preceito em questão também encerra utilidade para os supostos de Direito Coletivo do Trabalho. Mesmo nesse campo, a autonomia privada a dita *autonomia coletiva de vontades* a limita-se pelo respeito à ordem pública e pela função social do contrato. Esse entendimento franqueia a possibilidade de *anulação judicial* de cláusulas convencionais negociadas de modo abusivo ou sob situação de desequilíbrio, como contrapartida jurisdicional à ação de sindicatos fracos e “pelegos” e sem violação direta à norma do art. 7º, XXVI, da CRFB. Terá especial relevância ao ensejo da reforma do art. 618 da CLT, caso consume-se como alvitrada pela pasta do Trabalho ao apagar das luzes do último governo, *i.e.*, com a malsinada “flexibilização” dos direitos trabalhistas, ressalvadas as disposições constitucionais e as normas de saúde e segurança do trabalho. É que, à luz do art. 421 do NCC, serão nulas não apenas as cláusulas que desrespeitem direitos trabalhistas constitucionais, lei complementar, legislação tributária, previdenciária e de FGTS, mas também aquelas em que a liberdade de contratar esteja comprometida ou seja exercida sem respeito à função social dos contratos coletivos, por *vício “in contrahendo”* (art. 2035 par. único). Abre-se, pois, uma via adicional de tutela jurídica dos interesses coletivos, ao alcance da primeira instância a mesmo à mercê de um sistema legal-trabalhista “flexibilizado”

2.2. Princípios da probidade e da boa-fé na conclusão e execução dos contratos.

O art. 422 do NCC estabelece que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé. Comentando o preceito, Nery Jr. pondera que “*ao intérprete (...) incumbe a exegese do negócio jurídico em consonância com a principiologia do sistema*”¹³

11. Cfr. Américo Plá Rodriguez, *op.cit.*, p.251: “*Reduzido (...) podemos dizer que o princípio da razoabilidade consiste na afirmação essencial de que o ser humano, em suas relações trabalhistas, procede e deve proceder conforme à razão*” Adiante, exemplifica com a “*racionalidade da subcontratação*”: há genérico contrato de trabalho autônomo se, do ponto de vista *racional*, justifica-se o trabalho autônomo pela índole da atividade encomendada. Confundem-se, em última instância, *razoabilidade e racionalidade* (em acepção cartesiana). Com a ótica ditada pelo art. 421 do NCC c.c. art. 8º, par. único, da CLT, dir-se-á que a subcontratação deve se justificar não apenas pela racionalidade econômica do negócio, mas também pela função social desse contrato, em cuja razão e sob cujos limites deve ser exercida a liberdade de contratar.

12. *Idem*, p.256.

13 *Op.cit.*, p.422.

Cumpra reconhecer, nesse passo, um princípio de boa-fé subjetiva (que equivale à *ineficácia da reserva mental* – art. 110 do NCC), ao lado de um princípio da boa-fé objetiva (relativo às legítimas expectativas de direito engendradas pelas circunstâncias objetivas e inculcadas no “*bonus pater familiae*”) e do próprio princípio da aparência (pelo qual a “aparência de direito produz os mesmos efeitos da realidade de direito, salvo particulares restrições legais”¹⁴), ambos dimanados do art. em comento.

No Direito do Trabalho, a utilidade desses princípios - os dois primeiros positivados e o último implícito à norma do art. 422 - está na fiscalização judicial do modo de execução dos contratos coletivos (acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho), tanto mais pronunciada se vingar a polêmica reforma do art. 618 da CLT. Está, ainda, na base da solução de problemas específicos de direito individual do trabalho, como (1) a *responsabilidade do futuro empregador pela promessa de contratar e/ou pelas cláusulas de pré-contrato de trabalho* (princípio da *boa-fé objetiva* - vide arts. 427¹⁵ e 463 do NCC) e (2) a *responsabilidade do empregador público pelos conseqüentários de contrato de trabalho nulo* (CF art. 37, §2º), em casos de *cooptação do trabalhador de boa-fé mediante contrato aparentemente válido e eficaz* (princípio da *aparência* - cfr., *supra*, nota n. 9).

Aplicando o princípio da boa-fé objetiva em circunstâncias semelhantes (relação de assimetria contratual estabelecida com hipossuficiente econômico), o Superior Tribunal de Justiça houve por bem garantir a um mutuário, constrito por dívida com instituição bancária, a suspensão da execução judicial do crédito, por ter o réu se apresentado espontaneamente para o acerto de contas, fiando-se em compromisso público assumido pelo então ministro da Fazenda mediante “memorando de entendimento” (que prometia aquela suspensão, desde que houvesse apresentação espontânea do devedor e atendimento às condições mínimas dispostas no texto), a que se deu ampla publicidade. Para assim decidir, o relator baseou-se no valor jurídico da *justa expectativa*, em vista do imperativo social de *lealdade* (= *probidade*) e do *princípio da boa-fé objetiva*, expressamente referido na ementa (STJ, 4ª T., RMS 6183, rel. min. Ruy Rosado de Aguiar, v.u., j. 14.11.1995¹⁶).

14 Vicente Ráo, *Ato Jurídico*, 4a ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 210.

15 “A proposta do contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso” Correspondência: art. 1080 do Código Civil de 1916.

16 *Apud* Nery Jr., *op.cit.*, p. 181.

2.3. Cláusulas leoninas.

O Código Civil, de 2002, contempla a regra de que, “*nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*” (g.n.). O preceito empresta positividade à vedação de certa modalidade de cláusula leonina muito comum no dia-a-dia (sem prejuízo da possibilidade de intervenção judicial corretiva em contratos informados por pactos leoninos de diversa espécie, seja por conta das cláusulas gerais e dos princípios acima reportados – função social do contrato, ordem pública, probidade, boa-fé objetiva -, seja ainda em virtude da própria natureza sinalagmática dos contratos em geral).

No Direito do Trabalho, identificam-se concretamente três casos-tipos em que a utilidade da norma civil acima transcrita é realçada. A uma, serve para a declaração “*in limine litis*” da nulidade de *cláusulas limitativas de responsabilidades* nos contratos de trabalho (e.g., as renúncias prévias à dação de aviso prévio ou a indenizações por danos morais e/ou materiais); pode-se chegar à mesma solução, todavia, aplicando o clássico princípio da irrenunciabilidade ou o próprio art. 9º da CLT. Serve, a duas, para a declaração “*in limine litis*” (i.e., independentemente de instrução processual) da nulidade de cláusulas de contratos-formulários que, na prestação de serviços, excluem “*ab ovo*” a formação de vínculo de emprego (e.g., contratos de adesão a sociedades cooperativas, contratos de representação, contratos de empreitada e outras modalidades que usualmente “mascaram” autênticas relações empregatícias) e, nesses casos, a tese da irrenunciabilidade e da elisão de direitos nem sempre se acomoda, porque são usuais os argumentos de que, eximindo-se de encargos sociais, o trabalho “autônomo” era mais vantajoso ao trabalhador (enquanto as idéias de *renúncia* e *elisão* pressupõem, em tese e princípio, o *prejuízo*). Por outro lado, aplicando a regra em comento, o juiz do Trabalho basta-se na convicção de que o direito renunciado é *inerente* à natureza do negócio, sem cogitar da sua vantagem ou desvantagem para o trabalhador (cogitação que, não raro, exigiria a perícia contábil, dando azo a requerimentos que já se vêem formulados em processos desse jaez).

No mesmo diapasão, o C. STJ já decidiu que “*somente nos casos ressalvados ou autorizados por lei se mostra admissível a limitação da responsabilidade*” (STJ, 4ª T., REsp 83717-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., j. 12.12.1996¹⁷) e hipótese do art. 462, §1º, da CLT (possibilidade legal de *extensão*

17. *Idem*, p.182.

contratual da responsabilidade do empregado nos danos culposos, com prejuízo da intangibilidade salarial).

2.4. Contratos atípicos: legalidade geral.

O Código Civil, de 2002, estabelece, ainda, um *padrão geral de legalidade* que referenda o prestígio liberal à autonomia privada e, nesse passo, reconhece validade apriorística a todos os contratos *atípicos*. Contratos atípicos são aqueles que não encontram subsunção estrita nas modalidades legalmente dispostas, ou que reúnem, em figura híbrida, características essenciais de dois ou mais contratos típicos (*rectius*: legalmente descritos).

Essa regra de legalidade geral deve ganhar relevância no exercício da judicatura trabalhista, mormente se a Justiça do Trabalho for contemplada, nas reformas constitucionais que se anunciam (sob a inodora rubrica de “Reforma do Judiciário”), com a competência material para processar e julgar litígios decorrentes de *qualquer relação de trabalho* (aí incluído o trabalho subordinado e empregados e avulsos e o trabalho não-subordinado, eventual e voluntário).

É que não são desconhecidas do mundo do trabalho hipóteses de contratos de trabalho (“*lato sensu*”) genuinamente híbridos ou genericamente atípicos. Na Itália, conhece-se a figura da parassubordinação¹⁸, em que há um vínculo contínuo de *colaboração* sem estrita subordinação (cfr. *legge* n. 2.049/99), com estatuto jurídico misto. É o caso, *e.g.*, do chamado “teletrabalho”, a cujo respeito já polemiza a doutrina nacional. No Brasil, merece referência a Lei 4.886/56, que chega a *positivar* o hibridismo, estendendo ao representante comercial autônomo figuras típicas da relação de emprego (pré-aviso, indenização por denúncia vazia do contrato, justo motivo para rescisão pelo representado e pelo representante etc. e cfr. arts. 34 a 36).

Agora, com o novo estatuto civil e a sua aplicação subsidiária às relações de trabalho, caberá ao intérprete e muito especialmente ao juiz do Trabalho, caso estendida a sua competência material para os conflitos de trabalho em geral e *reconhecer, por princípio, a liberdade das partes em firmarem contratos de trabalho (“lato sensu”) atípicos*, com estatutos jurídicos híbridos ou particulares. A validade desses contratos, bem como das cláusulas que os compõem, haverá de ser refutada apenas em caso de vícios sociais (fraude, simulação) ou de consentimento (erro, dolo, coação), cuja prova incumbe à parte interessada (art. 9º c.c. art. 818 da CLT).

18. Amauri Mascaro Nascimento, *Conferência de Abertura*, in 10º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, São Paulo/SP, LTr, 16.04.2002.

Por outro lado, haverá casos em que as próprias *circunstâncias* do trabalho são indiciárias da essencialidade dos direitos trabalhistas consolidados (assim, *e.g.*, em todas as hipóteses de “*marchandage*” de trabalho subordinado). Nesses casos, a regra geral de legalidade dos contratos atípicos não resiste à principiologia peculiar do Direito do Trabalho (notadamente os princípios da primazia da realidade e da razoabilidade), de modo que, sob tais circunstâncias, impõe-se *inverter* o ônus da prova, exigindo da parte reclamada a prova da licitude do regime híbrido ou atípico. Conforme a hipótese, as cláusulas atípicas insinuarão renúncia antecipada de direitos inerentes à natureza da relação jurídica, reclamando a aplicação da norma examinada no tópico 2.3 (*supra*).

2.5. Fato de terceiro e contrato preliminar de trabalho.

O art. 440 do NCC dispõe que “*nenhuma obrigação haverá para quem se comprometer por outrem, se este, depois de se ter obrigado, faltar à obrigação*” O preceito não tem correspondência no Código Civil, de 1916. Dele decorre que, se houver compromisso expresso ou tácito de terceiro para com o objeto da promessa, o *ato mesmo de se obrigar*, dimanado pelo terceiro, redimensiona os vínculos obrigacionais, carregando-lhe a responsabilidade integral por eventuais inadimplementos.

“*A contrario*”, se o terceiro não se obrigar, a responsabilidade integral pela promessa de obrigação de terceiro circunscreve-se à esfera jurídica do promitente, *ut art. 439, caput*, do NCC.

No âmbito das relações de trabalho, a aplicação subsidiária desta norma é útil na medida em que enseja a *partição das responsabilidades ínsitas às promessas de contratação por terceiros*. Problemas dessa ordem apresentam-se, com certa freqüência, nos expedientes de cooptação das agências de emprego e sobretudo quando a cooptação revela-se fraudulenta. Com efeito, algumas empresas não se limitam a agenciar o trabalhador desempregado, oferecendo-lhe, mediante pagamento, cursos e métodos para reciclagem e aperfeiçoamento, sob o pretexto de facilitar o seu acesso ao mercado de trabalho. Sempre há nesse expediente, em alguma medida, o chamado “*dolus bonus*” Quando essas ofertas tornam-se *condição* alegada para o emprego, aliando-se à promessa ou garantia do próprio emprego e à *identificação precisa* do futuro empregador (terceiro), configura-se o dolo (= *indução a erro*), se não houve a adesão do terceiro ao objeto da promessa. Adiante, frustrado o objeto, assiste ao cliente o direito de *ressarcir-se* por perdas e danos, na forma dos arts. 128 e 439 do NCC.

A competência material para o processo e julgamento desse litígio, que versa sobre responsabilidade civil contratual, é afeta à Justiça comum, nos termos do art. 114, *caput*, da CRFB/88 (desde que a promessa não assuma foros de *pré-contrato de trabalho*, com as especificidades do art. 462¹⁹ do NCC). Se, todavia, a promessa do fato de terceiro congrega todos os elementos típicos essenciais do contrato definitivo (*i.e.*, do contrato de trabalho “*stricto sensu*”), houve contrato preliminar (pré-contrato) de trabalho, o que desloca a competência para a Justiça do Trabalho. Isso porque se entende, em boa doutrina, que a Justiça do Trabalho é competente para dirimir os dissídios entre trabalhadores e empregadores, em estado *atual* (contrato definitivo) ou *potencial* (contrato preliminar). É o que deflui do magistério de Wilson de Souza Campos Batalha²⁰ (com fundamento em Ernesto Krotoschin), das lições de Délio Maranhão²¹ e, mais recentemente, de aresto do C. Tribunal Superior do Trabalho em que se reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de ação de danos morais fundada em pré-contrato de trabalho.

Firmado o pré-contrato de trabalho e que, em face do art. 442, *caput*, da CLT, poderá ser *escrito* ou *verbal* e “*qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do [contrato] definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive*” na dicção do Código Civil de 2002. Se o estipulante e empresa ou trabalhador e não der execução ao contrato preliminar, “*poderá a outra parte considerá-lo desfeito, e pedir perdas e danos*”. Já era esse, como dito, o escólio de Délio Maranhão, quanto discorria sobre o *interesse contratual negativo* no Direito do Trabalho²²: “*Assim é que, se os entendimentos preliminares chegaram a um ponto que faça prever a conclusão do contrato e uma das partes os rompe sem um motivo justo e razoável (culpa in contrahendo), a outra terá o direito ao ressarcimento do dano causado por esse*

19. “*O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado*”. No contrato de emprego, são requisitos essenciais a função, o salário, o regime jurídico e - discute-se - a jornada.

20. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 2a ed., São Paulo, LTr, 1985, p.233.

21. Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas Vianna, João de Lima Teixeira Filho, *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, 16a ed., São Paulo, LTr, 1997, pp.247-248. “*In verbis*”: “*Consideramos perfeitamente cabível uma ação desta natureza na Justiça do Trabalho, em face do art. 114 da Constituição, que fala em ‘outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho’ Dir-se-á que essa relação não chegou a se completar, mas o dano se apura, na hipótese, em função de sua previsível formação e a culpa ocorre na fase preliminar de um contrato de trabalho [culpa in contrahendo]: a controvérsia se origina, pois, de uma relação de trabalho, embora no nascedouro*”. Contra, João Orestes Dalazen (*Competência Material Trabalhista*, São Paulo, LTr, 1994, pp.105-106) e Antônio Lamarca (*O Livro da Competência*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, p.118).

22. *Idem*, p.247.

rompimento (interesse contratual negativo), *quando possa provar que, confiando na previsível conclusão do contrato, fez despesas em virtude de tais entendimentos [danos emergentes], ou deixou de aceitar outra oferta tanto ou mais vantajosa [lucros cessantes]*”

O tema em discussão converge, ainda, para a questão dos *limites da autonomia privada nos pré-contratos de trabalho*, sob o pálio do *princípio da dignidade humana* (especialmente no que concerne à tutela jurídica da *intimidade*) e à luz do disposto no art. 421 do NCC. O pensamento jurídico universal tende a resguardar a privacidade e a intimidade dos indivíduos no bojo dos contratos e, com mesma razão, também nas relações pré-contratuais. Assim, p. ex., entende-se que os contratos de trabalho em geral não se admitem as revistas íntimas de rotina, senão em caráter excepcional (quando o empregador tem fundadas razões para crer na improbidade do empregado) ou periodicamente, se o exigir a atividade econômica, por sua especificidade (e.g., empresas de guarda e administração de bens e valores). No mesmo sentido, privilegiando o direito à intimidade (mas agora no campo do pré-contrato de trabalho), a doutrina espanhola chega ao ponto de censurar - talvez com certo exagero - a própria investigação grafológica a que se submete o futuro empregado. Grafologia, nessa acepção, é o método de aferição de tendências e traços de personalidade por meio do exame dos elementos gráficos recorrentes na caligrafia do examinando; normalmente, é com essa intenção a descobrir aspectos da personalidade do candidato a que as empresas compelem entrevistados a redigir suas solicitações de trabalho de forma manuscrita. Sobre isso, aliás, releva transcrever a notícia de Alice Monteiro de Barros²³: *“Sustenta a doutrina espanhola que esse critério [avaliação grafológica] comporta um conhecimento profundo da personalidade e, contrariamente a outros testes, não torna possível isolar individualmente certos traços, sem conhecer o restante, logo, não permite analisar apenas os que estão em conexão direta com o cargo a ser ocupado; a grafologia implica intromissão ilegítima e por isso mesmo não poderá ser utilizada como critério de seleção, nem mesmo se precedida da aquiescência do candidato. ‘É que mesmo a autonomia da vontade deverá operar nos limites da lei, da moral e da ordem pública. E não há dúvida de que prestar um consentimento para realizar uma prova grafológica significa bem mais que um parcial desprendimento de alguma das faculdades do direito à intimidade; é renunciar à liberdade do íntimo, o que resulta contrário à moral e à ordem pública’”*

23. Cfr. Alice Monteiro de Barros, *Proteção à Intimidade do Empregado*, São Paulo, LTr, 1997, p. 62 (citando textualmente José Luis Goñi Sein, na obra *“El respeto a la esfera privada del trabajador; un estudio sobre los límites del poder de control empresarial”* a.g.n.).

O problema está a merecer, no Brasil, maiores debates em sede doutrinária. Na jurisprudência, pouco ou nada se vê a esse propósito, mesmo porque a avaliação grafológica ainda não foi seriamente incorporada pela comunidade científica nacional. De todo modo, a casuística inexpressiva indica que, até o momento, o trabalhador brasileiro mediano não tem reconhecido, nos testes grafológicos, qualquer sorte de violação aos seus direitos constitucionais de privacidade e intimidade. Mas é curial reconhecer, na mesma ensanча, que o exercício da autonomia privada e da liberdade de contratar (e de pré-contratar) não pode desbordar dos limites da dignidade humana, com todos os seus desdobramentos, segundo os padrões culturais vigentes no país.

Ainda no marco da dignidade humana, e finalizando o exame do pré-contrato de trabalho à luz do CC de 2002, convém observar que os arts. 464 e 467 do NCC são inaplicáveis às relações de emprego.

O primeiro é inaplicável, porque a *adjudicação compulsória* do contrato de trabalho, se imposta ao trabalhador, violaria frontalmente a liberdade constitucional do trabalho e, por consequência, o próprio princípio da dignidade humana (por ser o trabalho, afinal, uma extensão/projeção da personalidade do trabalhador, indissociável da pessoa espiritual); se imposta ao empregador, por outro lado, representaria uma constrição indevida ao direito de propriedade (tanto mais no Brasil, em que o empregador detém o *direito potestativo* de dispensar seu empregado) e uma violação oblíqua ao princípio da livre iniciativa, além de engendrar situações insustentáveis no imo da unidade produtiva.

O segundo (art. 467 do NCC) trata do *contrato com pessoa a declarar*, sendo inaplicável às relações de emprego em vista do art. 3º, *caput*, da CLT: a modalidade não transige com o pressuposto da *personalidade*, ínsito à relação de emprego. Tem aplicação, todavia, às relações de trabalho (“*lato sensu*”) que não exigem personalidade, como no trabalho eventual.

Em relação ao art. 467, Edilton Meireles sustenta que “essa hipótese poderá ocorrer (...) quando o empregador, na conclusão do contrato, reserva-se na faculdade de indicar outra empresa que assumirá os direitos e obrigações decorrentes do contrato, especialmente se do mesmo grupo econômico”²⁴ Pensamos, porém, que a responsabilidade patrimonial do empregador (“*Haftung*”) é intransferível, de maneira que um pacto dessa natureza feriria a ordem pública, encontrando óbice no art. 421 do

24. Edilton Meireles, *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2002, p.92.

NCC. Tenha-se em conta que a responsabilidade pessoal do empregador é *inerente à natureza do contrato de trabalho*, de modo que a cláusula de transferência é leonina e, por conseguinte, nula de pleno direito, tanto mais quando se trata de contrato-formulário (*supra*, tópico 2.3). Aliás, na hipótese de grupo econômico (alvitrada por Meireles), a responsabilidade distribui-se solidariamente “*ope legis*” consoante art. 2º, §2º, da CLT, que encerra norma de ordem pública, inalterável por convenção das partes (art. 2035, par. único, do NCC). Infactível, enfim, a cessão de dívida trabalhista (de uma empresa a outra), ante o *princípio da proteção* que rege as relações de emprego (regra da condição mais benéfica), sempre que essa cessão configurar obstáculo à realização do crédito e como de regra ocorre. Mas a recíproca, como se sabe, não é verdadeira: a jurisprudência pátria tem admitido, no interesse do empregado, a cessão do crédito trabalhista (“*não podendo, porém, ser operacionalizada no âmbito da Justiça do Trabalho, sendo como é um negócio jurídico entre empregado e terceiro, que não se coloca em qualquer dos pólos da relação processual trabalhista*” e Provimento TST/CGJT n. 06, de 19.02.2000).

Admitindo-se, todavia, a cessão de débito e/ou o contrato com pessoa a declarar no âmbito das relações de emprego e como quer Meireles e, convirá atentar para o teor do art. 470 do NCC (caso o empregador não aponte, desde logo, quem assume as obrigações trabalhistas): *a nomeação e/ou cessão será ineficaz*, se (a) não houver a indicação da pessoa em tempo razoável; se (b) o nomeado ou cessionário se recusar a aceitá-la; ou, ainda, se (c) a pessoa nomeada ou o cessionário era insolvente e o credor desconhecia essa situação no momento da indicação. Outra hipótese de ineficácia dar-se-á quando a aceitação não se reveste da forma que as partes usaram para o contrato originário (assim, *e.g.*, se o contrato de trabalho for firmado por instrumento público), *ut* art. 468, par. único, do NCC. Em todos esses casos, “*fica sem efeito a cláusula de reserva de nomeação [ou a cláusula de cessão], mantendo-se no contrato as mesmas partes*”²⁵

2.6. Resolução do contrato de trabalho por onerosidade excessiva.

Para *contratos de execução continuada* (como é o contrato de trabalho) ou diferida, o Código Civil, de 2002, estabelece que “*se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução*

25. Nery Jr., *op.cit.*, pp.191-192.

do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação” O preceito operacionaliza a aplicação da *teoria da imprevisão* aos contratos, reconhecendo uma cláusula “*rebus sic stantibus*” implícita e inerente a todo e qualquer contrato.

No Direito do Trabalho, essa norma civil poderá ter utilidade em contextos de hiperinflação ou de desvalorização abrupta da moeda, quando a corrosão do poder de compra dos salários se tornar insuportável para o trabalhador, sem contrapartida razoável por parte do empregador. A hipótese poderá ensejar, sob tais circunstâncias, o ajuizamento de ação judicial postulando a *resolução* do contrato (diversa, portanto, da *resilição*), que se fará por iniciativa do empregado, “*sem que com isso seja obrigado a dar aviso prévio*”²⁶ Legislação brasileira dos anos de chumbo prevê, aliás, ensejo semelhante para o empregador, facultando-lhe exercer judicialmente o direito de reduzir salários, quando as despesas correspondentes comprometerem a continuidade da atividade econômica (não-recepcionada pela CRFB/88, em vista do que dispõe o seu art. 7º sobre a irredutibilidade de salários e a via única de flexibilização negociada na instância sindical). É justo que, agora, se reconheça o direito reverso ao trabalhador brasileiro, por conta da nova legislação civil, de aplicação subsidiária às relações de emprego.

Os efeitos da resolução, segundo pensamos, não serão os mesmos da resilição unilateral do empregador ou da rescisão indireta (art. 483 da CLT), vez que (a) a iniciativa não coube ao empregador e (b) o fato não é, em tese, imputável ao empregador (se o fosse, tratar-se-ia de rescisão indireta e não de resolução). Assim, *pagam-se apenas os títulos proporcionais* (férias + 1/3 e décimo terceiro salário), sem desconto de aviso prévio (art. 487, §2º, da CLT) e com movimentação do FGTS (art. 20, I, da Lei n. 8.036/90 - *força maior*).

Outro emprego para essa norma - indiscutivelmente polêmico - surgirá ao se evocá-la para *reajustar cláusulas de termos de conciliação* lavrados na Justiça do Trabalho, dada a sua natureza jurídica contratual (*negócio jurídico processual*). Imagine-se, *e.g.*, um acordo homologado com parcelas a perder de vista, sem indexação, surpreendido por aguda crise cambial, que faça disparar os índices de inflação. Admitir a tese da resolução significará reconhecer uma cláusula resolutiva tácita implícita a todo termo de conciliação, além da própria natureza “*rebus sic stantibus*” do termo lavrado, cujo efeito de coisa julgada dobrar-se-ia ante o contexto de onerosidade excessiva (conquanto valha, no mais, “*como decisão irrecorrível*”, com caráter de título executivo judicial: art. s 831, par. único, e 876, *caput*, da CLT). Não admiti-la significará, por outro lado, carrear ao trabalhador, no âmbito do seu litígio, o ônus integral

26. Meireles, *op.cit.*, p.94.

pelo fracasso das políticas econômicas praticadas. Ante semelhante dilema, melhor será optar pela *segurança jurídica*, preservando a força do julgado que recobre o negócio jurídico processual, a despeito da alteração abrupta e imprevisível da situação de fato.

Sempre que se reclama a resolução do contrato por onerosidade excessiva, é dado ao réu *oferecer a modificação equitativa das condições do contrato*, nos termos do art. 479 do NCC. Nos exemplos acima, caberia fazê-lo mediante proposta de cláusula de indexação monetária, compensando a corrosão inflacionária. Aceita a proposta pela parte reclamante, extingue-se o feito com julgamento de mérito (transação – art. 269, III, do CPC). Não aceita, caberá ao juiz decidir, em sentença, se a modificação proposta seria ou não equitativa. Em caso negativo, decretará a resolução do contrato, ditando os seus efeitos. Em caso positivo, preservará o contrato de trabalho, prestigiando o *princípio da continuidade* e conferindo força judicial à proposta do réu, para agregá-la ao contrato, com efeitos retroativos à citação (exegese do art. 478, *in fine*, do NCC). Em face dessa derradeira possibilidade, é forçoso reconhecer, em toda ação de resolução contratual por onerosidade excessiva, *pedido implícito* de adequação equitativa das condições contratuais, sob pena de confrontar, sempre, os limites do art. 293 do CPC. Fosse de outro modo, estaria legalmente oportunizada a litigância de má-fé: o réu proporia modificações expressivas na contestação, sem qualquer compromisso sincero, apenas para ver a ação julgada improcedente.

A hipótese do art. 480 do NCC é própria dos *contratos unilaterais* e/ou *gratuitos* (e.g., depósito, comodato etc.), não se aplicando ao Direito do Trabalho, em que os contratos são, por excelência, *bilaterais* e *comutativos*.

2.7. Distrato e rescisão.

O art. 473 do NCC alude ao instituto do *distrato*. No Código Civil de 2002, essa expressão é utilizada na acepção geral de *dissolução* do contrato. Não está empregada, portanto, com acepção estrita, própria de “*quando são as duas partes que querem paralisar os efeitos do contrato*” hipótese em que “*celebram outro contrato para dissolver o que os vincula. Pelo contrarius consensus aniquilam o vínculo, impedindo que continue a produzir efeitos. a esse contrato extintivo denomina-se distrato ou distrate. Trata-se de forma ou modo de dissolução, admissível no contrato de trabalho, que, entretanto, não é freqüente (...)*”²⁷ Mas é claro que essa figura encontra

27. Orlando Gomes, Elson Gottschalk, *Curso de Direito do Trabalho*, 14a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 357.

amparo na própria sistemática da “*lex nova*” e sendo que, a teor do art. 472 do NCC, o distrato deve ser feito pela mesma forma exigida para o contrato (cfr. art. 1.093 do Código Civil de 1916).

Por outro lado, o Código Civil de 2002 consagra, no âmbito do Direito Civil, a expressão “resilição”, que fora incorporada e difundida no meio jurídico pelo Direito do Trabalho, para significar as hipóteses de denúncia vazia do contrato de trabalho (pelo empregador e *dispensa* e pelo empregado e *demissão* “*stricto sensu*”). A referência está no art. 473 do NCC, entendendo-se ali, como resilição, a *denúncia vazia do contrato por iniciativa de uma das partes* (= unilateral). Adotou-se, portanto, a acepção talhada pelos juslaboralistas (e, menos significativamente, pelos juscivilistas que, para tanto, se abeberavam na doutrina estrangeira). A resilição opera efeitos mediante denúncia notificada à outra parte (art. 473, *caput*, do NCC), que nos contratos do trabalho tem disciplina própria (arts. 487 a 491 da CLT).

Se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeitos *depois de transcorrido o prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos*, nos termos do art. 473, par. único, do NCC. Essa regra aplicar-se-ia ao Direito do Trabalho em casos como o do empregado que “*ingressa em curso de aperfeiçoamento, readaptação ou treinamento, etc., buscando melhor preparo para exercício das tarefas exigidas pelo empregador. Vindo a ser despedido sem justa causa antes mesmo de poder recuperar o auto-investimento (...), poder-se-ia assegurar ao trabalhador a prorrogação do contrato por prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos*”²⁸. O exemplo do autor é encontrado no ramo de segurança privada (cursos de vigilantes). Meireles exemplifica, ainda, com o empregado que adquire veículo para ser contratado (e.g., *motoboy*), ou que realiza despesas de mudança e transporte para poder assumir emprego em local distante de sua residência, e logo é demitido. Sugere, enfim, que se aplique o mesmo princípio no caso de o empregador *investir* no empregado, financiando cursos (inclusive no exterior).

De nossa parte, cremos indevida qualquer prorrogação do contrato contra a vontade das partes, vez que poderia significar, para a generalidade dos empregados de “*staff*” odiosa restrição à liberdade de trabalho, estendendo-lhes por via oblíqua algo como o famigerado “*passé*” dos atletas de futebol, felizmente extinto. Essa ingerência da lei civil em matéria trabalhista violaria princípios constitucionais (da dignidade humana e da liberdade de trabalho, *ut* CF 1º, III, e 5º, XIII, no caso do

28. Meireles, *op.cit.*, p.93.

empregado; da livre iniciativa e da propriedade privada, *ut* CF 170, *caput* e I, no caso do empregador).

III. Conclusão.

Das considerações até aqui registradas, podem-se inferir, como ilações principais, as seguintes.

1. As normas de Direito Civil informam as relações de trabalho em caráter subsidiário, o que pressupõe o atendimento de duas *condições* de aferição estritamente hermenêutica, a saber, a lacuna no sistema legal-trabalhista, e a compatibilidade entre a norma de Direito Civil e os princípios retores do Direito do Trabalho (sintetizados em quatro entidades: princípio da proteção, princípio da primazia da realidade, princípio da irrenunciabilidade e princípio da razoabilidade).

2. Há três cláusulas gerais do direito dos contratos que regulam a interação jurídica: a autonomia privada, o respeito à ordem pública e a função social do contrato. Também nos contratos de trabalho, a função social do contrato determina os limites da liberdade de contratar, no âmbito individual e coletivo. Trata-se de um marco positivo para a operacionalização do princípio da razoabilidade, entendendo-se como função social de todo contrato a de propiciar circulação de riqueza, enquanto as funções sociais específicas do contrato de trabalho são as de distribuir riqueza (obstando, na ótica marxista, uma apropriação selvagem e desumana da mais-valia) e tutelar a dignidade humana.

3. Os princípios da probidade e da boa-fé (art. 422 do NCC) servem, no Direito do Trabalho, à fiscalização judicial do modo de execução dos contratos coletivos, tanto mais se vingar a polêmica reforma do art. 618 da CLT; servem também à fiscalização e solução de problemas específicos de direito individual do trabalho, como a questão da responsabilidade do futuro empregador pela promessa de contratar e/ou pelas cláusulas de pré-contrato de trabalho (princípio da boa-fé objetiva) e a questão da responsabilidade do empregador público pelos consectários de contrato de trabalho nulo (CF art. 37, §2º), em casos de cooptação do trabalhador de boa-fé mediante contrato aparentemente válido e eficaz (princípio da aparência).

4. O exercício da autonomia privada e da liberdade de contratar (e de pré-contratar) não pode desbordar dos limites da dignidade humana, com todos os seus desdobramentos, segundo os padrões culturais vigentes no país.

5. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios

individuais entre trabalhadores e empregadores, em ato (contrato de trabalho definitivo) ou potência (contrato preliminar de trabalho). Essa competência estende-se às promessas de contrato de terceiro, na forma dos arts. 439-440 do NCC, se estiverem delineados todos os elementos essenciais que constituiriam o contrato de trabalho definitivo.

6. No marco do princípio da dignidade humana, é mister reputar inaplicáveis às relações de emprego os arts. 464 e 467 do NCC.

7. O Código Civil de 2002 prevê ação judicial para resolução do contrato por excessiva onerosidade. O preceito ganha relevância, no Direito do Trabalho, em contextos de hiperinflação ou de desvalorização abrupta da moeda, quando a corrosão do poder de compra dos salários se tornar insuportável para o trabalhador, sem contrapartida razoável por parte do empregador. Admite-se, a teor da “*lex nova*” que o réu (empregador) ofereça a modificação eqüitativa das condições do contrato (como, *e.g.*, cláusula de indexação monetária).

8. É dever histórico dos operadores do Direito do Trabalho, e especialmente dos juízes do Trabalho, implementar a aplicação subsidiária das normas compatíveis do Código Civil de 2002, naquilo que for omissa a legislação trabalhista - tendo em conta, sempre, a justiça material e o disposto no art. 5º da LICC, mas com vistas à modernização oblíqua do vetusto arcabouço legislativo que regula, no Brasil, as relações de trabalho.

São Paulo, maio de 2003.

IV. Bibliografia.

ALBUQUERQUE, Bruno Fernandes. “A última reforma do Código de Processo Civil e a sua repercussão no processo do trabalho” In: Revista LTr 66-03/300-309.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à Intimidade do Empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado de Direito Judiciário do Trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1985.

BENJAMIN, Antonio Herman V. “Função Ambiental”. In: *Dano Ambiental Prevenção, Reparação e Repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DALAZEN, João Orestes. *Competência Material Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

LAMARCA, Antônio. *O Livro da Competência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MEIRELES, Edilton. *O Novo Código Civil e o Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Conferência de Abertura*. In: *10º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 16.04.2002.

NERY JUNIOR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA SILVA, José Antonio Ribeiro de. “A alteração nos arts. 475 e 515 do CPC e sua aplicação no processo do trabalho” In: Revista LTr 66-12/1461-1468.

RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1996.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SÜSSEKIND, Arnaldo. MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 1997. v. I.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. “Código de Processo Civil x alterações: breves comentários às Leis n. 10.352 e 10.358/2001” In: Revista LTr 66-03/263-276.

DIREITO DO ESTADO

LEGITIMIDADE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Alexandre de Moraes

Professor Associado da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo. Secretário de Estado da
Justiça e Cidadania de São Paulo

Resumo:

A Democracia representativa pelos Paramentos e pelo Estado de Direito. A questão da legitimidade da Justiça Constitucional, somada à composição dos tribunais constitucionais são as metas principais desenvolvidas neste trabalho.

Abstract:

The representative Democracy by the Parliaments and the Rule of Law. The Constitutional Justice and its legitimacy question, added to the composition of the constitutional courts are the aims developed in this work.

Unitermos: Democracia; Estado de Direito; Tribunais Constitucionais; Poder Constituinte.

1. Introdução.

A lei enquanto obra do legislador e expressão da vontade soberana do povo, que consiste em tradição do século XIX, tornou-se mera ficção,¹ pois seja em virtude da flagrante crise da Democracia representativa, seja pelo fortalecimento do poder político dos grupos de pressão, a lei não necessariamente representa o povo e, por muitas vezes, desrespeita princípios e direitos fundamentais básicos, com a finalidade de favorecimento de alguns poucos, mas poderosos, grupos de pressão.

Nesse sentido, importante a observação feita por Rivero, de que *“a idéia de representação da vontade do cidadão pelo eleito, tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles. O*

1. Como salienta Cappelletti, *“é um fato que nas sociedades pluralistas os Paramentos se compõem fundamentalmente de políticos localmente eleitos e de políticos eleitoralmente vinculados a determinadas categorias ou certos grupos. Os valores e prioridades desses políticos, pelos quais estão mais do que dispostos a gastar o dinheiro público, não são com freqüência mais que valores e prioridades locais ou de grupos”* (CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 606).

*cidadão, ante essa avalanche de leis, cada vez mais completas, cada vez mais técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade”, para concluir que “essa transformação da lei conduz à tomada de consciência da necessidade de proteger os direitos fundamentais, inclusive perante a própria lei”*²

Dentro dessa perspectiva, acentua-se a necessidade de conjugarem-se e compatibilizarem-se as idéias de *Democracia*, que se manifesta basicamente pela forma representativa, por meio dos Parlamentos, e de *Estado de Direito*, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça constitucional e a necessidade de existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais.³

Essa necessidade foi apontada por René David, ao analisar o Direito Comparado, afirmando que *“existe uma tendência nítida, atualmente, de reforçar o valor das normas constitucionais, elevando-as, na prática, acima das leis ordinárias. A Constituição da República Federal da Alemanha declara: ‘O poder legislativo deve respeitar as leis e o direito. Todo alemão tem direito de resistir, se nenhum outro meio pode ser usado, contra quem quer que seja que tente destruir este ordenamento’ Procurou-se encontrar meios de garantir a ordem constitucional em numerosos países e, em particular à semelhança dos Estados Unidos, se admitiu um controle judiciário da constitucionalidade das leis. As evoluções mais características se produziram na Alemanha Federal e na Itália, como reação contra os regimes que nestes países haviam escarnecido dos princípios da Democracia e dos direitos humanos; uma abundante jurisprudência, nestes países, declarou nulas as leis que atentavam contra os direitos fundamentais (Grundrechte, Diritti Fundamental), enumerados em uma declaração de direitos incorporada à Constituição”*⁴

No exercício dessa grave missão de garantidora do Estado de Direito⁵ e

2 RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 667.

3. Cf. REYES, Manuel Aragón. *El juez ordinario entre legalidade y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 16-19.

4. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 54.

5. No sentido que lhe é dado por Konrad Hesse: “O estado de direito, é na estrutura constitucional da Lei Fundamental, finalmente, forma de limitação do poder estatal. Ele produz essa não pela exclusão de uma “*esfera livre do Estado e do direito*” do particular, porque essa esfera seria incapaz de ganhar realidade e de garantir um estado de liberdade real, que somente é importante para a Lei Fundamental. Senão, ele afiança liberdade por uma ordem total liberal que, por um lado, organiza vinculativamente e

dos direitos fundamentais, a Justiça constitucional em suas várias organizações possui, geralmente, cinco grandes ramos de competência:⁶ a. controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do *poder público*; b. proteção aos direitos fundamentais; c. controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos); d. controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais; e. equilíbrio da federação.

A questão da legitimidade da Justiça constitucional em confronto com a legitimidade da maioria legislativa coloca-se de forma acentuada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se concede a um Corpo de Magistrados poderes para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afetando a produção legiferante do Parlamento,⁷ enquanto representante direto das aspirações populares em uma Democracia representativa.⁸

Assim, questiona-se a legitimação democrática do fundamento da jurisdição constitucional, colocando-a em confronto com o Princípio Democrático representativo.⁹

Como lembra José de Sousa e Britto, “o problema do fundamento da jurisdição constitucional é tão-somente o problema da sua legitimação democrática.

em uma forma coordena mutuamente os âmbitos da atividade estatal, exclui, no possível, o abuso do poder, por outro, assenta sobre um status liberal do particular juridicamente garantido, organizado e protegido (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998. p. 161).

6. Cf. a respeito: FAVOREU, Louis. Informe general introductorio. In: Vários autores. *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 22; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 789.

7. Nuno Piçarra analisa essa problemática em item denominado “Balança entre função legislativa e função jurisdicional?” (PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 258). Conferir, ainda: QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 164.

8. Essa idéia é corroborada por Vieira de Andrade, que expõe ser “no campo da fiscalização sucessiva abstracta que se opõem frontalmente a legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade da maioria legislativa, tendo em consideração, designadamente, os poderes do Tribunal Constitucional de declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma ou mesmo só de um segmento ideal dessa mesma norma” (ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 76). Cf. ainda: STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 60.

9. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1. p. 871, ss.

*Não é verdade que, pelo próprio facto da sua existência, há juízes que declaram inválida uma lei, a expressão da vontade do povo? A questão pressupõe, portanto, habitualmente, que o poder legislativo do povo, através dos seus representantes eleitos, é a dimensão essencial da Democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à Democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força. Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força duma lei democrática? Não é isto governo dos juízes em vez de governo do povo? A teoria tradicional vê, portanto, na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo. A questão será, portanto, a de justificar essa restrição”*¹⁰

Importante estabelecer nesse estudo os três sustentáculos básicos da legitimidade da Justiça constitucional, a partir dos quais será possível identificar a plena compatibilidade entre o governo da maioria e o controle jurisdicional de constitucionalidade: *complementaridade entre Democracia e Estado de Direito; composição dos Tribunais Constitucionais e fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais.*

2. Complementaridade entre Democracia e Estado de Direito.

A premissa básica que justifica a legitimidade da Justiça constitucional parte da idéia de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não-só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria.¹¹

Importante recordarmos a advertência feita por Walter Berns, ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana, em relação à maioria: *“Em resumo, a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma*

10. BRITO, José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 39.

11. Como salientado por Lawrence Baum, *“a Corte Suprema é política numa variedade de sentidos... As percepções que os juízes têm da opinião pública e da opinião do Congresso afetam as decisões da Corte. As próprias decisões, com frequência, levam grandes controvérsias no Governo e na Nação em geral, e os juízes podem ser atacados por membros do Congresso e por outros líderes políticos que discordam de suas políticas”* (A Suprema Corte Americana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, pp. 12-13).

*política preocupada com direitos. Conseqüentemente, a regra da maioria, só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria”*¹²

Assim, é absolutamente necessária a compatibilização do *Parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com a *Justiça constitucional* (que representa a garantia do Estado de Direito)¹³ e a defesa dos direitos da minoria.¹⁴

Observe-se que a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais, pois como recorda Jorge Miranda, “*o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modulação*”¹⁵

Formalmente, as decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre a dos representantes populares eleitos pelo voto, porque presume-se que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício de poder constituinte originário.

Ora, enquanto manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, o poder constituinte originário, modernamente tem o povo como seu titular,¹⁶ cuja vontade é expressa por meio de

12. BERNIS, Walter. A Constituição assegura esses direitos? In: Vários autores. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 285. A necessidade de garantirem-se os direitos da minoria, também é ressaltada por Joseph Bessette, que aponta que “*a versão mais comum da acusação de que o sistema político norte-americano é atualmente antidemocrático talvez seja a de que os poucos endinheirados, especialmente os interesses empresariais, subvertem as formas da Democracia para seus próprios fins estreitos*” (BESSETTE, Joseph M. Democracia deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano. In: Vários autores. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305). Conferir, ainda, a discussão sobre a legitimidade popular na regra da Democracia representativa sob o enfoque da Constituição dos EUA: GOLDWIN, Robert A., SCHAMBRA, William A. (orgs.). *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986. p. 305; CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1997. p. 17.

13. TROPER, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990. p. 31; STARCK, Christian. La légitimité ... Op. cit. p. 73.

14. Como salientado por Konrad Hesse, “*esse controle significa uma incorporação, até agora desconhecida à tradição constitucional alemã, do Poder Judiciário no sistema de freamentos de poderes e controles. O elemento estatal-jurídico do equilíbrio de poderes, que se torna eficaz, nele, une-se com o democrático, porque ele abre as possibilidades à minoria de recorrer à proteção do Tribunal Constitucional contra um prejuízo, real ou pretendido, de sua posição e, assim, de consolidar sua situação - em que, naturalmente, o Tribunal Constitucional nenhum outro peso pode lançar no prato da balança senão aquele da sua própria autoridade*” (Elementos de... Op. cit. p. 376).

15. MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 95.

16. O posicionamento moderno diferencia-se da clássica posição do abade Emmanuel Sieyès (1748-1836), em sua obra *Qu'est-ce que le tiers État?* (O que é o Terceiro Estado), para quem o titular do poder constituinte era a *nação*.

seus representantes eleitos, em Assembléia Nacional Constituinte, que efetivamente o exercem, pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna.¹⁷

Portanto, conforme os ensinamento de Goffredo Telles Junior, “*o Poder do Congresso Nacional não é um Poder originário, nem autônomo, nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. O Poder Legislativo, considerando como Poder do Congresso Nacional, é um Poder constituído, um Poder exercido em conformidade com o que manda o Poder constituinte*”¹⁸

Assim, o Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior.¹⁹

A idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. É *inicial*, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica;

17. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 102; MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 14; SALDANHA, Nelson. SALDANHA, Nelson. *O Poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 74; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 15; SANTOS, Aricê Moacir Amaral. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O poder constituinte*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p. 16. Nesse sentido decidiu a Suprema Corte Americana: “Diz-se às vezes que este tribunal arrega-se o poder de dominar ou controlar a ação dos representantes do povo. Isso é uma interpretação errônea. A Constituição é a suprema lei do país, ordenada e estabelecida pelo povo. Toda a legislação deve conformar-se aos princípios fixados por ela. Quando uma lei do Congresso é adequadamente contestada nos tribunais, por não se conformar ao mandamento constitucional, o ramo judiciário do Governo só tem um dever a cumprir: pôr o artigo da Constituição que é invocado ao lado da lei que é contestada e decidir se esta última está de acordo com aquele artigo” (*United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 62 (1936), *apud* SCHWARTZ, Bernard. *Direito...* Op. cit. p. 259).

18. TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 51.

19. O poder constituinte poderá manifestar-se tanto por um movimento revolucionário quanto por um movimento político (Assembléia Nacional Constituinte).

é *ilimitado* e *autônomo*, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor; e, finalmente, é *incondicionado*, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.²⁰

Dessa forma, a legitimidade formal do Tribunal Constitucional existe no momento da promulgação de uma Constituição que o instituiu formalmente, pois haverá a presunção de que sua criação foi decorrente da vontade soberana do Povo organizado em Assembléia Nacional Constituinte.²¹

Esse entendimento é corroborado por Bernard Schwartz, quando explica que *“a teoria americana admite uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembléia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país. A lei elaborada por qualquer órgão do Estado só é válida desde que não entre em conflito com a Constituição”*²²

Igualmente, esse é o exato sentido da lição de Thomas Cooley, ao analisar o sistema constitucional norte-americano, afirmando que *“o Poder Judiciário tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do poder legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se*

20. Nesse sentido, Canotilho sintetiza essas características dizendo que *“o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder inicial, autônomo e onnipotente. É inicial porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do soberano (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder autônomo: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve ‘dar-se’ uma Constituição à Nação. É um poder onnipotente, incondicionado: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo”* (Direito... Op. cit. p. 94).

21. Otto Bachof adverte que *“não tem muito mais força a afirmação de que o poder judicial é antidemocrático. O juiz não é menos órgão do povo que todos os demais órgãos do Estado. A alusão da falta de imediatéz de sua comissão pelo povo não constitui um argumento convincente perante o fato de que também o Governo, o Presidente, os funcionários... contam somente com um mandato indireto do povo; e mesmo o Parlamento não pode ser considerado como diretamente comissionado, sem que haja um aspecto muito relativo, pois sua composição está de fato muito mais ligada aos partidos políticos. Ademais, mais importante que a classe do mandato é a função desempenhada. O juiz administra justiça em nome do povo – essa não é uma fórmula vazia – da mesma forma que o Parlamento promulga leis e o Governo governa em nome do povo”* (BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987. p. 59. Reimpressão)

22. SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 26.

*não poderem conciliar. Nesse caso, como o poder legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática”*²³

Materialmente, sendo instituído por Constituições formais, os Tribunais ou Cortes Constitucionais são órgãos de garantia da supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando, dessa forma, o Estado de Direito e preservando as idéias básicas da Constituição material.

Canotilho explica que “*globalmente consideradas, as garantias de existência da Constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à Constituição; (2) na existência de competências de controlo, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da Constituição*”²⁴

A jurisdição constitucional, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembléia Nacional Constituinte, exercendo, por conseguinte, um controle negativo. Como salientado por Jorge Miranda, “*o Tribunal Constitucional exerce um poder de controle negativo, um pouvoir d’empêcher, não um poder de impulsão, um poder positivo*”²⁵

Os eventuais confrontos entre a legitimidade da Justiça constitucional e a legitimidade da maioria legiferante devem ser resolvidos em uma aplicação equilibrada e harmônica do princípio da separação de funções estatais, pois todos os poderes exercem funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece assentar-se o Estado Constitucional de Direito na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o

23. COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 142.

24. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito ...* Op. cit. p. 782.

25. MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 95.

constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos*.²⁶

As Constituições, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, prevêm a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes” que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “*Política*” detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado do governo civil*. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal.²⁷

Como salientam Canotilho e Moreira, “*um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (Verfassungstreue, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (statesmanship)*”.²⁸

26. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 26.

27. Nuno Piçarra faz detalhado estudo sobre a falência da idéia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais (*A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 264).

28. CANOTILHO, J. J. GOMES, MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 71.

Lembre-mos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente. O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).

Como salientado pelo *Chief Justice* Marshall, no célebre caso *Marbury v. Madison*, “para que então limitarem-se os poderes, e para que estabelecer-se tal limitação em um documento escrito, se tais limites puderem, a qualquer momento, ser ultrapassados por aqueles a quem se pretende restringir”²⁹

Assim, as funções estatais de soberania são modernamente atribuídas a vários órgãos estatais, entre eles, aos Tribunais ou Cortes Constitucionais, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais.³⁰

Como salienta Cappelletti, “efetivamente, resulta difícil imaginar que atualmente poder-se-ia assegurar um sistema qualquer de equilíbrio eficaz entre os poderes sem o crescimento e diversificação do próprio ramo judiciário”³¹

A esses órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que hajam Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização, a perpetuidade e a efetividade desses requisitos.³² Todos esses temas são de tal modo ligados que a

29. *Marbury v. Madison*, U.S. Supreme Court, 177 (1803). Cf. a íntegra da decisão: SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 9-14; RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 36 ss.

30. BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y constitución*. Barcelona: Casa Editorial, 1987. p.

31. CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 612.

32. A necessidade de existência de um órgão imparcial de controle e efetividade da Constituição é reforçada pela observação trazida por Vieira de Andrade: “Outras vezes, o legislador goza do poder de restringir os direitos, liberdades e garantias, um poder que a Constituição prevê até em termos genéricos, embora com a garantia da necessidade, adequação e proporcionalidade das restrições, designadamente da sua necessidade para defesa de um valor constitucionalmente protegido e do respeito pelo conteúdo essencial do preceito” (ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 81).

derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

Dessa necessidade protetiva do Estado de Direito advém a legitimidade material da justiça constitucional, pois como afirmado por Jorge Miranda, “*para lá da legitimidade adveniente da previsão em Constituição democrática, há uma legitimidade própria dos órgãos de controlo, inerente ao princípio da divisão e limitação de poder do Estado de direito democrático*”³³

Assim, o fundamento básico da legitimidade material da Justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo,³⁴ pois nos Estados onde o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexistente,³⁵ como ensina Norberto Bobbio ao afirmar que *sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar*.³⁶

Importantíssima a observação feita por Rivero, após constatar a crise na Democracia representativa - analisada no capítulo anterior - de que “*a velha idéia que dominou todo o liberal século XIX, da proteção da liberdade pela lei, tende a ser substituída pela idéia experimental da necessidade da proteção das liberdades contra a lei. E essa evolução tem sido possível graças a esse fenômeno extraordinário que é a existência de uma autoridade superior ao legislador, de uma autoridade encarregada de impor o legislador o respeito à Constituição*”³⁷

33. MIRANDA, Jorge. Nos dez anos... Op. cit. p. 98.

34. Como salienta François Luchaire, a idéia básica da criação do Conselho Constitucional foi garantir o respeito às normas constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais por ela proclamados (LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980. p. 19). No mesmo sentido: BON, Pierre. La légitimité du conseil Constitutionnel français. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 143.

35. Interessante observação é feita por Javier Perez Royo, ao afirmar que “*nos países com uma tradição democrática ininterrupta, ou melhor dizendo, com uma tradição constitucional ininterrupta, que não necessitaram destruir temporariamente o Estado Constitucional, na passagem do Estado Liberal ao Estado Democrático, não se criou (Inglaterra) ou houve resistência à introdução de um controle de constitucionalidade das leis (Suíça)*” (*Tribunal constitucional y division de poderes*. Madri: Tecnos, 1988. p. 24).

36. BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993. p. 117.

37. RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 666.

Ora, a questão essencial sobre a legitimidade da Justiça constitucional exige uma interpretação que compatibilize a representação popular, enquanto direito da maioria, e a defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição Federal, que entre outros, podem ser destacados o de Justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica.³⁸

Há, portanto, necessidade de direcionarem-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse, no sentido de que uma Constituição tem caráter informador de todo o ordenamento jurídico, e se em seu gênese a Constituição de um país é “*a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*”³⁹ após a sua edição, “*graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social*”⁴⁰

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, devendo suas previsões servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do *poder público*, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos Direitos Fundamentais poderemos almejar a conquista da verdadeira *liberdade*, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe Pound, para quem liberdade consiste “*na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos*”⁴¹

38. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 11.

39. LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 37.

40. HESSE, Konrad. *A força normativa...* Op. cit. p. 24.

41. POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 5

Cappelletti corrobora esse entendimento afirmando que “*somente nos sistemas democráticos de governo existe uma oportunidade para que se respeite os direitos fundamentais*”, de maneira que “*a Democracia não pode sobreviver em um sistema em que os direitos e garantias fundamentais careçam de uma proteção eficaz. Como muito acertadamente se tem observado, a preservação das liberdades públicas exige a eliminação da concentração de poder e a distribuição de todo o poder que não possa ser eliminado - um sistema de equilíbrio de poderes*”; e conclui: “*uma Justiça razoavelmente independente dos caprichos e intolerâncias das maiorias pode contribuir em grande medida para a Democracia*”⁴²

Sem respeito a essas regras não haverá Estado de Direito, desaparecendo a liberdade e conseqüentemente a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a conseqüência nefasta do fim da Democracia.⁴³

Bernard Schwartz conclui nesse sentido, afirmando que “*o ponto básico na concepção americana do princípio da legalidade é o respeito aos princípios que estão acima do Estado e que são confirmados pelos tribunais. No sistema americano, tais princípios são os estabelecidos pela Constituição federal. Os atos legislativos que entrarem em conflito com eles serão declarados nulos pelos tribunais americanos. Deve-se admitir, afirmou a Corte Suprema dos Estados Unidos, que em todo Governo livre há certos direitos que estão acima da competência do Estado. O Governo que não reconhece tais direitos, que mantém a vida, a liberdade, a prosperidade de seus cidadãos sujeitas, a qualquer momento, à disposição absoluta e ao domínio ilimitado mesmo do mais democrático depositário do poder, é afinal de contas apenas um despotismo. É verdade que é um despotismo de muitos da maioria, se quisermos chamá-lo assim, mas não deixa de ser um despotismo*”⁴⁴

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que *poder público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res pública*, pautem-se pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucional, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda

42. CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad... Op. cit. p. 633.

43. Cappelletti corrobora esse posicionamento ao afirmar que não crê existir a menor oportunidade para a sobrevivência da liberdade se não se mantiverem sistemas bem equilibrados de controles recíprocos e concluindo que “*o crescimento do poder judicial constitui, naturalmente, um instrumento necessário para a realização desse equilíbrio*” (Necesidad... Op. cit. p. 612).

44. SCHWARTZ, Bernard. *Direito...* Op. cit. p.43.

da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito.

3. Composição dos Tribunais Constitucionais.

Igualmente, apresenta-se como fator legitimador da Justiça constitucional a participação popular, por intermédio de seus representantes eleitos no Parlamento e no Executivo, na escolha dos membros dos Tribunais ou Cortes Constitucionais.

Assim, a questão da composição das Justiças constitucionais é certamente a que provoca as mais equivocadas interpretações e os mais árduos debates, situando-se em dois níveis: *político* e *jurídico*.

Como salienta Pedro Cruz Villalón, a questão da legitimidade dos Tribunais Constitucionais deve ser analisada em sua origem, ou seja, se a sua forma de composição é ou não respaldada pela idéia de soberania popular.⁴⁵

O tratamento diferenciado dado à investidura dos juízes da jurisdição constitucional é explicado em virtude de sua natureza dúplice, e porque suas decisões envolvem a supremacia constitucional, os atos das mais elevadas autoridades do Estado e, principalmente, as leis do Parlamento, que são consideradas como expressão da vontade geral.

Em razão disso, essa jurisdição não pode ter a mesma composição das jurisdições ordinárias, sob pena de contestação de sua legitimidade, e deve apresentar os três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça constitucional para que reforcem sua legitimidade: *pluralismo*, *representatividade* e *complementaridade*.

Em relação ao *pluralismo*, o importante é que o órgão encarregado da Justiça constitucional tenha uma composição pluralista, de maneira que possa aumentar a representatividade global do sistema, protegendo os grupos minoritários que não tenham acesso aos ramos políticos.

Observe-se que, para garantia da atualização do pluralismo e da representatividade, em regra, deverá haver uma renovação regular dos membros do Tribunal ou Corte, que devem ter mandatos certos e não muito longos, de maneira que nem a designação da maioria coincida com o início do mandato do Chefe de Governo, nem que se perpetuem no cargo, impedindo, assim, que eventuais evoluções políticas

45. VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 87.

e sociais, com reflexos imediatos na composição do Parlamento e na eleição do Chefe do Executivo, não sejam acompanhadas pela Justiça constitucional. Dessa forma, o ritmo de alterações, por meio de novas nomeações envolvendo os outros dois ramos do Governo (Legislativo e Executivo), permitirá assegurar que a evolução social da Corte, que não se mostrará alheia às novas exigências decorrentes da constante mutação da sociedade.⁴⁶

A *representatividade* consiste na participação da maioria qualificada do Parlamento para a aprovação do nome do juiz constitucional e parece garantir um maior pluralismo, como reflexo do próprio pluralismo democrático das Câmaras Legislativas, pois acaba por permitir às minorias parlamentares o direito de veto ao nome indicado para compor a Corte Constitucional, uma vez que essa deve representar necessariamente as várias tendências e partes da sociedade, inclusive as diversas minorias.⁴⁷

Por fim, a *complementaridade* consubstancia-se na necessidade de multiplicidade e variação de experiências profissionais anteriores dos juízes constitucionais, pois, na realidade, a experiência de um juiz constitucional proveniente da magistratura de carreira é diversa daquele proveniente da advocacia ou do Ministério Público, ou ainda, da Universidade Pública, ou do próprio Parlamento, ou outros ramos profissionais. Essa complementação de experiências acaba por legitimar a Justiça constitucional, afastando-a tanto do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada.

Concordamos, portanto, com Favoreu quando aponta que o modo de designação dos juízes constitucionais pelas autoridades políticas pelos diversos sistemas jurídicos constitui, além de uma tradição da Justiça constitucional, uma necessidade de legitimidade, que repousa em grande parte nessa técnica de designação.⁴⁸

46 CAPPELLETTI, Mauro. *Tribunales...* Op. cit. p. 625.

47 Essa necessidade de pluralismo e representação das minorias não passou despercebida pelo então Ministro do STF, Francisco Rezek, que afirmou que "para reconforto dos brasileiros, seu tribunal mais alto não é e não será jamais uma confraria de almas-irmãs. Não o tem sido, tampouco, a Suprema Corte Americana; e isto, dado o pluralismo que caracteriza as duas sociedades - e que, no Brasil, não se limita ao plano das idéias -, é mais que positivo. Chega a ser imperioso, na medida em que o poder político facultado às duas casas de justiça reclama que representem, de modo autêntico e completo, um quadro social heterogêneo e marcado por constante transformação" (prefácio da obra de BAUM, Lawrence. *A Suprema...* Op. cit. p. 8).

48. FAVOREU, Louis. La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 233.

4. Fundamentação e Aceitação Popular das Decisões dos Tribunais Constitucionais.

Outro grande pilar que sustenta a legitimidade da Justiça constitucional é a aceitação de suas decisões pelos demais poderes por ela fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pelo qual todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos.

Assim, a verdadeira, duradoura e incontestável legitimidade da Justiça constitucional será concedida pela opinião pública, pois somente ela é que, em definitivo, consagrará ou rejeitará essa instituição, analisando-a em virtude de sua jurisprudência e de sua atuação perante o Estado, pois, como ressalta Henry Abraham, “*as decisões que contrariam o consenso geral simplesmente acabam não perdurando*”⁴⁹

Como salienta Antonio Scarance Fernandes, a grande destinatária da motivação das decisões judiciais é a comunidade, no intuito de ter “*condições de verificar se juiz e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da função jurisdicional*”.⁵⁰

Historicamente, isso é facilmente constatado ao se comparar o desenvolvimento da Justiça constitucional dos EUA e da França.

Em relação ao Conselho Constitucional francês, constata-se que sua legitimidade foi fortemente contestada, principalmente por razões históricas e ideológicas contrárias à magistratura em geral. Como salienta a doutrina francesa, o controle de constitucionalidade das leis sempre foi ausente no Direito francês, havendo mesmo, uma hostilidade à aplicação dessa técnica. No entanto, com a melhora da instituição e evolução de sua jurisprudência, houve considerável mudança da visão francesa sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, principalmente quando o Conselho Constitucional ampliou seu papel e passou a exercer mais efetivamente um controle geral da constitucionalidade das leis com ênfase, basicamente, na proteção dos direitos fundamentais.⁵¹

49. ABRAHAM, Henry. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Vários autores. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978. p. 99.

50. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117.

51. BON, Pierre. La légitimité... Op. cit. p. 140; TROPER, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris. Presses Universitaires de France, 1990. p. 31. Pierre Bon, inclusive, salienta que atualmente a legitimidade do Conselho Constitucional é largamente admitida, indicando como exemplo o colóquio organizado pela Assembléia Nacional e pela Associação francesa dos constitucionalistas em 13 de março de 1987, sob o tema “O Conselho Constitucional e os

Diferentemente, desde 1803 (Madison v. Marbury), a Corte Suprema americana iniciou a aquisição de reconhecimento e aceitação popular, ganhando grande respeito não-só perante os demais Poderes de Estado, mas perante o próprio povo, que passou a enxergá-la como o último bastião na defesa dos Direitos Fundamentais.

Como lembra Bernard Schwartz, “*não é a Corte Suprema sozinha, mas a Corte Suprema, apoiada pela força da opinião pública informada, que tem tornado o controle judicial da constitucionalidade um fator tão importante no funcionamento do sistema de Governo americano*” uma vez que “*a aceitação da Corte Suprema e de sua autoridade na esfera constitucional está atualmente tão arraigada na consciência americana quanto a aceitação da competência dos tribunais em questões de Direito Privado na Inglaterra*”, para concluir que “*o apoio básico do Judiciário federal dos Estados Unidos não se encontra na sua posição constitucional, que, em vários aspectos, é inerentemente fraca em comparação com a do Legislativo e a do Executivo, mas na aceitação pela opinião pública do seu papel como guardião da Constituição americana. Num Governo democrático, representativo como o nosso, escreve um juiz americano, o poder do Judiciário depende grandemente de sua reputação quanto à sua independência, integridade e bom senso*”⁵²

Para garantir apoio a seus julgados e, conseqüentemente, reafirmação de sua legitimidade, historicamente o estilo das decisões da diversas Cortes Constitucionais foi alterado, visando um maior detalhamento de sua motivação e propiciando maior acesso popular aos elementos básicos de sua fundamentação, por meio de publicidade de seus acórdãos.⁵³

Como ressalta René David, ao analisar o desenvolvimento no estilo formal das decisões, “*um outro elemento a considerar é o estilo das decisões judiciais. Estas, atualmente, devem ser sempre motivadas. A obrigação de motivar os julgamentos é, no entanto, recente. Durante muito tempo, concordou-se em ver nos julgamentos um*

partidos políticos”, onde a maioria dos parlamentares afirmou sua adesão ao princípio do controle de constitucionalidade das leis a ser exercido pelo Conselho Constitucional, concluindo que a Justiça Constitucional da França adquiriu legitimidade e encontra-se no mesmo *status* que as demais Cortes Constitucionais européias, em defesa do Estado de Direito da França.

52. SCHWARTZ, Bernard. *Direito...* Op. cit. pp. 184-186.

53. Em relação a publicidade dos atos processuais, Antonio Scarance Fernandes afirma que “*trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da Justiça*” (Processo penal constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 63).

*exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado. A prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões. O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria Constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo uma garantia contra as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito. As decisões judiciais nos países da família romano-germânica assemelham-se pelo fato de terem de ser todas motivadas”.*⁵⁴

Importante não nos esquecermos da lição de Rui Barbosa, ao advertir que “a autoridade da Justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior, quanto mais atrevida for a insolência oficial, que lhes desobedecer, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante ela”⁵⁵

São Paulo, março de 2003.

54. DAVID, René. *Os grandes...* Op. cit. p. 125. Conferir, ainda, em relação à necessidade de motivação das decisões judiciais: TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987 e MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 16. p. 111.

55. BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991. v. XIX, p. 300.

5. Bibliografia.

ABRAHAM, Henry. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: Vários autores. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987. Reimpressão.

BANDRÉS, José Manuel. *Poder judicial y constitución*. Barcelona: Casa Editorial, 1987.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura – Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991. v. XIX, p. 300.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BERNS, Walter. A Constituição assegura esses direitos? In: Vários autores. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

BESSETTE, Joseph M. Democracia deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano. In: Vários autores. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993.

BON, Pierre. La légitimité du conseil Constitutionnel français. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

BRITO, José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...* Op. cit. p. 102;

_____. Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v.1.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FAVOREU, Louis. Informe general introductorio. In: Vários autores. *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 22; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

GOLDWIN, Robert A., SCHAMBRA, William A. (orgs.). *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição (Über das Verfassungswesen)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*. v. 16.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.

POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

REYES, Manuel Aragón. *El juez ordinario entre legalidade y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997.

RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeas y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ROYO, Javier Perez Royo, *Tribunal constitucional y division de poderes*. Madri: Tecnos, 1988.

SALDANHA, Nelson. *O Poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

SANTOS, Aricê Moacir Amaral. SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O poder constituinte*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorite. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986.

TROPER, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: Vários autores. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

A ACIDENTADA MORFOLOGIA DO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO: ELEIÇÕES GERAIS DE 2002

Mônica Herman Salem Caggiano

Professora Doutora do Departamento de Direito do
Estado da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Resumo:

O presente trabalho resulta de pesquisa que, sistematicamente, vem sendo atualizada, visando o exame do processo eleitoral brasileiro: o sistema adotado, a atuação dos elementos que o compõem, o comportamento do quadro partidário, etc. Tais fatores, que produzem influência direta sobre a qualidade da representação política, é que compõem os pontos a demandar especial atenção por parte dos analistas e sobre os quais debruça-se o estudo promovido tendo por cenário específico as eleições gerais de 2002.

Abstract:

This article intends to discuss the general election held in Brazil in October 2002. The main task is to allow the reader to have a look upon this special and complex field that is represented by the electoral process. Indeed, here there are records about the Brazilian laws and the act settled for the purpose of regulating the electoral process. In addition the paper deals with issues specific to an electoral period, just as the electoral system, the problems involving the political parties, and the extremely sensible issue represented by the financial aspects of an electoral campaign.

Unitermos: processo eleitoral brasileiro; direito comparado

Notas Introdutórias

Em princípio, tem sabor de lugar comum discorrer sobre as eleições, de âmbito nacional, que marcaram o panorama político brasileiro em 2002. Isto porque, o tema já foi amplamente explorado pela mídia, até internacional, que, num tom jornalístico dissecou o pleito, apresentando os resultados e, também, os bastidores do processo de renovação política do Governo Federal e dos 27 Estados que compõem a nossa federação. No entanto, ressentiu-se a ausência de análise jurídica da mecânica e dos instrumentos utilizados para a realização dessa consulta popular que, a par de

prestigiar a tradicional vocação para o voto, própria do povo brasileiro,¹ corresponde a um avanço no aprimoramento da democracia que vem sendo praticada sob a égide da Constituição de 1988.

Em verdade, de há muito, entre nós, é debatida a imposição de uma reforma política,² direcionada, exatamente, ao aperfeiçoamento e robustecimento do modelo democrático desenhado pelos constituintes de 1988. Na medida em que este é preordenado pelo princípio da representação política, idéia constantemente reforçada, marginalizando-se os instrumentos de participação direta do povo,³ nada mais

1. A vocação para o voto já foi objeto de nossa análise em trabalho publicado sob o título: "*O Cidadão Eleitor. O Voto e o Papel que Desempenha no Quadro Brasileiro*", no livro "*As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*", sob a coordenação de Ives Gandra da Silva Martins (Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002), onde resta registrado: "*Dentre tais elementos, sem dúvida, deve se destacar a verdadeira vocação para o voto, hoje quase parte da índole brasileira, que, desde os primeiros tempos coloniais, era praticado a nível local.*" E mais, é assinalado: "*...Enfim, o exercício do voto, notadamente em esfera local, era uma prática bastante difundida, própria do modelo de organização e administração municipal instalado pelos colonizadores portugueses, fenômeno que posiciona o sufrágio quase como um elemento inerente ao espírito brasileiro, formatado ao longo dos anos. Em verdade, o sufrágio praticado em inúmeros momentos compreendidos na trajetória histórica brasileira, não pode ser considerado como tendo, efetivamente, servido de instrumento eficaz à participação política – uma de suas essenciais funções – ou, ainda, de respaldo à construção de uma sociedade democrática, dirigida por governos legítimos, detentores do poder político por intermédio de "free and fair elections", que encontra no sufrágio universal uma de suas mais fortes formas de expressão. Certo é, contudo, que o exercício do voto incorporou-se às tradições brasileiras, independentemente do papel, da função ou da importância que lhe tenha sido conferida pela abundante legislação com que foi contemplado. Pois bem, sem a pretensão de exaurir a matéria, este trabalho direciona-se à uma análise da trilha evolutiva do voto, notadamente quanto ao papel que vem desempenhando, em território doméstico, para, afinal, verificar o atingimento do nível de "eleitor-cidadão", idéia força, hoje perseguida no ensejo de assegurar a integralização do status da cidadania.*"

2. No tocante às medidas que integram a reforma política, recomenda-se ver a nota n. 28. Mais ainda, oportuno lembrar que, encerrado o período eleitoral 2002 e inaugurado o Governo Lula (presidente Luís Inácio Lula da Silva) em 1º de janeiro 2003, começaram os debates sobre as reformas necessárias. Juntamente com as questões da Previdência e a Tributária, a reforma política retornou ao cenário, por mais uma vez, proclamada como a mais relevante das revisões a cargo do Poder Legislativo. Encontram-se aprovados pelo Senado os projetos que dispõem sobre: (1) fidelidade partidária (que impõe ao parlamentar um vínculo de, pelo menos, 4 anos para poder obter legenda e concorrer a eleições); (2) a proibição de coligações partidárias para os pleitos proporcionais; (3) introdução de listas mistas (um tipo distrital, autorizando o eleitor a votar em candidato – voto nominal, mas também na legenda); (4) a proposta de financiamento público das campanhas, projeto oriunda do Senado, de n. 353, de 1999, de autoria do Senador Sérgio Machado, com parecer favorável, que, no entanto, continua em tramitação sem qualquer definição quanto a sua futura e eventual transformação em lei.

3. Ao longo de quase 15 anos de aplicação da atual Constituição, pouco, muito pouco, tem sido praticada a participação na produção normativa por via de referendo, plebiscito ou iniciativa popular. Mesmo após a edição da Lei n. 9.709/98, que regulamentou referidos institutos, o quadro não se alterou. Clássico e isolado, em nível de exemplo da interferência popular direta na textura do quadro normativo, permanece a criação do preceito do art. 41-A, da Lei n. 9.504/97, introduzido por força da Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999, diploma resultante de iniciativa popular.

apropriado do que o adequado alinhamento dos mecanismos operatórios deste *standard* à exigência de um padrão democrático que propicie um clima coroado pelo fenômeno denominado por Roberto Dahl de “responsiveness” - a “*contínua correspondência do governo com as preferências de seus cidadãos considerados politicamente iguais*”⁴

A tanto, propõe-se o assinalado projeto reformulatório, que insere medidas incidentes sobre o quadro partidário, na perspectiva de sua redução e fortalecimento, para assegurar maior densidade representativa às agremiações político-partidárias, e atinge, trazendo relevantes inovações, o sistema eleitoral acolhido, uma engrenagem que se apresenta superada, caminhando para a senilidade, o que se reflete de forma perversa no processo eleitoral, acarretando-lhe pontos de inconsistência e um desvio em acentuado grau.⁵

Considerando, no entanto, o fato de que as propostas revisionais, de perfil político, continuam estagiando na penumbra dos gabinetes parlamentares, prevalecendo um quadro legal já arcaico a cercar e orientar as eleições de outubro de 2002, parece-nos este merecedor de exame, ainda que perfunctório, a ensejar a identificação pontual de eventuais degenerescências e das facetas e instrumentos a reclamar reparos.

A preocupação com a análise eleitoral, enfocando em especial o pleito de 2002, tem amparo na própria relevância política dessa consulta, de índole nacional e formato gigantesco, a envolver cerca de 18.880 candidatos, que se estima terem percorrido aproximadamente 350 milhões de quilômetros ao longo da campanha; 2 milhões de pessoas mobilizadas pela Justiça Eleitoral a atuar no âmbito da consulta; 2.5 milhões de pessoas trabalhando pelos candidatos (delegados de partidos, fiscais, empregados de empresas de marketing, etc.). Enfim um momento eleitoral a envolver 5 bilhões de reais⁶ um elevadíssimo custo para ser suportado sem a garantia de resultados conformes às expectativas da sociedade.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, a presente incursão no espectro da operação eleitoral de 2002 buscará a abordagem de tópicos que, ao longo deste

4. *Qui Gouverne*, trad. de Pierre Birman e Pierre Birnbaum, Paris, Librairie Armand Colin, 1971, p. 1.

5. Reflexo do sistema eleitoral adotado no Brasil para as eleições para a Câmara dos Deputados e as Assembléias Legislativas, resultou a eleição dos representantes do PRONA, partido que, no pleito de 2002, por contar com um candidato contemplado com um grande número de votos, acabou por conquistar 6. cadeiras, sendo que todos estes candidatos beneficiados obtiveram *de per si* uma votação inócua, insuficiente para os conduzir à vitória. Mais que isto, passaram estes a ocupar assentos parlamentares das quais outros candidatos, de outros partidos, com uma votação muito mais expressiva, foram alijados. Ver sobre o tema o item 3.2, deste trabalho, versando sobre “*Os Nânicos*”

6. Os dados foram extraídos de reportagem da revista “Veja”, edição de novembro/ 2002, tendo por fonte: TSE, consultoria GT Marketing e Comunicação e partidos.

processo, foram objeto de discussões específicas ou que, por polêmicos, se impõem ao analista demandando-lhe peculiar atenção, a exemplo do perfil numérico do atual quadro partidário, alcançando o problema dos *nanicos*, a influência do direito de antena nas coligações realizadas, os aspectos, sempre inquietantes, do financiamento das campanhas eleivas e o sistema eleitoral empregado com os conseqüentes resultados.

Tratamento Legal. O Bloco Normativo.

A complexidade, da índole do processo eletivo por tendência natural, espalha o seu domínio para alcançar todo o espectro eleitoral, contagiando a própria legislação que, neste específico ambiente, se apresenta esparsa, sinuosa e afeta a constantes flutuações, sempre submissas à influência dos interesses do grupo detentor do poder político. Sob este aspecto, meritória a solução adotada pela Constituição Federal que, por via da Emenda Constitucional n. 4/1993, introduziu uma cláusula de bloqueio a alterações casuísticas, de última hora, e com pauta no princípio da anualidade, acabou desestimulando a produção de novas normas de regência do processo eleitoral, vedando a aplicação daquelas editadas no período de um ano antes da respectiva realização.⁷

Oportuno registrar que, já a partir de 1997, perseguindo-se a segurança jurídica, o processo eleitoral passou a ser disciplinado por um texto de cunho duradouro, ao menos editado com caráter permanente, diferentemente da técnica adotada no passado recente que descortinava para cada pleito eletivo um novo diploma legal a regulamentá-lo. Assim, a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997⁸ passou a dispor sobre o processo eleitoral, tanto em esfera nacional, em se tratando de eleições gerais, como, também, em cenário municipal, disciplinando os pleitos destinados à seleção de prefeitos e vereadores. A sua promulgação, de fato, configura forte indicador de aperfeiçoamento na linha evolutiva do quadro normativo incidente sobre a operação eleitoral, deixando para o escaninho da história a tradição de, a cada consulta, editar-se nova norma reguladora.

Não logrou este diploma, todavia, reduzir ou, até mesmo, simplificar o emaranhado de normas a comandar as eleições. Ao invés, a seu lado, continuam

7. Trata-se do art. 16 da C.F. com a seguinte redação: "*A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até 1 (um) ano da data de sua vigência*"

8. A primeira aplicação deste diploma deu-se com a realização da consulta popular de 1998 (eleições gerais).

operando outros textos disciplinadores, instalando-se uma verdadeira rede normativa, uma “*net*” ou um bloco de legalidade eleitoral, o bloco normativo de regência das eleições, de irrefutável fertilidade.

Assim é que, o Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965), remanesce com comando normativo sobre determinados tópicos, a exemplo de matéria versando registro de candidatura, (arts. 88, *caput*, 91, § 1º, 94, etc.), convenções (art. 100, § 2º), cédulas oficiais (art. 104), garantias eleitorais (arts. 235, 236, “*caput*” e § 1º), composição e trabalhos das juntas eleitorais, Mesas Receptoras, instalação da seção eleitoral (art. 142), votação (arts. 144 e ss). A Lei partidária (Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995), a seu turno, traz importantes mecanismos de ação eleitoral, como também vedações, buscando amenizar as turbulências peculiares às campanhas, encontrando aplicação em vários segmentos do processo eleitoral, como o terreno das convenções. Mais ainda, o quadro de inelegibilidades, os prazos de desincompatibilização e o processo de impugnação ao registro das candidaturas vem estabelecidos no bojo da Lei complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, texto que encontra por fundamento o disposto no § 9º, do art. 14 da C.F. Ainda mais, a célebre Lei Etelvino Lins (Lei n. 6.091, de 15 de agosto de 1974), revelando-se, desde sua gênese, temido mecanismo destinado à moralização dos pleitos, uma arma de regular desempenho na luta contra o aliciamento, exatamente por combater o transporte irregular de eleitores.⁹ Basta a mais breve incursão no texto deste diploma dos anos 70 para verificar como vários ainda são os dispositivos a comandar o processo eleitoral, expandindo-se para além do tema transporte de eleitores.

E mais até, o tema propaganda, abundantemente disciplinado pela Lei n. 9.504/97, continua, também, a atender a um comando do velho Código Eleitoral, a norma do art. 237, hoje concebida como verdadeiro princípio a obstaculizar a interferência do poder econômico na realização da consulta eletiva e suas nocivas irradiações sobre os resultados.

Irradiando sérios reflexos sobre o processo eleitoral e alinhando-se aos textos legais que incidem sobre o tema *eleições*, não há como ignorar o vasto elenco de resoluções baixadas pelo TSE, no exercício de sua competência normativa. A cada operação eleitoral, novas instruções são editadas por esta Justiça especializada, provocando um extraordinário inchaço do denominado bloco normativo de regência.

9. A Lei Etelvino Lins teve o mérito de inaugurar regra proibitiva (art. 13) quanto ao ingresso, renovação e movimentação, em geral, de servidores públicos nos períodos eleitorais, situações, hoje, regidas pelo art. 73, V, da Lei n. 9.504/97.

A título ilustrativo, vale lembrar as 16 (dezesesseis) Resoluções¹⁰ a nortear o pleito/2002, suplementadas por, pelo menos, outras 22 (vinte e duas), quer na condição de modificativas, quer como supressivas ou, ainda, complementares.

É certo que a florescência deste complexo bloco normativo tem oferecido dificuldades ao aplicador da lei e ao seu intérprete, tornando o panorama eleitoral um inquietante e nevrálgico espaço a ser explorado. Certo é, também, que este clima se agrava diante dos arroubos da Justiça Eleitoral que, por intermédio do seu poder normativo, regulamentador, não raras vezes, se investe no papel de legislador para impor condutas não previstas na lei. Nessa trilha a tentativa de verticalização¹¹ das coligações partidárias, empreendida pelo TSE por intermédio da atacada Resolução n. 20.993/2002.

De fato, abandonando a razoabilidade do padrão adotado na edição das instruções anteriores, que não se distanciavam do texto legal (art. 6º “caput” da Lei n. 9.504/97) e facultavam aos partidos a confecção de alianças diferentes a nível nacional e estadual (porquanto cuida-se aqui de dois diferentes pleitos: um em esfera nacional e outro na dos Estados-membros da federação), o novo regulamento introduziu a figura da verticalização, inaugurando a obrigatoriedade de as coligações partidárias, em esfera estadual, acompanharem os acordos nacionais. Desde logo contestada esta limitação em razão das distorções eleitorais que ensejaria, o fato não chegou a sensibilizar o Supremo Tribunal Federal que entendeu prejudicada a questão por versar sobre eventual “ilegalidade”, ou seja, a desconformidade da atacada instrução (um mero regulamento) à lei, não se enquadrando como tema de cunho constitucional. Evidenciou, contudo, que a matéria poderia vir a ser tratada no restrito âmbito do registro das candidaturas, reabrindo-se, em instância inferior, a sua discussão.¹²

10. Resoluções: 20.890 – Calendário Eleitoral, 20.950 – Instruções sobre Pesquisas Eleitorais, 20.951 – Reclamações e Representações, 20.986 – Número de Membros para a Câmara dos Deputados e as Assembleias Legislativas, 20.987 – Arrecadação e Aplicação de Recursos, 20.988 – Propaganda Eleitoral e Condutas, 20.993 – Escolha e Registro dos Candidatos, 20.994 – Formulários Utilizados, 20.995 – Cédulas Oficiais, 20.996 – Modelo e Uso dos Lacs, 20.997 – Atos Preparatórios, 20.998 – Justificativa dos Eleitores, 20.999 – Voto do Eleitor, 21.000 – Apuração dos Votos, 21.008 – Voto dos Eleitores Portadores de Deficiência, 21.079 – revoga o art. 8º e o § 2º do art. 15 da Resolução 20.993. Resoluções complementares: 21.084 – Instrução sobre atos preparatórios, 21.092 – Pesquisas eleitorais, 21.078 – Propaganda partidária, 21.085 – Totalização de Votos, 21.106 – Registro de candidatura, conferência de fotografia e dados, 21.124 – Modelos de lacs e etiquetas, Instrução Normativa Conjunta SRF/TSE n. 183, de 26.07.02 – controle da movimentação financeira dos fundos de campanha eleitoral, para coibir o uso indevido de recursos.

11. Ver o item 3.1 deste estudo.

12. Trataram da questão as Adin’s n. 2628-3, proposta pelo PFL (Partido da Frente Liberal), e a de n. 2626-7, ajuizada pelos PC do B (Partido Comunista do Brasil), PL (Partido Liberal), PSB (Partido dos Trabalhadores Socialista Brasileiro) e PPS (Partido Popular Socialista).

Releva registrar, no entanto, que o próprio TSE retrocedeu, acabando por suavizar a intensidade da restrição idealizada. Em abril de 2002, o Diário da Justiça, edição do dia 19, estampava as Resoluções de n. 21.045, de 26 de março de 2002, e a de n. 21.046, da mesma data, resultantes das Consultas, respectivamente de n. 758/DF e 759/DF, onde buscava apaziguar o clima de intranquilidade instalado, assegurando: *“Partidos políticos que não estejam disputando a eleição presidencial podem se unir a outros na mesma situação para disputar outras eleições”* (item 6/ Res. 21.045) e proclamando: *“Partidos políticos que não estejam disputando, isoladamente ou em coligação, a eleição presidencial podem celebrar coligações para disputar eleições estaduais com partidos políticos que estejam, isoladamente ou em coligação, disputando a eleição presidencial”* (item 2/ Res. 21.046).

De qualquer forma, fragilizada por força dos múltiplos ataques e, principalmente, pela atenuação que o próprio autor, o E. Tribunal Superior Eleitoral, lhe outorgou, a figura da verticalização passou, de forma célere, para a coluna das meras ficções, deixando de produzir os efeitos desejados pelos idealizadores. De rigor, o quadro das coligações de 2002 oferece uma visão de acordos heterodoxos, carentes de coerência política e absolutamente distantes da perspectiva de fixar o caráter nacional dos partidos brasileiros para fortalece-los, como pretendia o seu defensor, Ministro Nelson Jobim do E. Tribunal Superior Eleitoral. Daí a presença de acordos inéditos e altamente surpreendentes, a exemplo da coligação do PL com o PT a nível nacional e com o PPB no Estado de São Paulo, e o PMDB concluindo, no Estado do Maranhão, coligação com o PSDB e o PFL em âmbito estadual e, mediante entendimentos de apoio, com o PT para a eleição presidencial.

Outro impacto sobre o quadro legal a disciplinar a operação eleitoral/2002, resultou de decisão liminar proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal, em Adin.¹³ ajuizada pelo Procurador Geral da República, atacando o disposto no § 1º do art. 8º da mencionada Lei n. 9.504/97, que outorgava aos atuais parlamentares a condição de candidatos natos pela respectiva legenda, assegurando-lhes, portanto, a possibilidade de disputar posto eletivo, para fins de reeleição, sem prévia submissão à Convenção do respectivo partido. Por força do pronunciamento do Excelso Pretório, liminarmente, suspendeu-se a aplicação do dispositivo — (que produziu plenos efeitos nas eleições de 1998) — por entenderem, (8) oito dos (9) nove integrantes do Tribunal presentes,

13. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.350. A decisão do STF nulificou a regra da *“candidatura nata”* que assegurava aos parlamentares legenda partidária para a reeleição, não os obrigando a submeter previamente a candidatura à apreciação e deliberação do órgão máximo partidário, a Convenção.

que a norma encontrava-se inquinada de inconstitucionalidade, violando a autonomia partidária, ou seja, a liberdade de, por via estatutária, cada um dos partidos vir a normatizar a questão da candidatura nata, com vista a critérios próprios de oportunidade e conveniência.

O Quadro Partidário

Sob permanentes e orquestrados ataques por hospedar um número superlativo de agremiações político-partidárias, derivado de um processo de célere proliferação que acompanhou o clima de redemocratização do país e, por que não admitir, reflexo da própria mecânica adotada para a composição das Casas Legislativas - i.é, a técnica proporcional - o sistema de partidos praticado no panorama doméstico vem, todavia, se firmando, apesar do quadro que é descortinando: um quadro pluripartidário, de considerável pulverização. Hoje, mister reconhecer que referido sistema logrou atingir, de alguma forma, um determinado nível de amadurecimento e equilíbrio, embora, ainda, se detecte a presença de elementos de desvio, a exemplo dos denominados “*nânicos*”, convivendo com os grandes e potentes partidos no complexo universo político. Mais ainda, a Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995, que introduziu medidas rígidas e requisitos de difícil consecução para a criação de novas organizações, concorreu de modo especial para a estabilização do quadro que, já desde 1999, vem atuando com 30 (trinta) partidos detentores de registro junto à Justiça Eleitoral.¹⁴ Aliás, a perspectiva de estabilidade já era visualizada por Cláudio Lembo ao anotar: “*É plausível admitir que, findo o processo de redemocratização, os partidos políticos conseqüentes tornar-se-ão atores estáveis, contando com arcabouços bem elaborados e, assim, democraticamente atuantes, poderão se converter em agentes de efetiva participação dentro do Sistema de Partidos.*”¹⁵

Oportuno reiterar, a esse passo, a célebre observação lançada por

14. Desde 1979, marco de retorno ao pluripartidarismo, e ao longo destes 24 anos de história, o quadro partidário, no Brasil, vem timbrado por intensa flutuação, resultante, de fato, de um processo de proliferação que é natural ao momento de redemocratização e abertura política. A florescência de partidos, dos mais variados quanto à cor política, ideologia e grandeza, passou a ser considerada como um dos caracteres de identificação do espectro de partidos em território brasileiro, que chegou a contar com cerca de 130 agremiações. Nesse período, no entanto, 53 partidos foram extintos e 34 sequer lograram o registro provisório junto à Justiça Eleitoral. O último momento deste período de explosão partidária posiciona-se no ano de 1989, quando, diante do movimento dos grandes partidos no sentido de impedir o ingresso de novos “*nânicos*”, presenciou-se ao registro de 22 siglas.

15. “*Participação Política e Assistência Simples*”, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 70.

Loewenstein,¹⁶ no sentido de que o Estado contemporâneo assume a configuração de um *Estado de Partidos*, donde emerge a figura da agremiação partidária na condição de detentora do monopólio do sistema eleitoral. Em verdade, no mundo atual, assume o partido posição fortalecida, de mecanismo de comunicação e de participação do processo decisional; mais até, de instrumento destinado ao recrutamento dos governantes e à socialização política. Diante, pois, de tal envergadura, importa perquirir acerca do tratamento apto a habilitá-lo ao cumprimento dessa missão. E, conquanto, o ideal seja o atingimento da figura do “*partido pasteurizado*”, construída por Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷, a complexidade do campo de competição pelo poder exige o desenho de um sistema de partidos aclimatado às nuances e especificidades de cada comunidade política e ao tipo de representação política que pretende instalar.

Pois bem, a paisagem doméstica espelha acentuadas dificuldades no tratamento do território partidário, claramente identificadas na mais breve incursão no seu traçado. Nesta perspectiva, merece registro desde logo o modelo eleitoral acolhido pelos constituintes, inspirados na tendência atual de priorização do fenômeno partidário, o que acabou por determinar a vinculação das candidaturas a partidos políticos,¹⁸ inviabilizando a presença de candidatos independentes. Peça imprescindível, pois, no âmbito da operação eleitoral, ou seja, para a escolha dos governantes/representantes, o exame da figura partidária emerge impositivo, porquanto é por intermédio desse ente que as candidaturas são lançadas. Ademais, passa o partido, isoladamente ou, ainda, por via de coligação, a ser o responsável pelo registro dos candidatos que apresenta para a disputa dos votos e pelo desenvolvimento da campanha de divulgação a respaldar os seus postulantes.

Embora prestigiado o partido, sob o domínio da Lei n. 9.504/97, restou enfraquecido o vínculo de solidariedade entre candidato e partido, no que concerne à realização da campanha eleitoral. Diferentemente do tratamento outorgado pelo legislador no passado – concentrando a responsabilidade na figura do partido – hoje essa encontra-se diluída, sendo liberado o candidato a administrar, por si, sua campanha, inclusive sob o aspecto financeiro (art. 20 da Lei n. 9.504/97) e a este sendo atribuída

16. Karl Loewenstein, “*Teoría de La Constitución*”, Barcelona, Ed. Ariel, 1976.

17. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em obra publicada em 1977, define o modelo pasteurizado como “o partido de estrutura democrática, escolhidos pelas bases seus dirigentes, limpo de corrupção, com fontes puras de financiamento, de atuação permanente, contribuindo para a formação política do povo” – “*Sete Vezes Democracia*”, São Paulo, Ed. Convívio, 1977.

18. Conforme disposto no art. 14, § 3o, inciso V, da Constituição Federal.

a responsabilidade pela prestação de contas (art. 28, § 2º da Lei n. 9.504/97), regra que esbarra numa exceção: as eleições majoritárias (presidente, governadores e senadores), onde se mantém a cargo dos comitês financeiros, instalados pelos partidos, o dever de prestar as contas relativas à campanha empreendida (art. 28, § 1º da Lei n. 9.504/97).

Nos períodos pré-eleitorais, dúvida não há, o partido conquista uma significativa, embora efêmera, sobrepujança. Isto porque, a par do domínio que detém sobre as candidaturas, que lhe foram asseguradas em regime de monopólio, foi ao partido, ainda, atribuída exclusividade no tocante às campanhas publicitárias pela rádio, televisão e na distribuição dos “outdoors”¹⁹ Aliás, o comando das campanhas por intermédio da mídia e o tempo de antena²⁰, sobre o qual detém domínio absoluto, são fatores que concorrem de forma especial para a concretização das coligações, muitas vezes direcionadas a atender interesses da cúpula partidária, distanciando-se da perspectiva das bases.

Sob este particular aspecto, não há como se abster do registro de que as agremiações de menor expressividade eleitoral ingressam na disputa basicamente por via de coligações, com o objetivo, via de regra, de concorrer para a ampliação do tempo de antena dos mais poderosos, conquistando, em contrapartida, recursos de marketing e espaço mais promissor para os seus próprios candidatos. Por vezes, porém, sua participação tem por escopo mero ato de presença eleitoral, presença que, quando não produz efeitos nocivos sobre a campanha, por privilegiar, a partir da penumbra, candidato de maior potencial, é salutar para o robustecimento da participação política e ampliação das possibilidades de exercício da cidadania.

As Coligações

O momento eleitoral, revelado por força da radiografia do pleito de 2002, não se apresenta diferente quanto a esta peculiar faceta. Inobstante a inserção da figura da verticalização, rapidamente absorvida pelo sistema que, em pouco tempo, lhe neutralizou os efeitos,²¹ foi dado observar uma avalanche das mais esdrúxulas coalizões,

19. No que toca à partilha dos espaços para a afixação de propaganda por “outdoors” ver o art. 43 da Lei 9.504/97. Em relação à publicidade por via de rádio e t.v. consultar os arts. 44 a 57 do mesmo texto.

20. A questão aqui tratada diz respeito ao tempo de cada partido no horário gratuito de propaganda eleitoral no rádio e na televisão. A partilha, nos moldes preconizados pelo legislador, sofre forte influência da representação de que dispõe cada agremiação junto à Câmara dos Deputados. As coligações, notadamente para os pleitos majoritários, sofrem o reflexo da necessidade de ampliação desse tempo de antena, poderoso veículo de marketing político-eleitoral.

21. Ver a respeito o item 2 deste trabalho.

na busca, especialmente, da ampliação do tempo de exposição na mídia. Resultado direto desta necessidade, vem assinaladas as já referidas alianças do PL com o PT, de Lula, para a campanha presidencial e com o PPB, de Paulo Maluf, em São Paulo. De qualquer forma, a partir dos acordos consagrados a nível nacional, infra-arrolados, exsurge evidente a nebulosidade e a heterodoxia que passou a insuflar as coligações em esfera estadual, descortinando, afinal, um quadro caótico em termos de linha, programa e ideologia políticas.

Neste cenário, para a presidência foram registradas 6 (seis) chapas, das quais 4 (quatro) traziam na liderança candidaturas suportadas por partidos de destaque e 2 (duas) representavam os denominados *nanicos*.²² Em âmbito estadual, as 27 cadeiras de governador foram disputadas por 116 candidatos, apoiados, oficial ou informalmente, pelos mais diversos partidos. Assim, o PT, por exemplo, estabeleceu as mais variadas alianças em esfera estadual: no Acre, lançou candidato em coligação com o PC do B, PMN, PV, PT do B, PSDC e informalmente com o PSB; no Amapá, com PC do B, PMN, PV, PGT, PHS, PST, PAN, PSC (aqui o PL apoiou a candidatura do PSDB), no Rio de Janeiro, com PC do B e PMN (o PL apoiou, informalmente, Rosinha Mateus – PSB), no Sergipe, com PC do B, PMN, PL e, informalmente, com PSB, no Mato Grosso do Sul, com PC do B, PL e, informalmente, com PDT e PPS, em Minas Gerais, com PC do B, PMN, PL e PCB, no Ceará, com PC do B, PCB e PL. Não muito distante do esquema de suporte de candidaturas organizado pelo PT, o PSDB (até 1º de janeiro de 2003: partido governista) estabeleceu acordos: no Amapá, com PMDB, PPB e, informalmente com o PL, no Acre, não apresentou candidato, apoiando o postulante do PMDB, juntamente com o PFL, PPB e PSL, no Rio de Janeiro, também não apresentou candidatura própria, apoiando em coligação o candidato do PFL, com o PMDB e o PPB, no Sergipe, coligação com o PMDB e PPB, em Mato Grosso do Sul, com PMDB, PFL e, informalmente, com o PTB, em Minas Gerais, com PFL, PPB e, informalmente, com o PPS, PDT, PTB e PMDB, no Ceará, com PPB e, informalmente, com PPS. Em síntese, o PSDB e o PMDB fecharam coligações em dez dos Estados brasileiros; o PT e o PL formaram coligação em nove dos Estados. Em ambos os casos, contaram com o ingresso de outras legendas.²³

22. Candidatos à Presidência da República/ Eleições 2002: Anthony Garotinho (PSB – sem coligação), Ciro Gomes (PPS + PDT + PTB), José Serra (PSDB + PMDB), Luiz Inácio Lula da Silva (PT + PL) e os “*nanicos*”: José Maria (PSTU) e Rui Costa Pimenta (PCO – Partido da Causa Operária).

23. Dados colhidos ao longo do processo eleitoral/2002. Fonte *site* do TSE

Os Nânicos

Um dos pontos de maior polêmica a envolver o sistema de partidos no Brasil reside na convivência de grandes e poderosas agremiações com outras de reduzida expressão política e duvidosa densidade eleitoral, porém de amplo poder de ingerência no processo político eleitoral, por se posicionarem no papel do “fiel da balança” e, conseqüentemente, de indispensável presença na formação de maiorias parlamentares²⁴ ou, ainda, na formação de coligações, ou, ainda, no campo do apoio informal que oferecem no decurso das campanhas políticas, atuando de forma camuflada a favor ou contra determinado candidato, porém a partir dos bastidores.

A trajetória histórica, de fato, vem revelando uma postura estacionária destas organizações – *os nânicos* – que, na sua maioria, não conseguem um grau de representatividade desejado, conquistando bancadas parlamentares. Com poucas exceções – como se constata da mera visualização do quadro (1) abaixo apresentado – estes partidos permanecem em cena política como legendas de aluguel, instrumentos de campanha para as agremiações mais robustas e, de forma geral, produzindo efeitos poluentes, nocivos ao clima eleitoral.

Alguns, muito poucos, avançaram. É o caso do PC do B, do PRONA, do PSD, do PST e do PV. O fenômeno desenvolvimentista, contudo, não pode ser atribuído ao crescimento efetivo do grau de densidade representativa do partido. As eleições de 2002 demonstraram uma série de distorções sob este aspecto. Os partidos que apoiaram o PT – o partido do grande vencedor deste pleito, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva – vieram a ser beneficiados com a vitória, conquistando um espaço parlamentar maior²⁵. Quanto ao PRONA, advertem os analistas políticos quanto ao voto de protesto que acabou favorecendo o seu líder maior, o médico Enéas Ferreira Carneiro, contemplado com 1.573.642 votos, o que acabou favorecendo a legenda, redundando na conquista de outras 5 cadeiras parlamentares, outorgando-se mandato parlamentar a candidatos de ínfima votação.²⁶

24. Ver a respeito as notas ao Quadro 2.2, constante deste estudo.

25. Ver a respeito as notas ao Quadro 2.2, constante deste estudo

26. Com base na votação obtida por Enéas foram eleitos: Amauri Robledo Gasques (18.421 votos); Vanderlei Assis de Souza (275 votos); Ildeu Alves de Araújo (382 votos); Elimar Máximo Damasceno (484 votos); e Irapuan Teixeira (673 votos). O caso PRONA vem discutido no item 5 do presente artigo.

Quadro (1)
Os Nânicos Nas Eleiçõs/2002

Partido	Cadeiras em 1998	Cadeiras em 2002	% votos obtida em 2002
<i>PAN-Partido dos Aposentados da Nação</i>	0	0	0,0941
<i>PCB-Partido Comunista Brasileiro</i>	0	0	0,0745
<i>PC do B-Partido Comunista do Brasil</i>	7	12	1,3052
<i>PCO-Partido da Causa Operária</i>	0	0	0,0121
<i>PGT- Partido Geral dos Trabalhadores</i>	0	0	0,0418
<i>PMN- Partido da Mobilização Nacional</i>	2	1	0,5409
<i>PRONA- Partido de Reedificação da Ordem Nacional</i>	1	6	0,8898
<i>PRP- Partido Republicano Progressista</i>	0	0	0,3837
<i>PRTB-Partido Renovador Trabalhista Brasileiro</i>	0	0	0,0808
<i>PSC- Partido Social Cristão</i>	2	1	0,6702
<i>PSD- Partido Social Democrático</i>	3	4	0,7563
<i>PSDC- Partido Social Democrata Cristão (ex-PDC)</i>	0	1	0,0932
<i>PSL- Partido Social Liberal</i>	1	1	0,2658
<i>PST-Partido Social Trabalhista</i>	0	3	0,2906
<i>PSTU- Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado</i>	0	0	0,2818
<i>PT do B - Partido Trabalhista do Brasil</i>	0	0	0,3253
<i>PTN- Partido Trabalhista Nacional</i>	0	0	0,0972
<i>PV- Partido Verde</i>	1	5	0,4395

Convém lembrar que esta problemática, a envolver a presença das pequenas formações partidárias, já foi objeto de remodelação por força do advento da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995. O seu art. 13 introduz a temida cláusula de bloqueio que só admite funcionamento parlamentar (bancadas) para os partidos que alcancem, nas eleições para a Câmara dos Deputados, 5% dos votos apurados, distribuídos em, pelo menos, 9 Estados, com um mínimo de 2% de votos em cada um deles. Embora esta regra tenha sido abrandada, com vistas a admitir um período de acomodação, certo é que, a partir da proclamação dos resultados das eleições de 2006, ela terá plena aplicabilidade, agravando as condições de sobrevivência dos “*nânicos*”; isto na hipótese da não intercorrência de novas remodelações.

E mais até, há uma série de medidas, tramitando no Congresso, buscando introduzir institutos que possam oferecer maior equilíbrio ao sistema, a exemplo de projeto de lei direcionado a acolher, entre nós, o partido regional, proposta inspirada em modelos extraídos de democracias consolidadas como a norte-americana, a inglesa, etc.

A Dança das Cadeiras

A Fidelidade Partidária

Um dos pontos de maior inquietação desta engenharia partidária é revelado pela ausência total de regras cogentes em matéria de fidelidade. Pretendeu, de fato, o constituinte de 1988 assegurar robustez ao sistema de partidos, criando esta ligadura insuperável com as candidaturas e, portanto, garantindo aos partidos domínio absoluto sobre toda a operação eleitoral. Muito distante das perspectivas de regulação adequada a melhor lapidá-lo, capacitando-o para servir de base sólida ao desenvolvimento da democracia, não houve, porém, qualquer preocupação com determinadas facetas, extremamente sensíveis, da questão partidária, desprezando-se temas relevantes para o fortalecimento dos partidos, a exemplo da vinculação dos filiados, candidatos, à ideologia, ao programa, enfim às propostas e projetos políticos das agremiações. É deste quadro, identificado pela carência de um disciplinamento constitucional adequado e, essencialmente, pela fragilidade e plasticidade dos partidos brasileiros que emerge o movimento de turismo interpartidário ou a “Dança das Cadeiras”. como passa a ser conhecido na mídia.

Forçoso convir que a idéia Estado de Partidos,²⁷ que se infiltra e permeia a construção de um tipo especial de democracia – a operacionalizada por via dos partidos - impacta o cenário eleitoral, compelindo o eleitor a uma verdadeira opção por programas e plataformas governamentais oferecidos pelas agremiações; como reflexo, ao candidato vitorioso impõe-se o dever de respeitar e atender essas coordenadas partidárias, sob pena de vir a ser destituído por infidelidade, porquanto, assim, assegurar-se-á a necessária credibilidade às propostas políticas de campanha, possibilitando que, a qualquer momento, o suplente, assumindo, venha a garantir o cumprimento das idéias defendidas no momento pré - eleitoral e que serviram de base à vitória.

27. Cf. o nosso *Finanças Partidárias*, Brasília, Editora do Senado Federal, 1983. Ver, ainda, Leibholz, Gerard, Friedrich, Carl J. e Karl Loewenstein que afirma: “A teoria constitucional européia e ibero-americana tem plena consciência do fato de que o Estado do século XX é um Estado de Partidos (*parteienstaat*) e de que a posição da soberania popular foi ocupada praticamente pela soberania dos partidos”. – *Teoria de La Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel, 1976, p. 451 (tradução do espanhol nossa).

A tônica da fidelidade partidária e a viabilização da perda do mandato por desrespeito às diretrizes e propostas que serviram de superfície à opção promovida pelo eleitor, ganha, neste ambiente, terreno fértil. O modelo acolhido pelo atual Estatuto Fundamental, todavia, não autoriza laços sensíveis entre o eleito e o partido sob cuja legenda concorreu, conquistando a cadeira parlamentar. Desenha o perfil do congressista desvinculado de interesses parciais, de regiões ou circunscrições - redutos eleitorais. O art. 45 da Constituição parece-nos inequívoco nesse sentido, ao contemplar o deputado federal com uma verdadeira missão - missão constitucional – a de representar os interesses do povo, ou seja da coletividade política do Estado, *in verbis*:

“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional.....”

O eleitorado, pois, comparece com o seu perfil de eleitorado função²⁸ e, daí, difícil a introdução de regras mais rígidas a punir a infidelidade, inclusive com a perda do mandato parlamentar, apesar do esforço legislativo que vem sendo empreendido, numa linha de moralização e dos significativos projetos de reforma nessa linha apresentados.

Destarte, conquanto no campo das candidaturas avulte, com intensidade, a obrigatoriedade de filiação partidária, erigida mesmo à condição de elegibilidade, *ex vi* da norma, já acima referida, do inciso V, do § 3º, do art. 14, da Lei Fundamental, demonstrando a intenção de fortalecer o sistema partidário, erigindo-o a relevante peça da cena eleitoral, ao outorgar ao parlamentar a missão de representar o povo, o constituinte o liberou da ligadura com o partido, abrindo a brecha para a continuidade do esquema de turismo interpartidário, que retira todo o equilíbrio ao quadro de partidos e ao sistema que os constituintes pretendiam engendrar.

O tema passa a demandar a atenção da doutrina especializada, dos políticos e dos cientistas políticos a partir do paradoxal disciplinamento constitucional que, de uma parte, cometeu à figura do partido o monopólio das candidaturas e, de

28. Clássicas as lições que nos posicionam quer diante de uma configuração de eleitorado função - sede na qual ao Estado compete definir os parâmetros a disciplinar a tarefa cometida aos cidadãos, qual seja de escolherem os representantes encarregados de adotar as decisões políticas; delinea-se, nesse escaninho, o mandato representativo típico, ausentes quaisquer vínculos com o colégio eleitoral que elegeu o parlamentar e o sufrágio é erigido a dever de cidadania. De outro lado, situa-se a idéia do eleitorado direito, a servir de superfície ao modelo do voto facultativo, porquanto, nessa configuração, assegura-se ao cidadão/eleitor uma opção quanto a exercer ou não o direito de sufrágio. Ver sobre a matéria o nosso Sistemas Eleitorais X Representação Política, Brasília, Senado Federal, 1991.

outra, contemplou o representante eleito com a tarefa de representar o povo, atribuindo, ainda, à agremiação partidária a condição de mera associação de natureza privada²⁹ (art. 17, “*caput*”) e a autorizou a cuidar da questão da infidelidade partidária, a nível estatutário (§ 1º, art. 17, C.F.), a partir, portanto, de regras de cogência duvidosa. Deu ensejo, destarte, a um quadro de instabilidade a dominar o território doméstico, facilmente apreendido a partir dos demonstrativos abaixo, que descortinam um espetáculo todo peculiar a envolver um movimento de mudança de partido em razão do processo eleitoral, às vésperas de uma eleição: *in casu*, as últimas eleições gerais de 1998 e de 2002:

Quadro (2)
21. Dança das Cadeiras
(legislatura 1999 a 2003/ set.de 2001)

Partido	A	B	C	D
PFL	89	112	106	3/10/2001 - 95 31/12/2002 - 94
PSDB	62	94	99	3/10/2001 - 94 31/12/2002 - 93
PMDB	107	84	82	3/10/2001 - 87 31/12/2002 - 85
PPB		78	60	3/10/2001 - 51 31/12/2002 - 54
PT	49	50	57	3/10/2001 50 31/12/2002 - 573/
PDT	34	24	25	10/2001 18 31/12/2002 - 16
PTB	31	22	30	3/10/2001 - 33 31/12/2002 - 34
PSB	15	14	19	3/10/2001 16 31/12/2002 - 16
PL	13	09	11	3/10/2001 23 31/12/2002 - 23
PC do B	10	09	07	3/10/2001 10 31/12/2002 - 10
PMN	04	01	02	-x-
PSD	03	03	03	-x-
PSC	03	0	02	-x-
PPS	02	07	03	3/10/2001 13 31/12/2002 - 11
PRN	01	0	0	-x-

29. Sob a anterior ordem jurídica, os partidos políticos eram considerados pessoas jurídicas de direito público interno, nos termos definidos pela LOPP em vigor à época.

PV	01	01	01	3/10/2001 1 31/12/2002 - 0
PRP	01	0	0	-x-
PSL	0	02	01	3/10/2001 5 31/12/2002 - 5
PST			01	3/10/2001 - 4 31/12/2002 - 6
PTN			0	3/10/2001 1 31/12/2002 - 1
PRONA	0	01	01	-x-
PSTU	0	01	0	-x-
PHS			0	3/10/2001 1 31/12/2002 - 1
PSDC			0	3/10/2001 1 31/12/2002 - 0
Sem partido				3/10/2001 1 31/12/2002 - 7
Total				513

Na tabela:

A: Cadeiras em 01/02/96 (legislatura 1996 a 1999).

B: Cadeiras em 10/97 (preparo para as eleições/98).

C: Resultado eleitoral de 1998 (cadeiras conquistadas).

D: Cadeiras em 03/10/2001 (para disputar o pleito de 2002);

e em 31/12/2002 (ainda a composição da legislatura 1999-2003,
após os resultados eleitorais).

2.2. Dança das Cadeiras

(eleições/2002 - legislatura 2003/2007)

Partido	A	B	C
PFL	31/12/2002 - 94	84	77
PSDB	31/12/2002 - 93	70	63
PMDB	31/12/2002 - 85	75	70
PPB	31/12/2002 - 54	49	43
PT	31/12/2002 - 57	91	91
PDT	31/12/2002 - 16	21	18
PTB	31/12/2002 - 34	30	41
PSB	31/12/2002 - 16	22	28
PL	31/12/2002 - 23	26	34
PC do B	31/12/2002 - 10	12	12
PMN		1	2
PSD			
PSC		1	1
PPS	31/12/2002 - 11	15	19
PRN			

PV	31/12/2002 - 0	5	6
PRP			
PSL	31/12/2002 - 5	1	2
PST	31/12/2002 - 6	3	0
PTN	31/12/2002 - 1		
PRONA		6	6
PSTU			
PHS	31/12/2002 - 1		
PSDC		1	0
TOTAL			513

Na tabela:

A: Cadeiras ao final da legislatura 1999-2003

B: Resultado eleitoral de 2002 (cadeiras conquistadas)

C: Cadeiras em 17.02.2003

1) Partidos que mais ganharam parlamentares e, portanto, cadeiras: PTB, PSB, PL e PPS (partidos que atuaram coligados com o PT e que integram, hoje, o bloco de sustentação do Governo). Assim, é interessante notar que o movimento migratório dos parlamentares não foi direcionado diretamente para o partido situacionista (PT); em busca das benesses governistas, os congressistas foram se acomodar junto a partidos, de médio e pequeno porte, que servirão de apoio ao governo Luiz Inácio Lula da Silva.

2) Partidos que mais perderam parlamentares e cadeiras: PFL (7), PSDB (7), PMDB (5), PPB (6).

3) Total de parlamentares que, eleitos por uma legenda, mudaram de partido no início da legislatura:

4) Base aliada governista: PMDB (70), PL (34), PTB (41), PSB (28), PDT (18), PPS (19), PC do B (12) deputados = 222 deputados + PT (91) = 313 deputados.

5) Oposição: PFL (77), PSDB – de oposição suave e talvez tímida por vezes (63), PPB, oposição duvidosa (43).

6) Partidos que fizeram oposição ao Governo Fernando Henrique Cardoso ampliaram a sua base eleitoral. Como exceção a esta realidade, o PDT de Leonel Brizola.

Dessume-se, pois, inoportunidade qualquer respeito, até mesmo, em relação à opção partidária manifestada pelo eleitor e expressa por via do voto. Este, de sua parte, parece encontrar-se plenamente consciente da fragilidade da tradição partidária e, em geral, promove sua escolha em favor do candidato e não do partido. E mais, realiza a sua apreciação quanto ao desempenho do seu candidato, individualmente,

independentemente de qualquer postura do partido. Mais, ainda, o acompanha para qualquer partido a que esse venha a ingressar, como, também, não o surpreende a hipótese de esse restar, por um tempo - que pode corresponder à toda uma legislatura - sem partido, numa atuação independente.

Não nos parece ter sido esse quadro o almejado pelos constituintes. Ao invés, a idéia prevalecente era a de reorganizar o sistema de partidos, assegurando à agremiação condições de bem cumprir o papel que lhe é atribuído em ambientes democráticos, como relatado, mais adiante, no tópico partidário.

Reflexo desse descompasso, a série de proposições legislativas direcionadas à revalorização da agremiação político-partidária, a exemplo dos Projetos de Emenda Constitucional de n. 41/96, 50/96, 137/95, 90/95, 60/95, 51/95, 42/95, 85/95, 166/95, 283/95, cada um deles, por intermédio de técnicas diferentes, buscando sancionar a conduta infiel, ou por via da perda do mandato parlamentar ou, ainda, erigindo o abandono do partido a mais uma hipótese de inelegibilidade, obstativa da candidatura por um período de dois anos (PEC n. 41/96 e 166/95).

Todas essas medidas reformulatórias integram o bloco do que se convencionou etiquetar como *Reforma Político-Partidária*, iniciando sua trajetória legislativa logo no começo da legislatura 1995/1999. Do bojo dessas reformas³⁰, sagrou-se vitoriosa tão só a reeleição, todas as demais destinadas a reiniciar sua caminhada; ao menos, essa é a expectativa.

A Reeleição

O tema traz a lume a sensível problemática da elegibilidade, que, a rigor, a todos pertence, a todos os que têm o direito de votar, assumindo o perfil de direito fundamental. Notadamente, em climas democráticos, a elegibilidade deve pender para a universalidade. Porém, há sempre possibilidade de inserção de determinados limites, reduzindo-se o acesso a cargos eletivos e introduzindo-se a figura da inelegibilidade, nas suas variadas e diversificadas modalidades.

Certo é, no entanto, que a idéia de inelegibilidade penetra em cenário político e jurídico com o perfil de evidente excepcionalidade, porquanto implica numa

30. Integram o bloco das "Reformas Político-Partidárias" temas relativos a: sistema eleitoral; fidelidade partidária; desempenho eleitoral para conceito de partido nacional; cláusula de barreira; coligações partidárias; domicílio eleitoral e filiação partidária; financiamento das campanhas; reeleição dos titulares de cargos executivos; duração do mandato dos senadores e suplentes de senador; voto obrigatório e facultativo; segundo turno; divulgação de pesquisas eleitorais; imunidade parlamentar; número máximo e mínimo de vereadores.

restrição, obscurecendo, temporariamente, o espectro da elegibilidade, erigida a “liberdade pública fundamental”³¹ E, atento a esse peculiar perfil restritivo da figura da inelegibilidade, o nosso *Texto Político* estampa as linhas mestras a comandar a área, preordenando as limitações pela exigência de: domicílio eleitoral, filiação partidária e atribuindo ao legislador complementar³² a tarefa de detalhamento das diversas hipóteses da categoria das inelegibilidades proteção, ou seja, um elenco definido a partir de um sentido ético, de tutela da lisura e autenticidade da consulta eleitoral, voltado a coibir a interferência do poder econômico e da máquina estatal na formação do vontade coletiva.

A esse quadro de limitações de matiz extraordinária, alinhava-se, tradicionalmente, a regra da irreelegibilidade³³ para os cargos do Executivo, como homenagem ao *standard* da alternância e modelado de forma a afastar os riscos do continuísmo e a deterioração do pólo do poder, por força da ação corrosiva de sua concentração, por um longo período, nas mãos de um grupo ou de um só homem.

A Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, inovou no tocante ao tratamento desse instituto, suavizando a vedação para permitir que os titulares dos cargos de presidente da República, governador de Estado e prefeitos venham a postular por mais uma vez, em linha subsequente, o mesmo posto³⁴

A regra da possibilidade de recondução do Chefe máximo do Executivo, para mais um mandato consecutivo, encontra guarida na evolução do sistema presidencialista norte americano, quando, no ensejo de se recusar “*replay*” à pretensão do presidente Roosevelt de concorrer a um terceiro e quarto mandatos, foi consagrada, em esfera constitucional, com o advento e a retificação da Emenda n. XXII, a possibilidade de se pleitear uma e uma só vez a reeleição.

No panorama sul-americano, contudo, a prática afigura-se rara e de recente introdução. É o que denota a mais breve incursão no quadro dos sistemas eleitorais ali em vigor, onde se destacam, tão só, os exemplos da Argentina e do Peru, que passaram a agasalhar referida postura na década 90, viabilizando a manutenção no poder dos respectivos presidentes.

De qualquer forma, o impacto da reeleição deflagrou novas limitações

31. Nesse sentido, a lição de André e Francine Demichel (*Droit Électorale*, 1973, LD. Paris), e de Jean-Claude Maclet (*Droit Électorale*, 1989, PUF, Paris),

32. Lei Complementar Federal n. 64, de 18 de maio de 1990.

33. A regra da irreelegibilidade estréia entre nós com o texto da Constituição republicana de 1891(art. 43), afigurando-se ausente tão-só na Carta de 1937.

34. Art. 14, § 5º da Constituição Federal.(Reeleição).

às campanhas e, destarte, à liberdade de divulgar posturas e plataformas políticas, disputando a simpatia, a confiança e o voto dos eleitores.

Assim é que, a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, texto editado, aliás, com proposta de permanência — para regulamentar várias e várias eleições, porquanto é categórico ao dispor na sua ementa: “*estabelece normas para eleições*”³⁵ — dedica todo um capítulo às “*condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais*” (arts. 73 a 78), visando impedir o uso da máquina estatal, principalmente, por parte dos candidatos à reeleição. E as restrições introduzidas foram objeto de reforço por parte da Justiça Eleitoral, ao baixar as respectivas Instruções, culminando por impedir, de certa forma, até uma adequada segurança das autoridades, quando em campanha política.

Aliás, é de se registrar o diferenciado tratamento oferecido pelo legislador no tocante à reeleição para os cargos do Legislativo. Nesse terreno, restou consagrada apenas a vedação quanto à utilização da gráfica para a produção de material publicitário.³⁶ Nada mais, sob a argumentação de que o parlamentar deve se comunicar com o seu eleitorado. Mas aí resta a questão: o Chefe do Executivo, que hoje é eleito e cuja legitimidade encontra por superfície exatamente o seu respaldo eleitoral, não seria merecedor de tratamento idêntico, mormente ante o “*standard*” igualitário que preordena os direitos consagrados no Estatuto Fundamentais?

De outra parte, convém reconhecer que, uma vez admitida a hipótese da reeleição, não há como ignorar o núcleo central em torno do qual gira o Instituto, ou seja a possibilidade que se abre ao eleitor de realizar uma opção por um programa de governo já em pleno desenvolvimento.

Pois bem, o instituto da reeleição, em termos da viabilidade de recondução para o postos de Chefe do Poder Executivos, estreou no Brasil com a campanha de 1998, quando o presidente Fernando Henrique Cardoso pleiteou, conquistando nas urnas, mais um mandato presidencial. A emergência de situações mais complexas, contudo,

35. Entre nós, já era da tradição eleitoral a edição de um texto legal específico para cada pleito. É, sem dúvida, louvável a ação do legislador, produzindo um documento com o ar de generalidade e permanência, buscando, assim, evitar o casuismo típico da esfera eleitoral. Aguarda-se, porém, com curiosidade, verificar em que medida a Lei n. 9.504/97 resistirá ao período de dois anos que a separa da próxima consulta - eleições municipais do ano 2000.

36. Nesse sentido e de acentuada flexibilidade o tratamento assegurado, consagrado, inclusive em resposta do E. TSE a consulta promovida pelo presidente da Câmara dos Deputados, litteris: “*Deputados. Trabalhos Gráficos. Possibilidade de que sejam fornecidos pela Câmara, no ano eleitoral, desde que relativos à atividade parlamentar e com obediência às normas estabelecidas em ato da Mesa, vedada sempre qualquer mensagem que tenha conotação de propaganda eleitoral*” (Consulta n. 444, Classe 5a. Distrito Federal, DJ 26.06.1998)

verificou-se em esfera estadual, com a impugnação de candidaturas a Governador de Vice-Governadores que assumiram o governo por sucessão ao anterior titular.

O caso mais polêmico, de fato, girou em torno da figura do governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, por duas vezes eleito vice de Mário Covas que veio a falecer em 2001, antes do término do mandato, quadro que elevou o vice à condição de governador, pretendente natural à conquista deste mesmo posto, por via eleitoral, nas eleições de 2002. O mecanismo jurídico a viabilizar esta candidatura: a reeleição.

Instado a se manifestar, por via da Consulta n. 689, o E. Tribunal Superior Eleitoral entendeu a pretensão plenamente afeiçoada ao preceito constitucional, porquanto o postulante tinha concorrido em dois pleitos consecutivos ao mandato de vice-governador. Encontrando-se empossado no cargo de governador, pela primeira vez, estaria pleiteando a recondução ao posto político de maior expoência do Estado e, para tanto, amparado pelo instituto constitucional da reeleição³⁷. A postura favorável do E. T.S.E não chegou, todavia, a apaziguar a polêmica, sendo ressuscitada junto ao E. T.R.E. de São Paulo, por intermédio do respectivo processo de registro da candidatura, que sofreu impugnação. Memorável, pois, a decisão emanada do Tribunal paulista, ao proclamar – posição confirmada pela Suprema Corte – a conformidade constitucional da candidatura à reeleição postulada pelo governador Alckmin, contrariando o voto do relator; consagrou-se, em síntese, a tese da possibilidade de um vice (vice-presidente, vice-governador, vice-prefeito) concorrer mais uma vez ao mandato de vice e, em seguida, sucedendo ao Chefe do Executivo, pleitear, por mais uma vez, este último cargo.

De qualquer forma, significativo o número dos que passaram a se utilizar da brecha da reeleição, submetendo à consulta popular o programa de governo e as políticas desenvolvidas no curso da respectiva gestão. No último pleito de 2002, neste escaninho, foram detectados 8 candidaturas ao Governo do Estado a pleitear a reeleição, dos quais (4) quatro sagraram-se vitoriosos nas urnas³⁸.

O Sistema Eleitoral

A investigação das diversas e diversificadas facetas do processo eleitoral/

37. Resolução do TSE n. 20.889 (DJU 14.12.01). A Resolução de n. 21.026 reitera a solução oferecida anteriormente, confirmando a viabilidade da reeleição do Governador que, obtendo o cargo por sucessão, visa postular por mais uma vez sua candidatura ao posto.

38. Conquistaram mais um mandato, sucessivo, os Governadores: Geraldo Alckmin (São Paulo), Joaquim Roriz (Brasília/DF), Flamarion Portela (Roraima), Zeca do PT (Mato Grosso do Sul).

2002³⁹ conduz naturalmente à incursão no complexo panorama do sistema eleitoral entre nós adotado. Assim, necessário indigitar e visualizar os mecanismos e métodos empregados na seleção dos governantes e dos parlamentares para uma adequada radiografia dos resultados obtidos nas urnas. Pois bem, a escolha do Presidente e, em geral os pleitos para os cargos executivos, sob a égide da Constituição de 5 de outubro de 1988, atendem à técnica majoritária, em dois turnos, comum em espectro americano⁴⁰ E, no tocante à seleção dos representantes/parlamentares, o método é o proporcional, a seu turno dominante.

Clássica a assertiva de que o modelo majoritário, de dois turnos, acomoda-se melhor às sociedades pluralistas, em cujo âmbito é assegurada a criação e o funcionamento de múltiplos partidos. Num primeiro momento, permite-se ao eleitor clara manifestação quanto a sua preferência política; no segundo, porém, é autorizado o reagrupamento das forças políticas, restringindo-se as possibilidades de opção do corpo eleitoral. O segundo turno, a rigor, se consubstancia numa manifestação negativa, de eliminação.

A sua prática, no entanto, se afigura mais onerosa, importando num

39. As eleições de 2002 envolveram números gigantescos e uma acirrada disputa por cadeiras parlamentares: São Paulo (Câmara Federal 10,87 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 16,20 candidatos por vaga), Rio de Janeiro (Câmara Federal 13,23 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 19,57 candidatos por vaga), Minas Gerais (Câmara Federal 10,37 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 11,97 candidatos por vaga), Espírito Santo (Câmara Federal 11,8 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 13,2 candidatos por vaga), Sergipe (Câmara Federal 10,37 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 9,87 candidatos por vaga), Paraná (Câmara Federal 7,36 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 9,03 candidatos por vaga), Rio Grande do Sul (Câmara Federal 6,8 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 8,8 candidatos por vaga), Bahia (Câmara Federal 4,25 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 9,0 candidatos por vaga), Pernambuco (Câmara Federal 9,04 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 12,85 candidatos por vaga), Paraíba (Câmara Federal 8,41 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 6,08 candidatos por vaga), Rio Grande do Norte (Câmara Federal 11,12 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 9,7 candidatos por vaga), Alagoas (Câmara Federal 11,33 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 9,85 candidatos por vaga), Ceará (Câmara Federal 7,04 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 11,21 candidatos por vaga), Piauí (Câmara Federal 8,6 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 6,8 candidatos por vaga), Maranhão (Câmara Federal 8,55 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 11,02 candidatos por vaga), Mato Grosso do Sul (Câmara Federal 13,12 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 9,83 candidatos por vaga), Mato Grosso (Câmara Federal 8,37 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 10,07 candidatos por vaga), Tocantins (Câmara Federal 8,0 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 11,29 candidatos por vaga), Distrito Federal (Câmara Federal 14,12 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 27,0 candidatos por vaga), Goiás (Câmara Federal 9,07 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 14,0 candidatos por vaga), Pará (Câmara Federal 7,88 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 12,21 candidatos por vaga), Amapá (Câmara Federal 8,37 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 11,33 candidatos por vaga), Roraima (Câmara Federal 9,37 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 19,58 candidatos por vaga), Amazonas (Câmara Federal 9,5 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 17,75 candidatos por vaga), Acre (Câmara Federal 9,12 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 15,04 candidatos por vaga), Rondônia (Câmara Federal 14,62 candidatos por vaga; Assembléia Legislativa 15,87 candidatos por vaga). – Fonte: “O Estado de São Paulo, ed. de 26.08.2002, p. A 8.

40. Argentina, Bolívia, Chile, Costa Rica, Guatemala, Paraguai, dentre outros.

processo eleitoral de significativos dispêndios. Daí as diversas propostas quanto a sua exclusão⁴¹ buscando-se alinhar o nosso padrão ao modelo majoritário por um turno, cuja prática pode ser detectada no México, Honduras, Panamá, etc.

Conquanto de difícil e cara aplicação, parece-nos que o formato majoritário por dois turnos, ainda, se apresenta como de maior conformização a um quadro representativo que prestigie as minorias e melhor espelhe as perspectivas e expectativas da sociedade. Basta verificar nesse sentido o panorama das eleições/2002. A nível presidencial, a bipolarização das forças políticas, própria do “*tour de ballote*” – como é conhecida a segunda eleição – reorganizou partidos e facções, descortinando um quadro heterodoxo em matéria de apoios, onde se identifica:

Candidato: Lula		Candidato: José Serra	
Personalidades/Grupos*	Partidos	Personalidades/Grupos*	Partidos
Ciro Gomes (PPS) Candidato derrotado	PT	Fernando Henrique Cardoso Presidente	PSBD
Leonel Brizola Presidente (PDT)	PMDB (Parcial)	Marco Maciel (PFL) Vice- Presidente	PFL
Roberto Freire Presidente (PPS)	PSB	Michel Temer Presidente do PMDB	PMDB (Parcial)
Miguel Arraes Presidente (PSB)	PDT	Tasso Jereissati Senador eleito pelo Ceará (PSDB)	PPB (Parcial)
Itamar Franco Ex-presidente da República governador de MG-sem partido	PPS	Renan Calheiros Senador eleito de Alagoas (PMDB)	PV
José Sarney Ex-presidente Senador pelo Amapá (PMDB)	PC do B	Jarbas Vasconcelos Governador reeleito de Pernambuco (PMDB)	
Roscana Sarney Senadora eleita do Maranhão (PFL)	PL	Aécio Neves Governador eleito de MG (PSDB)	
Antônio Carlos Magalhães Senador eleito da Bahia (PFL)	PTB	Jaime Lerner Governador do Paraná (PFL)	
Ronaldo Lessa Governador reeleito de Alagoas (PSB)		Francisco Dornelles Deputado reeleito (PPB)	
Orestes Quéricia Ex-governador de São Paulo (PMDB)		Inocêncio Oliveira Líder na Câmara (PFL/PE)	
Luiz Henrique Silveira Candidato ao governo de Santa Catarina (PMDB)		Geddel Vieira Lima Líder na Câmara (PMDB/BA)	
		Roberto Brant (PFL-MG) – deputado	

* fonte: O Estado de S. Paulo, ed. De 9.10.02, p. H1.

41. PEC ns. 096/95, 022/95, 093/95, 061/95, 250/95, 282/95, 197/95.

No primeiro turno o candidato que, afinal, se sagrou vencedor, Luiz Inácio Lula da Silva, obteve 46,4 % dos votos válidos, uma diferença bastante significativa do segundo posicionado, José Serra, com 23,2%. Afinal, a vitória foi conquistada em 27 de outubro de 2002, com 61,3% dos votos válidos, contra os 38,7% obtidos pelo seu opositor.

Em terreno estadual, dentre os 27 Estados que compõem a federação brasileira, em apenas 10 foi aplicada a regra do “ballotage” impondo-se um segundo turno. Neste particular espectro, contudo, interessante verificar como, em algumas hipóteses, candidatos que, ao início da campanha, contavam com uma significativa força eleitoral, sofreram sensível fragilização, a exemplo de Joaquim Roriz do Distrito Federal que, surpreendentemente, teve que se valer do segundo turno para sua reeleição. Em São Paulo, de outra parte, este segundo turno teve condão de fortalecer a liderança do governador reeleito, Geraldo Alckimin. No primeiro turno foi contemplado com 38,3% da votação válida e no segundo obteve 58,6%, conquistando razoável legitimidade.

De outra parte, a regra do segundo turno beneficia o eleitor com um período maior para reflexão. Disso decorreu, também, o resultado final do pleito de 2002, panorama que oferece um amplíssimo respaldo político-eleitoral, pessoal, em relação ao presidente eleito – Lula, não lhe autorizando, porém, este mesmo suporte político em relação ao partido que representa e sob cuja legenda foi eleito. Constata-se, neste cenário, que, embora eleito com 61,3 % dos votos válidos, os candidatos a governador, pelo PT, conquistaram apenas 33,3% dos votos válidos, elegendo três governadores (Acre, Mato Grosso do Sul e Piauí). No tocante à bancada parlamentar, o PT elegeu 17% das cadeiras do Senado e 18% dos assentos da Câmara dos Deputados.⁴²

Em verdade as críticas direcionadas à adoção do sistema majoritário por dois turnos para a escolha do Presidente da República, dos Governadores de Estado e dos Prefeitos foram mais severas no âmbito da consulta eleitoral – 2002 em razão do elevadíssimo custo derivado do prolongamento da campanha, reflexo inafastável do sistema. Além disso, apenas em um terço (1/3) dos Estados se fez necessária a consulta complementar, um indicador do amadurecimento do eleitor. E mais ainda, na grande maioria dos Estados, no âmbito dos quais foi realizado o “*tour de ballotage*”, o vencedor, de fato, já detinha a preferência eleitoral já no primeiro turno. Nesta hipótese a situação de São Paulo, Ceará, Sergipe, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Mato Grosso do Sul. Todos estes fatores são apontados como indicadores da dispensabilidade do segundo turno e retorno ao majoritário puro – *the first past the post*.

O ponto nevrálgico da questão, no entanto, não repousa na discussão

42. Fonte: Revista “Veja”, ed. De 6.11.2002, p. 52 e segs.

acerca do amadurecimento do eleitor ou a sua preparação política. Também não se deve discutir o ônus financeiro imposto por este segundo turno. Os instrumentos para a prática da democracia afiguram-se dispendiosos. É mister anotar que a própria democracia configura um regime exigente. E nesse contexto não há como ignorar que o denominado “*tour de ballottage*”⁴³ importa, na realidade, na exigência de maioria absoluta para indigitar o vencedor da disputa eleitoral. Aliás, diante de quadros multipartidários, esta técnica se oferece como a mais adequada, como se vislumbra da clássica observação de Duverger: “... *um único turno afigura-se insuficiente – sendo – indispensável o segundo turno*”⁴⁴ Forçoso convir que a legitimação do poder e, até mais que isto, a consistência do suporte político, elemento intrínseco à expectativa de governabilidade, resultam de forma muito mais robusta a partir de um sistema majoritário por dois turnos do que respaldado, tão-só, no majoritário simples, que conduz ao poder, não raras vezes, candidatos contemplados com o voto de uma minoria.

De maior polêmica, o segmento em que reina a técnica da proporcionalidade - as eleições parlamentares. Isto porque, embora o modelo seja o que mais se afeiçoa à expectativa de representação do maior número de setores da comunidade social,⁴⁵ as peculiaridades do padrão adotado em paisagem doméstica, brasileira, enseja desvios e relevantes falhas.

Com efeito, o método desenhado pelo legislador aponta para o subsistema do Quociente Eleitoral, acoplado ao Quociente Partidário, sendo a partilha das sobras operacionalizada pela técnica da maior média⁴⁶ Importa, na verdade, em três diferentes

43. Historicamente identifica-se a exigência da maioria absoluta no meio eclesiástico, adotando-se a prática a partir do Conselho de Latran. Utilizada para a seleção dos senadores municipais das velhas cidades do Império Romano, foi, posteriormente, detectada na França, quanto ao processo de designação dos deputados dos Estados Gerais. Repudiada na Segunda República francesa, a regra foi restabelecida no Segundo Império, sendo acolhida, hoje, na grande parte dos países europeus que se inspiraram nas técnicas francesas. Ver o nosso *Sistemas Eleitorais X Representação Política*, op. cit., p. 138 e ss.

44. DUVERGER, Maurice, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, 1971, p 173.

45. O modelo conhecido como “sistema proporcional” gira em torno da idéia de que o número de votos atribuídos a um partido deve ser proporcional ao número de cadeiras por esse obtido, visando – numa perspectiva de assegurar equidade e justiça no campo da disputa eleitoral – conferir a cada uma das agremiações político-partidárias a sua real cota de participação no processo de distribuição das vagas do Legislativo. Costuma-se atribuir a Thomas Hare, advogado londrino, o mérito da introdução da idéia da proporcionalidade aplicável à esfera eleitoral. Na verdade, o sistema foi aplicado pela primeira vez na Bélgica, em 1899, com a adoção da proposta do professor de Direito e matemático Victor d’Hondt a subsidiar projeto de lei apresentado pelo ministro da Justiça, Van den Heuven. V. nosso *Sistemas Eleitorais X Representação Política*, op. cit. sup. P. 149 e segs.

46. Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), arts. 106, 107, 108 e 109. Ver o mecanismo do sistema do Quociente Eleitoral acoplado à técnica da maior média, para as sobras, no nosso *Sistemas Eleitorais X Representação Política*, op. cit.

operações, todas voltadas a privilegiar a figura do partido político e, porque não dizer, daqueles de maior densidade eleitoral, porquanto na distribuição das sobras são os partidos com maior votação que acabam sendo contemplados com o maior número de cadeiras parlamentares restantes (as sobras)⁴⁷

O sistema, como já anotado, gira em torno da entidade - partido político. Retira da disputa as agremiações que não alcancem o QE (quociente eleitoral), independentemente da boa votação que alguns de seus candidatos possam ter obtido. De outra parte, acaba contemplando com cadeiras parlamentares os partidos ou coligações que, no conjunto de candidaturas apresentadas, maior número de votos alcançaram. E esta operação pode, por vezes, resultar na produção de verdadeiras ficções eleitorais, a exemplo do caso PRONA que escandalizou os eleitores com a deturpação verificada no grau de representatividade dos eleitos.

Pois bem, no episódio vivenciado pelo PRONA (eleições/2002), o partido conquistou seis cadeiras parlamentares (Câmara Federal) apoiado, apenas e tão só, na votação obtida pelo seu líder, Enéas (1.572.292). Os demais eleitos não detêm o menor nível de representatividade. Obtiveram um número de sufrágios absolutamente irrisório (*Amauri R. Gasques /18.409 votos, Irapuan Teixeira /672 votos, Elimar/ 483 votos, Ildeu Araújo/ 382 votos, Vanderlei Assis/ 275 votos*) e muito inferior à média de votos necessária para se eleger, i.é de aproximadamente 100.00⁴⁸. Aludida ausência de representatividade, aliás, deriva da própria ausência de vínculo com São Paulo, circunscrição pela qual se elegeram. Não residem nesta circunscrição e, suscitada a questão atinente à falsidade das declarações quanto ao domicílio, quatro destes candidatos⁴⁹ tiveram as transferências dos respectivos títulos de eleitor canceladas, sendo interpostos, a seguir, pela Procuradoria Eleitoral, recursos contra a diplomação. Aguarda-se o julgamento destes recursos, havendo esperança de que, eventualmente, poderão

47. Nas eleições de 2002, foram contemplados na distribuição das sobras, pela técnica da maior média: PT – 14 cadeiras; PSDB – 12 cadeiras; PPB – 10 cadeiras; PFL – 11 cadeiras; PTB – 4 cadeiras; PL – 4 cadeiras; PPS – 3 cadeiras; PSB – 3 cadeiras; PDT – 2 cadeiras; PC do B – 1 cadeira; PRONA – 1 cadeira; PSD – 1 cadeira; PV – 1 cadeira. Fonte: *site* do T.S.E.

48. Situação similar verificou-se junto à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, onde o PRONA conquistou 4 cadeiras: Dra. Havanir – 681.649, Said Mourad – 13.130, Paulo Sérgio – 11.614 e Adilson Barroso – 9.928. Ainda neste ambiente, interessante verificar como o estoque de votos, particular da Dra Havanir, acabou elegendo deputados sem qualquer expressão eleitoral, com uma votação muito inferior à média necessária para a obtenção do mandato parlamentar, em torno de 60.000 votos. Aliás, a votação mais baixa a lograr uma cadeira na Assembléia Legislativa foi o Pastor Bittencourt, do PGT, com 35.745 votos, quase três vezes superior ao número de votos obtido pelo segundo colocado do PRONA.

49. Irapuan Teixeira, Elimar Máximo Damasceno, Ildeu Araújo e Vanderlei Assis.

tais candidatos, meras ficções, perder a vaga, sendo que nesta hipótese, novo desafio será trazido a lume: o PRONA não tem suplentes, em razão da telegráfica lista de candidaturas que apresentou. Assim, em se verificando a invalidação dos diplomas, serão abertas 4 vagas na Bancada que São Paulo detém na Câmara Federal, sendo que a ausência de suplentes, importa na exigência de novas eleições para o provimento destas vagas, *ex vi* do preceito do art. 113 do diploma eleitoral em vigor (Lei n. 4.737/65).

O fenômeno PRONA, que logrou demonstrar os efeitos perversos para a qualidade da representação do padrão proporcional aplicado com vinculação total ao quadro partidário, impõe, a este passo, um especial debruçar sobre os mecanismos da representação política preconizados pela Constituição. Reclama até maior atenção no tocante à necessidade de um novo esforço de reengenharia eleitoral e partidária, conduzindo à retomada dos debates acerca da Reforma Política. E não há que ignorar que no bloco das mutações propostas permanece inerte a proposta do voto distrital, que, certamente, iria minimizar as possibilidades de ocorrência dessa espécie de desvio na representação política.

É que o voto distrital implica no provimento de 50% (*poderia ser qualquer outra porcentagem- 25%, 60%, 40%*) das cadeiras parlamentares pelo voto majoritário puro, sufrágio uninominal, votando-se no candidato e sagrando-se vitoriosos os candidatos que, de per si, conquistaram o maior número de sufrágios. O restante das vagas seriam distribuídas pela técnica proporcional, sede em que se leva em consideração, em primeiro lugar, o número de votos obtidos pela legenda; reflexo disso, evidentemente, quando se está na presença de partidos de pequena envergadura, que sobrevivem à custa da imagem única e exclusiva do seu líder, a redução da bancada “ficção” obtida pelo PRONA, no âmbito da qual, tão-só, Enéas teve uma votação expressiva e, portanto, respaldo eleitoral, encontrando-se os demais afastados de qualquer grau de representatividade.

Além da conhecida e debatida técnica do “voto distrital”, que encontra importantes simpatizantes em cenário político e, a cada nova legislatura, ingressa na pauta parlamentar por breves períodos para, a seguir, retornar à penumbra das gavetas do nosso Congresso, oportuno se nos afigura o exame mais detido do método misto, conhecido como voto único transferível, advogado, já ao final do século XIX, por Thomas Hare⁵⁰. É que referido sistema autoriza uma valoração efetiva da vontade política expressa nas urnas pelo eleitor, abrindo, a seu favor, a possibilidade de indicar

50. Ver nota n. 45, segunda parte. O sistema do voto único transferível é aplicado na Irlanda e em Malta,

preferências: a primeira, a segunda, a terceira... Demais disso, viabiliza uma partilha das cadeiras, entre os candidatos, mais democrática e com maior enfoque para a exigência da representatividade. Neste contexto, o eleitor deve sufragar um só candidato; o seu voto, no entanto, é transferido para outro candidato de sua preferência, caso aquele que constou como primeira preferência tenha sido eleito ou, ainda, tenha obtido um número muito pequeno de votos, inferior ao exigido, e que não detém condições de se eleger.

A técnica se oferece, talvez, de maior complexidade. Prevê uma primeira operação, por intermédio da qual define-se o quociente eleitoral (QE), e uma atividade sucessiva compreendendo operações complementares de mensuração e atribuição das preferências. No entanto, sua aplicação evitaria a produção de bancadas de ficção, sem qualquer consistência eleitoral e de questionável representatividade.

Eleições 2002 e o fator financeiro⁵¹

Em verdade, nos cenários eleitorais, a luta que é travada constitui pura disputa de poder ou a busca de prestígio. Daí porque o dinheiro comparece como algo instrumental, o meio que viabiliza alcançar o poder, o prestígio ou outros objetivos perseguidos. Por isso, relevante é identificar a sua origem, como, ainda, o seu destino, ou seja como é gasto, pois essa é a trilha que irá desvendar a linha utilizada para a conquista de influência a ser convertida em outras vantagens e recursos próprios da esfera do poder político. Nesse sentido a advertência de Herbert E. Alexander: *"...money also is a tracer element in the study of political power. Light thrown upon transactions involving money illuminates political processes and behavior and improves understanding of the flow of influence and power."*⁵²

Forçoso convir, pois, a impositiva exigência do exame do sistema de controle a envolver o pleito de 2002, inquirindo-se acerca de sua acomodação à necessidade de assegurar a integridade do processo eleitoral, porquanto o que deve se perseguir é exatamente a luminosidade que deve estar presente, sempre, sobre as atividades de arrecadação e gastos de partidos e candidatos.

Com efeito, esta luminosidade a abarcar a atividade financeira envolvendo as eleições oferece-se como elemento primordial a partir dos dados extraídos da realidade das campanhas políticas, onde poderiam ser destacados os seguintes números:

51. Ver o nosso trabalho: O Financiamento das Campanhas Eleitorais e Seu Controle, in Revista Direito/Mackenzie, São Paulo, 2002, p. 87.

52. ALEXANDER, Herbert E., *"Financing Politics-Money Elections and Political Reform"*, Washington, DC, Congressional Quarterly Press, Foreword, Fourth Edition, 1992, p. 3

O custo estimado da campanha eleitoral de 2002, variando de acordo com o tamanho do eleitorado. (em milhões de reais)			
	Grande (São Paulo)	Médio (Pará)	Pequeno (Roraima)
Estrutura	14,7	3,5	2,2
Brindes	5,1	1,5	0,3
TV/Pesquisas	15,7	7,3	2,4
Comícios/carreatas	5,5	1,5	0,8
Propaganda	3,9	1,09	0,3

Fonte: O Estado de São Paulo, ed. de 24 de março de 2002, p. A6

E mais até, os registros apontam vultosas quantias em relação ao valor do voto. Neste sentido, os estudos promovidos pela Justiça Eleitoral demonstraram que:

- 1) A campanha vencedora (Lula) gastou R\$ 0,64, por voto, R\$ 298 mil por dia de campanha e R\$ 33,7 milhões no total;
- 2) Serra (o candidato derrotado no 2º turno) desembolsou: R\$ 1,03 por voto, R\$ 304 mil por dia de campanha e R\$ 34,4 milhões no total;
- 3) Dos candidatos que se apresentaram às eleições presidenciais, o voto conferido a Ciro Gomes (derrotado já no 1º turno) foi o mais caro: R\$ 1,59, tendo desembolsado R\$ 176 mil por dia e R\$ 16,2 milhões no total.

Pois bem, neste específico espectro, dois, a nosso ver, constituem os pontos nevrálgicos do tema atinente ao controle da faceta financeira do processo eleitoral. O primeiro consiste em definir o campo que deve ser submetido a controle. O que se deve fiscalizar e em que momentos.

Já sob um outro enfoque é mister impedir que o controle incidente sobre as operações financeiras dos partidos - em períodos pré-eleitorais ou-não - venha a nulificar o direito de livre manifestação e exteriorização do pensamento, a liberdade de atuação política, de pregação, de batalhar pela conquista dos votos, enfim de agir politicamente buscando expandir a respectiva densidade eleitoral, ampliar sua representatividade, perseguir o atingimento da meta máxima que é a de alcançar o poder⁵³

Tradução nossa: "... o dinheiro constitui traço elementar ao estudo do poder político. Conhecer as transações que envolvem dinheiro coloca à luz os processos políticos e o comportamento e implementa o entendimento acerca das ondas de flutuação das influências e do poder"

53. A liberdade de manifestação - a liberdade da palavra - em períodos eleitorais, o que impede limitações excessivas sobre os gastos que os candidatos venham a realizar para poder alcançar os seus eleitores, foi um dos pontos consagrados por força da decisão BUKLEY X VALEO, (proferida em 30 de janeiro de 1976, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A discussão girava em torno das limitações de

Objeto do Controle

Pois bem, sob o prisma da área sujeita à vigilância, contrariamente ao que usualmente ocorre, ou seja, uma preocupação específica voltada aos gastos eleitorais, parece-nos irretorquível o fato de que a sua incidência tanto deve recair sobre a arrecadação e as fontes desses aportes, como, ainda, sobre as despesas, escaninho que implica na verificação da legitimidade, do montante de recursos utilizados e a moralidade dos meios e técnicas a envolver sua aplicação. Isto porque a obtenção de recursos financeiros, além de árdua, oferece-se de extrema periculosidade, porquanto é nesta etapa que se descortina um promissor campo à ação corruptora de elementos ou organizações que, por intermédio do financiamento das campanhas, visam conquistar margens de influência nos canais decisórios do Estado.⁵⁴

Assim é que, no panorama definido pelos americanos sob rótulo de “*raising the money*” (*fund raising* - uma especialidade, hoje em dia, bastante valorizada), é que o analista detecta um ponto de alta vulnerabilidade a abrir a porta para a atuação desintegradora dos *lobbies*, o uso indireto e indevido da máquina estatal e, ainda, a interferência da fortuna pessoal que acaba por desequilibrar o ambiente da disputa.

Entre nós, o legislador, ao editar a Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, estabeleceu normas mais consentâneas com as práticas de arrecadação de fundos,

campanha introduzidas pela Emenda de 1974 e acabou impondo ao Congresso norte-americano a revisão do quadro normativo em 30 dias. Ver a respeito: HERBERT E. ALEXANDER, *Financing Politics, Money, Elections & Political Reform*, 4a ed., Washington, DC, Congressional Quarterly Press, Foreword, Fourth Edition, 1992, e nosso *FINANÇAS PARTIDÁRIAS*, op., cit. p. 68 e 69.) E, mais recentemente, na Grã-Bretanha, atrai a atenção dos analistas o caso Bowman, que provocou decisão emanada da Corte Européia, similar ao precedente norte-americano, acima referido, no sentido de que os limites estabelecidos para fins de despesas eleitorais não podem representar restrição injustificável à liberdade de expressão. Cuidava-se nesse caso de ação levada a efeito por Phyllis Bowman, diretora executiva da Sociedade para a Proteção dos Nascituros (SPUC – Society for the Protection of the Unborn Child). No período anterior às eleições inglesas de 1992, Phyllis distribuiu milhares de folhetos e volantes de propaganda de 3 candidatos, principalmente no colégio eleitoral de Halifax. Acusada de ter violado o art. 75 do Representation of the People Act, por gastos excedentes na promoção de campanha eleitoral de candidato e sem a autorização deste – simplesmente na qualidade de terceiros simpatizantes – Bowman levou o caso à Corte Européia, onde obteve referida decisão favorável e que, de certa forma, interferiu nos estudos que estão sendo realizados na Inglaterra em busca de uma remodelação da legislação eleitoral, incluindo a questão do financiamento. (Neste sentido as Comissões: Neill Committee e Lord Jenkins Committee) - FISHER, Justin, *Il Finanziamento dei Partiti Politici in Gran Bretagna*, in *Finanziamento della Politica e Corruzione*, A cura de LANCHESTER, Fulco, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

54. Theodor Roosevelt, aliás, já em 1905 já reclamava pela necessidade de vedação de contribuições a partidos e a candidatos, recomendando que a lei viesse a proibir “todas as contribuições oferecidas por associações a qualquer partido político ou para qualquer fim político” (in *Finanças Partidárias*, Mônica Herman S. Caggiano, op. cit. sup., p. 18/19).

reconhecendo e regulamentando a captação de recursos no âmbito da esfera privada, de pessoas físicas e jurídicas, de molde a assegurar um determinado equilíbrio à campanha, e a transparência necessária a identificar as fontes de financiamento que operam por de trás dos partidos e dos candidatos, enfim medidas que buscam garantir a lisura e a autenticidade das consultas. Aprimorou o mecanismo pertinente à inserção de tetos máximos de contribuição e acerca do controle das interferências advindas da utilização dos bens públicos.

O tema, aliás, vem tratado em capítulo específico, sob a rubrica “*Da Arrecadação e da Aplicação de Recursos nas Campanhas Eleitorais*” (*Lei n. 9 504, de 30 de setembro de 1997, arts. 17 a 27*), preceitos que, no entanto, não detém exclusividade na regulamentação, porquanto outras normas, inseridas no bojo de textos legislativos diferentes, a exemplo da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (*Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995*), a seu turno cuidam da matéria.

De forma geral, os aportes autorizados, nos termos do art. 20 do referido diploma (*Lei n. 9 504, de 30 de setembro de 1997*), devem advir do próprio partido, do comitê financeiro, do Fundo Partidário (*sempre canalizados por intermédio dos partidos*), de pessoas físicas ou jurídicas (*excluídos aquelas sobre as quais incidem vedações – art. 24*), e recursos próprios do candidato.

Interessante a perspectiva do legislador brasileiro que admite doações de pessoas físicas para campanhas eleitorais, somente, “*a partir do registro dos comitês financeiros*” – (*art. 23 Lei n. 9 504/1997*), enquanto que na França, por exemplo, se reconhece o fato de que, durante todo o ano que precede as eleições, essa atividade deve ser permitida e regulada (*artigo L. 52-4, do Código Eleitoral, por força de alteração introduzida em 1995*)⁵⁵

Restam vedadas, no entanto, contribuições oriundas de: entidades ou governos estrangeiros, órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta, concessionários ou permissionárias de serviços públicos, entidades de utilidade pública, sindicatos, pessoas jurídicas que recebam auxílios financeiros estrangeiros ou beneficiados com contribuições compulsórias fixadas por lei e, ainda, cataloga o legislador, na rubrica de ingressos financeiros indevidos, quaisquer colaborações à campanha, por meio de material, serviços, locação de bens e uma série de condutas que implicam em recursos oferecidos de forma camuflada (*Lei n. 9 504/97, art. 26*).

Singular a norma do art. 27, da já assinalada lei eleitoral, que consagra,

55. MANOD, Alain, *Le Financement des Campagnes Électorales*, Paris, Berger Levrault, setembro de 2000.

entre nós, embora ainda de forma tímida, prática já consolidada em território norte-americano. Trata-se da debatida atuação dos *Political Action Committees*, organizações de simpatizantes das campanhas político-eleitorais que são constituídos por ocasião dos momentos pré-eleitorais e que atuam no domínio do “*fund raising*” arrecadando contribuições de reduzido valor, sem necessidade de registro quanto à origem. Importa, sem dúvida, numa fórmula de estimular a participação política e o exercício da cidadania. Implica, no entanto, também, num mecanismo de arrecadação e de realização de despesas de campanha fora do alcance do controle efetivo que é proposto nesse domínio⁵⁶

De fato, introduz aquele preceito (*art. 27 da Lei n. 9.504/97*) nova modalidade de colaboração com campanhas político-eleitorais: a possibilidade de qualquer eleitor “*realizar gastos, em apoio a candidato de sua preferência, até a quantia equivalente a um mil UFIR, não sujeitos a contabilização, desde que não reembolsados.*” Ora, a técnica é excelente e oferece a brecha para, por via de múltiplas e pequenas contribuições, passe o dinheiro de campanhas a circular por uma via marginal, sem qualquer transparência e a salvo de qualquer controle⁵⁷

O impacto da Emenda Constitucional n. 16, de 4 de junho de 1997, que, em moldes já assinalados, inovou no tocante ao tratamento do instituto da *irreelegibilidade*, suavizando a vedação para permitir que os titulares dos cargos de Presidente da República, Governador de Estado e Prefeitos venham a postular por mais uma vez, em linha subsequente, o mesmo posto, deflagrou novas limitações às campanhas e, destarte, à liberdade de divulgar posturas e plataformas políticas, disputando a simpatia, a confiança e o voto dos eleitores.

Assim é que, a Lei n. 9. 504, de 30 de setembro de 1997, dedica todo um

56. cf. HERBERT E. ALEXANDER, *Financing Politics, Money, Elections & Political Reform*, 4a ed., Washington, DC, Congressional Quarterly Press, Foreword, Fourth Edition, 1992.

57. Referida possibilidade de arrecadar pequenas quantias (de muitos) lembra a polêmica e discutida técnica dos PAC's que dominam o quadro eleitoral estadunidense. São os *Political Action Committees*, que podem ser inaugurados e mantidos por amigos e simpatizantes dos candidatos. Toda a contabilidade corre por conta desses comitês que, a rigor, atuam em prol da candidatura que suportam. Podem receber doações até um determinado limite e, por vezes, até de fontes que não poderiam financiar partidos e candidatos diretamente, a exemplo de sindicatos; podem doar importâncias (até um determinado limite, dependendo da legislação do respectivo Estado) a partidos políticos e candidatos; enfim gozam de uma acentuada liberdade de manipulação de orçamento de campanha, muito mais ampla que a admitida em relação a partidos e candidatos. É verdade que nos domínios norte-americanos, onde cada Estado conta com sua própria legislação eleitoral, inclusive em matéria de “*fund raising*” há registros de tratamentos diferenciados, buscando-se limitar a interveniência dos PAC's no financiamento de candidaturas, em especial, introduzindo limites aos montantes com que tais organizações podem doar à campanha. In HERBERT E. ALEXANDER, *Financing Politics, Money, Elections & Political Reform*, 4a ed., Washington, DC, Congressional Quarterly Press, Foreword, Fourth Edition, 1992.

capítulo às “*condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais*” (arts. 73 a 78 – *Condutas Vedadas aos Agentes Públicos em Campanhas Eleitorais*), visando impedir o uso da máquina estatal, principalmente, por parte dos candidatos à reeleição. E mais, as restrições introduzidas foram objeto de reforço por parte da Justiça Eleitoral, ao baixar as respectivas Instruções, culminando por impedir, de certa forma, até uma adequada segurança das autoridades, quando em campanha política. Dentre tais proibições pode-se destacar:

a) a impossibilidade de participação das campanhas políticas de assessores ou funcionários subordinados ao pretendente à reeleição, impondo-lhes, para tanto, prévio afastamento do cargo, o que na prática impunha a realização de atos de campanha eleitoral com vistas à recondução de uma equipe governamental e para a continuidade do programa desenvolvido por essa mesma equipe, porém sem a equipe essa tarefa restou atribuída com exclusividade ao respectivo chefe;

b) a impossibilidade de uso de veículo oficial para comparecer a atos de campanha - avião ou automóvel. Paradoxalmente, o corpo de segurança poderia se deslocar com veículos oficiais e, na hipótese de aeronave, o usuário restaria obrigado a ressarcir o erário público pelo valor da viagem. A regra logo fez a primeira vítima, o Ministro da Saúde que se utilizou de aeronave da Companhia Energética de São Paulo para se deslocar de São Paulo a Piracicaba, para reunião de “*cunho político-partidária*” como alcunhado referido encontro, ensejando a instalação de processo judicial e condenação da autoridade;

c) neutralidade por parte da equipe de segurança que eventualmente acompanhar a autoridade a eventos de campanha, no sentido de lhe restar vedada a possibilidade de distribuição de material ou ato que pudesse ser considerado como de propaganda do candidato;

d) aparelhos de telefone e fax do candidato a reeleição não podem ser utilizados para contatos de campanha;

e) residência oficial não podendo ser utilizada para jantares ou eventos que possam vir a ser qualificados como reuniões de campanha político-eleitoral.

Digna de nota, aliás, a última das hipóteses arroladas, a partir do elenco restritivo a incidir sobre os postulantes a mais um mandato. Isto porque não há como impedir alguém de receber, no local da sua moradia, quem quer que seja. Não dando abrigo a criminosos, a inviolabilidade do domicílio é princípio constitucional, território que assegura, também, o direito à privacidade.

Portanto ilusório que tal norma viria a impedir a realização de jantares

e almoços com personalidades importantes na trajetória da reeleição. Nem há que se falar, ademais, que a técnica “Jantar com o Presidente” configura uma das mais antigas e tradicionais no catálogo do “*Fund Raising*” vindo a se celebrar, na análise procedida pelo prof. Herbert E. Alexander, como financiamento “*on the cash and calorie plan*”^{58/59}. Absurda a regra, ainda, porque impraticável uma eficaz fiscalização, passando a se afigurar muito difícil a comprovação de eventual incidência. Reflete um dispositivo fadado a servir de simples fachada e a uma triste permanência no papel.

Restou vedado mais: a publicidade institucional, salvo em caso de grave e urgente necessidade pública, assim entendida pela Justiça Eleitoral, e quaisquer pronunciamentos em cadeia de rádio e televisão fora do horário eleitoral gratuito, excetuando-se as hipóteses de urgência, a critério da Justiça Eleitoral (*art. 73, VI, b e c*), postura legislativa que reintroduziu, entre nós, a censura, abolida pela Constituição de 5 de outubro de 1988.

Aliás, é de se registrar o diferenciado tratamento oferecido pelo legislador no tocante à reeleição para os cargos do Legislativo. Nesse terreno, restou consagrada apenas a vedação quanto à utilização da Gráfica para a produção de material publicitário.⁶⁰ Nada mais, sob a argumentação de que o parlamentar deve se comunicar com o seu eleitorado. Mas aí resta a questão: o Chefe do Executivo, que hoje é eleito e cuja legitimidade encontra por superfície exatamente o seu respaldo eleitoral, não seria merecedor de tratamento idêntico, mormente ante o “*standard*” igualitário que preordena os direitos consagrados no Estatuto Fundamental?

De outra parte, convém reconhecer que, uma vez admitida a hipótese da reeleição, não há como ignorar o núcleo central em torno do qual gira o Instituto, ou seja a possibilidade que se abre ao eleitor de realizar uma opção por um programa de governo já em pleno desenvolvimento.

58. Money in Politics, PAP, 1972, Washington, D.C. e Financing Politics, Congressional Inc. April, 1978.

59. Interessante a esse respeito verificar os métodos “*on the cash and calorie plan*” utilizados na reeleição do presidente Clinton, eleições de 1996. São apontadas nesse período as seguintes alternativas: uma contribuição de cerca de US\$ 25 mil confere o direito a evento com o vice-presidente Al Gore; o dobro dessa contribuição implica na possibilidade de uma reunião de 10 pessoas, na Casa Branca, para ver o presidente e US\$ 100 mil viabiliza um jantar com o presidente no Hay Adams Hotel, na frente da Casa Branca. (*apud* Times, novembro 11 – 1996, p. 15)

60. Nesse sentido e de acentuada flexibilidade o tratamento assegurado, consagrado, inclusive em resposta do E. TSE a consulta promovida pelo Presidente da Câmara dos Deputados, *litteris*: “Deputados. Trabalhos Gráficos. Possibilidade de que sejam fornecidos pela Câmara, no ano eleitoral, desde que relativos à atividade parlamentar e com obediência às normas estabelecidas em ato da Mesa, vedada sempre qualquer mensagem que tenha conotação de propaganda eleitoral” (Consulta n. 444, Classe 5a. Distrito Federal, DJ 26.06.1998)

Desse mesmo sentir, a linha jurisprudencial construída a partir dessas novas hipóteses restritivas do texto legal. Assim, na Representação eleitoral n. 68 - Distrito Federal, o Relator, ministro Garcia Vieira, do E. Tribunal Superior Eleitoral, em seu voto vencedor, pronunciou-se: *“A ação governamental do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, além de legítima, no âmbito de suas responsabilidades constitucionais e funcionais, não configurando propaganda eleitoral, mas, no máximo, publicidade institucional autorizada por lei, em nada permite concluir sobre “conduta tendente a afetar a igualdade de oportunidade entre candidatos” da parte do Presidente da República. A lei não poderia (para ser constitucional) e não pretendeu paralisar a ação governamental, de forma compatível com a correta exegese da Emenda Constitucional n. 16/97, que, segundo orientação jurisprudencial deste Egrégio TSE e do Colendo STF, ao introduzir a possibilidade de reeleição para o Executivo, observa o princípio da continuidade administrativa (vide, e.g., Consulta ns. 327,328,332, Relator o Eminentíssimo Ministro Neri da Silveira, e ADIn n. 1.805, idem).”* (DJ de 20.08.98, seção 1, p. 73)

E, no âmbito da Representação eleitoral n. 57 - Distrito Federal, o Ministro Fernando Neves, Relator, ressaltou: *“O que me parece importante examinar é se a publicidade institucional vedada temporariamente pelo art. 73 da Lei n. 9.504, de 1997, abrange as placas de obras ou serviços em andamento, cuja presença decorre de exigência legal ou contratual e não contenha promoção indevida de autoridades, de servidores ou de administrações.- e registra o eminente jurista:Não me parece que essa placa possa estar incluída na vedação referida, até porque ela atende ao que determina o art. 16 da Lei 5.194, de 1966: Enquanto durar a execução de obras, instalações e serviços de qualquer natureza, é obrigatória a colocação e manutenção de placas visíveis e legíveis ao público, contendo o nome do autor....., assim como os dos responsáveis pela execução dos trabalhos”*(TSE D.J. 17/08/98, seção 1, pp. 53/54).

Sob essa óptica, é toda uma equipe governamental e o seu plano que se coloca à apreciação popular. A opinião pública colhida a partir da consulta eleitoral não será, certamente, influenciada pela equipe de segurança que acompanha a autoridade a postular a recondução e, também, muito mais visível, digno, e dotado de maior lisura, o deslocamento com os meios de transporte próprios do cargo que ocupa do que, artificialmente, por intermédio de equipamentos oferecidos, por vezes, por terceiros, a partir da penumbra.

Isto conduz, fatalmente, a entender como ilusórios os efeitos concretos de grande parte das restrições introduzidas, em frontal confronto com a técnica mais

moderna que recomenda a aplicação da razoabilidade na inserção de limitações a recursos e despesas no âmbito das campanhas eleitorais, alinhando-se isto a um regular e eficiente sistema de acompanhamento da atividade financeira e garantia de ampla publicidade.⁶¹

Evidente que grande parte do resultado da captação de recursos destina-se à realização de despesas de publicidade em campanhas eleitorais; daí a tendência de inclusão indireta de aportes, por via de mecanismos que, dos bastidores, de forma indireta, podem alimentar e incrementar sua evolução. Reflexo imediato as incessantes tentativas do legislador em impor maior rigor às limitações e restrições, até mesmo diante das perspectivas de se alcançar situações de favorecimento diante da nova tecnologia.

Assim é que, na onda de atualização do texto de regência dos pleitos eletivos e na expectativa de obstaculizar benefícios decorrentes de brechas até então inexistentes, há projetos de lei em curso visando:

a) regulamentar a propaganda eleitoral por meio de serviços de valor adicionado e Internet, com o escopo de evitar o abuso do poder econômico (*projeto 2.358/2000, de autoria do deputado Nelson Proença, PMDB-RS*);

b) proibir a publicidade de prestadoras de serviços de telefonia que tenham os mesmos números de identificação de partidos políticos, entre 6 de julho e 30 de novembro de 2002 (*projeto 4.867/2001, de autoria do deputado Bispo Rodrigues (PL-RJ)*).⁶²

O campo de incidência do controle abarca, não há dúvida, também, as despesas. E, nesse nicho, cabe investigar a par da questão quantitativa, também a ótica da legalidade e da moralidade do dispêndio realizado. São, pois, dois os enfoques reconhecidos e recomendados pelo legislador.

O primeiro, em verdade, não oferece maiores dificuldades ao analista. Consubstancia-se num exame acerca da observância dos limites que o próprio partido ou coligação fixou e oficializou (*Lei n. 9 504, de 30 de setembro de 1997/ art. 18*).⁶³ Impõe-se a verificação numérica do limite estabelecido, a verificação contábil das despesas

61. Nessa linha a obra de Kraeche, Rainer, *Le financement des Partis Politiques*, 1972, Paris, PUF. Sobre o tema, o nosso *Finanças Partidárias*, 1983, Brasília, Gráfica do Senado Federal.

62. Há outros projetos, da mesma forma relevantes mas que não tocam de perto a questão do financiamento. Merecem especial registro o projeto de autoria do deputado José Carlos Coutinho (PFL-RJ), que visa preservar a moralidade do cargo público, exigindo para o registro da candidatura o exame antidrogas, e o apresentado pelo deputado Aldo Arantes (PC do B/GO), de n. 4.404/2001, que obriga os veículos de comunicação a divulgar pesquisas eleitorais conjuntamente, no ensejo de oferecer ao eleitor a possibilidade de análise comparativa e identificar discrepâncias.

63. No quadro doméstico, brasileiro, a fixação do limite de dispêndios por candidatura é obrigação do Partido, figura que deve proceder à declaração e registro desse dado junto à Justiça Eleitoral, sujeita a superação desse limite à sanção pecuniária de multa "no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso." art. 18, § 1º e 2º, Lei n. 9.504/97.

de campanha que não podem ultrapassá-lo e a investigação real do aspecto geral e do volume da propaganda utilizada, se de conformidade com os números declarados.

O segundo aspecto, qualitativo, o destino e a finalidade dos gastos, todavia, é o que mais de perto interessa à investigação. É sobre esse específico campo, nos parece, que o analista deve debruçar sua atenção, porque é nessa esfera que se verificam – ou que se abre a oportunidade para a verificação – de irregularidades que venham a comprometer a lisura da consulta eletiva, a sinceridade do voto, em razão da interveniência dos fatores poluentes que maculam a exteriorização da vontade política expressa na cédula, introduzindo, portanto, máculas sobre o próprio resultado.

Os dispêndios preconizados na lei eleitoral dizem respeito basicamente à publicidade autorizada. *Vem, destarte, cuidados nos capítulos que cuidam dessa temática, a partir do art. 36 da assinalada Lei n. 9.504/97.* Evidencia-se, aí, uma forte preocupação em oferecer tratamento distinto aos diferentes métodos de marketing conhecidos e permitidos, a exemplo daqueles concretizados por via cartazes, equipamentos de alto-falante e amplificadores de som, sistema de outdoor (art. 42), publicidade por via da imprensa (art. 43) e através da mídia (*rádio e televisão – arts. 44 a 57*).

O legislador, em verdade, buscou assegurar um determinado equilíbrio ao desenvolvimento da campanha, evitando - aliás em homenagem ao próprio princípio inscrito no art. 237 do Código Eleitoral, destinado a inibir a interferência do poder econômico – excessos resultantes da disparidade de recursos. Nesse diapasão e reconhecendo que períodos longos para a publicidade afiguram-se extremamente onerosos aos candidatos, consagrou, num primeiro momento, a redução do período de campanha: 3 meses anteriores ao pleito⁶⁴ para as fórmulas de marketing que não impliquem em rádio e televisão e para esses últimos veículos, apenas, 45 dias⁶⁵

Nessa linha, ainda, a exigência de horário gratuito na rádio e televisão e repartição dos horários, atendendo à densidade eleitoral do partido ou coligação, ou seja em razão do número de integrantes da(s) respectiva(s) bancada(s) na Câmara dos Deputados (§ 2º, art. 47- Lei n. 9.504/97). E, mais ainda, a partilha dos espaços destinados a *outdoors*, outra questão espinhosa, que põe em relevo o potencial econômico, encontrou solução nas regras de distribuição por bandas partidárias, em razão da respectiva relevância eleitoral, e por via de sorteio (art. 42 - Lei n. 9.504/97).

No tocante à prática atinente a cartazes, panfletos, *banners*, etc, o

64. O art. 36 da Lei n. 9.504/97 prevê: “A Propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição”. Considerando que os pleitos se realizam em 3 de outubro – data oficial, isto implica num período de cerca de 3 meses para a campanha publicitária dos candidatos.

65. Este é o prazo fixado pelo art. 47 da Lei n. 9.504/97.

legislador de 1997 (*Lei 9.504/97*) seguiu de perto o texto imediatamente anterior⁶⁶ e autorizou: a fixação de faixas, placas, cartazes, pinturas e inscrições em bens particulares (§ 2o, art. 37), a panfletagem na via pública (art. 38), a realização de comícios (art. 39), a propaganda mediante uso de equipamentos de ampliação do som, no período compreendido entre as 8 e 22 horas, desde que a 200 metros das sedes dos Poderes Públicos e, quando em funcionamento, dos hospitais, escolas, bibliotecas, igrejas e teatros (§ 3o, art. 39). E mais, cometeu ao Poder Legislativo – ou mais especificamente à sua Mesa Diretora – a deliberação acerca de atos de marketing eleitoral nas suas dependências (§ 3o, art. 37).

Ao lado desse quadro publicitário, de grande plasticidade quanto aos meios e instrumentos de divulgação, há, é certo, um considerável elenco de vedações, em sua grande parte destinadas a afastar do ambiente eleitoral os fatores de poluição, em especial, o uso da máquina estatal (arts. 37), o desrespeito ao *dia de reflexão* que é a data da realização das eleições⁶⁷, que deve assegurar um clima que garanta a assepsia do voto (§ 5o do art. 39), o uso indevido de símbolos ou imagens governamentais (art. 40), atos de aliciamento (art. 41-A).⁶⁸

Técnicas de Controle: um estudo comparativo

O problema trazido a debate constitui, de fato, o ponto nevralgico desse estudo, girando em torno da questão do financiamento da atividade político-partidário-eleitoral. É que essa vigilância deve, a rigor, se mostrar assecuratória da transparência das operações contábeis, identificando eventuais vínculos, os lobistas e também o destino do dinheiro. Mais, impõe-se que se apresente de simples manuseio, ou seja capaz de operar de forma célere e segura. Demais disso, é necessário que o sistema seja apto a identificar com segurança os responsáveis, porquanto a prática de irregularidade sem a devida sanção – em razão da diluição da responsabilidade – implica num estágio de

66. Lei 9 100/95.

67. Um tratamento especial no que concerne ao “Dia da Eleição” já é tradicional em território norte-americano. Entre nós, o legislador, também, lhe oferece um disciplinamento peculiar com vistas a assegurar a livre expressão das preferências políticas. Ver a respeito CAGGIANO, Mônica Herman S., Eleições Municipais de 1996, com ênfase para o quadro de São Paulo, in Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, ed. da Secretaria dos Negócios Jurídicos da Prefeitura de São Paulo, 1997, pp. 49 a 83.

68. Apesar da preocupação com o Dia da Eleição, certo é que esta data tem demandado significativos recursos financeiros aos promotores de campanhas políticas. É, também, do espectro norte-americano que são extraídos os seguintes dados: *Election Day* (eleições presidenciais de 1996) – dispêndios do Partido Democrata: US\$ 250 milhões; Partido Republicano: US\$ 400 milhões. (*apud Times*, novembro 11 – 1996, p. 15)

impunidade que desprestigia qualquer sistema ou técnica de controle, por mais sofisticado que se apresente o seu mecanismo.

Por derradeiro, não poderá o estudioso ignorar a exigência constitucional atinente à garantia da livre manifestação do pensamento e das idéias⁶⁹, afastando os excessos – tendência natural de qualquer sistema de controle - que limitem e venham a cingir a atividade do candidato direcionada à expansão de suas propostas, da ideologia e do seu programa.

O método adotado na Alemanha (*financiamento pelos cofres públicos*⁷⁰) é que, sob este aspecto, mais se evidencia, evoluindo para o pedestal de matriz de toda uma linha de tentativas de imitação, sem grande êxito no entanto.

A sua mola mestra consiste em impor financiamento público para as campanhas político-eleitorais, o que implica em identificar perfeitamente o volume e a origem dos recursos. Quanto aos gastos, prevê um ajuste entre as lideranças para a fixação de limites. Em suma a solução germânica, que se destaca, também, pelo tratamento menos proibitivo, repousa sobre aportes públicos e, conseqüentemente, um rígido controle do destino dessas verbas. A prestação de contas, pública, deve se realizar sob os “*princípios da correta contabilidade*” (art. 28 da *Lei dos Partidos Políticos*)⁷¹

Vale assinalar que o esquema engendrado afigurou-se, de certa forma, eficaz para refrear a desregrada e abusiva ação do dinheiro em ambientes político-eleitorais; não os tornou imunes, contudo, a episódios de malversação do dinheiro, a exemplo dos fatos, noticiados pela imprensa, a envolver o ex - Chanceler Helmut Kohl⁷²

69. Já no célebre caso *Buckley X Valeo* registrava a decisão do Supremo norte-americano “o candidato, não menos que as demais pessoas, encontra-se amparado pelo preceito do 1º Aditamento, tendo o direito de participar das discussões acerca dos problemas públicos e advogar, tenaz e incansavelmente, sua eleição...”. (v. CAGGIANO, “Finanças Partidárias”, op. cit., p. 120).

70. Em terreno brasileiro tem sido intensa a preocupação legislativa no sentido de introduzir um efetivo financiamento público. Ver o projeto de Lei do Senado, n. 353, de 1999, de autoria do Senador Sérgio Machado, com parecer favorável, que, no entanto, continua em tramitação sem qualquer definição quanto a sua futura e eventual transformação em lei.

71. v. CAGGIANO, Finanças Partidárias, op. cit. p 207 e ss.

72. O ex-chanceler alemão Helmut Kohl, que governou a Alemanha por 16 anos, foi acusado, ao final do ano de 1999, de ter recebido doações políticas, irregulares, destinadas ao seu partido, o CDU (União Democrata-Cristã), criando, para tanto, “contas secretas”. (v. nesse sentido, O Estado de São Paulo, ed. de 30.12.99, p. A 14, *The Economist*, janeiro/fevereiro de 2000, p. 57 e ss., *The Economist*, Dezembro 11-17/1999, p. 45). A denúncia foi formulada por um ex-tesoureiro do partido, Walter Leisler Kiep, arrolado num processo atinente à evasão fiscal. Demais disso, está sendo investigada a participação do Presidente da França, François Mitterrand, que teria ordenado o pagamento de uma “comissão” para o partido de Kohl, em cenário de campanha eleitoral para reeleição, em 1994, “comissão” esta proveniente da refinaria ELF nas negociações envolvendo a compra e reforma da refinaria alemã LEUNA. (in *The Economist*, janeiro/fevereiro de 2000, pp. 57 e ss)

até hoje sob investigação, em razão de aportes advindos do plano privado para o reforço das finanças eleitorais.

O quadro norte-americano, que nos oferece um vasto repertório de *unsavory tales of political money*,⁷³ hoje se apresenta com um sistema híbrido de controle.

Tendo adotado, em termos facultativos, o financiamento público das campanhas⁷⁴ para os pleitos presidenciais, gira em torno de limitações – até drásticas – quanto à arrecadação e aos dispêndios. Prevê sanções e o sistema de fiscalização quanto à observância das leis é atribuído à *Federal Election Commission*, apesar das críticas de que tem sido alvo em razão de sua estrutura considerada frágil. Os PAC's foram legalizados e a legislação dos Estados tem se orientado, nas suas reformas, pelo modelo federal. Mas remanesce em panorama americano o problema das “*despesas independentes*”, isto é de recursos privados que podem advir de particulares ou de PAC's sem qualquer interferência de candidato ou de comitê financeiro, e que podem ser utilizados tanto a favor como contra uma determinada candidatura. E, mais ainda, a questão do “*soft money*”. ou seja o numerário que prescinde de declaração quanto à origem e que pode ser utilizado em eleições locais para uma série de práticas publicitárias – a partir do registro de eleitores, organização das primárias, até a confecção de bottons, cartazes, panfletos, jornais e tablóides partidários, etc.⁷⁵

A seu turno, o modelo francês passou a adotar a opção do financiamento público para as campanhas (*cf. quadro final*), vedando, a partir de 1995, as contribuições advindas de pessoas jurídicas e de sindicatos. Mas, curiosamente, o legislador de 1995 não mais permitiu computar como despesa de campanha, gastos não autorizados, expressamente, pelo candidato; daí, considerando a inexistência de vedação para que comitês simpatizantes de candidaturas promovam seus candidatos, as pessoas jurídicas e físicas passaram a poder realizar doações e financiar tais atividades fora de qualquer controle⁷⁶. É a transposição para o cenário francês do modelo “*soft money*” norte-

73. Repulsivas histórias acerca do dinheiro na política – tradução nossa; ver, ainda, *Finanças Partidárias*, op. cit., supra.

74. O financiamento público das campanhas foi uma das bandeiras do Presidente Jimmy Carter, conforme relata HERBERT E. ALEXANDER, *Financing Politics, Money, Elections & Political Reform*, 4a ed., Washington, DC, Congressional Quarterly Press, Foreword, Fourth Edition, 1992, p. 41. Ademais foi entendido como uma das melhores terapias para impedir a corrupção nos ambientes das campanhas eleitorais, após o episódio “Watergate”

75. id. p. 66.

76 cf. MÉDARD, Jean-François, *Finanziamento della Política e Corruzione: il caso francese*, in *Finanziamento della Política e Corruzione*, A cura de LANCHESTER, Fulco, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

americano e essa inspiração parece mais evidente ainda se traçado um paralelo com o PAC's, que pode ter inspirado o legislador. De qualquer modo, este mostrou-se mais restritivo do que a regulamentação tedesca, porquanto proíbe contribuições de origem estrangeira e fixa limites para dispêndios por parte dos candidatos, como também no tocante às doações, impondo ainda a sua declaração, mediante registro.

No cenário italiano, após o episódio conhecido como "*Tangentopoli*", que desvendou uma extensa rede de corrupção envolvendo políticos, empreiteiros e intermediários, diversas foram as tentativas de se introduzir uma adequada regulamentação do quadro partidário, incluindo a questão do financiamento da atividade política.

A idéia de financiamento público, aliás, foi acolhida em 1974, com o advento da Lei n 195; transcorrido um período de intensa nebulosidade, porém, em 1997 o legislador introduziu um novo modelo: "*o financiamento voluntário dos partidos políticos*" (lei n. 2, de 1997), sem abandonar a idéia de financiamento público que passou a constar como norma transitória, inserida, por vezes até em textos legais de matiz tributário⁷⁷

A perspectiva de edição de novo texto, promovendo o retorno ao financiamento público das atividades dos partidos e movimentos, foi alcançada com a edição da Lei n. 157, de 3 de junho de 1999, que dispôs sobre "*Nuove norme in materia di rimborso delle spese per consultazioni elettorali e referendarie e abrogazione delle disposizioni concernenti la contribuzione volontaria ai movimenti e partiti politici*"

Porém, perdura, na Itália, a preocupação com a ausência de regulamentação a nortear e disciplinar a atuação dos partidos e movimentos, ganhando simpatia a proposta legislativa de Mancina (Ato Câmara n. 5.326, de 20 de outubro de 1998), que preconiza "*Normas sobre a democracia interna dos partidos, sobre a seleção dos candidatos e sobre o financiamento*"⁷⁸

Quanto aos mecanismos adotados em terreno brasileiro, o padrão permanece fiel ao método das limitações e controles relativos. Os limites quanto às doações são pertinentes à pessoa física. O teto estabelecido para pessoas jurídicas vem apresentado em proporção ao respectivo faturamento bruto do ano anterior à eleição. Nada

77. De fato, a Lei italiana de n. 146, de 8 de maio de 1998, que cuidava da simplificação e racionalização do sistema tributário para o funcionamento da Administração Fazendária, trazia um dispositivo – art. 30, que previa a dotação de 110 milhões de liras a favor de movimentos e partidos políticos. (cf. FROSINI, Tommaso Edoardo, *Finanziamento Dei Partiti e Corruzione: Brevi Note Critiche sul Caso Italiano*, in *Finanziamento della Política e Corruzione*, A cura de LANCHESTER, Fulco, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000, p. 424.

78. cf. FROSINI, Tommaso Edoardo, *ibidem*, p. 411 e ss.

além disto.⁷⁹ Os limites de gastos, para a realização de campanhas eleitorais, os próprios partidos apontam (*art. 18, caput, Lei n. 9.504/97*). É vedada a contribuição financeira oriunda de entidade ou governo estrangeiro ou que tenha lastro estrangeiro. São afastados os recursos que possam vir canalizados do erário público, excetuado os do Fundo Partidário, mecanismo de financiamento que busca implantar aqui o padrão germânico.

Com efeito, a idéia de financiamento público das campanhas, seguindo a matriz alemã, tem conquistado um número considerável de adeptos, principalmente, em razão da ampla possibilidade de controle (*pelo Tribunal de Contas da União*) e, portanto, em face da idéia de garantia de maior transparência que oferece. Esse Fundo, disciplinado por força da Lei Orgânica dos Partidos Políticos (*Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995 – art. 38*), iniciou sua trajetória de forma extremamente tímida. Criado em 1965 (*Lei n. 4.740/65*), foi reforçado no tocante à sua constituição pelo diploma editado em 1971 (*Lei n. 5.682/71*) e, remodelado o conteúdo por força da atual LOPP (*art. 38*), é objeto, hoje, de proposta de reforma *de lege ferenda*. Nesse sentido, o projeto de Lei do Senado, n. 353, de 1999, de autoria do Senador Sérgio Machado, com parecer favorável, que, no entanto, continua em tramitação sem qualquer definição quanto a sua futura e eventual transformação em lei.

De outra parte, embora, tenha apresentado um volume de recursos maior do que nas primeiras décadas de sua existência, o Fundo Partidário, ainda, não oferece um suporte adequado para poder suportar o elevado custo do voto⁸⁰ Assim é que, a

79. Art. 81 da Lei n. 9.504/97. Interessante, além disso, é verificar os principais financiadores das campanhas do ex-presidente da República Federativa do Brasil, Fernando Henrique Cardoso: Banco Itaú – 2,6 milhões de reais; La Fonte Investimentos – 1 milhão de reais; Grupo Bradesco – 1 milhão de reais; Banco Real e Banco Real de Investimentos – 1 milhão de reais; Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga – 1 milhão de reais; Inepar – Indústria e Construções – 1 milhão de reais; Copesul – Companhia Petroquímica do Rio Grande do Sul – 1 milhão de reais; Volkswagen Serviços – 0,8 milhão de reais; Florestas Rio Doce – 0,75 milhão de reais; Vale do rio Doce Alumínio (Aluvale) – 0,75 milhão de reais; Estrel Administração e Corretagem de seguros – 0,6 milhão de reais; Gerdau S. A. – 0,6 milhão de reais; Banco Safisa S. A. – 0,6 milhão de reais; BBA Trading – 0,5 milhão de reais; Petroquímica do Nordeste (Copene) – 0,5 milhão de reais; Banco Real – 0,5 milhão de reais; Techint Engenharia – 0,5 milhão de reais; Construtora Andrade Gutierrez – 0,5 milhão de reais. (conforme registros do jornal O Estado de São Paulo, edição de 26.11.98/ Fonte:TSE). E, mais até, em relação à campanha de 2002, o Jornal Valor (ed. de 10 de janeiro de 2003) veicula a seguinte lista dos maiores colaboradores da campanha político eleitoral: Grupo Odebrecht – R\$ 3,286 bilhões; Grupo Votorantim – R\$ 1.717.954,00; Usina Caeté – R\$ 1.228.521,00; Grupo Itaú – R\$ 1,186 bilhão; Gerdau – R\$ 1,168 bilhão; Aracruz – R\$ 1.110.000,00; Klabin – R\$ 1.078.959,00; Instituto Brasileiro de Siderurgia – R\$ 1,050 bilhão; Suzano – R\$ 989.325,00; OAS – R\$ 974.868,00; Embraer – R\$ 815 mil; Coca-Cola – R\$ 768.964,00; Companhia Vale do Rio doce – R\$ 740 mil; Embratel – R\$ 700 mil; Safra – R\$ 685 mil; Bovespa – R\$ 532 mil; Ambev – R\$ 500 mil; Ipiranga – R\$ 485,5 mil; Usiminas – R\$ 460,9 mil.

80. O volume de recursos advindos do Fundo Partidário (solução brasileira para o público financiamento das atividades político-partidárias-eleitorais) vem, de fato, se ampliando nos últimos anos, não mais apresentando o tradicional tom anêmico. Cf. dados registrados pelo TSE.

consulta eleitoral, a nível municipal, envolveu um custo de cerca de 2 bilhões de reais, enquanto o Fundo Partidário distribuiu apenas R\$ 70.224.978,61 (cf. dados do TSE)

Certo é que, o nosso sistema busca respaldo na técnica das vedações (*acima especificadas*) e na idealização de um mecanismo de controle que, a par do registro das doações, exige escrituração contábil e uma prestação de contas ao final de cada pleito. Tudo sob o comando da Justiça Eleitoral, responsável pela fiscalização e pelo atendimento da lei nos períodos eleitorais.

A engrenagem visualizada pelo legislador, porém, ainda não configura o sistema ideal, haja vista o elenco de casos de espúria canalização do dinheiro nesses períodos. Isto, em parte, em razão das vedações excessivas que pressionam em demasia partidos e candidatos, conduzindo as finanças político-partidárias-eleitorais a transitar por uma via marginal, ilegal. E, de outro, porque diante da ausência de um financiamento público de difícil prática num país com um erário deficitário e onde o voto tem um elevado preço – a imposição de transparência é que deveria ser mercedora de maior atenção e privilégio, idealizando-se mecanismos de incentivo às doações registradas e destinadas a partidos políticos ou candidatos, de molde a, ao menos, aclarar ao eleitor quem ou que potência econômica encontra-se nos bastidores da candidatura objeto de sua opção política.

Por derradeiro e resultado da pesquisa realizada, é apresentado um quadro ilustrativo do tratamento dessa questão financeira a envolver partidos políticos e campanhas eleitorais em alguns dos ordenamentos jurídicos que foram abordados na produção deste trabalho:

País	A	B	C	D	E	F
Bélgica	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	<i>Sim</i>	US\$ 125	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>
Brasil	<i>Pouco</i>	<i>Só pessoas Jurídicas</i>	<i>Não</i>	<i>Pessoas Físicas 10% do rend. Bruto.</i>	<i>O limite declarado</i>	<i>Sim</i>
Inglaterra	<i>Não</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	<i>Recomendo</i>	<i>Não</i>
Rep. Checa	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	US\$ 2.800	<i>Não</i>	<i>Não</i>
França	<i>Sim*</i>	<i>Não**</i>	<i>Não</i>	US\$ 150***	<i>Sim****</i>	<i>Sim</i>
Itália	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	US\$ 2 600	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>
Espanha	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>
Alemanha	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	US\$ 10.300	<i>Não</i>	<i>Sim</i>
Japão	<i>Sim*****</i>	<i>Sim</i>	<i>Não</i>	US\$ 475	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>
Suécia	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>	<i>Não há</i>	<i>Não</i>	<i>Sim</i>
USA	<i>Sim</i>	<i>Sim*****</i>	<i>Não</i>	US\$ 250	<i>Sim</i>	<i>Sim</i>

Na tabela:

A: Financiamento Público

B: Doações de pessoas jurídicas e sindicatos

C: Doações provenientes do estrangeiro

D: Limites de Doações (obrig. de declarar publicidade)

E: Limites de Despesas

F: Prestação de Contas

** Um dos mecanismos adotados pela reforma de 1995 consiste no público financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais, mediante um reembolso pelo Estado de 50% do respectivo teto limite de despesas, mecanismo que beneficia apenas os partidos que conquistaram 5% dos votos. Em 1995, de acordo com tais regras, foi repassado um total de 526 milhões de francos, distribuídos a partir da divisão de metade desse valor de acordo com o desempenho nas eleições gerais para a Assembléia Nacional e a segunda metade em razão do número de parlamentares filiados ao partido. (cf. Jean-François Médard, *Finanziamento della Política e Corruzione: il caso francese*, in *Finanziamento della Política e Corruzione*, A cura de LANCHESTER, Fulco, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000).*

*** desde 1995 e há exceções.*

**** cada candidato pode receber o valor máximo de 30.000 francos por doador e os partidos podem receber o montante máximo de 50.000 francos por ano de cada contribuinte (La France aux Urnes)*

***** Para as eleições presidenciais: 120 milhões de francos e para as eleições legislativas 250.000 francos por candidato. ((cf. Jean-François Médard, *Finanziamento della Política e Corruzione: il caso francese*, in *Finanziamento della Política e Corruzione*, A cura de LANCHESTER, Fulco, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000).*

****** desde 1994*

****** a legislação de alguns Estados permite.*

Fonte base: The Economist, janeiro/fevereiro 2000, p. 57. (dados acrescidos de acordo com pesquisas em outras bases, acima referidas)

São Paulo, julho de 2003.

Bibliografia Básica:

ALEXANDER, Herbert E., “*Financing Politics-Money Elections and Political Reform*, Washington, DC, Congressional Quarterly Press, Foreword, Fourth Edition, 1992, p.3

CAGGIANO, Monica Herman, “Eleições Municipais de 1996, com ênfase para o quadro de São Paulo” in Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, ed. da Secretaria dos Negócios Jurídicos da Prefeitura de São Paulo, 1997

_____. “*Finanças Partidárias*, Brasília, Editora do Senado Federal, 1983.

_____. *Sistemas Eleitorais X Representação Política*, Brasília, Senado Federal, 1991.

DAHL, Robert. *Qui Gouverne*, trad. de Pierre Birman e Pierre Birnbaum, Paris, Librairie Armand Colin, 1971, p.1.

DEMICHEL, André e Francine, (*Droit Électoral*, LD. Paris, 1973)

DUVERGER, Maurice. *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, 1971

FERREIRA FILHO, Manoel Gontçalves. “*Sete Vezes Democracia*” São Paulo, Ed., Convívio, 1977.

FROSINI, Tommaso Edoardo. *Finanziamento Dei Partiti e Corruzione: Brevi Note Critiche sul Caso Italiano*, in *Finanziamento della Política e Corruzione*, A Cura de LANCHESTER Fulco, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000

KRAEHE, Rainer, *Le financement des Partis Politiques*, Paris, PUF, 1972

LEMBO, Claudio, *Participação Política e Assistência Simples*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

LOEWENSTEIN, Karl. “Teoria de La Constitución”, Barcelona, Ed. Ariel, 1976.

MACLET, Claude. (*Droit Électoral*, PUF, Paris, 1989).

MANOD, Alain, *Le Financement des Campagnes Électorales*, Paris, Berger Levrault, setembro de 2000

MÉDARD, Jean-François, *Finanziamento della Política e Corruzione: il caso francese*, in *Finanziamento della Política e Corruzione*, A cura de LANCHESTER, Fulco, Milão, Dott A. Giuffrè Editore, 2000

FEDERALISMO COOPERATIVO E GARANTIA DE PADRÃO DE QUALIDADE DO ENSINO: O CASO DOS ESTABELECIMENTOS DE EDUCAÇÃO INFANTIL JURISDICIONADOS AO SISTEMA ESCOLAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nina Beatriz Stocco Ranieri

Professora Doutora do Departamento de Direito do Estado
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Compete ao Estado garantir padrão de qualidade do ensino em todos os níveis educacionais. Como a organização da educação no Brasil acompanha a organização federativa, segue-se que o dever do Estado deve ser efetivado mediante descentralização normativa e executiva, exercida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com a repartição de competências, legislativas e materiais, promovida pela Constituição Federal e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394, de 20/12/96). O padrão de qualidade do ensino básico nas escolas públicas do Estado de São Paulo supõe professores qualificados em sala de aula e em funções de direção (art. 64 da LDB). Se o Conselho Nacional de Educação dispensa a autorização prévia para os cursos de especialização em pedagogia, necessária para aferir tal qualidade, deixando de exercer sua função fiscalizadora com reflexos e efeitos negativos para os demais sistemas de ensino, devem estes fazê-lo. Trata-se do exercício de *poder-dever* para os órgãos normativos dos sistemas de ensino afetados. O fundamento legal para tal atuação, nesses casos, radica-se nos arts. 208, VII e 18, da Constituição Federal e arts. 3º, IX; 9º, IX, e 10, I e V da LDB. A matéria é examinada a partir de consulta formulada pelo Conselho Estadual de Educação do Estado de São Paulo.

Abstract:

It is up to the State to guarantee a high standard of education in all educational levels. Since the organization of education in Brazil follows the federal organization, it is the State's duty to check this, through normative and executive decentralization, exercised by the Union, States, Federal District and Municipalities, according to administrative, legislative and material jurisdictions promoted by the Federal Constitution and by the *Lei de Diretrizes e Bases* (Law of Directives and Bases) of National Education (LDB) (Law n. 9.394, of 12/20/96). The standard of quality for basic education in public schools of the State of São Paulo presupposes qualified teachers in the classrooms and management functions (art. 64 of the LDB). If the National Council of Education foregoes previous authorization for specialization courses in pedagogy, necessary to check the activity, not exerting its supervisory function, with reflexes and negative effects for the other systems of education, these must carry it out. It is the exercise of *power/obligation* affecting normative organs of the systems of education. The

legal principles for this activity, in this case, originates in arts. 208, VII and 18 of the Federal Constitution and arts. 3rd, IX; 9th, IX and 10, I and V of the LDB. The subject is examined arising from a consultation formulated by the Conselho Estadual de Educação (State Education Council) of the State of São Paulo.

Unitermos: Educação nacional; organização federativa; federalismo cooperativo; competências; si temas de ensino; princípios educacionais; garantia de padrão de qualidade do ensino.

A Consulta

1. A E. Câmara de Ensino Superior do Conselho Estadual de Educação, por sua Presidente, formulou consulta acerca de matéria relacionada à garantia de padrão de qualidade nos estabelecimentos de educação básica jurisdicionados ao sistema escolar do Estado de São Paulo.

Tratava-se de analisar, do ponto de vista jurídico, uma das conclusões alçadas em proposta de indicação, que estabelecia orientações para o exercício das atividades previstas no art. 64 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei no. 9.394/96), nos seguintes termos:

“2.1- Pelo exposto pode-se concluir que o exercício de atividades (cargo ou função) de administração (diretor ou gestor de escola), planejamento, inspeção, supervisão e orientação de educação básica jurisdicionadas ao sistema escolar do Estado de São Paulo pode ser exercida por:

(.....)

2.1.4- Portadores de certificados de conclusão de cursos de especialização, desde que destinados à formação de especialistas em educação e aprovados previamente pelo Conselho Estadual de Educação.”

Determina o citado art. 64 que “ a formação de profissionais de educação par administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional para a educação básica, será feita em cursos de graduação em Pedagogia ou em nível de pós-graduação, a critério da instituição de ensino, garantida, nesta formação, a base comum nacional”

Considerando que os cursos de especialização constituem modalidade de pós-graduação (art. 44, III, da LDB) e que as instituições de ensino superior privadas que os ministram encontram-se liberadas de submeter-se à autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento, por força da Resolução CNE/CES n. 1, de 03/04/01

(art. 6º), junto aos órgãos competentes do sistema de ensino federal, ao qual se submetem (art. 16, II, da LDB); entendeu o E. Conselho Estadual de Educação que deveria exercer o controle de qualidade nesses casos, em razão da *“proliferação de cursos de especialização não sujeitos à sua jurisdição, freqüentemente de baixa qualidade, e do fato de o Conselho Nacional de Educação não mais exigir autorização prévia para a criação e o funcionamento dos mesmos.”*

Diante dessas circunstâncias, submeteu-nos a E. Câmara de Educação Superior os seguintes

Quesitos:

“1. Abrindo o CEE o exercício de atividades de administração (diretor ou gestor de escola), de planejamento, inspeção, supervisão e orientação de educação básica, jurisdicionados ao sistema escolar do Estado de São Paulo, a portadores de certificados de conclusão de cursos de especialização destinados à formação de especialista em educação, pode o mesmo Conselho estabelecer a condição de que referidos cursos sejam aprovados previamente pelo CEE, nos termos da Deliberação n. 09/98, excluindo-se os especialistas formados por instituições vinculadas ao sistema federal de ensino?”

“2. Em caso de resposta positiva, pode o CEE submeter cursos de especialização, não sujeitos à sua jurisdição, à sua aprovação, a pedido dos interessados, para efeito do exercício das atividades acima descritas?”

Bem examinadas as questões levantadas, foram as mesmas examinadas na seguinte conformidade: I) partindo da organização da educação nacional, são examinadas as competências da União e dos Estados e a dos respectivos sistemas de ensino; a seguir, (II) é analisado o princípio da garantia do padrão de qualidade do ensino, de extração constitucional, que informa, obrigatoriamente, a atuação daqueles sistemas; finalmente, (III) procura-se delimitar-se o âmbito e os limites desta atuação no atendimento do referido princípio da garantia do padrão de qualidade.

I. A Organização da Educação Nacional.

As Competências da União e dos Estados.

A Atuação dos Sistemas de Ensino.

1. A organização da educação no Brasil acompanha a organização federativa do País, o que significa dizer que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante descentralização normativa e executiva, exercida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com a repartição de competências,

legislativas e materiais promovida pela Constituição Federal e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei n. 9.394, de 20/12/96).

Conforme já nos manifestamos anteriormente,¹ o tema das competências no Estado Federal é dos mais importantes, senão o fundamental.

Relaciona-se com a instituição de um governo compatível com as exigências e necessidades da União, além de influir diretamente no equilíbrio do pacto federativo, determinando o grau de tensão entre poder central e as unidades periféricas, no que diz respeito a descentralização e controle (aspectos fundamentais na área da educação em face das disposições da Lei n. 9.394/96 que, mesmo assegurando ampla liberdade de conteúdo e forma no oferecimento, para todos os níveis de ensino, impõem um padrão de controle sistemático e periódico das atividades públicas e privadas na área educacional, am nome da supremacia do interesse público em termos de qualidade).

Quanto mais ampla a competência dos órgãos centrais, mais restrita será a dos órgãos periféricos, e maior o grau de centralização; inversamente, quanto maior a competência dos órgãos periféricos, menor a do órgão central, e maior o grau de descentralização.

A descentralização do poder estatal no federalismo supõe graus quantitativamente variáveis, determinados pela proporção relativa do número e da importância das normas centrais e locais na ordem jurídica. Resulta da combinação de critérios funcionais e espaciais, bem como de técnicas de repartição horizontal e vertical de competências que operam segundo os estágios hierárquicos da ordem jurídica e quantidade de matérias a serem regulamentadas. A idéia subjacente é permitir que os dois níveis de estatalidade, o central e os periféricos, funcionem autônoma e concomitantemente.

No caso da educação, cabe à União legislar privativamente sobre diretrizes e bases da educação nacional (cf. art. 23, XXIV) e concorrentemente com os Estados e o Distrito Federal, sobre normas gerais de educação, na forma do art. 24, IX e parágrafos, do que resulta a centralização legislativa da matéria, com a possibilidade de os Estados de os Estados suplementarem a matéria para atender a suas peculiaridades, apenas nesta última hipótese.

No plano dos encargos, que é o que nos interessa em face do teor da consulta, observa-se que o quadro de competências fixado na Constituição de 1988 atua, de modo geral, em favor de competências concorrentes, apontando para um federalismo cooperativo mais preocupado com a colaboração dos entes federados do

1. Cf. Educação Superior, Direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases, São Paulo, Edusp, 2000:92 e ss.

que com a sua separação e independência recíprocas. Há, efetivamente, descentralização e atuação em regime de colaboração.

Para o federalismo cooperativo a coordenação das ações é tão essencial quanto a uniformização de certos interesses. Assim, toda a matéria que extravase o peculiar interesse de uma unidade periférica porque é comum a todas ou porque, se particularizada num âmbito autônomo, engendraria conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria principiológica. Vejamos.

2. Nota-se, já da simples leitura do art. 205 da Constituição Federal, a caracterização da educação como encargo de todas as pessoas de direito público interno: *“Art. 205 – A educação, direito de todos e dever do Estado, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”*

Trata-se, efetivamente, *de responsabilidade comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cujo conteúdo axiológico (o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho) é corolário dos objetivos fundamentais da República, apontados no art. 3º da Constituição Federal.² Nesta tarefa também se congregam a família e a sociedade, sob as normas da educação nacional, assegurada a atuação controladora do Poder Público.

A responsabilidade comum do Estado é reafirmada em outros dispositivos constitucionais, como o art. 208 (que define obrigações para efetivação do dever do Estado),³ e o art. 209, II (relativamente à autorização e avaliação de qualidade das

2. *“Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.”*

3. *“Art. 208- O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I- ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que não tiveram acesso na idade própria; II- progressiva universalização do ensino médio gratuito; III- atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências, preferencialmente na rede regular de ensino; IV- atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V- acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI- oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII- atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.*

§ 1º - *O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.*

§ 2º - *O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.*

§ 3º - *Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.” (gn)*

instituições privadas de ensino pelo Poder Público)⁴ a par da indicação de responsabilidades prioritárias, mas não exclusivas, por nível de ensino, para cada esfera de governo, expressa nos parágrafos 2º e 3º do art. 211.⁵

No mais, a atuação do Estado desenvolve-se de acordo com mecanismos próprios do federalismo cooperativo, tais como a exigência de colaboração entre os entes federados na organização dos seus sistemas de ensino (art. 211, “caput”); a atribuição de funções redistributivas e supletivas à União, para garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino (art. 211, §1º)⁶; a integração das ações do Poder Público, que conduzam à melhoria da qualidade de ensino, por via do Plano Nacional de Educação (art. 214, III) e, especialmente, a conjugação de esforços para universalização e financiamento ao ensino fundamental (art. 208, I e art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), e progressiva universalização do ensino médio (art. 208, II).

Todas essas previsões, enfim, reclamam e evidenciam a necessidade de organização dos respectivos sistemas de ensino em regime de colaboração, especialmente no que diz respeito à educação fundamental e média, componentes da educação básica, conforme dispõe o art. 21, I, da Lei de Diretrizes e Bases LDB⁷ o que não os exime, por evidente, do cometimento de obrigações próprias.

3. Atuação dos sistemas de ensino se faz, portanto, em dois planos distintos, reciprocamente condicionados e integrados em razão da matéria educacional

4. “Art. 209 – O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I-.....

II- *autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.*” (gn)

5. “Art. 211 -

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

§ 3º Os Estados e Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.”

§ 4º Na organização dos seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.”

6. “Art. 211- A União, os Estados e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º- A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.”

7. “Art. 21 – A educação escolar compõe-se de: I- educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e médio;

e da autonomia que lhes é garantida pela Constituição Federal: no da colaboração e no das competências prioritárias próprias.

Tanto num quanto noutro, poderão eleger formas de atuação, de organização e gestão dos elementos que os compõem.

E isto porque sua organização acompanha a organização político-administrativa da República (cf. art. 18, "caput", da Constituição Federal)⁸, aplicando-se-lhes, por simetria o princípio federativo da descentralização normativa e executiva.

A autonomia dos sistemas de ensino não significa independência nem soberania, porque se encontra condicionada por normas legais e constitucionais e restrita a áreas previamente delimitadas, mas lhes garante ampla margem de liberdade para eleger os fins e os meios que julgar mais adequados à consecução das metas educacionais em seu território.⁹

Dentre os diversos condicionamentos impostos à autonomia dos sistemas de ensino pelo ordenamento jurídico, devem ser destacados, em razão da matéria, o constante do inciso VII, do art. 206 da Constituição Federal, referente à garantia de padrão de qualidade do ensino, princípio informador da atividade educacional,¹⁰ e os dos arts. 9º, 10, 16 e 17 da LDB, relativos ao âmbito e às competências dos sistemas de ensino.

Com relação a estes últimos, importa assinalar que todas as instituições de educação superior, criadas e mantidas pela iniciativa privada estão compreendidas no sistema federal de educação¹¹, aí incluídas as que ministram cursos de especialização,

8. "Art. 18- A organização político-administrativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição."

9. Conforme já tive oportunidade de me manifestar na doutrina, o conceito de autonomia no Direito Público é abstrato, imaterial: designa a possibilidade de direção própria consentida por ordenamento superior e manifestada por normas exclusivas. Encerra poder político, de natureza pública. É também poder funcional com finalidade específica: destina-se a operacionalizar o cometimento ideal de tarefas públicas, razão pela qual sofre controle. Constitui, enfim, poder funcional derivado, exercitável nos limites determinados pelo ordenamento jurídico, visando à melhor realização de tarefas públicas. (Autonomia Universitária, São Paulo, EDUSP, 1994: 26-7).

10. "Art. 206 – O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

.....
VII- garantia do padrão de qualidade.

11. O sistema federal de ensino, conforme dispõe o art. 16 da LDB, compõe-se (I) das instituições de ensino mantidas pela União, (II) pelas instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privadas mantidas pela União, (III) pelos órgãos federais de educação. Os sistemas estaduais, por sua vez, (I) pelas instituições de ensino mantidas pelo poder público estadual e do Distrito Federal, (II) pelas instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal, (III) pelas instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada; (IV) pelos órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente (cf. art. 17).

por força do art. 44, III, da LDB¹²; e que compete à União autorizá-los, reconhecê-los, credenciá-los, supervisioná-los e avaliá-los, conforme determina o inciso IX, do art. 9º da LDB.¹³

4. Note-se que a LDB, ao dispor acerca dos elementos que integram sistemas de ensino, não atendeu ao princípio da descentralização normativa e executiva própria da organização federativa, criando um aparente obstáculo à garantia do padrão de qualidade pelos Estados, uma vez que os excluiria do processo de avaliação dos estabelecimentos privados de ensino superior localizados em seus territórios, com relevantes conseqüências e implicações práticas, como se observa na consulta trazida a lume pela E. Câmara de Educação Superior.

O obstáculo é de fato aparente, não prosperando em face do condicionamento da atividade dos sistemas de ensino pelo referido princípio da garantia do padrão de qualidade e de outras razões de ordem constitucional, como se passa a demonstrar.

II. A Garantia do Padrão de Qualidade como Princípio Informador da Educação Nacional.

5. A Constituição Federal de 1988 consagrou a garantia de padrão de qualidade do ensino como um dos princípios informadores da atividade educacional, ao lado da valorização dos profissionais do ensino, da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, do pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, da coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, dentre outros.

Como visto, na mecânica do federalismo cooperativo a coordenação de ações é tão essencial quanto a uniformização de certos interesses; em conseqüência, determinadas matérias, de relevância nacional, têm caráter principiológico, estendendo-se sua observância obrigatória e indistintamente a todas as pessoas de Direito Público envolvidas.

É o que ocorre com o princípio de garantia de qualidade do ensino, de especial relevância na dinâmica constitucional, dados os seus desdobramentos em relação à efetivação dos objetivos fundamentais da República.

Com efeito, uma das regras fundamentais da hermenêutica constitucional é a da unidade da Constituição, aquela que obriga o intérprete a vê-la como um

12. "Art. 44- A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas: (...) III- de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros,"

13. "Art. 9º - A União incumbir-se-á de: (...) IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino."

“articulado de sentido” (na precisa expressão de Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1990: 86), orientado por uma lógica hierárquica que se manifesta por meio de disposições coordenadas e inter-relacionadas, reciprocamente condicionadas em escalões sucessivos.

Dentro desta lógica, que compreende princípios e regras, são os princípios constitucionais os vetores que dão sentido ao conjunto do ordenamento jurídico, as prescrições genéricas que se especificam em regras, “in casu”, os contidos no já citado art. 3º, da Constituição Federal.

Sendo mandamentos nucleares de um sistema,¹⁴ expressão maior da normatividade que fundamenta a organização do poder,¹⁵ possuem os princípios a dimensão do *peso ou importância*, dimensão que não é própria das regras jurídicas.

É dentro dessa dimensão valorativa que em cada caso se armam diversos *jogos de princípios*, de sorte que diversas soluções e decisões, em diversas situações, podem ser alcançadas; sendo certo que tanto o aplicador quanto o intérprete do direito, ao comporem tais jogos de princípios, atuam sob o impacto de valores ideológicos.¹⁶

Estabelece-se assim uma relação de instrumentalidade entre os princípios constitucionais e o exercício dos poderes públicos, que possibilita sua aplicação a uma série de necessidades de conteúdo político e não-só jurídico. Nestas circunstâncias, além da função de direcionamento, exercem os princípios funções corretivas, proporcionando ao Poder Público a identificação de medidas que atuem em prol de determinadas metas sociais.

A exegese dos princípios admite, pois, peso e importância diferentes quanto ao seu grau de legitimidade, como é o caso do controle de qualidade na consulta

14. Na clássica lição de Celso Antonio Bandeira de Mello: “Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (...).” (*Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968:230).

15. Paulo Bonavides acentua o caráter valorativo dos princípios: “Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. (...) A demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa: a supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.” (*Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1994:259).

16. Cf. Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 3ª.ed., 1997.

“sub examine” uma vez que no oferecimento da educação, o princípio informador do dever estatal Estado, como já apontado, decorre de princípio dito fundamental, expresso teleologicamente no art. 3º da Constituição Federal.

6. Assim, considerando-se que do ângulo da hermenêutica constitucional tais princípios não admitem interpretação restritiva, desdobrando-se numa série de direitos e deveres, a garantia de padrão de qualidade é de observância obrigatória, em qualquer circunstância, para qualquer sistema de ensino; o que é reforçado com a previsão do art. 3º IX da LDB, que o repete.

A mesma conclusão se evidencia sob o ângulo do federalismo cooperativo, considerando-se especialmente o teor do art. 211, relativamente à exigência de organização dos sistemas de ensino, federal, estaduais e municipais, em regime de colaboração; e do princípio federativo da descentralização normativa e executiva, expresso no art. 18, que assegura aos Estados competência para exercê-la.

E ainda em face do “caput” do art. 37, da Constituição Federal, reforça-se a conclusão, ante a exigência de que a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atenda ao princípio da *eficiência*.

Entende a melhor doutrina, que este princípio corresponde ao dever da boa administração, que supõe e requer que todo agente público realize suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1996: 90-1). Volta-se, portanto, ao melhor desempenho de funções públicas, para alcance dos melhores resultados, pois o que importa aos cidadãos e que os serviços e as funções públicas sejam prestadas adequadamente (cf. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2001: 84).

Ora, como pode ser eficiente a educação básica sem controle da qualidade dos cursos de especialização para formação dos professores que nela atuam?

O padrão de qualidade do ensino básico nas escolas públicas do Estado de São Paulo supõe professores qualificados em sala de aula e em funções de direção. É o que exige o art. 64 da Lei de Diretrizes e Bases. Se o Conselho Nacional de Educação dispensa a autorização prévia para os cursos de especialização em pedagogia, deixando de exercer sua função fiscalizadora com reflexos e efeitos negativos para os demais sistemas de ensino, devem estes fazê-lo.

Trata-se, na hipótese, do exercício de verdadeiro *poder-dever* para os órgãos normativos dos sistemas de ensino afetados, corolário do dever do Estado com

a educação e que neste caso se sobrepõe (e extrapola) aos limites da regra do art. 9º, IX, da LDB, porque se cuida de princípio educacional, de observância comum e obrigatória a todos os entes federados.¹⁷

Com efeito, a autonomia dos sistemas de ensino, de extração legal e constitucional, não se compadece com omissões no campo das competências educacionais comuns. À ausência de medidas que assegurem a colaboração entre os sistemas de ensino, especialmente no que diz respeito à efetivação dos princípios informadores da atividade educacional, permite aquela a adoção de medida corretiva, que atuem em prol da meta nacional.

7. Nessas circunstâncias, qual o âmbito e os limites da atuação do sistema estadual de ensino na garantia do padrão de qualidade? Mais especificamente, quais as medidas que pode adotar, dentro da legalidade, para garantir o controle das variáveis que interferem qualitativamente na atividade educacional sob sua responsabilidade?

III. A Efetivação do Princípio da Garantia do Padrão de Qualidade pelos Sistemas de Ensino

8. Como visto, a LDB impõe limites à atuação autônoma dos sistemas de ensino, limites estes expressos em vários dispositivos, dentre eles nos arts. 9º, 10, 16 e 17.

Tais limites, porém, podem vir a ser relativizados pelos princípios informadores da atividade educacional, sempre que os objetivos teleológicos da educação nacional possam sofrer lesão ou ameaça de lesão, potencial ou efetiva.

Outras razões de ordem constitucional e legal levam à mesma conclusão.

No plano constitucional, conforme já me manifestei anteriormente,¹⁸ ainda que a LDB tenha reservado à União a maior parte das atribuições normativas relativas à educação superior, essas funções não podem a extrapolar os limites da organização federativa do País, impedindo a observância dos princípios informadores da educação pelos demais entes federados, pelas seguintes razões:

17. Diz Carmén Lúcia Antunes Rocha (República e Federação no Brasil, Traços Constitucionais da Organização Política Brasileira, Belo Horizonte, Del Rey, 1997:253) que o que marca as competências comuns é a *"difusão dos interesses que se encontram subjacentes e que determinam um condomínio de atuações. Nenhuma das entidades é titular exclusiva, superior ou desigual das competências. Não se dá a exclusividade da responsabilidade de uma delas nem (e muito menos) a omissão possível dessa responsabilidade por qualquer delas."*

18. Cf. Educação Superior, Direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases - Lei n. 9.394/96; São Paulo, EDUSP, 2000.

a) a Constituição Federal, ao consagrar a federação brasileira, garantiu expressamente em seu art. 18 a autonomia da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, em termos político-administrativos. Assim é que, no campo da educação, reservou à União a competência para legislar genericamente, garantindo aos Estados a normatização das peculiaridades regionais (cf. art. 24). Claro está, por conseguinte, que em face desta estrutura *não é viável que a lei ordinária, ainda que de alcance nacional, determine, ao arrepio da organização política, escapar ao poder dos Estados a regulamentação ou o controle de qualidade das instituições privadas de ensino superior sediadas em seu território, como o faz a Lei de Diretrizes e Bases;*

b) reforça-se a conclusão ante os termos do art. 209 da Constituição Federal, que, ao impor ao Poder Público a autorização e a avaliação de qualidade das instituições privadas de ensino, *não distinguiu entre os diversos níveis de governo, do que decorre o fundamento da competência dos Estados em relação às instituições privadas de ensino superior (como de resto ocorre em relação aos demais níveis de ensino), sem que as tenha isentado do cumprimento das normas gerais de educação, nem eximido os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e a própria União, de organizarem seus sistemas de ensino em regime de colaboração (art. 211, “caput”).*

Logo, com fundamento nos arts. 18, 205, 206, VII, 209, II e 211 da Constituição Federal; bem como no art. 242 da Constituição do Estado de São Paulo, que qualifica o Conselho Estadual de Educação como órgão normativo, consultivo e deliberativo do sistema de ensino no Estado de São Paulo e nos arts. 3º, VII; 10, I e V; e 64 da LDB, deduz-se claramente a competência constitucional e legal do CEE para promover a qualidade de ensino em seu território de jurisdição, para salvaguarda da qualidade da sua rede de educação básica (e não-só em relação a esta, a rigor).

9. Há um outro aspecto a ser levado em consideração no concernente a potenciais lesões aos objetivos tecnológicos da educação nacional pelos sistemas de ensino.

Diz respeito à ilegalidade do art. 6º da Resolução CNE/CES n. 1/01, no aspecto ora examinado, por desvio de poder¹⁹ posto desatender à finalidade do inciso IX, do art. 9º da LDB, exorbitando os limites da função normativa do Poder Executivo.

Determina o dispositivo: “Art. 6º *Os cursos de pós-graduação lato-sensu oferecidos por instituições de ensino superior ou por instituições especialmente*

19. O desvio de poder encontra-se definido na Lei n. 4.717/65, como o vício pelo qual “o agente pratica o ato visando um fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

credenciadas para atuarem nesse nível educacional, independem de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento e devem atender ao disposto nesta Resolução.” (gn)

No Direito brasileiro, o exercício do poder regulamentar está vinculado às definições decorrentes da lei, não podendo modificar ou ab-rogar as normas originárias, estatuídas pelo Legislativo, nem ultrapassar os lindes da lei que regulamenta. Este é o sentido da expressão *fidel execução da lei*, prevista no art. 84, IV da Constituição Federal, fundamento genérico do poder regulamentar, reiterado no art. 87,II.

O sistema federal, “in casu”, extrapolou tais limites, ao liberar de controle os cursos de especialização. Em verdade, a citada Resolução nega o que a lei determina, em franco atentado ao princípio da legalidade, expresso no art. 5º II e no art. 37, “caput” para a Administração Pública.

Ora, se a LDB incumbe a União de autorizar e reconhecer os cursos de especialização, conforme o art. 9º, IX, “ex vi” do art. 44, II, como poderia o Conselho Nacional de Educação desonerá-la?

Ainda que no art. 7º determine que tais cursos ficam sujeitos à supervisão dos órgãos competentes quando do recredenciamento da instituição e, no art. 8º, lhes imponha a obrigação de fornecer informações sempre que solicitadas, a posterior supervisão e o eventual fornecimento de documentos não elidem a obrigação legal, nem suprem o controle de qualidade como o comprovam as situações fáticas relatadas pela E. Câmara de Ensino Superior do CEE.

Essas situações, em verdade, expõem com clareza a *rationale* que congrega o princípio da garantia do padrão de qualidade às exigências do art. 9º, IX e do art. 64 da LDB²⁰, no regime jurídico da educação, que impõe a formação dos profissionais da educação em cursos de Pedagogia, necessariamente, no nível de graduação ou no de pós-graduação, dadas suas implicações no desenvolvimento nacional.

Nula, portanto, a previsão, por afronta aos dispositivos constitucionais invocados, devendo o Conselho Nacional de Educação rever seu próprio ato, anulando-o, com fundamento no poder de autotutela da Administração, consagrado pelo Supremo Tribunal Federal nas Súmulas ns. 346 e 473.²¹

20. Observa-se a mesma idéia no art. 70, I, da LDB, no que se refere à aplicação de recursos públicos na remuneração e aperfeiçoamento dos profissionais da educação.

21. Súmula nº 346: “A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.” Súmula 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Essa situação, enquanto não superada no plano dos fatos, pelo efetivo controle qualitativo dos cursos de especialização, também enseja o alargamento dos limites de atuação dos demais sistemas de ensino para promover a garantia do padrão de qualidade, inclusive sob o ângulo do regime de colaboração.

10. Diante de todo o exposto, considerando-se que é dever dos sistemas de ensino garantir padrão de qualidade do ensino e atuar em regime de colaboração; que a União dispensa a avaliação dos cursos de especialização sob sua jurisdição, omitindo-se quanto ao controle dos mesmos, conforme consta da Resolução CNE/CES n. 1/2001; que aos Estados cabe, de acordo com os incisos I e V, do art. 10 da LDB, baixar normas complementares para o seu sistema de ensino, visando organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições dos seus sistemas de ensino; nada obsta a nosso ver, do ponto de vista legal, a atuação do Conselho Estadual de Educação no sentido de exigir que referidos cursos sejam previamente aprovados pelo Colegiado, nos termos da Deliberação CEE n. 9/98, para fim de atendimento do art. 64 da LDB, em relação à rede de educação básica estadual.

Em apoio à afirmação, veja-se a melhor doutrina:

Miguel Reale (“in” *Questões de Direito*, São Paulo, Sugestões Literárias, 1981:96-9), ao distinguir entre sistema federal e sistema estadual de ensino, assevera que sistema “(...) *não se refere a um conjunto autônomo de idéias gerais diretoras ou ordenadoras do ensino, mas sim ao programa autônomo de atualização atribuído à União e aos Estados para tornarem efetivas as diretrizes e bases da educação nacional, segundo critérios e modelos próprios, na esfera das respectivas competências.*”

“Tudo somado, cada Estado organiza o seu sistema de ensino com autonomia, sendo-lhe lícito eleger os fins particulares e os meios que julgar mais adequados à consecução do Plano Nacional de Educação no âmbito do seu território, e até mesmo estabelecer objetivos especiais de ensino, desde que não conflitem com os predeterminados pela legislação federal eminente.”

E mais: “(...) *saliento que na idéia de sistema em geral se inclui a matéria pertinente à sua autotutela, isto é, o poder de fiscalização, o que decorre da idéia-matriz que anima o sistema como tal: a idéia de autonomia, nos limites traçados pela lei geral de diretrizes e bases, a qual, pelo visto, não pode esvaziar o sistema estadual do que é o próprio.*”

No mesmo sentido, propugnando que a lei brasileira, constitucional e ordinária, consagrou a organização federativa e a autonomia dos sistemas de ensino para atendimento das necessidades educacionais da União, dos Estados e dos

Municípios, sem descuidar do regime de colaboração, veja-se Esther de Figueiredo Ferraz (*“Os Sistemas de Ensino Federal e Local e as Respectivas Esferas de Competência”* “in” Estudos em Homenagem a Vicente Ráo, Péricles Prade (org.), São Paulo, Ed. Resenha Universitária, 1976: 165-89); e Edivaldo Boaventura (*A Educação Brasileira e o Direito*, Salvador, Ed. Ciências Jurídicas, 1997), lembrando o autor que são, justamente, as decisões dos Conselhos de Educação que marcam a diferença entre os procedimentos da União, dos Estados federados e dos Municípios, formando-se, em torno de cada uma dessas esferas políticas, um sistema de normas e instituições educacionais.

A organização federativa dos sistemas de ensino e sua conseqüente autonomia, também têm sido reafirmadas pelos Tribunais:

“Os Estados e Municípios, nos termos da atual Constituição, têm autonomia para organizar e gerir o seu sistema de ensino, não exercendo, pois, na hipótese, atividade delegada do poder federal.” (STJ; 1ª. Seção; v.u.; *Conflito de Competência n. 18.659/MG [96/0072846-1]*; DJ de 14/04/97).²²

“Ao estabelecer que os sistemas de ensino devem fixar a remuneração dos professores e especialistas, tendo em vista a maior qualificação, sem distinção do grau escolar em que atuem, o mencionado dispositivo legal, que tem caráter de lei nacional, não quis referir uma qualificação qualquer, mas, sim, a exigida pelas leis locais, para os diversos níveis da respectiva categoria funcional, sem distinguir; é claro, v.g., o ensino fundamental de pré-escolar.

Do contrário, configurar-se-ia violação à autonomia, assegurada aos municípios, no art. 211 da carta de 1988 (art. 177 da EC/1/69), para organizarem os seus sistemas de ensino” (STJ; 2ª. Turma; v.u.; *Recurso Especial n. 7723/SP; DJ de 03/06/91*).

“O Estado tem autonomia para organizar e gerir o seu sistema de ensino, nos termos do art. 211 da Constituição Federal” (STJ; 1ª Seção; v.u.; *Conflito de Competência n. 2600/SP [91/0023977-1]*; DJ de 01/03/93)²³

11. Código de Educação do Estado de São Paulo, baixado pela Lei n. 10.125, de 4/6/68, vai, acertadamente, na mesma direção.

22. Idêntica ementa consta de diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça, em matéria análoga, dentre estes: Conflitos de competência n. 10.567/MG, 1ª Seção, v.u., DJ de 10/10/94; nº 9418/GO, 1ª Seção, DJ de 12/09/94; etc).

23. Idem, nos seguintes julgados: Recurso Especial n. 2.3071/PR, 2ª Turma, DJ de 12/06/95; Conflitos de Competência n. 8.105/SP, 1ª Seção, v.u., DJ de 12/12/94; n. 1.0567/MG, 1ª Seção, DJ de 10/10/94; n. 18659/MG, 1ª Seção, DJ de 14/04/97; n. 9418/GO, 1ª Seção, DJ de 12/09/94; n. 2672/PR, 1ª Seção, DJ de 01/03/93 etc.).

Define o sistema estadual de ensino como “o conjunto de normas que disciplinam, em seus vários aspectos, o processo educativo desenvolvido no Estado de São Paulo...” (cf. art. 9º); sendo que a rede de escolas, estaduais e municipais e particulares, existentes no território do Estado de São Paulo, vincula-se ao sistema estadual de educação (cf. art. 10).

Ainda que baixado antes da Constituição de 1988 e da atual LDB, o referido Código de Educação não ofende nem uma nem outra, porquanto há de se entender a vinculação dessas escolas em nome da integração, organização e gestão de todo o sistema de ensino, sem prejuízo da atuação do sistema federal em relação às instituições privadas de ensino superior.

Este foi o entendimento do Conselho Estadual de Educação do Estado de São Paulo, na Indicação n. 02/92, aprovada pelo Conselho Pleno em 01/04/92 (DOE de 09/04/92, Seção I, pp. 27-8), ao concluir que na atual Constituição Federal “(...) o significado da expressão ‘sistema de ensino’ tende mais a indicar um conjunto de normas do que um conjunto ou rede de instituições educacionais ou ambas as coisas englobadamente” A discussão se fez a propósito do pleito do CEE de inclusão, no sistema estadual, das instituições privadas de ensino superior localizadas no Estado de São Paulo, para fins de avaliação e controle, condições sem as quais não se faz possível a formulação e o êxito de uma política estadual exequível e realista, na medida em que foge ao controle do Estado o conjunto dos fatores que interferem na qualidade do ensino público fundamental e médio.

O tema não é novo e deve ser enfrentado, como ora o faz a E. Câmara de Ensino Superior, para garantia do padrão de qualidade do ensino.

12. A par das razões já apontadas, milita a favor da ampliação do controle do Conselho Estadual de Educação, na direção apontada, o próprio regime jurídico da educação nacional, tal como previsto na Lei de Diretrizes e Bases; regime que se submete ao Direito Administrativo e do qual, dadas suas características, resulta uma disciplina normativa peculiar, que se delinca em função da natureza pública da educação e da supremacia do interesse público sobre o particular.

Decorrem desse tratamento importantes conseqüências de ordem prática, dentre elas, no que concerne à matéria tratada:

a) na esfera pública, a especificidade dos princípios constitucionais que informam o desenvolvimento das atividades educacionais permite tratamento jurídico menos rígido das formas e processos (exemplo paradigmático é o da garantia do padrão de qualidade do ensino, ora examinado);

b) diversamente, na esfera privada, a natureza pública da atividade educacional determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de Direito Público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular (como ocorre em relação às instituições privadas de ensino superior, submetidas que estão às normas gerais de educação).

A propósito, faço referência a observações já aduzidas anteriormente,²⁴ tendo então apontado, no que concerne à esfera pública, que parece haver um alargamento do princípio da legalidade em direção ao “princípio da juridicidade” É dizer, sem abrir mão do princípio da precedência da lei (que impede que a Administração atue “*contra legem*”) nem do da reserva da lei (que impede que a Administração se conduza “*praeter legem*”), a “intensidade” da subordinação à lei se dá em diferentes graus, consoante as matérias que estão em causa, havendo como que uma “elasticidade do vínculo de subordinação”, que permite que a lei, em certas situações, apenas enuncie princípios gerais e, noutros casos, desça a pormenores. Conclui, portanto, que a relação de subordinação da Administração Pública à lei caracteriza-se, hoje, pela inexistência de quaisquer fórmulas rígidas.

Esta é a posição de Maria João Estorninho (“*A Fuga para o Direito Privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*” Coimbra: Almedina, 1996) e de Charles Eisenmann (“O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade” in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1959, 56:47-70), no que respeita à aplicação do princípio da legalidade à atuação da Administração, por meio de uma relação de compatibilidade expressa na exigência de não-contradição à legislação, mais ampla do que a exigência de não-contrariedade da lei.

É o que demonstra, v.g., a introdução do princípio da eficiência dentre os princípios informadores da Administração Pública. Associado ao princípio da razoabilidade, permite interpretações mais substanciais e menos formais do regime jurídico administrativo, como se verifica na área educacional. Esta possibilidade nada mais implica senão a reinterpretação do ordenamento jurídico público, a partir dos princípios constitucionais e dos valores que os informam.²⁵

24. Cf. Educação Superior, Direito e Estado, pp. 252 e ss.

25. Afirma Niklas Luhmann (*Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1985: 163-4) que “(...) a continuidade do desenvolvimento não depende da fidelidade normativa do Direito positivo com referência a pressupostos suprapositivos de expectativas humanas globais, mas sim de capacidade de solução de problemas que, enquanto capacidade de análise e decisão, de reestruturação assimilativa e de adaptação de programas, terão de ser inseridos no sistema jurídico tanto em termos

Em relação à esfera privada, a ampliação quantitativa da capacidade normativa do Executivo e o alargamento do princípio da legalidade, no sentido acima apontado, indica, simetricamente, uma alteração qualitativa das relações da Administração com os particulares, com inevitável diminuição do campo das situações e direitos subjetivos.²⁶

Mas até que ponto o interesse público deve ser considerado como elemento justificador de toda e qualquer intervenção do Poder Público na esfera privada, no campo educacional?

Se o interesse público é indissociável da atividade educacional, dada a sua conformação constitucional (arts. 205 e 209), não há margem de dúvida acerca da natureza principiológica e informadora daquele, nestes casos. Entretanto, ainda que a noção de “interesse público” seja imprecisa, a garantia do particular não se desvincula do fato de não haver interesse público a cargo do Poder Público a não ser os que a lei defina, expressa ou implicitamente²⁷, que é o que ocorre com o princípio da garantia do padrão de qualidade do ensino, expresso no art. 208, VII da Constituição Federal e no art. 3º, IX, da LDB.

Não há, portanto, na possível atividade controladora do Conselho Estadual de Educação, relativamente à avaliação de qualidade de cursos de especialização em Pedagogia não-sujeitos à sua jurisdição, qualquer ofensa a direito subjetivo dos particulares, pelas razões de direito apontadas.

IV. Conclusões

13. O dever do Estado com a educação constitui *responsabilidade comum* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; seu conteúdo axiológico (o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho) é corolário dos objetivos fundamentais da República, apontados no art. 3º da Constituição Federal.

categoriais como institucionais. Nesses termos, o Direito não mais vige em razão de sua invariabilidade, baseada no passado. Ao contrário, vige em razão de sua função normativa, no mesmo sentido explorado por Norberto Bobbio (D'Alla Strutura alla Funzione – Nuovi Studi di Teoria di Diritto, Milano, Ed. Di Cominutá, 1997:165), ‘ a função de assegurar a constância das expectativas, enquanto e na medida em que isso parece sensato. A fundamentação moral e ideológica do Direito seria substituída pela crítica funcional.

26. Cf. a propósito Reale, 1990:110.

27. Esta garantia nada mais é senão uma manifestação do princípio da separação de poderes e do princípio da legalidade.

14. A organização da educação no Brasil acompanha a organização federativa do País, o que significa dizer que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante descentralização normativa e executiva, exercida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com a repartição de competências, legislativas e materiais promovida pela Constituição Federal e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei no. 9.394, de 20/12/96).

15. Tal oferecimento far-se-á sob a égide dos princípios informadores da atividade educacional, dentre eles a garantia de padrão de qualidade do ensino, prevista no art. 206, VII, da Constituição Federal.

16. Sendo os princípios informadores da atividade educacional decorrência de princípio fundamental, expresso teleologicamente no art. 3º da Constituição Federal, sua observância é obrigatória, em qualquer circunstância, para qualquer sistema de ensino.

17. A mesma conclusão se evidencia sob o ângulo do federalismo cooperativo, considerando-se especialmente o teor do art. 211, relativamente à exigência de organização dos sistemas de ensino, federal, estaduais e municipais, em regime de colaboração; do princípio federativo da descentralização normativa e executiva, expresso no art. 18, que assegura aos Estados competência para exercê-la; e em face do “caput” do art. 37, da Constituição Federal, que exige que a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atenda ao princípio da *eficiência*.

18. O padrão de qualidade do ensino básico nas escolas públicas do Estado de São Paulo supõe professores qualificados em sala de aula e em funções de direção. É o que exige o art. 64 da Lei de Diretrizes e Bases. Se o Conselho Nacional de Educação dispensa a autorização prévia para os cursos de especialização em pedagogia, deixando de exercer sua função fiscalizadora com reflexos e efeitos negativos para os demais sistemas de ensino, devem estes fazê-lo.

19. Trata-se, na hipótese, do exercício de verdadeiro *poder-dever* para os órgãos normativos dos sistemas de ensino afetados, corolário do dever do Estado com a educação e que neste caso se sobrepõe (e extrapola) aos limites da regra do art. 9º, IX, da LDB, porque se cuida de princípio educacional, de observância comum e obrigatória a todos os entes federados. O fundamento legal para atuação, nesses casos, radica nos arts. 208, VII e 18, da Constituição Federal e arts. 3º IX; 9º IX, e 10, I e V da LDB.

20. A autonomia dos sistemas de ensino, de extração legal e constitucional, não se compadece com omissões no campo das competências

educacionais comuns. À ausência de medidas que assegurem a colaboração entre os sistemas de ensino, especialmente no que diz respeito à efetivação dos princípios informadores da atividade educacional, permite a adoção de medida corretiva, que atuem em prol da meta nacional.

21. Em conclusão, entendemos que o CEE pode submeter os cursos de especialização, não sujeitos à sua jurisdição, à sua aprovação, a pedido dos interessados, para efeito do exercício das atividades de administração (diretor ou gestor de escola), de planejamento, inspeção, supervisão e orientação de educação básica, jurisdicionados ao sistema escolar do Estado de São Paulo.

22. À vista da prevalência do interesse público sobre o particular na área da educação, não há, na possível atividade controladora do Conselho Estadual de Educação, relativamente à avaliação de qualidade de cursos de especialização em Pedagogia não sujeitos à sua jurisdição, qualquer ofensa a direito subjetivo dos particulares envolvidos.

V Resposta aos Quesitos

1. Sim. O Conselho Estadual de Educação, com fundamento no art. 208, VII da Constituição Federal e arts. 3º IX; 9º, IX; 10, I e V; e 64 da LDB, tem competência para promover o controle prévio dos cursos de especialização em Pedagogia, nos termos da Deliberação n. 09/98, independentemente de sua vinculação ao sistema federal de ensino, para exercício de atividades de administração, de planejamento, inspeção, supervisão e orientação de educação básica, jurisdicionados ao sistema escolar do Estado de São Paulo.

2. Sim. A pedido dos interessados, poderá o Conselho Estadual de Educação proceder à avaliação dos cursos de especialização em Pedagogia, não sujeitos à sua jurisdição, para efeito do exercício das atividades descritas no art. 64 da LDB.

Entendemos não ser possível excluir desta apreciação os especialistas já portadores de certificados concedidos por instituições vinculadas ao sistema federal de ensino, por ser ilegal a liberação de autorização e reconhecimento dos respectivos cursos, promovida pelo art. 6º, da Resolução CNE/CES n. 1/2001.

São Paulo, janeiro de 2003.

INTERVENÇÃO DO ESTADO NA PROPRIEDADE DE REDES DE INFRA-ESTRUTURA¹

Thiago Marrara

Mestrando em Direito do Estado pela
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Analista Acadêmico.

Resumo:

O presente artigo analisa os pressupostos de intervenção do Estado, especialmente pelos entes políticos locais, na propriedade de redes de infra-estrutura. Assim, a primeira parte trata dos problemas jurídicos decorrentes destes objetos nas diversas áreas do Direito e a segunda, aborda a questão da função social e sua aplicação às redes. Com bases nestes dois pressupostos, debate-se a intervenção em sede de conclusão.

Abstract:

This article brings two reasons by which State, specially by its local spheres, should intervene on the property of infra-structure networks used for rendering services. In this line, the first part of the article describes legal problems stemming from these networks and, the second, tries to depict what would be a social function for networks. On these two arguments, public intervention is debated at the end.

Unitermos: propriedade de redes de infra-estrutura; intervenção do Estado; função social da propriedade.

1. Introdução

A estrutura e o objetivo do presente ensaio é bem simples: abordar dois pressupostos de uma pretensa intervenção do Estado, principalmente pelos Municípios, na propriedade de redes de infra-estrutura.

A primeira parte busca medir o potencial de conflituosidade das redes (primeiro pressuposto) por meio de uma análise de diversos problemas jurídicos e sociais que tais objetos suscitam. Trata-se, pois, de um estudo indutivo.

1. Este trabalho foi selecionado e apresentado no 1º Encontro Nacional Conpedi/Anpur, realizado em novembro de 2003, em Angra dos Reis/RJ.

A segunda parte, por sua vez mais dedutiva, debruça-se sobre a possibilidade e a medida da função social das redes de infra-estrutura (segundo pressuposto).

Em sede de conclusão, reconhecida a validade das conclusões oriundas das duas abordagens empreendidas, algumas observações sobre a intervenção do Estado na propriedade de redes de infra-estrutura são oferecidas.

2. Implicações jurídicas das redes de infra-estrutura

2.1 Outorga onerosa de uso de bem público

A mais recente implicação das redes de infra-estrutura em território brasileiro remonta o problema sobre o uso do domínio público, que se amplia a partir de meados da década de 1990.

Na origem deste embate, vislumbra-se a ampliação das redes, principalmente a partir do programa de desestatização brasileiro, do qual um dos objetivos era renovar e ampliar as infra-estruturas nacionais (nos termos da Lei n. 9.491/97, art. 1º, IV). O movimento de reforma administrativa, seguindo essa linha, inicia a transferência para os agentes particulares da prestação de serviços públicos essenciais, como os serviços de energia elétrica, telefonia fixa e gás canalizado.

Em que pese a edição de normas de compartilhamento de infra-estrutura, tanto a atividade econômica, quanto a prestação de serviços públicos, particularmente os privatizados, geraram um aumento significativo de demanda pelo uso de bens públicos, principalmente do domínio urbano e também das faixas de domínio componentes do sistema rodoviário.

Este acréscimo de demanda acabou ocasionando diversos conflitos que eram, anteriormente, inexistentes na medida que os entes políticos relacionavam-se e negociavam entre si pelo uso de bem público de uns pelos outros, haja vista que eram esses mesmos entes os detentores dos bens e os interessados no seu uso.

Diferentemente, no momento atual, os detentores dos bens públicos são ora agentes públicos, ora particulares. Mais que isso, os interessados na utilização dos bens públicos, geralmente para instalação de redes de infra-estrutura, são entes estatais, das mais diversas esferas políticas, ou agentes particulares, por vezes, concessionários e permissionários de serviços públicos federais, estaduais ou municipais.

Nessa modificação de cenário, com a privatização dos serviços públicos e a ampliação de atividades econômicas, e tendo em vista a quantidade de novos atores, especialmente particulares, tanto os Municípios, quanto os agentes privados detentores

de infra-estruturas, imediata e oportunamente começaram a exigir contraprestações pecuniárias pela outorga de uso.²

A sede por novas fontes de receitas municipais e a busca do lucro pelas administradoras de rodovias, num primeiro momento, alargou, como nunca, a discussão sobre o uso de bens públicos para a instalação de redes de infra-estrutura, vinculadas ou a prestação de serviços públicos ou ao exercício de atividades particulares. Os Municípios, especialmente, buscaram incrementar suas receitas financeiras ora pela instituição de taxas,³ ora por meio de preço público, como contraprestação pelo uso do bem público municipal, incluindo os bens de uso comum do povo.⁴

Quanto ao assunto, Di Pietro sustentou que os bens públicos são a própria expressão de uma função social e, por isso, eles devem colaborar para a ampliação dos benefícios à coletividade, servindo ao número de modalidade de uso que forem compatíveis com sua destinação precípua e conservação.⁵ A lógica que deveria guiar o uso de bens públicos para instalação de redes de infra-estrutura, especificamente por concessionárias de serviços públicos, é a mesma que aparece na cessão gratuita de bens imóveis para entidades educacionais, culturais ou de finalidades sociais (nos termos do Decreto-Lei n. 9.760/46) e na ocupação gratuita de faixas de domínio, terrenos de domínio público e outros bens por redes de transmissão e distribuição de energia elétrica. Se existe uma mesma razão, deveria haver, por analogia, o mesmo direito.

Fora isso, questiona-se se o princípio da modicidade das tarifas, previsto no art. 6º da Lei de Concessões autorizaria as cobranças. Isto porque a receita decorrente das cobranças teria como contrapartida a elevação de tarifas, no caso, de outros serviços públicos, em detrimento dos cidadãos.

Conexas ao assunto, são igualmente as questões sobre o tipo de mecanismo jurídico-administrativo de outorga de uso mais adequado às atividades que

2. Inaugurando doutrinariamente a discussão, Adilson de Abreu DALLARI defende a viabilidade da cobrança pelo uso do domínio público municipal. V. *Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações*. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, v. 223, jan./mar. 2001. Mais tarde, Maria Sylvania Zanella DI PIETRO escreve em sentido oposto, opinando pela impossibilidade da outorga onerosa de uso. V. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 341 et seq.

3. A taxa de serviço público é obviamente descabida na hipótese, restando, para discussão, um modelo de taxa de polícia, que, como categoria, faz bastante sentido se considerarmos as implicações ambientais e urbanísticas das redes de infra-estrutura, ou seja, a necessidade de controle das redes em convivência.

4. Se o uso comum dos bens públicos, em quaisquer de suas categoriais, pode ser remunerado, muito mais o uso privativo – é o que se interpreta do art. 103 do Novo Código Civil.

5. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público*. Cadernos Fundap, São Paulo, ano 09, n. 17, dezembro, 1989, pp. 55-66.

se pretendem realizar sobre o bem. Nesse tocante, aliás, Di Pietro manifestou clara oposição aos tradicionais Termos de Permissão de Uso (TPU), utilizados por diversas Prefeituras brasileiras.

O fato é que todas essas controvertidas questões estão, ainda, *sub judice*, inclusive no tocante aos critérios de mensuração do valor pecuniário do uso dos bens no caso de instalação de infra-estrutura (custo médio ou custo marginal).

Os referidos conflitos, aqui, ilustram a problemática que circunda o tema das redes de infra-estrutura. Tais conflitos servem à reflexão sobre um sistema federativo cooperativo capaz de conformar pacificamente os interesses dos entes políticos e suas concessionárias de serviços públicos com os interesses dos entes detentores de infra-estrutura e, o que é mais importante, com os interesses dos próprios cidadãos, os quais, por vezes, aproveitam o aporte de nova rede, mas, sempre, arcam com seus custos.

A cooperação dos entes políticos e agentes particulares, ou a ausência dessa cooperação, mostra-se essencial à tarefa de se apreender e dirimir a conflituosidade oriunda do império das redes de infra-estrutura, assimétricas, plurais e transcendentais das circunscrições políticas. Esse é um dos desafios do Direito brasileiro.

2.2 *Convivências de redes*

Os conflitos acima mencionados são consequência imediata da estrutura de competências dos entes políticos brasileiros, tal qual positivada na Constituição de 1988. Trata-se, pois, de um conflito de normas constitucionais e administrativas que acabam resvalando para o questionamento de fórmulas doutrinárias, consagradas, de alguns institutos jurídicos.

No entanto, existem outras categorias de conflitos geradas por redes de infra-estrutura e que decorrem, principalmente, do aspecto físico, estrutural, geográfico e funcional dessas coisas coletivas. São dignos de nota os problemas de convivência de redes, de acesso a redes e suas comodidades e, por que não, de crimes intermediados por elas.

Sobre esses conflitos, vejamos, de início, aqueles relacionados à convivência de redes, que tocam diretamente a normas urbanísticas e ambientais. As redes convivem não apenas com outras redes, mas, por se situarem em contextos urbanos e ambientais, interferem na dinâmica da vida dos cidadãos e diversos outros seres vivos.

No aspecto ambiental, de acordo com a lição de Ricardo Toledo Silva, podem ser citadas como implicações das infra-estruturas: 1) a apropriação de recursos naturais, como a água utilizada pelas hidrelétricas, o gás natural, sem falar em outros

recursos comuns, na acepção econômica do termo; 2) a poluição do meio físico, por exemplo, pelos resíduos sólidos, gases poluentes e outras modalidades de poluição difusa; 3) o agravamento de fenômenos naturais que envolvem grandes impactos ambientais e elevados custos sociais, tal como a elevação dos efeitos de inundações por consequência da impermeabilização de terrenos.⁶

No lado urbanístico, acentuou Milton Santos,⁷ ao tratar da racionalidade do espaço, que os valores da utilização e da negociação das áreas urbanas são resultado dos objetos técnicos. O imperativo da competitividade acelera a modernização de certas partes da cidade em detrimento de outras.⁸

Diferentemente do que ocorre no campo, a cidade adapta-se mais dificilmente a essa lógica de produção e distribuição, de modernização e racionalização do espaço, uma vez que seus elementos constituintes, ou melhor, os bens que a estruturam, notadamente imóveis, são mais duráveis e menos flexíveis (daí sua rugosidade).

A rigidez dos agregados urbanos, com o avanço da tecnologia e com o desenvolvimento de redes adaptáveis, flexíveis e imateriais, não consegue reduzir e controlar efetivamente os mencionados reflexos urbanos da construção desses equipamentos. A bem verdade, nem mesmo se deseja que a cidade se isole da evolução social e da influência das redes, pois elas também irradiam efeitos positivos, condicionando a dinâmica urbana, movimentando a cidade, sua produção, e oferecendo comodidades a seus habitantes.

Reconhecendo-se que as redes de infra-estrutura interferem negativamente na conjuntura ambiental e urbanística, mas que, de outro lado, são necessárias à consecução de objetivos desenvolvimentistas e à vida das cidades e seus ambientes, cabe-nos socorrer de mecanismos políticos e jurídicos aptos a conterem e conciliarem esses dois reflexos sociais.

6. Cf. SILVA, Ricardo Toledo. *Público e privado na oferta de infra-estrutura urbana no Brasil*. Documento referente ao Dossiê *Serviços urbanos. cidade e cidadania*, do Programa Interdisciplinar sobre Globalização Econômica e Direitos no Mercosul, GEDIM, disponível na página eletrônica da FAU USP, www.usp.br/fau. Cf. também do mesmo autor, *Infraestrutura urbana, necessidades sociais e regulação pública*, disponível na página eletrônica do Instituto de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, <http://www.ippur.ufri.br/observatorio>.

7. *A natureza do espaço*. São Paulo: Edusp, 2003, pp. 306-307.

8. Sobre o assunto, TOLEDO SILVA afirma que "o poder indutor da infra-estrutura ou o condão desta em criar novos valores imobiliários é objeto de controvérsia na literatura especializada... é discutível a relação de causalidade entre a valorização imobiliária e a oferta de infra-estrutura, pois esta pode ser subsequente àquela. No entanto, independentemente da ordem que determina os processos, a concentração das melhores ofertas em áreas mais valorizadas tem um papel central na definição de desigualdade de acesso às capacidades de infra-estrutura" in *Infra-estrutura urbana*.

No Brasil, os sistemas de regulação de serviços e atividades que emergem após a exaustão do modelo de oferta estatal nos anos 90 não são suficientes para controlar e direcionar as implicações urbanas e ambientais das redes de infra-estrutura, restringindo-se aos seus aspectos econômicos.⁹ Desta forma, resta destinar aos próprios mecanismos da política ambiental essa função supra-setorial.

Entram em cena, então, os chamados Estudo de Impacto Ambiental (EIV) e o Estudo sobre Impacto de Vizinhança (EIA). Por meios desses mecanismos, verifica-se, previamente, a viabilidade da construção e da permanência das redes em um ambiente definido em prol da convivência dos elementos técnicos e humanos.

De acordo com a Resolução n. 01/86 do Conselho Nacional do Meio-Ambiente (Conama), os oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários, bem como as linhas de transmissão de energia elétrica e as obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, para que possam ser construídos, devem submeter a uma Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), que nada mais é do que um instrumento similar ao EIA.¹⁰

Não se sabe, entretanto, em qual medida todas as redes de infra-estrutura se submetem aos estudos de impacto ambiental. Certo é que, envolvendo grande potencialidade de risco ambiental, seus pretensos construtores deverão comunicar-se com os órgãos do Sistema Nacional do Meio-Ambiente, evitando complicações futuras.

De outro lado, em vista do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV), consagrado no Estatuto da Cidade, em 2001, a realização de alguns empreendimentos, públicos ou privados, dependerão da elaboração de estudos prévios sobre seu impacto urbano, incluindo os efeitos relativos ao adensamento do tráfego e populacional, à proteção da paisagem urbana, ao patrimônio natural e cultural. Assim, para que possam obter licenças de construção, ampliação e funcionamento, expedidas pelo Poder Público Municipal, o empreendedor dependerá das conclusões dos referidos estudos.

Naturalmente, uma rede de infra-estrutura traz um potencial poluidor

9. Ricardo Toledo SILVA, *Infra-estrutura urbana (...)*. No texto do autor, nota-se a razão de falarmos em problemas de convivência de redes: *"De fato existe uma possibilidade de domínio territorial sobre a cidade e a região, da parte de agentes privados, que não é enquadrável nas formas tradicionais de dominação de mercados controlada pelos sistemas de defesa da concorrência. Mas seus efeitos podem ser determinantes na criação de áreas privilegiadas e na dominação de um 'mercado' de produção da cidade, que, mais do que a dominação sobre segmentos específicos da economia afeta a vida de toda a coletividade urbana. De maneira análoga define-se a pertinência da infra-estrutura e dos serviços em rede ao sistema de regulação ambiental, dado que a maioria deles envolve interações e impactos relevantes com o meio ambiente natural e construído"*

10. MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 315.

que acaba por relacioná-las diretamente aos bens tutelados pelas normas ambientais e urbanísticas em questão, de modo que sua construção deve-se sujeitar aos ditos instrumentos.

Aliás, nos termos do art. 60 da Lei n. 9.605/98, que trata das sanções ambientais, qualquer construção, reforma, ampliação de obra potencialmente poluidora que contrarie norma legal ou regulamentar, esteja ou não licenciada ou autorizada, sujeita seus responsáveis a sanções penais.

O respeito à prévia elaboração de estudos de impacto de vizinhança e de impacto ambiental (já que não se excluem, por força legal) é condição imprescindível para o aperfeiçoamento de um modelo de convivência de redes que maximize as vantagens que essas infra-estruturas podem proporcionar, afastando conflitos humanos e técnicos. Contudo, os responsáveis por esses bens, às vezes sob a convivência das Municipalidades,¹¹ têm ignorado esses instrumentos e os bens jurídicos respectivos.

2.3 Acesso necessário a redes de infra-estrutura

Como já se afirmou, as redes de infra-estrutura são instrumentos necessários mais à circulação, que à produção. No mundo contemporâneo, a busca de fluidez, o objetivo de se atingir a maior eficiência da circulação de bens e serviços projeta-se sobre as redes de infra-estruturas, determinando seus caminhos, suas localizações, suas conexões e suas grandezas. A geografia das redes, destarte, nada mais é que a projeção dos interesses dos agentes da oferta, produtores e fornecedores, estatais e particulares.

As redes de infra-estrutura naturalmente são aliadas importantes na busca de vantagem comparativa para esses agentes econômicos.¹² Pela força circulatória que lhes é peculiar, somada aos altos custos empresariais de construção que geram e, por vezes, pela impossibilidade de serem duplicadas, as redes são elementos que distinguem os agentes econômicos no lado da oferta.

11. A negligência dos Municípios quanto a urbanização em geral é notada por BORIS FAUSTO: "*O Brasil enfrenta os novos desafios em uma situação difícil. Quase não é preciso lembrar que a opção pelo crescimento desordenado e a concentração de renda produziram efeitos sociais devastadores. A urbanização, que em parte resultou no 'inchaço' das grandes cidades, agravou problemas de transportes, de saneamento básico, da poluição do ar etc.*". *História do Brasil*. São Paulo: Edusp, p.554.

12. SANTOS. M., *A natureza do espaço*, p. 268.

Quem as detém, produz e distribui com mais facilidade; ou, não raro, somente quem as detém pode produzir ou prestar algum serviço.¹³

Por essas razões, as redes de infra-estrutura logo chamaram a atenção do Direito Econômico, especialmente nas searas do direito da concorrência e do consumidor. Como condicionante da livre-iniciativa (entendida como liberdade de empresa, trabalho e consumo) e da livre-concorrência, as redes não poderiam se afastar do princípio do acesso necessário, ou seja, não poderiam obstar o acesso de concorrentes a determinados mercados, nem tampouco o acesso de consumidores a comodidades.

Quanto ao acesso dos concorrentes, explica o professor Salomão Filho que “*os ilícitos antitruste normalmente relacionados à conexão são os de recusa de contratar e discriminação entre concorrentes*”¹⁴ Ainda seguindo a orientação do nobre jurista, note-se que a recusa de contratar, entendida como um ilícito, geralmente se verificaria em hipóteses de contratos de uso de redes que são repentinamente interrompidos. Desse modo, afastar a recusa de contratar, num sentido tradicional, não necessariamente soluciona todos os problemas relacionados ao acesso a redes.

De fato, não haveria ilicitude quando um detentor de rede de infra-estrutura não permitisse o acesso de outros agentes econômicos (nem sempre concorrentes) a ela. Isto porque, não se pode falar, no caso, de um dever de contratar, de ceder o uso da rede.

Em vista dessa situação, forjou-se, então, a doutrina da *essential facility* nos EUA. Segundo Pitofsky,¹⁵ tal teoria foi consagrada em 1912 no caso “*United States vs. Terminal Railroad Association*” pelo qual os proprietários de redes ferroviárias foram obrigados a ceder o uso dessas redes a outras empresas do ramo. No mesmo sentido, a Suprema Corte Americana, decidiu nos casos “*Associated Press vs. United States*”, de 1945, e no “*Lorain Journal Co. vs. United States*”, de 1951. No

13. Por mais que se enfatize a função pós-produção das redes, não ignoramos a essencialidade dessas infra-estruturas como requisito do processo de produção, que é fato histórico e a primeira razão de ser das redes. Veja-se essa última função no exemplo de Ricardo Toledo SILVA: “*a história dos serviços de energia elétrica e gás nos EUA é marcada por uma expansão acelerada de oferta para o consumo, que estabeleceu uma relação de mútuo crescimento – e muitas vezes de ligação comercial – com a indústria de eletrodomésticos*” em *Infra-estrutura urbana* (...).

14. SALOMÃO FILHO, sempre buscando conciliar as finalidades do direito da concorrência aos direitos do consumidor e outros princípios constitucionais, arrola o princípio do acesso necessário como um dos princípios gerais da regulação. A respeito, vale consultar sua densa obra *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52 et seq.

15. Sobre os julgados históricos referentes à teoria, cf. o artigo de PITOFSKY, Robert et al. *The essential facilities under U.S. Antitrust Law*. *Antitrust Law Journal*, v. 70, 2002, pp. 443-462.

caso “*Otter Tail Power Co. vs. United States*”, a teoria foi aplicada de sorte a permitir que revendedoras americanas locais utilizassem as redes de transmissão da Otter Tail para adquirir energia elétrica de outras empresas geradoras.

Com base na teoria da *essential facility*, a recusa de ceder acesso a redes de infra-estrutura¹⁶ resta ilegal sempre que essas redes sejam meios imprescindíveis à entrada de um agente no mercado. A teoria foi justamente construída para impedir monopólios naturais que se sustentassem sobre a propriedade, com exclusividade, de certas infra-estruturas.¹⁷

No entanto, seguindo Salomão Filho, mesmo essa teoria não seria apta a reduzir todos os conflitos de concorrência, uma vez que geralmente se permite que o detentor da rede escolha quais os concorrentes que poderão acessá-la – o que deixa entrever possíveis atentados à isonomia.¹⁸ Seria necessário, pois, que a rede fosse considerada como um verdadeiro bem público.

Ainda no Direito Econômico, mas, agora, aproximando-se do pólo consumidor, as redes de infra-estruturas levantam duas questões: a de universalização dos serviços públicos e a de liberdade de consumo.

Diferentemente do que ocorre na problemática do livre-acesso de concorrentes à rede e, conseqüentemente, ao mercado, não há, nesse aspecto, uma solução que desponte do direito concorrencial.¹⁹

No Brasil, mesmo com os avanços obtidos especialmente na década de 1970, sob o modelo de controle estatal das grandes infra-estruturas, não se conseguiu atingir uma verdadeira universalização das redes de infra-estrutura, marginalizando-se, no atendimento dos serviços públicos essenciais, principalmente a população periférica.

Essa situação se prolongou, ademais, em virtude da exaustão de fontes estatais de financiamento à infra-estrutura – problema que, em tese, deveria ser solucionado com investimentos privados, dentro do programa de desestatização da década de 90.

16. Note-se, a tempo, que a teoria não se aplica apenas a redes de infra-estrutura, mas “*em todos os casos em que haja o controle pelo sujeito ativo de um meio de produção imprescindível e insubstituível para a produção de um determinado bem final e seja tecnicamente e economicamente possível colocá-lo à disposição do sujeito passivo*”, SALOMÃO FILHO, *ibidem*, p. 53.

17. Afirma PITOFKY que “*the doctrine is one long-standing limitation on the general rule that a firm has no obligation to deal with its competitors. As stated by the Ninth Circuit in Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc. “[T]he essential facilities doctrine imposes liability when one firm, which controls the essential facility, denies a second firm reasonable access to a product or service that the second firm must obtain in order to compete with the first*” (*ibidem*, p. 446).

18. *Op. cit.*, p. 56.

19. Por essa razão, SALOMÃO FILHO sugere que as respostas aos problemas de amplo acesso dos consumidores a redes de serviços públicos decorram de iniciativa estatal (*ibidem*, p. 59).

Diz-se “em tese”, porque a consecução de uma universalização efetiva passa, necessariamente, pela engenharia de um conceito de universalização satisfatório, não simplesmente pela imputação de uma obrigação de caráter genérico. Não há universalização pela simples existência de redes de infra-estrutura sobre determinado espaço territorial. Preleciona Ricardo Toledo Silva que a tarefa de se verificar a existência ou-não de redes sobre alguns espaços é tarefa relativamente fácil, mas se saber exatamente se a qualidade e a quantidade das redes são suficientes para o fornecimento de serviços adequados é bem complexo.²⁰

Por isso, a formulação jurídica de uma pretensa meta de universalização nem sempre configura um dever de universalizar o serviço em termos concretos. Na telefonia fixa, exemplifica o mesmo autor, as metas de universalização foram estabelecidas de modo geral, de sorte que se poderia cumpri-las pela duplicação de infra-estruturas em um mesmo lugar, de mais fácil e barata alocação, em detrimento das periferias. Bastaria a média de infra-estrutura instalada para se dizer cumprida a universalização.

Com isso, entre outras coisas, percebe-se que as políticas setoriais seguem muito mais objetivos de criar concorrência e proteger os agentes econômicos no lado da oferta, do que tutelar, em primeiro lugar, os direitos do cidadão-consumidor – mesmo porque nem sempre vigora a idéia de que a concorrência serve ao bem-estar geral.

Mecanismos supra-setoriais, destarte, são imprescindíveis ao controle de uma verdadeira universalização do lado da demanda por serviços viabilizados por redes de infra-estrutura. O direito do consumidor, de um lado, deve-se aliar a outros mecanismos jurídicos, tais quais as contribuições de intervenção no domínio econômico, nessa função. Afí sim, talvez, se logre obter uma universalização que se demonstre, na estrutura capilar, capaz de atender aos direitos do cidadão.²¹

20. Explica o urbanista que “a medida que os sistemas vão se espalhando pela mancha urbana para atingir diferentes áreas, fica muito difícil estabelecer as condições de acesso de cada área, pois aparentemente existe uma universalização de cobertura. Na realidade, entretanto, continua a existir uma grande diferenciação de qualidade e quantidade de acesso, para cujo controle se requerem sistemas de informação e acompanhamento mais complexos que os anteriores”

21. Segundo Toledo SILVA “As afrontas a direitos dos consumidores perpetradas pela Câmara de Gestão da Crise de Energia, ao longo da crise de 2001, tornaram público o papel central que o sistema de direitos do consumidor tem a cumprir no complexo institucional da regulação dos serviços públicos” (Infra-estrutura...). SALOMÃO FERREIRO, de outro lado, discorre sobre a importância da CIDE nesse contexto: “o titular de direitos sobre as redes parte de uma imensa vantagem inicial. Essa vantagem pode proporcionar lucros extraordinários. Esses lucros podem ser compensados tanto por uma obrigação direta de provimento de serviços a consumidores sem poder aquisitivo como pela instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico” *ibidem*, p. 59.

No entanto, tais questões ainda estão para ser equacionadas no novo modelo estatal que se constrói, servindo aqui, tais como as outras levantadas, para instigar a crítica e a revisão dos preceitos e institutos jurídicos envolvidos nas sociedades de redes.

2.4 *Cooperação internacional e jurisdição penal*

Talvez se possa afirmar que nada mais problemático, em escala global,²² que a questão da jurisdição sobre conflitos e crimes viabilizados por redes de infra-estrutura. As redes internacionais, das binacionais às universais, derrubam as clássicas barreiras físicas, jurídicas e políticas de prevenção e repressão de ilícitos penais transnacionais.

Exemplo significativo disso se vê na ação ajuizada por uma associação de estudantes franceses contra *Yahoo! Inc.*, prestadora de serviços de internet, para que esta interrompesse ou vedasse a prática de leilões virtuais de objetos de cunho nazista no território francês em vista de normas do Código Penal da França.

A oferta dos objetos ilícitos pode provir dos mais diversos países e, o que mais complica a situação, é que os leilões são colocados na rede pelos chamados provedores de conteúdo, que não se confundem com os provedores de serviço de internet. Em outras palavras, a oferta pode sair da Ásia, enquanto o leilão é organizado por um provedor de conteúdo na América do Norte e o objeto é comprado por um europeu.

Nesta cadeia, o problema surge quando uma prática ilícita é cometida. Entra em cena, então, a pretensão punitiva dos Estados Soberanos, que pode ou não ser ativada de acordo com o princípio de jurisdição penal adotado.

Apenas por aí já se percebem as influências que as redes de infra-estrutura globais exercem ou exercerão sobre, e principalmente, os critérios de fixação de jurisdição penal por Estados Soberanos. Tenha-se em mente, ainda, que não se trata apenas de um problema relativo às redes de telecomunicações, ou seja, redes de telefonia, televisão, rádio etc. A possibilidade de comissão de ilícitos por outros tipos de rede, como as de energia elétrica e saneamento, não é desprezível.

Com efeito, de um lado, o surgimento de novos crimes e conflitos via redes conduz à rediscussão da teoria da territorialidade objetiva de jurisdição, ou *effects*

22. Bem constatou Milton SANTOS que “as redes são os mais eficazes transmissores do processo de globalização a que assistimos”, *ibidem*, p. 266.

doctrine, consagrada, em 1927, com o clássico caso Lótus (Turquia v. França)²³ Essa regra de exercício de jurisdição, que autoriza um Estado a submeter às suas Cortes a análise de atos e condutas que produziram efeitos substanciais em seu território,²⁴ alarga a jurisdição penal de um Estado.

De outro lado, o fortalecimento e a consagração do princípio da jurisdição universal,²⁵ fruto do princípio da solidariedade internacional, são visíveis. A respeito disso, basta verificar o que já faz a Bélgica, a Espanha e diversos outros países.²⁶

Contudo, é de se questionar se a simples adoção de novos princípios de jurisdição penal seria suficiente para abafar as novas fontes de conflitos trazidas pelas redes. Tais princípios ampliativos de jurisdição esbarram facilmente em outros institutos de Direito Internacional e ocasionam, não-raramente, conflitos de jurisdição entre Estados. Sendo assim, em muitos casos, pouco ou nada dessa nova conflituosidade poderão conter, restando igual ou maior o grau de impunidade de criminosos.

Veja-se, por exemplo, o que ocorreu no caso Pinochet e no caso do “*Arrest Warrant of 11 April 2000*”, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 2002. Aqui, a Bélgica pretendia julgar o ministro de Relações Exteriores da República Democrática do Congo com base no princípio da jurisdição universal e sem a custódia do acusado, entre outras coisas.²⁷ Seu pedido, porém, foi indeferido com base na imunidade de agentes oficiais à jurisdição penal estrangeira, em prejuízo do princípio da universalidade da jurisdição penal belga.

Percebe-se, portanto, que mesmo a adoção de novos princípios de jurisdição penal, notadamente o princípio da universalidade e da territorialidade objetiva,

23. Neste caso, um barco francês chocou-se com um barco turco, levando à destruição deste último e à morte de turcos. A Turquia capturou, em seu território, os franceses e os julgou por homicídio. Levado o caso ao Tribunal Permanente de Justiça Internacional, foi reconhecido o exercício de jurisdição penal pela Turquia com base no princípio da territorialidade objetiva.

24. BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, p. 320.

25. A universalidade surgiu a fim de sufocar a pirataria e o tráfico internacional de pessoas. Sobre o princípio da universalidade de jurisdição, cf. o excelente artigo de RANDALL, Kenneth. *Universal Jurisdiction under international law*. Texas Law Review, março, 1988, pp. 785-841.

26. Alguns Estados utilizam o princípio da segurança, pelo qual se permitem julgar atos praticados em outros países, mas que afetam sua segurança. Os Estados Unidos e a Inglaterra, ainda que não expressamente, valem-se amiúde do referido princípio. V. BROWNLIE, Ian. op. cit., p. 325.

27. Neste caso, a discussão sobre a aplicação de jurisdição universal foi levantada, mas não levada adiante pelo Congo. São dignas de conferência, não obstante, as opiniões dos ministros RESEK e GUILLAUME a respeito da jurisdição universal. O julgamento foi plenamente favorável à República Democrática do Congo com fundamento na imunidade dos agentes oficiais à jurisdição penal estrangeira. A Bélgica foi obrigada a anular o mandado de prisão expedido.

não se mostra tão eficiente para um ambiente de redes mundiais. Haveria melhor solução!?

Na medida em que um Estado não pode opor normas de direito interno à aplicação de normas internacionais e à responsabilidade que delas decorre,²⁸ a busca de um sistema internacional, ainda que plurilateral, de novas prescrições sobre ilícitos instrumentados por redes de infra-estrutura é um possível caminho. A vantagem, aqui, é a ausência de conflitos de jurisdição em virtude da existência de um único sistema normativo penal, internacional, ao qual todo Estado está vinculado.

Em suma, tudo isso serve apenas para demonstrar como a fluidez de dados e objetos, via redes de infra-estrutura, e a potencialização de novas modalidades criminosas além-fronteiras, oriundas deste novo contexto mexe, diretamente, com as clássicas concepções dos sistemas normativos penais e internacionais.

2.5 Responsabilidade extracontratual e planejamento

Depois de exemplificar alguns conflitos característicos de um ambiente social que se constrói e se reproduz por meio de redes de infra-estrutura, afigura-se pertinente, por derradeiro, tecer alguns comentários sobre a responsabilidade extracontratual sobre danos oriundos do planejamento estatal, suas omissões e modificações.²⁹

As questões relativas principalmente à convivência e compartilhamento de redes de infra-estrutura exigem que o Poder Público lance mão de um conjunto de normas capazes de ordenar essas infra-estruturas dentro de um dado espaço geográfico.

O planejamento, em breves palavras, é o mecanismo capaz de dirimir diversos conflitos conexos à proliferação das redes, entre eles: 1) a danificação desses objetos em virtude de obras de instalação de outros; 2) a poluição dos ambientes em que elas se instalam; 3) a exaustão do espaço físico que ocupam; 4) os prejuízos à segurança dos cidadãos, beneficiários de suas comodidades ou-não; 5) a exaustão de sua capacidade funcional, em aspectos quantitativos ou qualitativos etc.

Todas as três esferas políticas não poderiam se omitir no planejamento necessário a dirimir os conflitos mencionados por decorrência direta do princípio da

28. V. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969, art. 27, e a Resolução n. 83 da 56a. Sessão da Assembleia Geral da ONU, 2002, que trata sobre Responsabilidade dos Estados, art. 32.

29. V. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002.

indisponibilidade do interesse público, primário, e da obrigatoriedade do planejamento para o setor público, nos termos do art. 174 da Constituição da República. Por mais que não se trate de redes públicas, administradas direta ou indiretamente, e sim de redes particulares, o Administrador Público não resta autorizado a ignorar o planejamento – como tem feito algumas Administrações – sob o risco de responsabilização judicial.

No Brasil, a responsabilidade do Estado já estava consagrada na Constituição de 1824, mas recaía sobre o funcionário público – na primeira Constituição da República, de 1891, da mesma forma. Nas Constituições de 1934 e 1937, em notória evolução, previu-se a responsabilidade solidária entre funcionário e Estado. Enfim, a partir da Constituição de 1946, consagrou-se a responsabilidade objetiva do Estado, assegurado o direito de regresso contra o funcionário, embora se levando em consideração, aqui, a existência de culpa ou dolo. A responsabilidade objetiva foi mantida na Constituição de 1967, inclusive com a reforma de 1969, e também na de 1988, no art. 37, § 6^o.³⁰

A responsabilidade objetiva do Estado supera a teoria da distinção entre atos de gestão e atos de império, forjada no Direito Administrativo sob a influência civilista. Baseando-se simplesmente na existência do dano e do nexos de causalidade e independente da licitude ou ilicitude da atuação estatal, a responsabilidade extracontratual do Estado chega a fulminar a insindicabilidade dos atos administrativos discricionários, atingindo tanto atos exercidos, sob função legislativa, quanto sob a jurisdicional (em que a liberdade de escolha dos agentes públicos é ampla).

Sendo assim, parece não subsistir óbices à responsabilização do Estado por danos decorrentes de malplanejamento ou não-planejamento das redes, conforme atestam alguns julgados trazidos à colação: 1) “*a falta de cuidado na realização de obras em lugar que sabidamente deveria haver rede de água caracteriza a responsabilidade pelos danos causados nos encanamentos*” (RT 612/73); 2) “*prédio construído sobre galeria de águas pluviais – planta aprovada pela Municipalidade – danos causados a casa por essa galeria – obrigação de indenizar*” (RT 372/171).

Deve-se fazer ressalva, contudo, à impossibilidade lógica, sustentada por Valle Figueiredo, de se aplicar a responsabilidade objetiva no caso de omissão da

30. Sobre o assunto e boa jurisprudência, vide CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28 et seq.

Administração Pública.³¹ Nesta hipótese, a jurisprudência tem-se firmado pela averiguação de culpa ou dolo da Administração, tratando-se de responsabilidade subjetiva.

A esse respeito, são ilustrativos os casos de enchentes e inundações, principalmente aquelas ocorridas na várzea do rio Tamandateí, na cidade de São Paulo. Por se tratar de responsabilidade por omissão, desde que provada a falha da Administração em tomar medidas de prevenção às previsíveis enchentes na região, as indenizatórias são, via de regra, julgadas totalmente procedentes, em desfavor não apenas da Municipalidade, mas, por vezes, do próprio Estado de São Paulo, de cujo domínio o referido rio faz parte (RT 528/74; 530/70; 601/67 etc.).

Mais interessante, nesses casos, é a indiferença de alguns julgados do Tribunal paulista em relação à instalação de moradores nas zonas reconhecidamente sujeitas a inundações frequentes – que serve bem de analogia ao problema de instalação de redes. Nesse sentido, *“mesmo que as construções fossem posteriores às inundações, tal não libera a Municipalidade da obrigação de indenizar os prejuízos, pois deveria obstar edificação na região, negando ou exigindo requisitos de segurança específicos; licenciado a edificação, deve suportar os prejuízos que a deficiência dos serviços públicos vem acarretando”* (RT 544/93). Da mesma forma devem agir os entes públicos em relação à instalação de redes, sob o risco, enorme, de sucumbirem às indenizatórias.

Isso, portanto, revela o quão necessário é o planejamento público relativo à instalação e funcionamento das redes de infra-estrutura.

Enfim, nem se diga que os detentores das redes de infra-estrutura, ainda que de interesse restrito e estritamente particular, são menos suscetíveis a responsabilização por eventuais prejuízos causados à coletividade ou a cada um, individualmente, pelo desacordo dos ditos bens ao planejamento estatal.

Bem provavelmente, tais agentes, notadamente empresas, não poderiam ser condenados com fundamento no art. 174 da Constituição da República, pelo qual o planejamento é indicativo para os particulares (não-compreendidos aqui os proprietários de redes como bens reversíveis em contratos de concessão de serviço).

Malgrado a validade do argumento, na prática, a sujeição ao planejamento parece inexorável, basicamente por dois motivos. Em primeiro lugar, uma possível responsabilização derivaria mesmo de dever que recai sobre o controlador das sociedades

31. Explica a administrativista que, *“se o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço. Não há como provar a omissão do Estado, sem antes conferir se houve “faute de service”. É dizer: não ter funcionado o serviço, ter funcionado mal ou tardiamente”*, p. 09.

empresariais e que consiste na obrigação de conduzir as atividades empresariais em consonância, senão em busca indireta, dos interesses coletivos.³²

Note-se bem que se fala em dever “do controlador” consoante o art. 116, parágrafo único, da Lei n. 6.404/76, pois é esse que efetivamente coordena o modo de produção, dispondo os bens de produção de uma forma ou outra com vistas aos objetivos que orientam a grande empresa.

De outro lado, lembre-se de que as redes requerem suportes territoriais, ainda que sejam constituídas simplesmente por nós, por coisas materiais que se transformam em redes pela atuação de coisas imateriais (como as redes de telefonia celular, por exemplo). Assim, na medida em que buscam instalar tais elementos concretos, as empresas necessariamente se submetem às limitações administrativas que a Administração Pública pode impor sobre seu domínio público. Não se as respeitando, ou-não se formará a rede, ou, já formada, buscar-se-á responsabilizar o controlador da empresa.

Portanto, não-obstante a inaplicabilidade do art. 174, as redes particulares estarão condicionadas pelo planejamento público em função da norma que vincula o controlador a direcionar a empresa consoante os objetivos da coletividade e em razão das limitações administrativas que recairão sobre essas redes no momento em que se instalarem sobre determinado espaço geográfico.

As faltas dos entes públicos e das empresas privadas na elaboração e no cumprimento de um planejamento podem, sem qualquer sombra de dúvida, imputar-lhes a responsabilidade por danos causados à coletividade e aos indivíduos como consequência da construção e do funcionamento das redes.

3. Algumas funções sociais

Levantadas algumas das mais variadas implicações jurídicas fomentadas pela dinâmica e pela estática das redes de infra-estrutura, inicia-se, a partir daqui, um breve esforço sobre a idéia de função social que permeia a propriedade em geral e, por conseguinte, a propriedade das redes. Ao se vencer essa próxima etapa, será cabível tratar, em sede de conclusão, da intervenção estatal sobre esses objetos.

32. Aduz COMPARATO que, “em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos” Cf. *A função social dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 63, julho-setembro, 1986, p. 76.

3.1 Função social da propriedade

*“Atualmente tornou-se lugar comum dizer que a propriedade é uma função social; há algo de verdade nisso, porque a ação do proprietário, hoje em dia, está muito mais circunscrita que sob o individualismo extremado do século XIX (...)”*³³

Esta frase, nas entranhas do brilhante ensaio de Del Nero, resume bem o lugar que ocupa a função social da propriedade nos ordenamentos jurídicos atuais.

Da função social da propriedade decorreram outras tantas funções sociais diversas, variantes, e que também interessam imensamente à missão de analisar as redes de infra-estrutura. Incluem-se aí as funções sociais dos bens de produção e da cidade, por exemplo.

No fundo, contudo, parece que todas as ditas três funções são uma só: a dos bens de produção como especificação da primeira; e a da cidade, como extrapolação, a medida que se constrói como somatória da função social dos bens públicos e privados no grande palco das interações humanas, a cidade.

Justamente por essa razão, não seria prudente tratar de variantes da função social da propriedade, sem antes rever a evolução de seu objeto de qualificação, qual seja, a propriedade.

Sucintamente, numa perspectiva histórica, a propriedade privada estruturou-se em três estágios, partindo da propriedade coletiva, marca do sistema feudal. À aparição da *possessio naturalis* (detenção ou *corpus*) seguiu-se o reconhecimento, pelo Direito, da *possessio civilis*, i.e., da posse jurídica, e, enfim, consagrou-se o domínio, garantindo aos indivíduos o controle pleno sobre um bem.³⁴

Em movimento ondular, a crista da propriedade coletiva, na Idade Média, contrapõe-se a da propriedade privada como expressão da personalidade humana, no século XIX. A partir da Primeira Grande Guerra, o movimento se reverte. Daí em diante, em modo regressivo – mais nos regimes socialistas e menos nos ocidentais capitalistas – a propriedade assume uma função socialmente utilitária.³⁵

33. DEL NERO, João Alberto Schützer. *O significado jurídico da expressão “função social da propriedade”*, Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo, v. 3, 1997, p. 85. Adiciona o autor, em brilhante síntese do pensamento da questão, que *“(...) a decadência das antigas concepções é muito mais acentuada quanto ao direito subjetivo de propriedade: ele é contido em nome do interesse geral, despedaçado em favor dos usuários da coisa, atacado por todos os lados e, portanto, destrona-se o proprietário, que deixa de ser o que parecia – monarca absoluto e inviolável (...)”*

34. DEL NERO, *ibidem*, p. 87 et seq.

35. A influência das guerras sobre a propriedade é negável e, explicitamente, aceita pelos ordenamentos jurídicos. Vejam, como exemplo, as exceções que se abrem, no sistema constitucional tributário, para os

Este regresso à idéia de propriedade coletiva, contudo, não significou o afastamento da autonomia do proprietário sobre seu objeto, mas sim a criação de uma nova faceta do direito de propriedade.³⁶

A propriedade passa a se equilibrar sobre uma díade principiológica: a liberdade individual e a função social, conforme Del Nero. Ao nosso ver, estaria aí uma indireta confirmação da teoria sociológica positivista de Duguit, que vislumbrava uma tendência de socialização da propriedade sem coletivização.³⁷

Com o passar do século XX, o movimento ondular não mais serviria para explicar a propriedade. Melhor seria falar de uma estabilização do conceito sobre ou entre duas linhas paralelas, uma do Direito Privado e outra, do Público. Assim, de um conceito feudal coletivo para um conceito liberal privado, que se sucederam como extremos contrapostos, a propriedade, hoje, parece residir no meio das duas concepções, das duas linhas,³⁸ evidenciando a teoria do grande publicista francês, e a díade principiológica que mencionou o civilista brasileiro.

No Brasil, o reflexo dessa movimentação se fez sentir no ordenamento jurídico com a Constituição de 1946, em que se previu a desapropriação por interesse social. Mais tarde, a expressão “função social” propriamente dita, entrou nesta Carta por meio da Emenda Constitucional n. 10/64, que incluiu alguns parágrafos ao art. 147 – dispositivo este referente ao princípio da justa distribuição da propriedade. A Constituição de 1967, por sua vez, reconheceu a função social como um dos princípios da ordem econômica e social, mas a concentrou sobre a propriedade rural. Por fim, a Constituição da República de 1988, previu a função social em diversos dispositivos (arts. 5º, XXIII, e 170, III; e, mais especificamente, nos arts. 182, § 2º, e 186).³⁹

Apesar das previsões constitucionais e das evoluções doutrinárias, na verdade, não se sabe exatamente qual o sentido deste novo caráter público, social, mas

empréstimos compulsórios e impostos extraordinários em casos de guerra ou sua iminência, previstos, respectivamente, nos arts. 148, I e 154, II, da Constituição da República de 1988.

36. Essa proposição se restringe aos sistemas romano-germânicos e anglo-saxônicos. Segundo DI PIETRO, “essa reação ao liberalismo não seguiu apenas um caminho: nos países socialistas, a propriedade privada foi abolida...” in *A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público*, p. 56.

37. DEL NERO, *ibidem*, p. 88.

38. Mais uma vez, é isto que faz cada vez mais tênue e difícil a distinção entre institutos de direito público e de direito privado. Veja-se, por exemplo, o que ocorre na concessão, que se equilibra entre o interesse privado do lucro e o interesse público da atividade prestada, conforme insiste DI PIETRO em suas obras.

39. DI PIETRO, *A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público*, pp. 56-57.

não-coletivo, da propriedade. Certo apenas é que se convencionou denominá-lo “função social” restando aos doutrinadores e ao legislador a tarefa de esclarecer se se trata de um novo fundamento filosófico para o direito de propriedade; uma nova estrutura deste direito ou, enfim, um novo método de interpretação do direito da propriedade.

Na falta de um sentido claro e limitado do que venha a ser “função social” desenvolveram-se, então, os mais diversos estudos e teses, dos quais vale mencionar os referentes à função social dos bens de produção e dos bens de acesso, o da função social dos bens públicos, e o da função social das cidades.

Assim, mais fácil será encontrar uma forma de afirmar e delimitar a função social das redes de infra-estrutura, depois de compreender, minimamente, essas outras funções sociais.

3.2 Função social dos bens de produção e bens de acesso

Comparato, em seu artigo clássico, supramencionado, propôs-se a tratar da função social a partir de uma análise mais econômica dos bens físicos. Na visão do exímio comercialista, o advento da sociedade industrial e a fixação de um padrão de produção em larga escala, voltado para um mercado de massa, impuseram a distinção entre bens de produção e bens de consumo em detrimento de outras categorizações.

Referida classificação, que se move por um critério de destinação do bem, permite que tanto os móveis quanto imóveis sejam enquadrados na idéia de bens de produção, assim entendidos os bens empregados como elementos necessários ao processo produtivo. Incluiriam nesta categoria, portanto, tanto a terra, o crédito, a moeda, quanto os imóveis em suas mais diversas espécies. A classificação de bens de consumo ou de produção, fundada na destinação, independe da estrutura interna do bem em si, conforme explica o jurista.

Quanto aos bens de produção, sua função social não indicaria restrições de uso, fruição e disposição, ou seja, não se confundiriam com os limites negativos do direito de propriedade. Diferentemente, significaria um poder “*de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo social mostra que esse objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio do dominus; o que não-significa que não possa haver harmonização entre um e outro*”⁴⁰

Esta idéia de função social como criadora de um poder-dever ao proprietário teria, portanto, um sentido positivo, consistente na idéia de colaboração do proprietário, por meio de seu bem, à consecução dos interesses da sociedade.

40. COMPARATO, op. cit., p. 75.

Mais tarde, Salomão Filho, em intertextualidade, assevera que “a classificação bens de consumo/bens de produção não esgota, no entanto, a variedade de bens que podem estar sujeitos a aplicações várias do princípio da função social. Existem também os chamados bens de acesso, i. e., bens cuja utilização depende da possibilidade de poder concorrer naquele mercado”⁴¹ Haveria, assim, ao lado dos bens de produção e dos bens de consumo, um *tertius genus*, formado pelos bens de acesso.

Quanto aos bens de acesso, a função social adquiriria contornos mais marcantes, implicando mais sérias limitações ao direito de propriedade, dentre as quais se inclui a obrigatoriedade do compartilhamento das dimensões, físicas ou imateriais, do bem. Esta função social se realizaria ou pela co-propriedade desses bens ou pela garantia de acesso, através da restrição do direito de propriedade de titular da rede.

Interessante notar é que a idéia de bens de acesso parece forjada exatamente para atacar a problemática que envolve as redes de infra-estrutura, especialmente no Direito Econômico. Veja-se que Salomão Filho praticamente se vale das expressões “bens de acesso” e “redes de infra-estrutura” como sinônimos em diversos trechos.

No entanto, não parece adequado igualar a função social das redes de infra-estrutura à função social de bens de acesso. Ainda que não faça grande diferença ao Direito Econômico, a função social das redes de infra-estrutura é muito mais ampla numa visão multidisciplinar do Direito, não se esgotando na função social de um mero bem de acesso, que implica, vale dizer, a obrigatoriedade de se compartilhar a infra-estrutura com outros agentes de mercado que dela necessitem para exercer atividade econômica (livre-iniciativa) ou para se manter no mercado em condição de isonomia a outros agentes (livre-concorrência).

Isso não-obstante, voltando aos bens de acesso, estritamente, verifica-se que sua função social realiza-se com o compartilhamento do bem. Por exemplo, no caso da Lei Geral de Telecomunicações brasileira, em vista de seu art. 73, a função social se percebe na hipótese de o prestador de serviços de telecomunicações, de caráter coletivo, poder exigir a utilização de infra-estrutura de outros prestadores de serviços públicos, por exemplo, de gás, energia ou rodovias (*compartilhamento externo*); ou mesmo infra-estrutura de prestadores de telecomunicações de interesse coletivo (*compartilhamento interno*).

Em última instância, tal idéia de função social, expressão clara do dirigismo estatal, acaba por se ligar à defesa do consumidor, na medida em que permite,

41. Op. cit., p. 60.

entre outras vantagens, a possibilidade de escolha de prestadores de serviços e a redução indireta do preço dos serviços por aumento da oferta.

Enfim, o princípio da função social sobre os bens de acesso, na visão de Salomão Filho, atinge o direito de propriedade em seus três aspectos, ou seja, como direito de usar, fruir e dispor de um bem. Tanto é assim que o autor menciona, a título de exemplo, a impossibilidade de se alienar uma rede de infra-estrutura sem autorização do órgão regulador.⁴²

Não se pode olvidar apenas – reitere-se – que a função social das redes de infra-estrutura como bens de acesso e na área do Direito Econômico não- esgota as implicações jurídicas da função social dessas mesmas redes, conforme se viu acima. Necessário, ainda, acenar às funções sociais dos bens públicos e da cidade.

3.3 Função social dos bens públicos

Notadamente a partir da Constituição, de 1988, do Estatuto da Cidade e do Novo Código Civil, o que se tem visto é a proliferação da função social como qualificativo de diversos institutos jurídicos. Nessa esteira, é inegável que a propriedade tenha sido mais amplamente atingida, independentemente de suas classificações. Foi por aí que despontaram as discussões sobre a função social do patrimônio público e, mais recentemente, das cidades, além das já supramencionadas.

Quanto aos bens públicos, foi Di Pietro⁴³ quem mais valorizou uma discussão sobre o significado e os limites de suas funções sociais, levando em conta a tipologia adotada pelo Código Civil de bens públicos como bens de uso comum, bens de uso especial (categorias que constituem o domínio público do Estado) e bens dominicais (do domínio privado do Estado).

Explica a eminente administrativista que a discussão sobre a função social se concentrou sobre os bens de propriedade privada em razão da existência de um conflito entre interesse privado e público a eles inerente. Já quanto aos bens públicos, a ausência desse conflito afastou semelhante discussão, do que não se deve depreender, todavia, que a propriedade pública esteja desobrigada a seguir ou alcançar uma função social, ainda que de modo e em limites diferentes aos relativos à propriedade privada.

Pelo contrário, a idéia de função social é inerente aos bens públicos. Tanto é assim que, há certa época, era tormentoso aceitar a titularidade do Estado

42. Op. cit., p. 70. Ver, a respeito, a Lei Geral de Telecomunicações, art. 101.

43. V. *A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público*, p. 57.

como pessoa jurídica sobre os bens públicos de tão vinculados que estavam a um uso ou uma finalidade pública e social. Afetados ao uso do povo ou a um serviço público, os bens do domínio público estatal eram tidos em si mesmos como uma função social.

Hoje, ainda, a função social dos bens componentes do domínio público estatal deriva imediatamente da afetação desses bens. Note-se, porém, que a afetação a um fim público não os impede de ser objeto de outros tipos de utilização, inclusive de modo privativo e por particulares específicos, desde que de modo compatível com finalidade precípua do bem. Aliás, a pluralidade de usos é, muitas vezes, uma forma de maximizar as vantagens sociais que o bem pode fornecer.

Veja-se, nesse momento, como a questão do acesso necessário às redes de infra-estrutura, suscitada por Salomão Filho, justifica que se lhes confira um caráter quase-público. Se todas as redes guardassem essa natureza jurídica, seria perfeitamente possível conciliar e adequar as diversas formas de uso sobre elas, valendo-se de mecanismos de outorga, com maior ou menor precariedade, para diferentes usos.

A despeito dessa discussão, note-se apenas que os bens dominicais também desempenham uma função social, mas não em si, como os bens do domínio público. Os dominicais, que constituem o domínio privado estatal, podem ser objeto de relações privadas e dentro de objetivos meramente patrimoniais, sujeitando-se, em regra, a um regime de direito privado.⁴⁴ Dessa forma, a função social que os vincula e orienta é, sem qualquer óbice, a que as normas constitucionais e a legislação ordinária apontam, notadamente, sobre imóveis urbanos e rurais.⁴⁵

3.4 Funções sociais da cidade e função social de redes de infra-estrutura

Após esses abreviados e perfunctórios comentários sobre algumas variações da função social da propriedade, perquirir em que medida as redes de infra-estrutura estão obrigadas a uma função social torna-se mais fácil.

Sabendo-se, pois, se são objetos de propriedade privada ou pública, se são bens de produção e se são bens de acesso, alguns indicativos sobre sua função social estarão postos. Daí se poderá aduzir quais funções sociais que as orientam, restando em aberto, porém, o conteúdo dessa somatória de funções sociais.

44. Diga-se bem, regime privado parcialmente derogado, haja vista as disposições dos arts. 100 e 191, parágrafo único, da Constituição da República, entre outros dispositivos infraconstitucionais.

45. Nesse sentido, DI PIETRO (ibidem, p. 59) observa que o art. 188 da Constituição da República, de 1988, determina, inclusive, que os imóveis rurais públicos sejam adequados à política agrícola e de reforma agrária.

Ora, constatou Milton Santos que, hoje, “*a montagem das redes supõe uma antevisão das funções que poderão exercer e isso tanto inclui a sua forma material, como as suas regras de gestão*”⁴⁶. Com isso se quer dizer que as redes servem a uma lógica produtiva/circulatória preconcebida, o que, de pronto, já confirma que absorvem o papel de bens de produção.

Ademais disso, por suas características concretas, geográficas e funcionais, essas redes são meios necessários não-somente à produção e à circulação dos bens e serviços daqueles que as possui. Como meios, as redes concentram uma utilidade social e empresarial que ultrapassa a esfera de atuação privativa de seus proprietários. São, portanto, bens de produção também para aqueles que não as possuem e, por isso, convencionou-se designá-las, em algumas hipóteses, como bens de acesso.

Em terceiro lugar, as redes de infra-estrutura são, em sua grande maioria, bens públicos de uso especial, uma vez que se vinculam à prestação de serviços públicos. Delegados esses serviços, notadamente por meio das concessões celebradas após o programa de desestatização, da década de 1990, as redes, administradas, ampliadas ou reconstruídas por particulares, assumem a posição de bens reversíveis, mantendo-se apegadas às funções sociais inerentes aos bens de uso especial.

Por fim, resta saber se as redes guardam relação com as funções sociais da cidade,⁴⁷ expressão cunhada no art. 182, *caput*, da Constituição.

Preleciona Saule Júnior⁴⁸ que as funções sociais da cidade envolvem interesses difusos, já que atingem diversas classes e categorias de pessoas que nela vivem e convivem. Por conseqüência, são funções igualmente indivisíveis, pois apenas se realizam quando condições de vida digna, justiça social e redução de desigualdades sociais sejam alcançados para todos os cidadãos, indistintamente.

Caracterizariam a realização plena dessas funções, o pleno acesso dos habitantes à moradia, lazer, saúde, educação, saneamento transporte público, segurança etc. Exatamente nesse caminho, coloca-se a prescrição da Constituição do Estado do Rio de Janeiro contida no art. 229, a saber: “*as funções sociais da cidade são compreendidas como o direito de todo o cidadão de acesso à moradia, transporte público, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento, iluminação pública, saúde, educação,*

46. Op., cit. p. 265.

47. CORRÊA, Roberto Lobato. *O espaço urbano*. São Paulo: Ática, 1995. Para o urbanismo, a cidade é o lugar onde as diversas classes sociais vivem e se reproduzem. Tal termo, porém, carece de definição jurídica expressa. Explica o autor que a cidade, captada em múltiplas perspectivas, demonstra-se fragmentada, articulada, reflexo e condicionante social, p. 09.

48. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano-diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 60.

cultura creche, lazer, água potável, coleta de lixo, drenagem das vias de circulação, contenção de encostas, segurança e preservação do patrimônio ambiental e cultural”

A redação da norma constitucional estadual realça muito claramente, ainda que implicitamente, a imprescindibilidade das redes de infra-estrutura à concretização das funções sociais da cidade.⁴⁹ Por isso mesmo, as redes devem-se incluir nessas funções, deixando-se guiar por elas em respeito à supremacia dos interesses da coletividade.

Em outras palavras, as redes de infra-estrutura absorvem uma relação de conformação com a cidade a partir do momento em que se fixam ao espaço urbano. As redes condicionam o espaço da cidade e são por ele condicionadas, numa relação mútua.⁵⁰ Tanto é assim que o próprio Código Tributário Nacional baseou-se na existência de redes de infra-estrutura para reconhecer se determinado espaço participa da zona urbana, permitindo a incidência do IPTU (art. 32).

No entanto, pela própria força do dispositivo constitucional que consagra as funções sociais da cidade, e pelo alto valor que impregna os interesses difusos dos cidadãos quanto a essas funções, a relação de condicionamento que deve prevalecer, no devido termo, é a que põe as redes a serviço das cidades.

Enfim, por tudo isso, ponderadas as funções sociais acima aduzidas, constata-se em apertada síntese que: 1) toda rede de infra-estrutura, pública ou privada, deve seguir uma função social; 2) toda rede, pública ou privada, embutida no processo produtivo, sujeita-se à função social dos bens de produção; 3) toda rede vinculada a um serviço público segue a função social inerente ao patrimônio público; e 4) toda rede, pública ou privada, independentemente de sua localização espacial, desde que imprescindível a determinados serviços e atividades de interesse público, deve colaborar à consecução e manutenção das funções sociais da cidade.

4. Conclusão: intervenção estatal e redes de infra-estrutura

Em vista das duas abordagens empreendidas, permite-se concluir que a problemática jurídico-social referente às redes de infra-estrutura parece requisitar um

49. A função social da cidade, em nosso sentir, é o resultado de um conjunto de funções sociais, notadamente da função social da propriedade imóvel urbana. Seria a somatória da função social dos bens públicos e privados, de produção e de acesso, que se completaria, em direção aos princípios constitucionais do Estado brasileiro, com a função social das relações privadas, especialmente contratuais.

50. Segundo CORRÊA (ibidem, pp. 8-9), “o condicionamento [das cidades] se dá através do papel que as obras fixadas pelo homem, as formas espaciais, desempenham na reprodução das condições de produção e das relações de produção...”.

mínimo de intervenção por parte do Poder Público sobre a criação, a manutenção, o funcionamento e as finalidades desses bens, especialmente na esfera local e urbana.

Questiona-se, porém, se a vinculação das redes de infra-estrutura a inúmeras variantes da função social da propriedade não-bastaria, por si, para abafar a conflituosidade que esses objetos polarizam.

Acredita-se, todavia, que a simples sujeição à função social da propriedade não é solução capaz de neutralizar, satisfatoriamente, as radiações sociais das redes em virtude da inexistência de um conteúdo certo e fechado imputável àquela expressão (função social).

A respeito, Del Nero já constatava que se desconhece, na jurisprudência, na doutrina e no Direito positivo, uma conclusão uniforme sobre quais sejam os efeitos jurídicos da expressão “função social da propriedade”. Não se sabe se a propriedade é uma função social, se encontra fundamento filosófico em uma função social ou se, simplesmente, deve atender a certos requisitos legais, aos quais se convencionou reportar como requisitos de cumprimento de função social.⁵¹

Essa incerteza geral levou o civilista a propor uma análise funcional e pragmática da expressão em comento, que redundou, em última análise, na hermenêutica dos dispositivos que dela tratam – tal como os arts. 5º, 170, 184 e 186 da Constituição da República de 1988.

Uma análise funcional da função social da propriedade requer uma atividade hermenêutica sobre o tipo de eficácia das normas em que essa expressão está contida. Assim, por exemplo, valendo-se da categorização de José Afonso da Silva, a função social varia de acordo com uma norma de eficácia plena, contida ou limitada.

Como a função social da propriedade em geral está prevista em normas constitucionais de eficácia limitada,⁵² não-basta remeter as redes de infra-estrutura a uma ou mais funções sociais, crendo que daí, automaticamente, surgirá um regime jurídico, um conjunto de prerrogativas e sujeições jurídicas que permeie esses bens.⁵³

51. Op., cit., p. 79.

52. Excepcionalmente, a Constituição Federal, por via da redação do art. 186, que revela norma de eficácia plena, deu conteúdo jurídico certo à função social da propriedade rural. Os objetos de propriedade, principalmente móveis, por constarem da disposição geral dos arts. quinto e 170, normas de eficácia limitada, praticamente não produzem efeitos práticos sobre o exercício do direito de propriedade.

53. Quanto à ineficácia da obrigatoriedade de vinculação das redes a uma função social, vazia de conteúdo, SALOMÃO FILHO observa que o fato de o Regulamento Geral de Interconexão, Resolução ANATEL n. 40/98, ter declarado o caráter quase-público das redes e de ter determinado que deverão se organizar como vias de livre circulação em respeito à sua função social, não parece ter resolvido o problema no setor de telecomunicações brasileiro (ibidem, p. 57). Isto porque a obrigatoriedade de permissão de acesso

O conteúdo da função social, mais ainda com a Constituição de 1988, restou mais vago, aberto, uma vez prevista a expressão em normas de eficácia limitada. Em nome de maior segurança jurídica e de disciplina infraconstitucional mais minuciosa, flexível e específica aos tipos de bens, largou-se aos entes políticos, no exercício de suas competências normativas, a tarefa de determinar um conteúdo à expressão.

Por essa razão, a idéia de função social mais se aproximou de uma espécie, ou espécies, de manifestação do poder de polícia do Estado. A função social, como preceito constitucional, revela-se pela atuação normativa, *lato sensu*, de cada ente político, imputando-lhes, por isso, um ônus político (de criar e fazer cumprir limitações administrativas).

Resumindo: se, de um lado, a função social com preceito constitucional de eficácia limitada (art. 5º, XXIII, e 170, III) abriu espaço para a criatividade do Poder Público na elaboração de mecanismos efetivos de controle e fiscalização dos objetos da propriedade, como expressões do poder de polícia; de outro, essa ausência de parâmetros constitucionais mínimos quanto ao conteúdo da expressão igualmente gerou um ônus político para o Poder Público, o que compromete, principalmente nos Municípios, a concretização desta função social ou por falta da elaboração e imposição de limitações administrativas, sempre impopulares, ou pela relutância dos proprietários das redes – os quais, muitas vezes, tem mais poder econômico e político que o Poder Público local.

Além disso, dentro do sistema constitucional atual, deve-se advertir que a conformação do conteúdo da função social das propriedades não pode prescindir de dois requisitos: (1) que, dentro da esfera do ente político responsável, esteja inserida dentro de um planejamento unitário, multidisciplinar, que relacione a tutela dos mais diversos bens jurídicos afetados pela propriedade, notadamente o meio ambiente, os direitos do consumidor, a defesa da livre-iniciativa e da livre-concorrência, a segurança e a qualidade de vida do cidadão e (2) que esteja adequada, concatenada com os preceitos reguladores dos outros entes políticos da federação, criando efetivamente um padrão de disciplina jurídica completo e cooperativo, direcionando aos fins públicos.⁵⁴

(livre acesso) esbarra no direito de livre negociação. Assim, só se resolveria a solução, conforme o professor, pela "aplicação de um bom nível de dirigismo estatal" *ibidem*, p. 56.

54. Ricardo TOLEDO SILVA afirma que "as estruturas institucionais de planejamento metropolitano e de gestão integrada de recursos hídricos, em articulação com as outras instâncias reguladoras de corte supra-setorial, emergem como instâncias legítimas e eficazes para regular as importantes dimensões sociais, físico-territoriais e ambientais dos sistemas de infra-estrutura, à parte as regras de organização comercial dos serviços, às quais se dedicam de forma predominante os incipientes sistemas de regulação setorial até agora criados". V. *Infra-estrutura urbana*.

Tomando por base essas rasas observações, a intervenção do Estado na propriedade das redes de infra-estrutura, especificamente, realizar-se-ia com a limitação e o condicionamento ao exercício dos direitos de usar, fruir e dispor dessas coisas coletivas, impondo a seus detentores obrigações de fazer e não-fazer.

Tais limitações dependerão de uma concepção de quais requisitos compõem, concreta e especificamente, a função social dessas redes, levando-se em conta, pela própria natureza do objeto, uma relação necessária de pertinência com a função social dos bens de produção, dos bens de acesso, dos bens públicos, quando for o caso, e com as funções sociais da cidade. Dependerão, outrossim, da coragem e competência do Poder Público, bem como de seu planejamento e suas relações de comunicação e cooperação com outras esferas políticas – pois só assim poderá ser forjado um regime jurídico sobre as variadas implicações das redes (ambientais, urbanísticas, criminais, internacionais e econômicas).

Esse é o início de um caminho jurídico e político que se mostra apto a domar as complexidades das redes de infra-estrutura, assimétricas, reais e virtuais, locais e globais, controlando a potencialidade de conflitos que elas geram e, o que é mais importante, protegendo contra qualquer condicionamento social indesejado que elas imponham àqueles que, na verdade, delas deveriam se servir.

São Paulo/Presidente Prudente, junho de 2003.

5. Referências bibliográficas

BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*, 4ª ed. Tradução portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 1985.

CARDOSO, Luiz Reinaldo de Azevedo. *Plano diretor e infra-estrutura urbana*. Revista CEPAM, São Paulo, v. 1, n. 2, pp. 25-28, abril-junho, 1990.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. In A era da informação: economia, sociedade e cultura, São Paulo: Paz e Terra, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A função social dos bens de produção*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 63, pp. 72-79, julho-setembro, 1986.

CORRÊA, Roberto Lobato. *O espaço urbano*. São Paulo: Ática, 1995.

DEL NERO, João Alberto Schützer. *O significado jurídico da expressão "função social da propriedade"* Revista da Faculdade de Direito São Bernardo do Campo, v. 3, pp. 79-97, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A gestão jurídica do patrimônio imobiliário do Poder Público*. Cadernos FUNDAP, São Paulo, ano 09, n. 17, dezembro, 1989, pp. 55-66.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <http://www.direitopublico.com.br>. Acessado em 10 de junho de 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A nova regulação dos serviços públicos*. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, v. 228, abril-junho, 2002, p. 19.

MEDAUAR, Odete. *Regulação e auto-regulação*. RDA, Rio de Janeiro: Renovar, v. 228, abril-junho, 2002, p. 123-128.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PITOFKY, Robert et alli. *The essential facilities under U.S. Antitrust Law*" Antitrust Law Journal, v. 70, 2002, pp. 443-462.

RANDALL, Kenneth. C. *Universal jurisdiction under international law*. Texas Law Review, março, 1988, pp. 785-841.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Milton. *A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção*. São Paulo: Edusp, 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicação e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

SILVA, Ricardo Toledo. *Infra-estrutura urbana, necessidades sociais e regulação pública*. Documento disponível na página eletrônica do Instituto de Pós-Graduação em Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, <http://www.ippur.ufrj.br/observatorio>, acessado em 10 de junho de 2003.

SILVA, Ricardo Toledo. *Público e privado na oferta de infra-estrutura urbana no Brasil*. Documento referente ao Dossiê *Serviços urbanos, cidade e cidadania*, do Programa Interdisciplinar sobre Globalização Econômica e Direitos no Mercosul GEDIM), disponível na página eletrônica da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, www.usp.br/fau.

DIREITO HUMANOS

A FORMAÇÃO DA DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ¹

Enrique Ricardo Lewandowski

Professor Titular do Departamento de Direito do Estado da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Aula sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais e sua proteção desde os primórdios da civilização ocidental aos nossos dias.

Abstract:

Lecture about the historic evolution of the fundamental rights and their protection from the begining of the western civilization to our days.

Unitermos: Direitos fundamentais; direitos humanos; direitos civis e políticos; direitos econômicos, sociais e culturais.

1. Modelos Jurídicos

Os filósofos costumam dividir o real em *mundo da natureza* e *mundo da cultura*; no primeiro encontramos o *dado* e no segundo o *construído*. O físico, o químico e o biólogo trabalham com o *dado*, ao passo que o cientista social, o jurista em particular, lida com o *construído*.

O jurista, em verdade, transcende a esfera do mero *ser*, do *Sein*, para operar no campo do *dever ser*, ou seja, do *Sollen*. Ele, porém, não limita suas indagações ao plano do *Sollen*, pois não trabalha apenas com um conjunto de normas preceptivas, logicamente encadeadas, conforme queria Kelsen, mas opera com *modelos jurídicos*, que constituem, no dizer de Reale, uma síntese dialética resultante do embate entre certas exigências axiológicas e um dado complexo fático, travado no âmbito de determinada conjuntura histórica.

Para compreender os multifacetados modelos jurídicos correspondentes aos direitos fundamentais é preciso, portanto, levar em conta os fatos e os valores que

1. Transcrição editada da fita gravada da Prova de Erudição prestada pelo autor, em 22 de agosto de 2003, como um dos requisitos do concurso público de provas e títulos para o provimento do cargo de Professor Titular de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

eles incorporaram ao longo de sua evolução. Daí porque muitos estudiosos têm falado em diferentes *gerações* de direitos, considerando as várias épocas históricas em que apareceram. E esse desenvolvimento ao longo de gerações faz com que os direitos humanos sejam ontologicamente distintos, especialmente no tocante à sua eficácia.

2. Cultura Ocidental e Humanismo

Não se pode olvidar que os direitos humanos, tal como nós os compreendemos atualmente, têm uma origem comum: são produto da civilização ocidental, cuja nota distintiva é o humanismo, que consiste, segundo Reale, em tomar-se o homem como *valor-fonte* de todos os valores. Isso não ocorre necessariamente em outras culturas, onde distintos são os paradigmas dominantes. No Oriente, como se sabe, a ênfase da cultura dá-se no universal, no coletivo, no social, seja na religião, seja na política. Basta pensar-se, por exemplo, no *nirvana* budista, que corresponde, em suma, a um estado espiritual alcançado por meio da supressão do desejo e da consciência individual, isto é, à completa integração da pessoa na natureza circundante. Também o confucionismo, que dominou por mais de dois mil anos o sistema filosófico da China, a partir do século V a.C., e influencia até hoje o modo de pensar chinês e de boa parte do mundo oriental, baseia as relações pessoais no interesse mais amplo da comunidade.

O humanismo ocidental funda-se basicamente na idéia da sacralidade essencial das pessoas e na crença de que existem determinadas regras transcendentais às quais súditos e governantes estariam indistintamente submetidos. Esses valores manifestaram-se de maneira constante, ainda que de forma difusa e inarticulada, ao longo de toda a evolução do pensamento ocidental, encontrando expressão nos escritos sagrados judaico-cristãos, nos clássicos greco-romanos, na jurisprudência latina e na teologia medieval.

3. Herança Judaico-Cristã

Logo no *Genesis*, lembra a Bíblia que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus. E, como conseqüência dessa identificação da criatura humana com a divindade, passou-se a entender que toda ofensa injustificada ao indivíduo constituía, por extensão, um agravo à própria divindade. A civilização ocidental herdou ainda dos hebreus dos tempos bíblicos, a par dessa sacralização da pessoa humana, um

intenso respeito às leis divinas. Com efeito, toda a conduta do homem, no Antigo Testamento, era minuciosamente regulada por um complexo de normas reveladas que abrangiam desde os simples e diretos mandamentos do *Decálogo de Moisés* até as mais sofisticadas regras ritualísticas do *Pentateuco*.

O Antigo Testamento, bem entendido, resumia-se, antes de mais nada, a um conjunto de preceitos éticos ao qual estavam submetidos humildes e poderosos indistintamente. Esse sentido ético da religião judaica, fundado na igualdade entre os homens e no respeito à pessoa humana, foi integralmente absorvido pelo Cristianismo. Questionado em Jerusalém por um escriba sobre os princípios que norteavam seus ensinamentos, respondeu Jesus, com singeleza, que, dentre os mais importantes, figurava o seguinte: “*Amarás o teu próximo como a ti mesmo*”

A doutrina simples de Cristo foi mais tarde aperfeiçoada pelo Apóstolo Paulo, o qual, ao longo de sua jornada em direção à Roma, passando pelo mundo helênico, introduziu na filosofia cristã os ideais estoicos de cosmopolitismo e de fraternidade entre os homens.

4. Clássicos Greco-Romanos

Os ideais humanísticos da filosofia estoica greco-romana, que repousavam sobre a noção de lei natural e sobre o conceito de identidade essencial dos homens, em verdade, ultrapassaram os lindes da doutrina cristã, influenciando importante parcela do pensamento antigo, como também do medieval e do moderno. Para os estoicos, as leis vigentes nos diversos Estados não possuíam um valor intrínseco, porquanto a legitimidade destas dependia de sua correspondência com as leis naturais, eternas e imutáveis, que exerceriam a função de paradigmas a todo o direito positivo.

Zenon de Citium, fundador da escola, nesse sentido, afirmava que “*a lei natural é uma lei divina, e tem, como tal, o poder de regular o justo e o injusto*”. Ao conceito de lei natural, comum a todos os homens, acrescentaram os estoicos a concepção de que todas as pessoas eram iguais *ab origine*. Epicteto, escravo liberto e um dos mais notáveis pensadores do estoicismo, assinalava com relação ao tema que todos os homens provinham de um mesmo pai, Zeus, sendo, pois, frutos de uma semente comum.

Essa crença numa fraternidade entre os homens, bem como a convicção de que as pessoas eram basicamente iguais, estando submetidas às mesmas leis naturais, desaguou numa perspectiva cosmopolita do mundo, que impregnou definitivamente o modo de pensar ocidental.

5. Jurisprudência Latina

O estoicismo, cultivado entre os latinos por Cícero e Sêneca, além de outros, influenciou consideravelmente o Direito Romano: juriconsultos como Gaio, Ulpiano e Marciano aceitaram a existência de um direito natural, adotando-o como padrão de interpretação do direito positivo e como fundamento do direito das gentes.

E, sob o influxo dos ideais estoicos, vários imperadores introduziram significativas modificações na legislação romana, abrandando o rigor e o elitismo dos antigos cânones patrícios. Augusto, por exemplo, concedeu às viúvas a tutela dos filhos, outorgando assim capacidade jurídica às mulheres; Nero baixou normas que protegiam os escravos contra a desumanidade de seus senhores; Antonino Pio concedeu-lhes o direito de buscar refúgio nos altares dos deuses; Marco Aurélio interditou as lutas de gladiadores.

A ética estoica sobreviveu aos tumultuados anos que se seguiram à destruição de Roma pelos povos bárbaros, preservada pela Jurisprudência e pela Patrística, constituindo o elo de ligação entre o pensamento antigo e o medieval.

6. Teoria Política Medieval

A idéia estoica de que os homens eram iguais e livres por natureza, assim como a crença de que a ordem natural deveria nortear a ordem social, representaram verdadeiros axiomas sobre os quais se assentavam a Teologia, a Jurisprudência e a Teoria Política medieval.

É preciso reparar, no entanto, que a concepção estoica de ordem natural, tanto dos gregos, quanto dos romanos, diferia consideravelmente daquela que vigorava na Idade Média. Para os estoicos, a ordem natural confundia-se com a realidade cósmica, divina porém impessoal, ao passo que, no conceito medieval, ela representava o resultado concreto da manifestação da vontade de uma deidade unipessoal, particularizada, responsável pela ordenação do universo.

Com fundamento nessa perspectiva, os teóricos medievais repudiaram o poder absoluto dos governantes, sustentando que toda a autoridade encontrava-se limitada pelas regras promanadas do ordenamento divino. Isso significava, basicamente, que a autoridade deveria ser exercida segundo as leis da justiça, leis essas invioláveis e irrevogáveis, visto que constituíam expressões da ordem natural criada pelo Supremo Legislador.

Para Santo Agostinho, um dos precursores dessa tese, o homem, além de membro da *civitas terrena*, ou *civitas diaboli*, como também a chamava, era igualmente cidadão da *civitas Dei*, localizava em outro mundo, e que se fazia representar na Terra pela comunidade de fiéis, reunida em torno da Igreja, cujos preceitos deveriam ser observados por todos.

Já São Tomás de Aquino sustentava, em sua *Summa Theologica*, que a submissão dos homens às autoridades seculares encontrava-se condicionada ao respeito às regras da Justiça e à promoção do bem comum por parte destas. Aduzia ainda o *Doctor Angelicus* que ninguém era obrigado a sujeitar-se a um governante usurpador ou injusto, assinalando que a sedição ou revolta contra um tirano constituía um ato perfeitamente legítimo.

7. Iluminismo, Jusnaturalismo e Contratualismo

Em que pese a importância política dos teóricos medievais, somente a partir das lutas desencadeadas contra o Absolutismo, entre os séculos XVII e XVIII, com base nos ideais iluministas, é que se exteriorizou com clareza a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente de qualquer ação estatal. E por isso passou-se a entender, desde então, que tais direitos não poderiam ser, em hipótese alguma, vulnerados pelo Estado ou por qualquer outra instituição ou pessoa.

O Iluminismo, mais do que uma determinada filosofia, constituiu uma nova cosmovisão desenvolvida a partir do colapso da civilização medieval, que pretendia “iluminar com a razão” o obscurantismo e os exageros provocados pelo excessivo apego à religião e à tradição.

A desagregação do mundo medieval deveu-se em grande parte ao Renascimento e à Reforma, que fizeram ruir a multissecular estruturação cristã da sociedade, fundada sobre uma ordem transcendental. O Renascimento, de um lado, ao promover uma volta aos valores da civilização clássica, pagã, provocou uma secularização da vida em todos os seus planos. A Reforma protestante, de outro lado, ao pretender a purificação do Cristianismo, advogando um retorno às suas origens, ocasionou um abalo no arcabouço ideológico que dava sustentação à organização social e política da Idade Média.

No plano intelectual, o Iluminismo repousava sobre dois pilares: o Racionalismo e o Empirismo, duas tendências intelectuais paralelas representadas pelo

pensamento de Descartes, Leibniz, Bacon, Berkeley, Hume e outros, que abriram caminho para a emancipação da razão, a valorização do espírito crítico e a fé na ciência.

Com esse fundamento, o Iluminismo tomou como ponto de partida para as suas especulações o homem natural, ou seja, o homem antes de seu ingresso na vida social, dando origem ao Jusnaturalismo e ao Contratualismo, correntes de pensamento interligadas, que tiveram como arautos Grocius, Puffendorf, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau e outros. Os jusnaturalistas e os contratualistas advogavam, respectivamente, a tese segundo a qual existiriam direitos naturais, eternos e absolutos, demonstráveis pela razão, válidos para todos os homens em todos os tempos e lugares, e a de que a principal, senão a única, missão do Estado, criado por um pacto entre as pessoas, consistiria em assegurar a sua plena fruição.

Hobbes, por exemplo, em meados do século XVII, dizia que o Estado — identificado por ele com um monstro bíblico, o *Leviatã*, — foi criado pelos homens com a exclusiva tarefa de garantir a segurança, de maneira a superar a situação de “*guerra de todos contra todos*”, que imperava na natureza, onde o “homem era o lobo do próprio homem”. Já para Locke, que escreveu o *Second Treatise on Civil Government* (1689), o Estado foi estabelecido mediante um contrato, com o único objetivo de assegurar o direito à vida, à liberdade e à propriedade. Numa outra linha Rousseau, em seu *Du Contrat Social*, redigido quase um século depois (1768), enfatizava a igualdade de todos diante do pacto social.

Com essas características, o Jusnaturalismo e o Contratualismo espalharam-se por toda a Europa e também pela América, servindo de base doutrinária às declarações de direito do século XVIII, que vieram a lume na esteira das revoluções liberais-burguesas.

8. Direitos Individuais

Os primeiros diplomas que surgiram a partir das idéias jusnaturalistas e contratualistas assumiram o caráter de declarações porque se acreditava que os direitos dos indivíduos não constituíam uma criação do Estado, existindo antes do advento deste. Bastava, assim, para que fossem respeitados, arrolá-los solenemente num documento formal, depois de racionalmente deduzidos a partir da natureza humana. Ao Estado, portanto, ficava absolutamente vedado intrrometer-se na esfera dos direitos do indivíduo listados nas declarações, incumbindo-lhe, ao contrário, zelar por sua observância e conservação.

Dentre os direitos constantes nas principais declarações figuravam com destaque o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, bem como os direitos políticos e o direito de resistência à opressão. Esses direitos naturais passaram a ser conhecidos como *direitos individuais* ou, ainda, como *direitos civis e políticos*. São os denominados *direitos de primeira geração*, consagrados, dentre outros documentos, na *Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia*, de 1776, na *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, também de 1776, na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* francesa de 1789, e nas primeiras dez emendas à Constituição americana de 1787, promulgadas em 1789.

9. Revolução Industrial e Direitos Sociais

Com a Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX, que correspondeu a um salto tecnológico deflagrado pela aplicação da máquina a vapor aos processos produtivos, o indivíduo, embora protegido contra o arbítrio do Estado por diversos instrumentos legais, viu-se completamente desguarnecido em face dos efeitos perversos do novo sistema econômico.

As péssimas condições de vida dos trabalhadores do século XIX, tão bem retratadas por Dickens, desencadearam um surto de greves, agitações e rebeliões por toda a Europa. Dentre as sublevações populares, decorrentes das lutas operárias, destacam-se as revoluções na França e na Alemanha de 1848, a *Comuna de Paris*, de 1871 e, em especial, por seus desdobramentos, a *Revolução Russa* de 1917.

Essas rebeliões constituíram o caldo de cultura em que se desenvolveu o *sindicalismo* de Sorel, Pouget, Labriola e Panunzio, de cunho revolucionário, o *trade-unionismo* de Owen, de natureza reformista, o *anarquismo* de Proudhon, Bakunin e Kropotkin, o *socialismo utópico* de Saint-Simon, Fourier e Blanki, o *socialismo científico* de Marx e Engels, cujo *Manifesto Comunista* (1848), findava com a famosa conclamação: “*Proletários de todo o mundo, uni-vos*” Até mesmo a Igreja, que até então se mantivera equidistante das questões sociais, engajou-se na disputa, editando a Encíclica *Rerum Novarum* (1891), subscrita pelo Papa Leão XIII.

A crescente pressão das massas forçou o Estado a abandonar a posição de mero espectador passivo dos conflitos sociais, na qual havia sido colocado pelos ideólogos liberais, obrigando-o a atuar na busca de soluções para os problemas da comunidade. Renunciando à sua postura abstencionista, o Estado passou a adotar uma atitude positiva, conferindo ao indivíduo, enquanto membro da coletividade, os denominados direitos econômicos, sociais e culturais, de segunda geração.

Na verdade, a Revolução Industrial, no plano fático, e o ideário socialista, na esfera intelectual, revelaram ao mundo um novo tipo de homem, o homem real, concreto, situado, longe daquele homem natural dos iluministas, titular de direitos eternos e imutáveis. O homem abstrato do passado, assim, cedeu lugar ao trabalhador do presente, que passou a ser o novo sujeito de direitos.

Modernamente, dentre os direitos econômicos e sociais destacam-se os seguintes: o direito ao trabalho, a um salário mínimo e a uma duração máxima para a jornada de trabalho; o amparo em caso de desemprego, doença, velhice, invalidez e morte; a proteção da mulher e do menor no trabalho; a aposentadoria; o acesso à educação e aos bens da cultura etc. Também o direito de formar sindicatos e o direito de greve inscrevem-se sob essa rubrica. Como documentos pioneiros nessa campo tem-se a *Constituição Mexicana* de 1917, a *Declaração do Homem Trabalhador e Explorado* soviética de 1918 e a *Constituição de Weimar* de 1919, que em seu artigo 49 estabelecia que “a propriedade obriga”

A partir daí, os direitos econômicos, sociais e culturais passaram a integrar as constituições, ao lado dos direitos civis e políticos, que já faziam parte das cartas magnas surgidas no século XIX, desde o advento das duas constituições paradigmáticas do final do século XVIII: a Constituição dos Estados Unidos de 1787, que incorporou os *Ten Ammendments*, de 1789, à guisa de *Bill of Rights*, e a da França de 1791, que adotou como preâmbulo a *Declaração dos Diretos do Homem e do Cidadão* de 1789.

10. Direitos de Terceira e Quarta Geração

O reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, ao lado dos antigos direitos individuais, todavia, não esgotou a produção legislativa no campo dos direitos fundamentais. De fato, com a explosão demográfica, as guerras mundiais, as agressões ao meio ambiente, a competição econômica internacional, em suma, com a globalização dos problemas do homem, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, surgiu uma nova classe de direitos, que se convencionou chamar *de direitos de solidariedade* ou *de fraternidade*, ou seja, *direitos de terceira geração*.

Tais direitos sucedem no tempo os direitos resultantes das revoluções liberais do século XVIII e os direitos decorrentes das agitações operárias do século XIX. Dentre eles destacam-se o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao desenvolvimento, o direito à proteção do meio ambiente e do patrimônio comum da humanidade etc. Esses direitos desenvolveram-se, mais do que nos

ordenamentos jurídicos internos dos Estados, sobretudo no plano do Direito Internacional.

Atualmente, já se fala em *direitos de quarta geração*, decorrentes de novas carências enfrentadas pelos seres humanos, especialmente em razão do avanço da tecnologia da informação e da bioengenharia. De fato, hoje busca-se proteção contra as manipulações genéticas, antevistas por Huxley em seu livro *Admirável Mundo Novo* (1930), as quais permitem criar clones humanos e de animais, e em tese até mesmo centauros, minotauros e sátiros, além de outros seres fantásticos, imaginados pela Mitologia Grega, ou contra a invasão da privacidade, a massificação e o totalitarismo, denunciados por Orwell em sua obra *1984* (1948), ou ainda contra a anônima e tentacular burocracia estatal e privada, prevista por Kafka em seu romance *O Processo* (1915).

11. Internacionalização dos Direitos Humanos

Em razão das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que não bastava proteger os direitos humanos nas constituições dos diferentes Estados para evitar a sua violação. Desencadeou-se um movimento para a formalização dos direitos fundamentais no plano internacional, cujo marco inicial foi a famosa *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (1948), da Organização das Nações Unidas, aprovada pelo voto afirmativo dos representantes de 48 países.

A maciça votação a favor da Declaração Universal e o fato de não ter sido registrada nenhuma manifestação contrária à sua aprovação faz dela um dos raros documentos em torno dos quais existe até hoje um consenso unânime. Apesar de constituir uma mera *declaração*, alguns especialistas emprestam-lhe um caráter vinculante, dado o seu elevado valor moral, enquanto outros consideram-na padrão de interpretação da Carta da ONU.

A partir de então, outros documentos vieram à lume importantes documentos no plano regional e internacional. Na Europa, surgiu a *Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* (1950) e a *Carta Social Européia* (1961). Na ONU, novamente, a Assembléia Geral aprovou o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* e o *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (1966). E, no Continente Americano, vários documentos importantes foram assinados, com destaque para a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* e a *Carta Interamericana de Direitos Sociais* e a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1948), bem como o *Pacto de*

São José da Costa Rica (1969). Além disso, surgiram muitos outros documentos internacionais para a proteção de minorias, mulheres, crianças idosos etc, especificando em convenções vinculantes os direitos consignados na Declaração Universal.

12. Eficácia dos Direitos Humanos

Como repara Bobbio, o problema fundamental dos direitos do homem, nos dias que correm, já não é mais conhecê-los ou justificá-los, mas protegê-los eficazmente, sobretudo para evitar as rupturas periódicas, que impedem a sua fruição, estudadas por Lafer, com base nos ensaios de Arendt sobre a “banalização do mal”. e a recorrência dos totalitarismos.

Ocorre que os direitos humanos, são ontologicamente distintos, conforme a geração a que pertencem, sobretudo quanto à sua eficácia. Os direitos individuais, isto é, os direitos civis e políticos, institucionalizados há mais de trezentos anos, além de claramente exteriorizados, por meio de normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, encontram-se protegidos por uma série de garantias bem definidas, que pouco variam de um sistema jurídico para outro. De um modo geral, em que pesem essas diferenças, o indivíduo ofendido em seus direitos pode recorrer ao Judiciário, invocando um *remédio jurídico-processual* adequado que fará cessar a violação, com destaque, entre nós, para o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, de elaboração mais recente em termos históricos, de seu turno, nem sempre podem ser exigidos através dos tribunais, não só porque não estão tão claramente definidos como os de primeira geração, como também porque dependem de uma ação positiva do Estado para se concretizarem. A amplitude do direito à saúde, à educação e à previdência, como observa Bobbio, além de variarem em função da orientação político-ideológica dos governantes, depende das condições econômicas de cada país em particular.

Grande parte desses direitos encontram expressão por meio de normas programáticas, cuja principal função é a apontar rumos à atuação dos governantes e evitar que ajam em sentido contrário ao que elas prescrevem. Por isso, apesar de constituírem verdadeiros direitos subjetivos, na acepção técnica da palavra, a sua cobrança é mais política do que estritamente jurídico-processual.

A proteção dos direitos de terceira geração faz-se ainda mais problemática, visto que eles constituem aquilo que se convencionou chamar de *direitos difusos* ou de *titularidade coletiva*. Com efeito, salvo no caso do direito ao meio

ambiente, hoje bem ou mal protegido por ações e normas específicas no plano do ordenamento jurídico dos diferentes Estados, os demais direitos, intitulados de solidariedade ou de fraternidade, também só podem ser, como regra, defendidos eficazmente por ações políticas.

Essa situação se repete na esfera internacional, onde as denúncias a violações de direitos civis e políticos são prontamente investigados pelos órgãos internacionais, como as comissões e os tribunais de direitos humanos, que exigem a cessação da ilegalidade, estabelecendo, quando pertinente, a reparação dos danos. Por outro lado, a implementação paulatina dos direitos econômicos, sociais e culturais é controlada por meio do exame e discussão de *relatórios* periódicos encaminhados pelos Estados aos órgãos internacionais competentes, os quais, depois de apreciados, são objeto de recomendações aos remetentes.

A proteção dos direitos de terceira geração no plano internacional apresenta ainda maiores dificuldades, porquanto ela se coloca, ao menos por ora, num plano eminentemente retórico, em razão sobretudo da grande competição registrada entre os Estados, empresas e outras organizações.

É importante registrar, no entanto, que, embora desenvolvidos ao longo de várias gerações, não existe hierarquia entre os direitos humanos em função dessa cronologia. Todos eles têm o mesmo valor e são indivisíveis, pois não pode se dissociar, por exemplo, o direito à vida e à liberdade, que são de primeira geração, do direito à uma vida e liberdade digna, que só se materializam por meio dos direitos de segunda e terceira geração. É que todos os direitos, como ensina Comparato, tem como fundamento, indistintamente, a *dignidade substancial da pessoa humana*. Por esse motivo, Bonavides prefere falar em *dimensões* de direitos aos invés de gerações de direitos.

13. Estado Democrático de Direito

Uma das mudanças institucionais mais importantes registradas no século passado, ainda pouco notadas e insuficientemente estudadas quanto ao seu potencial de transformação política e social foi, sem dúvida, a transmutação paulatina da *democracia representativa* para uma *democracia participativa*.

Como se sabe, desde as revoluções liberais burguesas e a partir da implantação do constitucionalismo moderno, a participação do povo no poder deu-se no contexto da democracia representativa, que é aquela em que o povo participa do

poder através de intermediários ou de representantes. Isso porque a democracia direta, que existiu com restrições na Grécia Clássica e ainda subsiste em alguns cantões suíços, por meio da *landsgemeinde*, não pode ser aplicada aos Estados contemporâneos, que se caracterizam pela complexidade de suas relações sociais.

Essa dificuldade, aliada aos defeitos da representação política tradicional, tornada frágil pela amplitude dos mandatos e pela irresponsabilidade dos mandatários, deu origem a alguns institutos que diminuem a distância entre os cidadãos e o poder. São eles o plebiscito, o referendo, a iniciativa e o veto popular, o *recall* e a participação em colegiados de todo o gênero etc.

Cumprе notar que a nova participação popular não ocorre, como se poderia imaginar, a partir do indivíduo, do cidadão isolado, ente privilegiado e até endeusado pelas instituições político-jurídicas do liberalismo. O final do século XX e o século XXI, certamente, entrarão para a História como épocas em que o indivíduo se eclipsa, surgindo em seu lugar as associações, protegidas constitucionalmente, multiplicando-se as chamadas organizações não-governamentais, no plano interno e internacional, para a defesa dos direitos humanos.

Na verdade, transita-se do *Estado de Direito* para o chamado *Estado Democrático de Direito*, que constitui um aprofundamento do *Estado Social de Direito*, maximizando a abertura de suas instâncias decisórias para os cidadãos.

14. Direitos Humanos e Justiça Social

Em suma, apenas nos quadros do Estado Democrático de Direito é que os direitos fundamentais, em suas várias *gerações* ou *dimensões*, como quer Bonavides, podem ser adequadamente protegidos. Não é por outra razão que Dallari, de longa data, vem ensinando que os direitos humanos inscritos nas constituições e nos documentos internacionais só terão significação prática se sociedade estiver organizada de forma justa, garantindo a todos os cidadãos a igualdade de oportunidades e a possibilidade de participação nas decisões políticas.

Dado o atual panorama do mundo, porém, esse ideal parece ainda longe de concretizar-se. De fato, como lembra Bobbio, no campo dos direitos fundamentais, “a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado”

São Paulo, dezembro de 2003.

NEOLIBERALISMO E DIREITOS HUMANOS*

António José Avelãs Nunes

Professor Catedrático da Faculdade de Direito de
Coimbra, Portugal

Resumo:

O trabalho tem como escopo a análise das relações entre neoliberalismo e Direitos Humanos, leitura da política neoliberal e compatibilidade com o processo democrático.

Abstract:

This work has the aim to analyse the relationship between Neoliberalism and the Human Rights, a reading of the liberal politic and the compatibility with the democratic process.

Unitermos: Neoliberalismo; Direitos Humanos; Democracia; crítica keynesiano.

I. Vem sendo cada vez mais freqüente, nos vários domínios das ciências sociais, a análise das relações entre neoliberalismo e direitos humanos. Trata-se, ao fim e ao cabo, de tentar compreender em que medida são compatíveis, à luz do nosso tempo, as políticas neoliberais e a democracia. Questão central, se tivermos presente que o neoliberalismo é o núcleo da matriz ideológica da *política de globalização* que vem marcando a actual fase do capitalismo à escala mundial.

Procurarei esclarecer o contexto do debate entre monetaristas e (neo)-keynesianos æ tão relevante nas últimas décadas æ e, neste âmbito, analisar as posições dos neoliberais de vários matizes relativamente ao problema do emprego e do desemprego, para realçar como delas decorrem posições que põem em causa direitos fundamentais tão importantes como os relacionados com a liberdade sindical e os abrangidos na estrutura do Estado-providência e que trazem no seu bojo propostas tendencialmente totalitárias.

() O autor é professor catedrático em Coimbra, Portugal, e é convidado especial, neste fascículo, pelo eminente professor doutor Fábio Konder Comparato, Titular de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

2. A Grande Depressão veio deitar por terra os mitos liberais e pôr às claras as limitações da política monetária. Os mais optimistas passaram a defender que a política monetária poderia talvez sustentar a inflação, mas não poderia parar a depressão. É o que se costuma exprimir através do aforismo “*you can lead a horse to water but you can not make it to drink*”

Keynes mostrou que a Grande Depressão não poderia explicar-se em termos monetários, defendendo que são as *forças reais da economia* (os planos do governo, dos empresários e dos consumidores), e não a *oferta de moeda*, os factores determinantes do comportamento do nível dos preços. A crise só podia entender-se como o reflexo de um colapso no investimento privado e/ou de uma situação de escassez de oportunidades de investimento e/ou de um excessivo espírito de economia por parte do público, o que legitimava a sua conclusão de que a política monetária era inadequada para contrariar a depressão.

A rejeição da *lei de Say* e do mito do pleno emprego constituem pontos fulcrais da obra de Keynes e encerram o núcleo central da crítica keynesiana dos economistas “clássicos”. Defendendo que nas economias capitalistas a circulação se faz segundo o modelo marxista D–M–D’, Keynes sustenta que as situações de equilíbrio com *desemprego involuntário* são situações inerentes às economias que funcionam segundo a lógica do lucro e não segundo a lógica da satisfação das necessidades.

Para explicar as situações de *desemprego involuntário* — que considera o problema mais grave das economias capitalistas — Keynes lança mão do conceito de *procura efectiva*, o montante das despesas que se espera a comunidade faça *æ por ter capacidade para as pagar æ* em consumo e em investimento novo. Se esta procura efectiva não for suficiente para absorver, a um preço compensador, toda a produção, haverá desemprego de recursos produtivos. *Desemprego involuntário*, no sentido de que há pessoas sem emprego desejosas de trabalhar por um salário real inferior ao praticado. Isto significa que, ao contrário do que defendiam os “clássicos” o nível de emprego não depende do jogo da oferta e da procura no mercado de trabalho, antes é determinado por um factor exterior ao mercado de trabalho, a *procura efectiva*. E significa também que é o volume do emprego que determina, de modo exclusivo, o nível dos salários reais, e não o contrário.

3. A necessidade de ultrapassar as situações de *insuficiência da procura efectiva* para combater o desemprego exigia, na óptica de Keynes, uma intervenção mais ampla e mais coordenada do Estado. A *fiscal policy* (baseada no controlo das

receitas e das despesas do Estado) foi considerada como o instrumento fundamental para estabilizar as flutuações da economia, para promover o crescimento económico e para prosseguir os objectivos do pleno emprego, da estabilidade dos preços e do equilíbrio da balança de pagamentos, a par da redistribuição do rendimento em benefício dos mais pobres (i.é, em sentido favorável à propensão ao consumo, e, portanto, ao *aumento da procura efectiva*), objectivos que os governos passaram a assumir na sequência da ‘revolução keynesiana’

Defendendo que a compreensão das economias capitalistas não se confina ao estudo do ‘comportamento racional’ de um imaginário *homo oeconomicus*, antes exige a análise das instituições sociais e políticas, enquanto expressão das forças económicas em presença, Keynes sublinhou a importância do Estado e a necessidade do alargamento das suas funções para salvar da “completa destruição as instituições económicas actuais” E como as crises e os seus efeitos perniciosos se fazem sentir a curto prazo, Keynes veio defender que a política económica tem que adoptar uma perspectiva de curto prazo: “*in the long run we are all dead*”, como escrevia em 1923.

Desde a famosa conferência de 1924 sobre *The End of Laissez-faire*¹ que Keynes advogou a necessidade de uma certa coordenação pelo Estado do aforro e do investimento de toda a comunidade.

Por duas razões fundamentais: em primeiro lugar, porque as questões relacionadas com a distribuição do aforro pelos canais nacionais mais produtivos “*não devem ser deixadas inteiramente à mercê de juízos privados e dos lucros privados*”; em segundo lugar, porque “*não se pode sem inconvenientes abandonar à iniciativa privada o cuidado de regular o fluxo corrente do investimento*”

Daí a necessidade de “*uma acção inteligentemente coordenada*” para assegurar a utilização mais correcta do aforro nacional, a necessidade de “*uma ampla expansão das funções tradicionais do Estado*”, a necessidade da “*existência de órgãos centrais de direcção*” e de uma certa *socialização do investimento*, nota fundamental do pensamento keynesiano tal como resulta da *General Theory*²

Com base nos ensinamentos de Keynes, a *Curva de Phillips* funcionou, até final da década de 1960, como um “*menu for policy choice*”: se se queria combater o desemprego e promover o emprego, bastava aceitar um pouco mais de inflação; se se queria travar a inflação, havia que aceitar um pouco mais de desemprego.

1. Cfr. J. KEYNES, [2], 291/292.

2. Cfr. *Notas Finais* com que encerra a *General Theory*, em J. KEYNES, [3], 379. Cfr. também A. J. AVELÃS NUNES, [1], 81/82.

Sobretudo na Europa, esta política assegurou, durante os *trinta anos gloriosos* (1945-1975), um bom ritmo de crescimento económico sem oscilações significativas da actividade económica, com baixas taxas de desemprego e taxas aceitáveis de inflação. Alguns chegaram mesmo a falar de “*obsolescência dos ciclos económicos*” (Arthur Okun).³

4. No início da década de 1970, porém, começaram a verificar-se situações caracterizadas por um ritmo acentuado de subida dos preços (inflação crescente), a par de (e apesar de) uma taxa de desemprego relativamente elevada e crescente e de taxas decrescentes (por vezes nulas) de crescimento do PNB. Começava a era da *estagflação*.

Em agosto de 1971, os EUA romperam unilateralmente o compromisso assumido em Bretton Woods de garantir a conversão do dólar em ouro à paridade de 35 dólares por onça troy de ouro. Daqui resultou a adopção do *sistema de câmbios flutuantes* (uma velha reivindicação dos monetaristas), primeiro entre os EUA e os seus parceiros comerciais, e logo de imediato aplicado em todo o mundo. Esta circunstância marcou um ponto de viragem a favor das correntes neoliberais. Pode dizer-se que começa então, na prática, a “*ascensão do monetarismo*” a “*contra-revolução monetarista*”⁴

Os neoliberais souberam aproveitar o desnorte dos keynesianos, surpreendidos com o “paradoxo da estagflação” (J. Stein), confusos perante o “dilema da estagflação” (Samuelson). Hayek veio proclamar que a inflação é o caminho para o desemprego (“The Path to Unemployment” é o título de um conhecido artigo de Hayek)⁵ e, parafraseando o título de um célebre opúsculo de Keynes, colocou o keynesianismo no banco dos réus, sustentando que a inflação e o desemprego são “the economic consequences of Lord Keynes”⁶ O “ideological monetarism” começou a ser “sistematicamente difundido a partir do outro lado do Atlântico por um crescente grupo de entusiastas que combinam o fervor dos primeiros cristãos com a delicadeza e a capacidade de um executivo de Madison Avenue.” (Nicholas Kaldor)⁷

3. *Apud* J. STEIN, 1.

4. Cfr. M. FRIEDMAN, [1] e H. G. JOHNSON, [1] e [2].

5. Cfr. J. HAYEK, [5].

6. Ver F. HAYEK, [4].

7. Cfr. N. KALDOR, 1.

Abandonado há muito o padrão-ouro sem qualquer hipótese de recuperação e esgotado o sistema monetário internacional saído dos Acordos de Bretton Woods (1944), a “irmandade dos bancos centrais” (James Tobin)⁸ colou-se à ortodoxia monetarista, na esperança de encontrar nas suas receitas instrumentos de defesa perante as pressões políticas dos governos, o que ajudou ao êxito da “contra-revolução”

A inflação surgiu como o inimigo público número um, inimigo perante o qual tinha de se reagir como perante o terrorismo: não ceder nem um milímetro. O desemprego deixou de constar das preocupações dos responsáveis, até porque, segundo a nova/velha teoria, as economias se encaminhariam espontaneamente para a situação de pleno emprego, desde que se deixassem funcionar livremente os mecanismos do mercado.

5. Estava recuperada a velha *lei de Say*. Estava relançada também a tese de que o desemprego é sempre *desemprego voluntário*⁹: se o mercado de trabalho funcionar sem entraves, quando a oferta de mão-de-obra for superior à sua procura o preço da mão-de-obra (salário) baixará até que os empregadores voltem a considerar rentável contratar mais trabalhadores. As economias tenderiam para uma determinada *taxa natural de desemprego*, que traduziria o equilíbrio entre a oferta e a procura de força de trabalho, qualquer que fosse a taxa de inflação.

Os monetaristas sustentam que as variações conjunturais do nível de desemprego nas actuais economias capitalistas são explicáveis fundamentalmente através das variações da procura voluntária de emprego (trabalho) e de lazer (não-trabalho) por parte dos trabalhadores e não através das variações da oferta de postos de trabalho por parte das empresas.

Uma noção importante a este respeito é a noção de *desemprego temporário* (“search unemployment” noção que pretende designar o conjunto de trabalhadores que deixaram (ou perderam) um emprego e se encontram à procura de outro emprego (“searching for a better job”).

Parte-se do princípio de que um trabalhador assalariado pode *escolher livremente* entre aceitar uma redução do seu salário e deixar o seu actual posto de trabalho. Colocado nesta situação, se ele pensar que a baixa do salário real não é geral e que ele pode encontrar trabalho em outras empresas à anterior taxa de salário, *escolherá* a segunda alternativa e lança-se numa actividade de procura de emprego. Assim sendo,

8. Cfr. J. TOBIN, [3], 30/31.

9. Sobre esta problemática ver, mais desenvolvidamente, A. J. AVELÃS NUNES, [1], 109ss.

estas situações não representariam verdadeiro desemprego (resultante da deficiente criação de postos de trabalho por parte da economia), antes reflectiriam um maior grau de mobilidade dos trabalhadores.

Nesta óptica, o desemprego é *desemprego voluntário* mesmo nos casos em que os trabalhadores estão desempregados por razões independentes da sua vontade, uma vez que eles podem determinar livremente o tempo de procura de um novo posto de trabalho, e que a eles cabe decidir entre procurar e não procurar um novo posto de trabalho. Se o não procuram, isso significa, para os monetaristas, que preferem o lazer ao rendimento real que poderiam receber se trabalhassem.

As teses monetaristas representam um regresso às concepções pré-keynesianas, que identificavam a parte substancial do desemprego como *desemprego voluntário*, no sentido acima referido de que a existência de trabalhadores não empregados significa que, perante uma situação de salários reais demasiado elevados, os trabalhadores não aceitam uma redução do salário real suficiente para que a sua remuneração iguale a produtividade marginal do seu trabalho e os empregadores tenham interesse em os contratar. Por outras palavras: quem não tiver emprego poderá sempre encontrar um posto de trabalho, se aceitar um salário mais baixo que o corrente. Se o não aceitar é porque prefere continuar sem emprego, optando por procurar um novo posto de trabalho (*voluntary searching for a better job*).

Um dos teóricos do *desemprego voluntário* vai mesmo ao ponto de afirmar que os despedimentos são um 'véu' cuja aparência é enganadora: os trabalhadores que são despedidos perdem o emprego por, implicitamente, rejeitarem a opção que lhes seria oferecida de continuarem a trabalhar por um salário mais baixo. Antecipando a objecção de que estas situações são muito raras na prática, A. L. Alchian alega que tal acontece porque a experiência ensinou aos empregadores que não teriam êxito quaisquer propostas e negociações com esse objectivo...¹⁰

Se fosse caso para fazer ironia, dir-se-ia que Milton Friedman quase sugere que só estarão empregados os trabalhadores que não se comportarem racionalmente. Na verdade, ele defende que "*muitas pessoas podem ter, estando desempregadas, um rendimento em termos reais tão grande como o que poderiam ter estando empregadas*". Sendo assim, se "o desemprego é uma situação com muitos atractivos", como Friedman declarava em 1976, compreender-se-á que os trabalhadores optem por estar desempregados... E compreender-se-á também que o Estado não se preocupe em remediar as situações de desemprego (consideradas, nas palavras mordazes de Modigliani, como

10. A. L. Alchian, *apud* J. R. SHACKLETON, 7.

uma espécie de epidemia de “preguiça contagiosa”), antes devendo deixar correr, para “respeitar a livre escolha das pessoas” (como insinua o humor azedo de Kolm) de entrar em período, mais ou menos longo, de “férias voluntárias” (Robert Solow).¹¹

6. Assim desvalorizado o problema do desemprego, compreende-se que as políticas de inspiração monetarista concedam prioridade absoluta ao combate à inflação, secundarizando o objectivo do pleno emprego (ou da redução do desemprego). Por entenderem que a inflação é sempre e em qualquer lugar um fenómeno exclusivamente monetário (resultante de um aumento da quantidade de moeda em circulação em maior medida que o aumento da produção), procuram combater a inflação essencialmente com base na redução do crescimento da oferta de moeda.

Esta política anti-inflacionista opera através da contracção da actividade económica e do aumento do desemprego, esperando os seus defensores que daqui resulte uma redução dos salários reais capaz de assegurar às empresas uma taxa de lucro suficientemente elevada para estimular o aumento dos investimentos privados e o relançamento posterior da economia, com o consequente aumento do volume do emprego. Essencial é que se entregue a economia ao livre jogo das ‘leis do mercado’, se reduza a intervenção do Estado na economia e se anulem os “monopólios sindicais.”

Em consonância com o seu conceito de inflação, o monetarismo teórico não culpa *directamente* os sindicatos pela inflação.¹² Mas considera-os responsáveis pelo desemprego, dada a resistência que oferecem à baixa dos salários nominais.

A verdade, no entanto, é que os monetaristas entendem que o aumento da taxa média de desemprego se explica, não como consequência de quaisquer modificações tecnológicas ou estruturais da actividade económica que se traduzissem numa insuficiente criação de postos de trabalho, mas, essencialmente, pelo aumento da *taxa natural de desemprego*.¹³ E, ao menos no contexto da economia e da sociedade

11. Cfr. F. MODIGLIANI, 6; R. SOLOW, 7-10 e S. KOLM, 106. À ideia de que, se não *optar* por não procurar um novo emprego (ou por não trabalhar), o trabalhador que perde o seu emprego sempre encontrará um posto de trabalho em um qualquer ponto da economia apetece mesmo reagir deste modo: “*Na óptica de Lucas, uma pessoa despedida de um emprego pode, presumivelmente, engraxar sapatos numa estação de caminho de ferro ou vender maçãs numa esquina*” (A. BLINDER, 131).

12. Cfr. F. HAYEK, [3], 281/282.

13. No plano político, a aceitação deste aumento é muito clara: os conselheiros económicos de Truman consideravam *natural* (= pleno emprego) uma taxa de desemprego entre 1,5 % e 2,5 %; os de Eisenhower apontaram como tal uma taxa de 2,5% a 3,5%; os de Nixon referiram uma taxa entre 4,5 % e 5,5 %; em 1982, a administração Reagan considerou a taxa de 6,5 % como nível de pleno emprego; em 1986, tendia-se para aceitar como tal uma taxa à volta dos 7 %. Cfr. SHERMAN/EVANS, 245 e A. BLINDER, 123.

americanas, este aumento da taxa natural de desemprego explicar-se-ia em virtude de factores increntes à evolução demográfica e às condições do mercado de trabalho, os quais teriam sido suficientemente influentes para se sobreponem à acção de algumas circunstâncias que podem ter contribuído para a baixa daquela taxa (v. g., a melhoria da mobilidade dos postos de trabalho, a melhor informação acerca dos empregos alternativos disponíveis etc.).¹⁴

De entre aqueles factores, os monetaristas destacam, fundamentalmente, dois.

Em primeiro lugar, a modificação da estrutura da população activa, com maior peso dos jovens, das mulheres e dos trabalhadores a tempo parcial.

Há, no entanto, quem invoque os estudos empíricos realizados para concluir exactamente ao invés: as mulheres e os jovens são estratos menos dispostos a deixar o emprego do que os homens adultos, precisamente porque estão menos seguros de encontrar outro emprego.¹⁵

Em segundo lugar, o fortalecimento do 'poder monopolista' dos sindicatos, a legislação que impõe o salário mínimo, a instituição dos subsídios de desemprego e outras contribuições da segurança social em benefício dos desempregados, e/ou a sua aplicação a categorias mais amplas de trabalhadores, o aumento do seu montante e da sua duração.

Mas há quem responda, com inteira razão, que a existência de subsídios de desemprego e outras prestações da segurança social, bem como o salário mínimo garantido e outros factores do mesmo tipo, explicam apenas uma reduzida percentagem do aumento da taxa natural de desemprego. E há quem lembre o que história ensina: aquelas medidas constituem, historicamente, uma resposta *ex post* ao aumento do desemprego para níveis económica, política e socialmente intoleráveis.¹⁶

Os neoliberais insistem, porém, nos malefícios resultantes da existência do sistema público de segurança social.

Invocam, por um lado, que ele contribuiu para tornar mais atractiva a entrada no mercado de trabalho, o que terá provocado um aumento da população trabalhadora enquanto percentagem da população total, e não será alheio também às alterações da composição da população activa acima referidas.

14. Cfr. M. FRIEDMAN, [5], 15.

15. Cfr. SHERMAN/EVANS, 244/245.

16. Cfr. J. TOBIN, [2], 26.

Sustentam, por outro lado, que da existência desse sistema resulta uma diminuição do custo relativo do lazer perante o trabalho, exactamente porque as pessoas temporariamente sem emprego continuariam a ver satisfeitas as suas necessidades básicas, o que lhes permitiria aguardar mais tempo sem procurar novo posto de trabalho e ser mais exigentes na aceitação de postos de trabalho alternativos.

De acordo com este raciocínio, a maior mobilidade e o grau crescente de exigência dos que procuram emprego é que seriam responsáveis pelo aumento das taxas de desemprego. Também por esta via chegam os monetaristas à conclusão de que o desemprego seria, pois, substancialmente, *desemprego voluntário*, sustentando que, em mercados de trabalho concorrenciais, o emprego e o desemprego efectivos revelariam as verdadeiras preferências dos trabalhadores entre trabalhar e dedicar o seu tempo a usos alternativos.¹⁷

7. Uma análise atenta das suas concepções leva-nos à conclusão de que os neoliberais regressam às teorias pré-keynesianas, defendendo que a *diminuição dos salários reais* é a condição indispensável e decisiva para que possa reduzir-se o desemprego e possa promover-se o (pleno) emprego. Fora desta condição, as políticas assentes na expansão da procura global apenas gerariam inflação sem criarem postos de trabalho suplementares. Na síntese de Hayek, “o problema do emprego é um problema de salários” pelo que a sua solução exige “o restabelecimento de um mercado do trabalho que proporcione salários compatíveis com uma moeda estável”¹⁸

Os monetaristas e os “novos economistas clássicos” vão mais longe, no seu radicalismo, do que tinham ido os próprios “clássicos”, perdendo aqueles o realismo de que deram provas alguns destes últimos, entre os quais sobressai A. C. Pigou, que nunca defendeu uma política de redução dos salários nem sequer a anulação ou a redução do subsídio de desemprego.

No entanto, mesmo durante a Grande Depressão, os fiéis mais ortodoxos dos dogmas liberais e da capacidade de auto-regulação das economias capitalistas combateram os subsídios de desemprego (existentes na Grã-Bretanha desde 1906), argumentando que o simples facto da sua existência encorajava a resistência dos

17. Às teses neoliberais pode bem aplicar-se o que Keynes observou acerca da teoria “clássica”: “muitas pessoas tentam solucionar o problema do desemprego com uma teoria baseada no pressuposto de que não há desemprego.” (cfr. J. KEYNES, [1], 350).

18. Cfr. F. HAYEK, [2], 298.

sindicatos à baixa dos salários para o nível de equilíbrio. Ora, se as taxas dos salários pudessem baixar, argumentavam os ortodoxos, o equilíbrio restabelecer-se-ia automaticamente. E, durante a crise financeira de 1931, o Governador do Banco de Inglaterra, por instigação dos meios financeiros dos EUA, ameaçou mesmo o governo trabalhista de que certos créditos poderiam ser cancelados se o subsídio de desemprego não fosse abolido.¹⁹

Ao fim e ao cabo, o que os monetaristas pretendem é que, como nos primeiros tempos do industrialismo, o reequilíbrio (com o inerente pleno emprego, acreditam eles) se faça à custa da *diminuição dos salários reais*.

A verdade, porém, é que o liberalismo económico funcionou nas condições históricas dos séculos XVIII e XIX, em que a tecnologia industrial era relativamente rudimentar e adaptada a empresas de pequena dimensão; em que era inexistente ou pouco relevante a concentração capitalista; em que os trabalhadores não estavam organizados (ou dispunham de organizações de classe de existência precária, débeis e inexperientes) e não gozavam da totalidade dos direitos civis e políticos (o que lhes dificultava e reduzia o acesso ao aparelho de Estado e ao poder político e, conseqüentemente, a obtenção das regalias económicas e sociais de que hoje desfrutam); e em que, por isso mesmo, os governos ã imunes às exigências e aos votos populares ã podiam ignorar impunemente os sacrifícios (e os sacrificados) das crises cíclicas da economia capitalista, qualquer que fosse a sua duração e intensidade.

É claro que a ‘solução’ de impor aos trabalhadores o ónus de ‘pagar a crise’ só funcionou porque o capitalismo era então, sem disfarces, “um sistema em que os que não podiam trabalhar também não podiam comer.”²⁰

Resta saber se esta ‘solução’ — que, como se vê, apesar de resultar das ‘leis sagradas’ do mercado, não é ‘natural’ nem ‘automática’ nem ‘neutra’ — fará sentido em economias que usam tecnologias avançadas. Alguém admitirá que uma unidade de produção informatizada e utilizando *robots* e outras técnicas de automação vai deitar fora os equipamentos (caríssimos) compatíveis com estas tecnologias apenas porque, conjunturalmente, os salários estão baixos? Alguém admitirá que um empresário responsável vá lançar um novo empreendimento com tecnologia trabalho-intensiva ultrapassada, apenas porque, conjunturalmente, os salários estão baixos?

Parece inegável, por outro lado, que, à medida que os trabalhadores foram conquistando o direito ao sufrágio universal e a generalidade dos direitos civis e políticos

19. Cfr. ROBINSON/EATWELL, 47.

20. Cfr. SAMUELSON/NORDHAUS, 312/313.

(liberdade de expressão, direito de associação, liberdade sindical, etc.), o *laissez-faire* começou a experimentar dificuldades crescentes, que culminaram com a Grande Depressão dos anos 1929-1933 e o risco de um colapso iminente do próprio capitalismo.

Resta saber, por isso mesmo, se aquela 'solução' será compatível com a realidade social e política dos actuais países capitalistas industrializados, em que os trabalhadores assalariados e que por certo não se deixarão facilmente convencer a votar numa política de desemprego em massa e constituem a grande maioria da população e dominam (talvez só numericamente...) os 'mercados políticos'. Se se respeitarem as regras democráticas (entre as quais o reconhecimento das liberdades sindicais), os governos, dependentes do voto popular, não poderão continuar alheios às vicissitudes do ciclo económico. Não falta quem defenda que uma das marcas do génio de Keynes residiu, precisamente, no reconhecimento da necessidade (e na tentativa) de conciliar a democracia política com a economia de mercado capitalista (função do *Welfare State*)

8. Ignorando as lições da História, os neoliberais vêm sustentando a necessidade de expurgar o mercado de trabalho das "imperfeições" que lhe foram sendo introduzidas: o subsídio de desemprego, a garantia do salário mínimo, os direitos decorrentes da existência de um sistema público de segurança social.

Na perspectiva dos neoliberais, os sindicatos é que devem assumir toda a responsabilidade pela criação das condições para o pleno emprego da mão-de-obra. Quer dizer: enquanto houver trabalhadores desempregados, os sindicatos têm de aceitar a redução dos salários nominais. Este seria o único meio de forçar a mobilidade da mão-de-obra entre as indústrias e de elevar as margens de lucro, redistribuindo os trabalhadores de modo que a distribuição da oferta de mão-de-obra acompanhe a distribuição da respectiva procura, favorecendo assim o aumento desta por parte das empresas. Friedrich Hayek afirma abertamente: "*é necessário que a responsabilidade de estabelecer um nível de salários compatível com um nível de emprego elevado e estável seja de novo firmemente colocada onde deve estar: nos sindicatos*"²¹

Colocada assim a questão, um pequeno passo basta para concluir pela necessidade de domesticar (desmantelar) os "agressivos monopólios sindicais", que Friedman acusa de, ao exigirem salários elevados, contribuírem para restringir o número de postos de trabalho. Por isso, não hesita em proclamar que "*as vitórias que os*

21. Cfr. F. HAYEK, [2], 298.

sindicatos fortes conseguem para os seus membros são obtidos acima de tudo à custa dos outros trabalhadores” ²²

Outra linha de ‘argumentação’ põe em relevo que “*os sindicatos começam a tornar-se incompatíveis com a economia de livre empresa*” e que, “*se se quer preservar o sistema de livre empresa, será necessário (...) reduzir o poder monopolístico dos sindicatos operários*” ²³ O fantasma da ‘ingovernabilidade’ (que sempre acaba apelando para um qualquer *leviathan*) vem sendo agitado contra os sindicatos.

As ideias de Hayek são elucidativas a este respeito.

Por um lado, condena a ideia de que é do interesse público que os sindicatos sejam restringidos o menos possível na prossecução dos seus objectivos, porque foi em nome dela que os ‘monopólios sindicais’ acabaram por adquirir “*privilégios únicos, de que não goza qualquer outra associação ou indivíduo*”, situação que equivaleria a aceitar que, no domínio das relações de trabalho, os fins justificam os meios.

Por outro lado, ele considera “*especialmente perigoso*” o poder alcançado pelos sindicatos, poder que, a seu ver, se traduz na “*coerção de homens sobre outros homens*” na “*coerção de trabalhadores pelos seus companheiros trabalhadores*” Só porque se tem admitido que eles exerçam um tal poder de coerção “*sobre aqueles que querem trabalhar em condições não aprovadas pelos sindicatos*” é que estes se tornaram capazes de exercer igualmente uma poderosa coerção sobre os empregadores. “*Pessoalmente æ conclui Hayek æ, estou convencido de que o poder dos monopólios sindicais é, juntamente com os modernos métodos de tributação, o principal factor de desencorajamento do investimento privado em equipamento produtivo*”

A aceitação da pretensão dos sindicatos de aumentar os salários tendo em conta os aumentos da produtividade — hoje geralmente considerada socialmente justa e economicamente vantajosa — significa, para Hayek, o reconhecimento do direito de expropriar uma parte do capital das empresas. Vejamo-lo nas suas próprias palavras: “*O reconhecimento do direito do trabalhador de uma empresa, enquanto trabalhador, de participar numa quota dos lucros, independentemente de qualquer contribuição que ele tenha feito para o seu capital, faz dele proprietário de uma parte da empresa.*”

22. Cfr. M. e Rose FRIEDMAN, [2], 305-307. Os monetaristas não propõem, porém, a eliminação dos monopólios económicos, dos grandes conglomerados transnacionais, que têm reforçado o seu *poder* (poder de mercado, poder financeiro, poder político) e que ‘governam’ o capitalismo à escala mundial, apesar de todas as legislações ‘anti-monopolistas’. E nenhum deles acreditará que a simples força das suas ideias faça regressar o mundo ao ‘paraíso perdido’ do capitalismo de concorrência (cuja existência, como a de todos os ‘paraísos’, é pura matéria de fé...).

23 Cfr. G. HABERLER, [1], 90/91 e [2], 165-173.

Neste sentido, tal exigência é, sem dúvida, puramente socialista e, o que é mais, não baseada em qualquer teoria socialista do tipo mais sofisticado e racional, mas no mais grosseiro tipo de socialismo, vulgarmente conhecido por sindicalismo”

À luz do que fica dito, compreende-se que Hayek pergunte “*até onde se permitirá que os grupos organizados de trabalhadores industriais utilizem o poder coercivo que adquiriram de forçar no resto do país uma mudança nas instituições fundamentais em que assenta o nosso sistema económico e social!*” E, perante uma tal subversão das instituições, compreende-se que responda: “*Há um momento em que todos os que desejam a preservação do sistema de mercado baseado na livre empresa têm que desejar e apoiar sem ambiguidade uma recusa frontal daquelas exigências [as exigências sindicais], sem vacilar perante as consequências que esta atitude possa ter a curto prazo.*”²⁴

Igualmente claras são as reflexões de Gottfried Haberler num artigo muito conhecido sobre política de salários, emprego e estabilidade económica.

Nele pode ler-se que muitas das dificuldades por ele consideradas das mais relevantes das economias capitalistas actuais (“*salários monetários rígidos à baixa*” e “*pressão constante à alta das taxas de salário monetário*”) devem ser imputadas à “*legislação do salário mínimo, aos planos de segurança social, aos subsídios de desemprego mais liberais*”. E estas são realidades apontadas como o fruto da acção do que em outro artigo o mesmo autor chama os “*opressivos monopólios do trabalho*”, um dos “*vícios [sic] dos países mais desenvolvidos*” que “*muitos países subdesenvolvidos foram mais rápidos a adoptar*”²⁵

Não admira, por isso, que Haberler defenda que “*o poder das organizações operárias cresceu até um ponto em que os sindicatos começam a ser incompatíveis com a economia de livre empresa*” O que justificaria, em sua opinião e que abona com posição idêntica de Milton Friedman e, que, “*se se quer preservar o sistema de livre empresa, e se se quer evitar os controlos drásticos, será necessário mudar as actuais políticas salariais e reduzir o poder monopolístico dos sindicatos operários*”²⁶

Mesmo no Reino Unido, país onde o movimento sindical era tradicionalmente considerado uma instituição quase tão intocável como a realeza, a Senhora Thatcher, enquanto primeira-ministra, não hesitou em acusar os sindicatos de quererem “*destruir o Estado*”, erigindo-os desse modo em *inimigo interno* sobre o qual toda a repressão se pretende legitimada. Tal como nos primórdios da revolução industrial,

24. Cfr. F. HAYEK, [3], 281ss.

25. Cfr. G. HABERLER, [1], 90/91.

26. Cfr. G. HABERLER, [2], 165-173.

quando os novos assalariados industriais eram apontados e tratados como “bárbaros que ameaçam invadir a cidade”²⁷

9. O capitalismo surgiu como a “civilização das desigualdades” Como sublinhou Adam Smith, “*sempre que há muita propriedade, há grande desigualdade. Por cada homem rico haverá, pelo menos, quinhentos homens pobres, e a propriedade de uns poucos pressupõe a indigência de muitos*”.²⁸ Quer dizer: a desigualdade económica é uma característica inerente às sociedades burguesas, apesar de estas terem vindo proclamar que todos os homens (mesmo os trabalhadores) são livres e iguais perante a lei.

A economia política, que nasceu com o capitalismo como “ciência da burguesia”, dando-se conta de que a miséria crescia a par da riqueza, procurou, desde o início, ‘legitimar’ essa desigualdade, apontando-a como dado inelutável, inerente à ‘natureza das coisas’, resultante das *leis naturais* que regulam a economia, leis que os homens não poderiam alterar, por serem leis de validade absoluta e universal, válidas em todos os tempos e em todos os lugares como as *leis da física* (por isso o capitalismo é, para os clássicos ingleses, *o fim da história...*) e perante as quais não teria sentido falar de justiça e injustiça, porque *o que é natural é justo*.

Ao explicar a *acumulação primitiva do capital* æ que, num dos seus aspectos essenciais, se traduziu na enorme concentração de capital nas mãos de uma nova classe social (a burguesia) æ, Adam Smith recorreu a uma teoria que, como observou Marx, desempenha aqui papel idêntico ao da teoria do pecado original na teologia: sendo todos os homens iguais, acumulam e enriquecem os que são trabalhadores (industriosos), poupados (parcimoniosos) e inteligentes; estão condenados a ser pobres os que são preguiçosos, perdulários e incapazes (pouco inteligentes).

E esta teoria smithiana da “previous accumulation” (inspirada na teologia protestante, “essencialmente uma religião burguesa” recorda Marx) serviria depois para ‘explicar’ e ‘justificar’ as desigualdades que o capitalismo industrial acentuou, glorificando os vencedores e degradando os perdedores e os pobres. Se a riqueza era entendida como uma Graça de Deus, a pobreza só poderia entender-se como a denegação da Graça divina.²⁹ A mendicidade foi mesmo considerada um delito punido pelo Estado

27. Ver M. DESAI, 224.

28. Cfr. A. SMITH, II, 316.

29. “*Por isso se percebe – como salienta Rogério Soares, 60 – que no sistema das ‘Manufacturas’, onde se impunha a ascense do trabalho aos criminosos e vagabundos, também os pobres fossem tratados da mesma desapidada maneira*”

e muitos milhares de ‘mendigos’ e ‘vagabundos’ foram executados por cometerem o ‘crime’ de serem pobres, e, por isso, socialmente perigosos.

A desigualdade gritante entre as “duas nações” que constituíam as sociedades saídas da revolução industrial foi também ‘explicada’ com base na ideia da *preguiça natural das classes trabalhadoras*, ideia que floresceu, como verdade primária, ao longo do séc. XVIII: os trabalhadores eram pobres, desde logo e sobretudo, porque eram preguiçosos e também porque não eram poupados nem inteligentes.

Esta tese teve outra ‘leitura’ igualmente condizente com os interesses da nova burguesia dominante: é preciso que os trabalhadores se mantenham pobres, porque este é o único meio de os tornar *industriosos* (para usar a expressão inglesa do tempo).

10. Perante o descalabro da Grande Depressão e a conseqüente miséria de milhões de pessoas em todo o mundo, Keynes veio defender que as situações de desequilíbrio e de crise são inerentes às economias capitalistas, nas quais as situações de pleno emprego são “raras e efémeras”³⁰ Por isso estas economias precisam de ser equilibradas e podem ser equilibradas, o que implica que o Estado assuma funções complexas no domínio da promoção do desenvolvimento económico, do combate ao desemprego e da promoção do pleno emprego, da redistribuição do rendimento e da segurança social.

No seu tempo, uma das medidas propostas por Malthus para combater as situações de depressão e de desemprego foi o *aumento da procura efectiva*, com base no estímulo ao consumo dos ricos. Se o luxo dos ricos faz a felicidade dos pobres (ideia largamente aceite nos séculos XVIII e XIX), deixem-se os ricos consumir sem limitações (por exemplo, reduzindo os impostos sobre os rendimentos dos proprietários rurais e revogando as leis sumptuárias).

Na era da ‘sociedade de consumo’ perante uma *produção em massa*, o consumo dos ricos (mesmo que esbanjador) não consegue assegurar o escoamento de toda a produção. O aumento do consumo dos pobres (entre eles os trabalhadores), o *consumo de massas* é uma necessidade, resultante do próprio desenvolvimento tecnológico proporcionado pela ‘civilização burguesa’

Parece que Henry Ford se terá apercebido disto mesmo ao afirmar que precisava de que os seus operários pudessem comprar os automóveis saídos das linhas de *produção em série* das suas fábricas. Um dos méritos de Keynes foi ter compreendido e enquadrado teoricamente esta problemática. Para assegurar mais estabilidade às

30. Cfr. J. KEYNES, [3], 249/250

economias capitalistas, de modo a evitar sobressaltos como o da grande depressão, é necessário que os desempregados não percam todo o seu poder de compra (daí o subsídio de desemprego), que os doentes e inválidos recebam algum dinheiro para gastar (subsídios de doença e de invalidez), que os velhos não percam o seu rendimento quando deixam de trabalhar (daí o regime de aposentaçãõ, com a correspondente pensãõ de reforma).

11. Na *General Theory* Keynes identifica os dois “vícios” que considera mais marcantes das economias capitalistas: a possibilidade da existência de *desemprego involuntário*, e o facto de que a “repartiçãõ da riqueza e do rendimento é arbitrária e carece de equidade.” E defende que a correçãõ destes ‘vícios’ constitui a principal responsabilidade do Estado.

Keynes reconhece que a propriedade privada e o aguilhão do lucro possam ser factores estimulantes do progresso económico.

Mas entende, por um lado, que “*a sabedoria e a prudência exigirãõ sem dúvida aos homens de Estado autorizar a prática do jogo sob certas regras e dentro de certos limites*”

E defende, por outro lado, que a acentuada desigualdade de rendimentos contraria mais do que favorece o desenvolvimento da riqueza, negando assim uma das principais justificações sociais da grande desigualdade de riqueza e de rendimento: “*Podem justificar-se, por razões sociais e psicológicas, desigualdades significativas de riqueza, mas não — sublinha o professor de Cambridge — desigualdades tão marcadas como as que actualmente se verificam.*”³¹

Ficava assim legitimada a intervençãõ do Estado na busca de maior justiça social, de maior igualdade entre as pessoas, os grupos e as classes sociais. A “equaçãõ keynesiana” foi uma tentativa de conciliar o progresso social e a eficácia económica. E o discurso keynesiano tornou claro que a conciliaçãõ destes dois objectivos (em vez da proclamaçãõ da sua natureza conflituante) é uma necessidade decorrente das estruturas económicas e sociais do capitalismo contemporâneo.

A esta necessidade respondeu, a partir dos anos trinta, e, mais acentuadamente, a partir da Segunda Guerra Mundial, a criaçãõ do *Estado-providência*, assente na intervençãõ económica, na redistribuiçãõ da riqueza e do rendimento, na regulamentaçãõ das relações sociais, no reconhecimento de direitos económicos e sociais aos trabalhadores, na implantaçãõ de sistemas públicos de segurança social.

As bases (keynesianas) do *Welfare State* sãõ, pois, essencialmente, de

31. Cfr. J. KEYNES, [3], 372-374.

natureza económica, ligadas à necessidade de reduzir a intensidade e a duração das crises cíclicas próprias do capitalismo, e motivadas pelo objectivo de salvar o próprio capitalismo.

Na verdade, estes novos *agenda* do Estado não pretendiam subverter (nem subverteram) o sistema, nem visavam promover (nem promoveram) nenhuma revolução social (apesar de se falar de “revolução keynesiana”), antes se enquadram na lógica do capitalismo e da sua racionalidade intrínseca.

Dáí que eles não tenham resolvido o problema do ‘subdesenvolvimento’; não tenham impedido o alargamento do fosso entre ‘países desenvolvidos’ e ‘países subdesenvolvidos’; não tenham acabado com as crises cíclicas do capitalismo; não tenham posto cobro à desigualdade na distribuição do rendimento, cujo agravamento leva a que se fale já da necessidade de incluir no elenco dos direitos fundamentais o *direito a uma igualdade razoável*; não acabaram, evidentemente, com o regime do salariado e com a relação de exploração que lhe é inerente.

Os neo-keynesianos, embora não escondendo alguma frustração acerca dos resultados das políticas de redistribuição do rendimento e mesmo algumas críticas ao desempenho do Estado-providência, mantêm-se fiéis ao *princípio da responsabilidade social colectiva*, que inspira o Estado de bem-estar, sobretudo na Europa. Trinta e cinco anos depois de Keynes, James Tobin sustentava que “*a welfare-economics continua a ser um tema relevante e estimulante. Atrevo-me a acreditar — acrescenta Tobin* ³² — *que ela tem um brilhante futuro*” Paul Samuelson e William Nordhaus, embora reconhecendo que “o humanitarismo tem os seus custos”, defendem que o Estado de bem-estar não permitirá que os trabalhadores regressem ao século XIX: “*são poucos aqueles que propõem que o relógio da história volte para trás, de regresso ao regime sem compaixão do capitalismo puro.*” ³³

12. Diferentes são as concepções dos monetaristas e dos neoliberais em geral acerca da economia e da sociedade e, de modo particular, acerca do papel do Estado perante a economia e perante a sociedade. Fiéis ao ideário liberal do *laissez-faire*, da *mão invisível* e da *lei de Say*, defendem que as economias capitalistas tendem espontaneamente para o equilíbrio de pleno emprego em todos os mercados, pelo que não precisam de ser equilibradas, sendo desnecessárias as políticas anti-cíclicas e sendo desnecessárias e inconsequentes as políticas de combate ao desemprego, que não conseguem eliminá-lo e geram inflação.

32. Cfr. J. TOBIN, [1], 18.

33. Cfr. SAMUELSON/NORDHAUS, 313.

Mais longe ainda vão os *monetaristas da segunda geração* (“monetarists mark II”, como lhes chama James Tobin), defensores da chamada *teoria das expectativas racionais*. Segundo eles, os agentes económicos privados dispõem da mesma informação que está ao alcance dos poderes públicos, e, comportando-se como agentes económicos racionais, antecipam plena e correctamente quaisquer políticas públicas. As políticas económicas sistemáticas deixariam, pois, de ter qualquer efeito sobre a economia, restando aos governos ‘enganar’ os agentes económicos através de *medidas de surpresa*, incompatíveis com o cientismo e a programação de que se reclama a política económica.³⁴

Desta *neutralidade da política económica* passa-se, quase sem solução de continuidade, à defesa da *morte da política económica*, porque esta seria desnecessária, perniciosa e sem sentido. Assim estamos de regresso ao velho mito liberal da separação Estado/economia e Estado/sociedade: a economia seria coisa exclusiva dos privados (da sociedade civil, da sociedade económica), cabendo ao Estado tão somente garantir a liberdade individual (a liberdade económica, a liberdade de adquirir e de possuir sem entraves), que proporcionaria igualdade de oportunidades para todos.

13. O ideário liberal rejeita o objectivo de redução das desigualdades, em nome de um qualquer ideal de equidade e de Justiça: as políticas que buscam realizar a Justiça social distributiva são sempre encaradas como um *atentado contra a liberdade individual*.

Milton Friedman é muito claro: “*a este nível, a igualdade entra vivamente em conflito com a liberdade*”. E ele escolhe a liberdade, confiando em que esta assegure o maior grau de igualdade possível. Por um lado, porque “*uma sociedade que põe a igualdade — no sentido de igualdade de resultados — à frente da liberdade acabará por não ter nem igualdade nem liberdade*” Por outro lado, porque “*uma sociedade que põe a liberdade em primeiro lugar acabará por ter, como feliz subproduto, mais liberdade e mais igualdade.*”³⁵

É o regresso à tese smithiana de que o mecanismo do mercado realiza “*a concordância admirável do interesse e da Justiça*”, tornando indissociáveis a liberdade (económica), a eficiência económica e a equidade social.

Neste domínio da filosofia social, o neoliberalismo exclui da esfera da responsabilidade do Estado as questões atinentes à justiça social, negando, por isso, toda a legitimidade das *políticas de redistribuição do rendimento*, orientadas para o

34. Para maiores desenvolvimentos, cfr. A. J. AVELÃS NUNES, [1], 125ss.

35 Cfr. M. e Rose FRIEDMAN [2], 202.

objectivo de reduzir as desigualdades de riqueza e de rendimento, na busca de mais equidade, de mais Justiça social, de mais igualdade efectiva entre as pessoas.

No que toca à obrigatoriedade dos descontos para a segurança social, os neoliberais consideram-na, como se diz acima, um atentado contra a liberdade individual, cometido em nome do objectivo de garantir as pessoas contra determinadas situações (desemprego, doença, invalidez, velhice). E sustentam que esse atentado é tanto mais grave e intolerável quanto é certo que, na sua perspectiva, este objectivo ficará melhor acautelado (com menores custos financeiros e menores custos sociais) se cada pessoa (ou cada família) o assumir, como responsabilidade própria, tomando, em conformidade, as medidas adequadas.

Milton Friedman não hesita em classificar o *princípio da responsabilidade social colectiva* como “uma doutrina essencialmente subversiva.” A seu ver, o deprimente esbanjamento de recursos financeiros é ainda o menor de todos os males resultantes dos programas paternalistas de segurança social. “*O maior de todos os seus males é o efeito maligno que exercem sobre a estrutura da nossa sociedade. Eles enfraquecem os alicerces da família; reduzem o incentivo para o trabalho, a poupança e a inovação; diminuem a acumulação do capital; e limitam a nossa liberdade. Estes são os principais factores que devem ser julgados.*”³⁶

Entre “os custos maiores da extensão das *governmental welfare activities*”, Friedman destaca ainda “*o correspondente declínio das actividades privadas de caridade*” que proliferaram no Reino Unido e nos EUA no período áureo do *laissez-faire*, na segunda metade do século XIX. Esta é uma opinião só compreensível à luz do entendimento segundo o qual “a caridade privada dirigida para ajudar os menos afortunados” é “o mais desejável” de todos os meios para aliviar a pobreza e é “um exemplo do uso correcto da liberdade”

O ilustre laureado com o Prémio Nobel da Economia está a pensar, evidentemente, na liberdade daqueles que ‘fazem’ a caridade. E a liberdade dos que se vêem na necessidade de ‘estender a mão à caridade’? Não serão estes, precisamente, aqueles que mais se vêem privados da sua *dignidade* e da sua *liberdade* como pessoas, o mais elevado dos valores a proteger, segundo o ideário liberal? Ao proclamar que a única igualdade a que os homens têm direito é “o seu igual direito à liberdade”, garantirá

36. Cfr. M. e Rose FRIEDMAN, [2], 172-178. Os monetaristas sustentam que as transferências sociais, reduzindo o custo do ócio (do não-trabalho), são uma autêntica *subvenção à preguiça*. Utilizando o comentário de Galbraith perante as opções da Administração Reagan neste domínio, poderemos sintetizar deste modo a ‘filosofia’ dos neoliberais: “os ricos não trabalham o suficiente porque não ganham o suficiente; os pobres trabalham pouco porque ganham demasiado”.

o liberalismo a liberdade e a dignidade de cada um dos homens? A proposta friedmaniana de regresso ao passado não contém a promessa de nenhum ‘paraíso’ mas contém a ameaça de nos fazer regressar ao ‘inferno perdido’ do apogeu do *laissez-faire*.

Fiel à sua matriz ideológica, Friedman defende, com toda a clareza, a necessidade de “*derrubar definitivamente este Estado-providência ao serviço dos ricos e das classes médias*” advogando a ideia de que, em vez dele, “*é altura de as democracias ocidentais retomarem os incentivos para produzir, empreender, investir.*”³⁷ As vantagens da sua proposta seriam as vantagens do ‘Estado liberal’: “*A extinção do actual sistema de Segurança Social eliminaria os efeitos que presentemente se fazem sentir relativamente à falta de incentivo para a procura de trabalho, o que representaria, igualmente, um maior rendimento nacional corrente. Conduziria à poupança individual e, portanto, à formação de taxas de capital mais elevadas e de uma taxa de crescimento do rendimento mais acelerada. Estimularia o desenvolvimento e a expansão de planos de pensão privados, aumentando deste modo a segurança de muitos trabalhadores.*”³⁸

Os neoliberais voltam, assim, as costas à cultura democrática e igualitária da época contemporânea, caracterizada não só pela afirmação da *igualdade civil e política* para todos, mas também pela busca da *redução das desigualdades* entre os indivíduos no plano económico e social, no âmbito de um objectivo mais amplo de libertar a sociedade e os seus membros da *necessidade* e do *risco*, objectivo que está na base dos sistemas públicos de segurança social.

14. No plano da economia, o liberalismo de Friedman assenta na confiança absoluta no mercado livre e no mecanismo dos preços, justificando, também neste aspecto, o retrato que dele fez Galbraith: “é um economista do século XVIII”

Pois este “economista do século XVIII” defende o seguinte: “*O sistema de preços permite que as pessoas cooperem pacificamente numa fase da sua vida enquanto cada uma trata daquilo que lhe interessa. A ideia luminosa de Adam Smith foi reconhecer que os preços que emergiam de transacções voluntárias entre compradores e vendedores — em resumo, um mercado livre — podiam coordenar a actividade de milhões de pessoas, cada uma à procura dos seus próprios interesses.*”³⁹

Em coerência com o seu projecto de sociedade, Milton Friedman considera que se deve impedir que o Estado controle, sob qualquer forma, a actividade

37. Entrevista ao *Nouvel Observateur* de Abril de 1981.

38. Cfr. M. e Rose FRIEDMAN, [2], 172-174.

39. Cfr. M. e Rose FRIEDMAN, [2], 42.

económica, pois tal não é mais do que uma forma de impedir a concentração de mais poder nas mãos do Estado. Ao invés, deve assegurar-se a sua disseminação por grande número de pessoas, que assim ficarão mais livres, compensando de algum modo o poder político do Estado.

O radicalismo de Milton Friedman vai ao ponto de considerar demasiado permissivo o critério de Adam Smith para delimitar a esfera de acção do Estado: *“Quase não há nenhuma actividade — escreveu M. Friedman em 1976 — que não se tenha considerado adequada à intervenção do Estado de acordo com os argumentos de Smith. É fácil afirmar, como o faz Smith mais de uma vez, que há ‘efeitos externos’ que colocam uma actividade ou outra na esfera do ‘interesse público’ e não na esfera do ‘interesse de algum indivíduo ou algum número pequeno de indivíduos’ Não há critérios objectivos amplamente aceites para avaliar tais asserções, para medir a grandeza dos efeitos externos, para identificar os efeitos externos das acções governamentais e compará-los com os efeitos externos que se produziriam se se deixassem as coisas em mãos privadas. A análise superficialmente científica de custo-benefício erigida com base em Smith transformou-se numa formidável Caixa de Pandora.”*⁴⁰

Estamos longe da visão de Keynes, que, em “The End of Laissez-Faire” doze anos antes da publicação da *General Theory*, escreveu este ‘discurso’ contra os princípios “metafísicos” em que se fundamenta o *laissez-faire*: *“Não é verdade que os indivíduos disponham de uma inquestionável ‘liberdade natural’ nas suas actividades económicas. Não existe nenhum ‘contrato’ que confira direitos perpétuos aos que têm ou aos que adquirem. O mundo não é governado a partir de cima de modo que os interesses privados e os interesses sociais sempre coincidam. E não é gerido a partir de baixo de modo que, na prática, eles coincidam. Não é uma dedução correcta dos princípios da economia que o interesse próprio esclarecidamente entendido opere sempre no interesse público. Nem é verdade que o interesse próprio seja em regra esclarecidamente entendido; a maior parte das vezes os indivíduos que actuam isoladamente para prosseguir os seus próprios objectivos são demasiado ignorantes ou demasiado fracos, mesmo para atingir estes objectivos. A experiência não mostra que, quando os indivíduos formam uma unidade social, sejam sempre menos esclarecidos do que quando actuam separadamente.”*⁴¹

15. Segundo o modelo liberal, o capitalismo é uma economia de mercado livre, na qual a soberania do consumidor (a *liberdade para escolher* de que fala Milton

40. Apud G. FEIWEL, 146.

41. Cfr. J. KEYNES, [2], 287/288

Friedman) determina todas as escolhas — feitas *livremente* no mercado por *cada um dos indivíduos* que nele actuam —, decidindo, em último termo, à escala da economia como um todo, *o quê, como e para quem* se vai produzir.

No fundo, o mito da *soberania do consumidor* é um reflexo do mito liberal do contratualismo, que reduz toda a vida em sociedade — nomeadamente a vida económica — a *relações contratuais* livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos, cada um dos quais dispõe de informação completa sobre todas as alternativas possíveis e sabe perfeitamente o que quer.

Para os defensores desta concepção, “*a economia de livre empresa é a outra face da democracia*”. Como escreveu um autor (Enoch Powel), “*nesta grande e contínua eleição geral da economia livre, ninguém, nem mesmo o mais pobre, é privado do seu direito de voto: estamos todos a votar a todo o momento.*”

Esta ‘leitura’ da realidade, segundo a qual a ‘votação’ efectuada no mercado, dá a todos iguais possibilidades de participar na orientação da vida económica, pretende significar a existência de um autêntico *governo democrático da economia*.

Contra ela parece decisivo o argumento (de Mark Blaug) de que ela ‘esquece’ o facto essencial de que no mercado se efectua “uma eleição em que alguns eleitores podem votar mais do que uma vez”, porque, no mercado livre, o peso (a influência) do voto de cada consumidor depende do que cada um gasta no mercado, o que, por sua vez, depende da riqueza e do rendimento de cada um.⁴²

Os marginalistas dirão que os rendimentos de cada pessoa correspondem à ‘contribuição’ de cada uma para o rendimento da comunidade. Os críticos da teoria da produtividade marginal negam que assim seja. E se não houver uma ‘justificação moral’ para as *diferenças de rendimento* e para a *diferença de natureza* do rendimento do trabalho e do rendimento do capital, é inevitável a conclusão de que a ‘votação’ do mercado está viciada à partida e conduz a resultados injustos, que reflectem e ajudam a perpetuar as estruturas (de poder) que geram e mantêm as diferenças de rendimentos. Esta conclusão será ainda mais evidente quando se toma em consideração a riqueza herdada por alguns e o rendimento que dela resulta para os seus titulares pelo simples facto de o serem.

16. A *soberania do consumidor* é invocada também para ‘legitimar’ os resultados do funcionamento das *economias de mercado livre* no que toca à distribuição da riqueza e do rendimento. A sua ‘legitimação’ deriva da ideia de que eles são livremente queridos e assumidos por todos e por cada um, através da livre escolha individual. Von

42. Ver, mais desenvolvidamente, A. J. AVELÃS NUNES, [2].

Mises defende expressamente que, “*numa sociedade capitalista, a riqueza só pode adquirir-se e conservar-se mediante uma atitude que corresponda às exigências dos consumidores. Assim, a riqueza de prósperos comerciantes é sempre o resultado de um plebiscito dos consumidores e, uma vez adquirida, a riqueza só pode conservar-se se for utilizada da forma que os consumidores considerem mais benéfica para eles.*”

Em sentido contrário, abona toda a lógica da sociedade de consumo, em que as necessidades são um mero pretexto para vender aquilo que se produz: se não há necessidades, inventam-se, e os desejos ‘produzem-se’ ao mesmo tempo que os bens. O peso crescente da ‘moda’ e da publicidade na determinação do comportamento dos consumidores dá razão aos que defendem que os desejos dos consumidores deixaram de ser uma questão de escolha individual, tendo-se tornado uma *produção de massa*. A realidade quotidiana mostra que, para além de um certo grau de inter-actividade, as grandes empresas criam necessidades e desejos, fabricam as modas, modificam os hábitos de consumo, praticamente à escala do planeta.

17. Mesmo na óptica dos produtores, poderá dizer-se, com boas razões, que, afinal, este *rational choosing agent* inventado pelo marginalismo é, nas condições do mercado livre, “um homem sem escolhas” Se quer evitar a morte (falência), ele tem que produzir ao custo mais baixo a que os outros produzem e tem que vender ao preço (dado) do mercado e não pode permitir-se quaisquer motivações (ou fins) não-económicos (a amizade, a compaixão, a responsabilidade social). A sua ‘conduta racional’ não passa de uma conduta de adaptação às condições *dadas* pelo mercado, com vista ao *fim único da maximização do ganho* (a utilidade ou o lucro). É um *homem unidimensional*, que mais parece um *robot* do que um *homem livre*, capaz de assumir *escolhas morais*.

Na perspectiva dos consumidores, Joan Robinson põe o dedo na ferida quando escreve que a *mainstream economics*, “*ao aclamar a ‘soberania do consumidor’, acaba por perder de vista o problema da distribuição do poder de compra entre a população.*”⁴³ É, mais uma vez, a fuga à realidade social e aos seus problemas, também neste aspecto ao arrepio da atitude dos economistas que integram a linhagem Fisiocratas-Smith-Ricardo-Marx, todos empenhados, a seu modo, em compreender a sociedade em que viveram.

J. K. Galbraith⁴⁴ é um dos autores que, desde a década de 1950, mais lucidamente tem contribuído para a crítica desta “*economics as a system of belief*”,

43. Ver J. ROBINSON, [1] e [2].

44. Cfr. J. GALBRAITH, [2].

desta “sedative economics” que persiste na defesa do dogma da “soberania do consumidor” ‘soberania’ que, segundo ele, só existe no “mundo dos livros de texto” da *mainstream economics*. O consumidor não é hoje ‘soberano’ em qualquer sentido útil.

As sociedades que assentam no “sistema industrial”⁴⁵ são *economias planificadas*, dominadas pela *soberania do produtor* (i. é, a capacidade das grandes organizações empresariais para ‘planificar’ a economia). A *mão invisível* do mercado foi substituído pela *mão (muito) visível* das grandes empresas ‘monopolistas’, dos cartéis internacionais, dos poderosos conglomerados transnacionais, das grandes empresas públicas, do Estado e suas agências.

Por isso Galbraith propõe que a ciência económica abandone a óptica da *soberania do consumidor* e adopte a óptica da *soberania do produtor*.

Por isso, contra a lógica perversa da sociedade de consumo (em que as necessidades das pessoas e o consumo destinado a satisfazê-las são mero pretexto para proporcionar abundantes lucros aos grupos monopolistas *market makers*), muitos autores sustentam hoje que os *direitos dos consumidores* devem ser direitos constitucionalmente protegidos (o que já se verifica, aliás, em várias constituições), porque por aqui passa a liberdade e o bem-estar das pessoas e a própria vida democrática.

Num dos seus ensaios, Ralf Dahrendorf fala da necessidade de “transferência de alguns ganhos de produtividade *para tempo, em vez de dinheiro, para tempo livre, em vez de mais rendimento.*”⁴⁶ Esta é, sem dúvida, uma das questões centrais em aberto neste tempo de contradições: o desenvolvimento da produtividade resultante do progresso científico e tecnológico permite que se disponha de mais tempo para as actividades libertadoras do homem, em vez de o afectar a *produzir cada vez mais bens* para *ganhar cada vez mais dinheiro* para *comprar cada vez mais bens*. Um dia virá em que o luxo — que se espera possa ser acessível a todos — há-de consistir em *ter tempo*. A ciência económica não pode continuar a adiar a busca de um *outro padrão de racionalidade*. A ciência económica tem de assumir-se de novo como *economia política*, como um *ramo da filosofia social*.

18. O que está em causa, em última instância, é um dos pontos fundamentais do neoliberalismo reinante: a ideia de que o mercado é o *único mecanismo racional* de afectação de recursos escassos a usos alternativos, nele se realizando o

45. Cfr. J. GALBRAITH, [1].

46. Cfr. R. DAHRENDORF.

princípio universal de racionalidade inerente à natureza humana, que o marginalismo imprimiu no código genético do *homo oeconomicus* (um agente racional maximizador).

Os monetaristas vão mais longe e sustentam que o mecanismo dos preços é o único instrumento com base no qual se podem analisar e explicar todos os fenómenos sociais, reduzindo toda a vida humana a um problema de preços que o mercado resolve espontânea e naturalmente, da única forma racional (e justa). Karl Brunner afirma-o de forma impressionante⁴⁷: *“o princípio básico do monetarismo é a reafirmação da relevância da teoria dos preços para compreender o que acontece na aggregate economics. O nosso ponto fundamental reside em que a teoria dos preços é o paradigma crucial — na realidade o único paradigma — que os economistas têm. Podemos utilizar este paradigma para explicar toda a gama de fenómenos sociais. Não acredito numa espécie de ‘shoe box approach’ segundo a qual os problemas se distribuem por diferentes disciplinas, como a ciência política, a economia, a sociologia. Isto não faz muito sentido. A classificação não se refere a disciplinas alternativas. Pode ser entendida utilmente como referindo-se a diferentes espécies de problemas — diferentes assuntos — susceptíveis de ser abordados com a mesma análise social básica desenvolvida no domínio da ciência económica.”*

Mas a verdade é que a adopção deste critério implica que se afastem da análise todas as motivações que não possam ser avaliadas através do padrão de medida da moeda. Acresce que, como observa Mark Blaug, *“a afectação eficiente de recursos escassos entre fins alternativos não pode ser efectuada sem um padrão de avaliação”* Ora o mecanismo dos preços de mercado é apenas um padrão de avaliação particular, que avalia cada euro ou cada dólar do mesmo modo, independentemente da forma que ele assume. Mas esta circunstância — insiste M. Blaug — *“não nos deveria cegar quanto ao facto de a aceitação dos resultados do sistema de preços concorrenciais ser um juízo de valor”* porque *“o sistema de preços é uma eleição em que alguns eleitores podem votar mais do que uma vez, e em que a única forma de votar é gastando dinheiro.”*⁴⁸

A história das sociedades humanas mostra que o mercado não é um puro mecanismo natural de afectação eficiente e neutra de recursos escassos e de regulação automática da economia. O mercado deve antes considerar-se, como o Estado, uma instituição social, um produto da história, uma criação histórica da humanidade (correspondente a determinadas circunstâncias económicas, sociais, políticas e ideológicas), que veio servir (e serve) os interesses de uns (mas não os interesses de

47. Depoimento em A. KLAMER, 183/184.

48. Ver A. J. AVELÃS NUNES, [2].

todos), uma *instituição política* destinada a regular e a manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais sobre os interesses de outros grupos sociais. “Longe de serem ‘naturais’, os mercados são políticos” sustenta David Miliband.⁴⁹ Quer dizer: o mercado e o Estado são ambos *instituições sociais*, que não só coexistem como são interdependentes, construindo-se e reformando-se um ao outro no processo da sua interacção.

Nesta óptica, a questão fundamental não é a de saber se deve escolher-se o mercado ou o Estado, ou mesmo a de saber qual o peso do mercado e qual o peso do Estado (sendo certo que *bom Estado* significa algo mais do que *menos Estado*). A questão fundamental é a de saber que tipo de mercados pretendemos criar e que tipo de Estado pretendemos desenvolver.

À luz do que fica dito, resulta que a *defesa do mercado* como mecanismo de regulação automática da economia, por oposição à *intervenção do Estado* neste domínio e com este objectivo, não representa apenas um *ponto de vista técnico* sobre um *problema técnico*. Em boa verdade, a defesa do mercado é a defesa do modelo (da concepção filosófica) liberal, que vê no mercado uma instituição natural, autónoma, soberana, capaz de uma arbitragem neutral dos conflitos de interesses, uma instituição que “*não pode ser justa nem injusta, porque os resultados não são planeados nem previstos e dependem de uma multidão de circunstâncias que não são conhecidas, na sua totalidade, por quem quer que seja.*” (Hayek)⁵⁰ E é também a defesa da concepção liberal do Estado, entendendo este como instância separada da *economia* e da *sociedade civil* e considerando a *não-intervenção* do Estado na economia como um corolário da natureza do Estado enquanto pura instância política.

Ora esta é uma concepção que — deixando agora de lado o entendimento dos fisiocratas, de Locke e de Adam Smith — deliberadamente ignora a ‘compreensão’ da natureza de classe do Estado (para o dizermos em linguagem marxista), revelando-se incapaz de compreender que a *não-intervenção* do Estado na economia é apenas —

49. Cfr. D. MILIBAND.

50. Hayek entende que só faria sentido falar de justiça ou injustiça acerca da distribuição dos benefícios e dos ónus operada pelos mecanismos do mercado se essa distribuição fosse o resultado da acção deliberada de alguma pessoa ou grupo de pessoas, o que não é o caso. Por isso ele defende que a expressão *justiça social* deveria ser abolida da nossa linguagem. “A expressão ‘justiça social’ não é, como a maioria das pessoas provavelmente sente — escreve ele — uma expressão inocente de boa vontade para com os menos afortunados, (...) tendo-se transformado numa insinuação desonesta de que se deve concordar com as exigências de alguns interesses específicos que não oferecem para tanto qualquer razão autêntica” (apud D. GREEN, 127). No limite, a confiança nas virtudes do mercado e da *free society* poderá levar mesmo à conclusão de que “a pobreza é o fruto da preguiça” (William Simon, citado por P. ROSANVALLON, 89).

como os diversos tipos de intervenção — uma das formas de o *Estado capitalista* cumprir a sua missão essencial de garantir as condições gerais indispensáveis ao funcionamento do modo de produção capitalista e à manutenção das estruturas sociais que o viabilizam.

Vistas assim as coisas, a *defesa do mercado* veicula uma concepção acerca da *ordem social que se considera desejável* e consagra uma atitude de *defesa da ordem social* que tem no mercado um dos seus pilares. Tal como a *crítica do mercado* e do seu pretensado *carácter natural* (por parte de marxistas, keynesianos, radicais ou ecologistas) veicula um propósito de *introduzir mudanças na ordem social estabelecida* ou de *substituir por outra ordem social*.

19. Importa salientar, por outro lado, que as concepções individualistas e ‘laissez-fairistas’ que informam os vários monetarismos não podem desligar-se de certas correntes da filosofia política que acusam o “excesso de carga do governo” de ter conduzido à “ingovernabilidade das democracias” e o “excesso de democracia” de ter provocado a “crise da democracia”

Para os que assim pensam, o inflacionamento das responsabilidades atribuídas ao Estado (i.é, dos objectivos atribuídos à política económica e social) terá gerado uma escalada nas expectativas das pessoas relativamente aos resultados que esperam da acção dos governos. E estes têm visto acrescidas as suas tarefas e alargada a esfera da actividade política; e têm visto aumentar as reivindicações e alastrar a politização de problemas vários; e têm sofrido a generalização dos conflitos sociais, emergentes até da dificuldade em cumprir as promessas eleitorais e em satisfazer as aspirações crescentes das comunidades. Daí resultaria a frustração de camadas sociais cada vez mais amplas, o afundamento dos governos e a *crise da democracia*.

Para fugir ao *dilema anarquia/Leviathan*, a solução estaria no revigorecimento de uma organização política assente no *contrato*, nos direitos individuais e na propriedade privada, cabendo ao Estado apenas a função de proteger a ordem social assim fundada e orientada de acordo com o princípio egoísta de maximização de interesses individuais que a *mão invisível* conciliaria.

Os neoliberais dos nossos dias colocam a liberdade individual (a *liberdade para escolher* de que fala Milton Friedman) acima de quaisquer outros valores. E defendem que a liberdade económica é condição *sine qua non* da liberdade política. A *economia de mercado livre* impõe-se, nesta óptica, não apenas pela superior eficiência

económica que lhe é atribuída, mas também por razões de ordem política: como se diz na proclamação da *Société du Mont Pélérin* (1947), que Friedman subscreveu e em cujos trabalhos participou, “*sem o poder difuso e a iniciativa associada a estas instituições [a propriedade privada e o mercado de concorrência], é difícil imaginar uma sociedade em que a liberdade possa ser efectivamente salvaguardada*”⁵¹

Na esteira de Hayek, rejeita-se, como inimiga da liberdade, “*a ilusão do homem à semelhança de Prometeu, alimentada por uma filosofia social de tipo construtivista*” e proclama-se que “*a civilização é o resultado de um crescimento espontâneo e não de uma vontade*”. Só a “ordem espontânea” consubstanciada no mercado asseguraria a *free society*. Qualquer propósito de intervenção do Estado, mesmo que apenas para corrigir injustiças, é identificado como *o caminho da servidão* (título do livro famoso de Hayek, publicado em Chicago em 1944).

A este respeito, o Friedman de *Capitalism and Freedom*⁵² não hesita em colocar no mesmo plano os dois elementos que, a seu ver, ameaçam a preservação e a expansão da liberdade.

Por um lado, o que podemos chamar o *inimigo externo* (então, “a ameaça externa vinda do homem mau do Kremlin, que promete enterrar-nos”; agora, Bin Laden, o Iraque e todos aqueles que tenham a desventura de como tal ser ‘eleitos’ pela Administração de serviço em Washington).

Por outro lado, o *inimigo interno* (“a ameaça interna, bastante mais subtil, vinda dos homens de boas intenções e de boa vontade que desejam reformar a sociedade (...) e obter grandes transformações sociais” com base na ampliação da esfera de responsabilidade do Estado e no alargamento do seu campo de intervenção).⁵³

A história mostra que a necessidade de dar combate ao *inimigo interno* foi sempre a mola impulsionadora e a razão ‘legitimadora’ de todos os totalitarismos. Mas os neoliberais não querem saber da história e *não vacilam* perante as consequências prováveis da aplicação rigorosa dos seus dogmas. E insistem na defesa da solução que passaria pela privatização do sector empresarial do Estado e dos serviços públicos, pela separação da esfera política (que competiria ao Estado) da esfera económica (do foro exclusivo dos particulares), pela ‘libertação da sociedade civil’ E passaria, também, por um controlo social através de uma nova pedagogia de ‘disciplina’ dos professores e de reforço do papel dos pais nas escolas, pelo controlo das fontes de

51. Ver M. Rojas MIX.

52. Cfr. M. e Rose FRIEDMAN, [1].

53. Ver H. LEPAGE, [1], 329-365 e D. GREEN, 109-150.

informação, pela marginalização dos intelectuais nocivos e dos grupos que lhes estão próximos.⁵⁴

É notório que esta lógica transporta no seu seio uma crítica à filosofia informadora e à prática concretizadora da democracia económica e social que ganhou foros de constitucionalidade em bom número de países, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial. E é notório também que ela arrasta consigo projectos de orientação totalitária, considerados como que o fruto necessário do *excesso de carga do governo* e da *ingovernabilidade das democracias*, do *excesso da democracia* e da *crise da democracia*, mas considerados também e talvez primordialmente e como a solução desejada para acabar com o ‘escândalo’ dos *opressivos monopólios do trabalho* por parte de quantos proclamam que “os sindicatos começam a ser incompatíveis com a economia de livre mercado”, e para abater os *inimigos internos*, i.é, todos aqueles que, embora cheios de boas intenções, cometem o ‘crime’ de querer reformar a sociedade, de pretender que o Estado seja agente de transformações sociais no sentido de uma sociedade mais justa e mais igualitária.

Salve-se, pois, o mercado, fonte pura e única da liberdade económica e da liberdade política.

E acabe-se com os sindicatos, com a contratação colectiva, com as políticas de redistribuição do rendimento e com as políticas de pleno emprego, com a legislação do salário mínimo, com os subsídios de desemprego, com as garantias da segurança social, com a legislação reguladora dos despedimentos e com todas as ‘imperfeições’ e ‘impurezas’ que perturbam o bom funcionamento de uma sociedade que se ficciona ser composta por homens livres e iguais.

E acabe-se também, é claro com tudo o que esteja ao serviço destas conquistas históricas das sociedades humanas.

E domestiquem-se os professores. E controlem-se as fontes de informação. E marginalizem-se os intelectuais nocivos... e promovam-se os intelectuais bem comportados.

20. Esta é uma lógica particularmente preocupante, tanto mais que ela se desenvolve em sociedades nas quais se vão cristalizando, a todos os níveis das

54. Estas outras propostas constam de um relatório apresentado por M. Crozier, S. P. Huntington e J. Watanuki à *Comissão Trilateral* (“The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies to the Trilateral Commission”, N. York, 1975), referido por J. CANOTILHO, 338/339. Diz-se que, perante a calamidade dos fogos florestais nos EUA, o Presidente Georges W. Bush terá sugerido uma ‘solução final’: arrancar as árvores todas! Como se vê, o ilustre Presidente não inventou nada: perante a ‘crise da democracia’, os ilustres ‘sábios’ acima citados sugeriam uma ‘solução final’: acabar com a democracia!

estruturas económicas, sociais, políticas e culturais, formas insidiosas que redundam naquilo que Bertram Gross designa por “fascismo amigável”, resultado da “consolidação dos interesses do *Big Government* e do *Big Business*”, com “a sua fachada cosmética, a sua subtil manipulação, as suas luvas de veludo (...), o seu *subtle appeal*.”⁵⁵

O *friendly fascism* é apontado como a face política de um capitalismo governado em última instância pela oligarquia do grande capital, que tanto faz negócio com o Welfare como com o *Warfare*, dando sentido à designação de *Warfare-Welfare State* (James O'Connor), e que carece da presença activa do Estado, quer no plano interno quer no plano externo.

Por mais que proclamem o contrário os saudosistas dos tempos heróicos do capitalismo, ninguém acreditará que a força das suas ideias permita o regresso ao ‘paraíso perdido’ do capitalismo de concorrência. Mesmo os que crêem que é a força das ideias que governa o mundo não deixarão por certo de considerar impossível que os grandes monopólios dos nossos dias possam vir a tornar-se *escravos de qualquer economista morto... ou vivo*, parafraseando a célebre sentença de Lord Keynes.

O liberalismo não matará os ‘monopólios’ que têm ampliado e aprofundado o seu poder, apesar de todas as legislações anti-monopolistas. E as exigências decorrentes da evolução tecnológica e da concentração económica que caracterizam o capitalismo actual não permitem que os grandes conglomerados que lideram o capitalismo à escala mundial possam dispensar o sistema de incentivos e de segurança (económica, política e até militar) que representa para eles a acção do Estado capitalista, quer nos países dominantes quer nos países dominados. Com razão Galbraith lembrou que o governo Reagan foi um dos mais intervencionistas que os EUA já conheceram, apesar da apregoada cruzada contra o Estado intervencionista e contra a regulação da economia pelo Estado.

A ideologia da Nova Direita (que às vezes gosta de se chamar *direita liberal*), que aponta como uma necessidade a redução do Estado ao *Estado mínimo*, a privatização de todos os serviços públicos, a desregulação das relações laborais, a limitação (eliminação) do poder dos sindicatos, a destruição do Estado-providência, não passa de mera cobertura da necessidade de realçar um novo estilo de actividade do *Big Government*, por certo contra os “opressivos monopólios do trabalho”, mas não contra o *Big Business*, os grandes monopólios empresariais, os poderosos conglomerados multinacionais.

É esta a lógica da *política de globalização* neoliberal comandada pelo

55. Cfr. B. GROSS.

capital financeiro neste nosso mundo unipolar. Só que esta lógica, que aponta para a aniquilação do Estado-nação, a paralisia da política, a morte da política económica constitui um perigo para a democracia. Sem entidades nacionais responsáveis, a quem podem pedir contas os cidadãos eleitores? A prestação de contas — que é a pedra de toque da democracia — só é exigível a quem tem meios para governar responsabilmente.

21. Neste tempo de angústias e de esperanças, todos temos a consciência de que o trabalho dos homens, após o advento do capitalismo, provocou um enorme desenvolvimento das forças produtivas, e, acima de tudo, um extraordinário desenvolvimento do próprio homem, enquanto produtor e titular de ciência, de tecnologia, de informação. Este desenvolvimento das capacidades produtivas tem libertado o homem trabalhador do seu fardo milenar de ser *besta de carga*; tem proporcionado ao homem trabalhador condições de trabalho mais dignas; tem aumentado a produtividade do trabalho para níveis até há pouco insuspeitos; tem permitido a redução significativa da jornada de trabalho; tem oferecido melhores condições de vida a uma parte da humanidade.

Hoje sabemos que o conhecido aumento do número de famintos não apaga a certeza que temos de que a nossa capacidade de produzir alimentos — e mesmo a produção efectiva de alimentos — é superior às necessidades da humanidade. Se a fome existe (e até vai aumentando), não é porque os meios naturais, humanos e técnicos disponíveis não permitam a produção de alimentos suficientes para dar de comer a todos os habitantes do nosso planeta. O problema é outro. E Amartya Sen identifica-o com rigor: o facto de haver pessoas que passam fome — e que morrem de fome —, apesar da abundância de bens (ou pelo menos da existência de bens em quantidade suficiente), só pode explicar-se pela *falta de direitos* e não pela escassez de bens. O problema fundamental é o da *organização da sociedade*.

Comentando este ponto de vista de Sen, pergunta Dahrendorf: “porque é que os homens, quando está em jogo a sua sobrevivência, não tomam simplesmente para si aquilo em que supostamente não devem tocar mas que está ao seu alcance? Como é que *o direito e a ordem* podem ser mais fortes do que *o ser ou não ser*?” [o itálico é meu. AN]

Para os que reduzem os homens ao fantasma do *homo oeconomicus* enquanto ser capaz de escolhas racionais, dir-se-ia que os homens, mesmo quando está em causa a sua sobrevivência, quando está em causa ser ou não ser, *escolhem, racionalmente*, não fazer nada, i. é, escolhem não tomar para si aquilo de que carecem em absoluto e que está ao seu alcance.

Mas é claro que o absurdo desta resposta deixa antever que a questão é outra. Esse comportamento explica-se pela *falta de direitos* (ou *falta de poder*). A organização económica das sociedades capitalistas representa uma determinada *estrutura de poder*, assente na *propriedade burguesa*. E esta é uma propriedade *perfeita, absoluta e excludente*, consagrada pelo direito e garantida pela força coerciva do Estado, que exclui os não proprietários do acesso ao que, embora ao seu alcance, eles não têm o direito (o poder) de tocar.

Porque o Estado — como já os fisiocratas puseram em destaque — existe para “*punir, pelo magistério dos magistrados, o pequeno número de pessoas que atentam contra a propriedade de outrem*” (Dupont de Nemours), para garantir a propriedade “*pela Justiça distributiva e poder político ou militar*” (Nicolas Baudeau).

Porque o Estado, sublinha John Locke “*não tem qualquer outro objectivo que não seja a preservação da propriedade*”

Porque o Estado é instituído “*com vista à defesa dos ricos em prejuízo dos pobres, ou daqueles que possuem alguma coisa em detrimento daqueles que nada possuem*” cabendo-lhe a missão fundamental de “*manutenção e consolidação dessa autoridade e subordinação*” que surgiu nas sociedades humanas com o aparecimento da propriedade privada (de “propriedades vastas e valiosas”) e da “desigualdade de fortuna”. [introduzi o itálico. AN]

Nestas palavras de Adam Smith, um dos pais fundadores do liberalismo, está a resposta ao liberal Dahrendorf: a fome não resulta da escassez de bens, mas de uma organização sócio-económica garantida pelo poder político e militar de um Estado que existe para “defesa dos ricos em prejuízo dos pobres”

A questão fundamental é, afinal, a questão do *poder*. Mas esta é uma questão que os liberais afastam na sua análise do mercado, ao pressuporem um mercado concorrencial, constituído por um número muito elevado de vendedores e de compradores, cada um deles suficientemente pequeno para não poder exercer qualquer influência sobre a oferta ou a procura do mercado. E afastam também na sua análise da sociedade, ao conceberem-na como um conjunto de indivíduos isolados, atomisticamente considerados, livres e iguais em direitos.

22. Mas Dahrendorf faz ainda outra pergunta: “*o que seria preciso para modificar as estruturas de direitos, de modo a que mais ninguém tivesse fome?*” A própria pergunta parece encerrar a resposta: é preciso modificar as estruturas de direitos, i. é, as estruturas do poder económico e do poder político, modificar a racionalidade

que preside às economias e às sociedades capitalistas. É preciso rejeitar a lógica neoliberal, que deixa de fora da análise económica e social da realidade o *poder*, as *relações de poder* e as *estruturas do poder*, e sustenta que tudo aquilo de que a humanidade precisa é um *mercado livre*, que o resto vem por si. Ao contrário: o mercado (e as suas pretensas leis ‘naturais’ aprioristicamente capazes de resolver todos os problemas da humanidade) é precisamente um dos mecanismos fundamentais da estrutura de direitos e poderes que se admite ser necessário modificar.

Sobretudo num tempo em que, com a emergência dos problemas do ambiente, a ‘filosofia’ neoliberal e o *império do mercado* vêm transformando a própria vida em objecto de negócio, pondo em causa o próprio direito à vida.

Muitos anunciam que o negócio da água será o grande negócio do século XXI. Se todos sabemos que a água é absolutamente essencial à vida, como pode admitir-se que ela seja objecto de chorudos negócios?

Os grandes senhores do mundo estão a organizar um mercado em que se compram e vendem *direitos de poluir*! Ora os bens postos em causa pela poluição implicam a própria sobrevivência da humanidade. Mas então o seu destino não pode ficar entregue à lógica do mercado. A vida não é uma ‘mercadoria’ cuja sorte possa confiar-se às leis ‘cegas’ do mercado.

A preservação da vida humana exige cada vez mais uma sociedade diferente da que hoje conhecemos, um tipo de desenvolvimento radicalmente diferente deste “senseless cancerous growth” (W. Weisskopf), um sistema económico que rejeite em absoluto a “mercantilização da vida” (R. Heilbroner), e que assuma como meta um paradigma de desenvolvimento que não identifique *o mais* com *o melhor*.⁵⁶

23. A destruição do Estado-nação e, nomeadamente, a liquidação do Estado-providência para que aponta o projecto neoliberal de sociedade não pode ser o caminho por onde passará a história futura do capitalismo. Já o velho Lacordaire alertava para o facto de “*entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit.*” Em 1980, em comunicação apresentada ao Congresso Mundial de Economistas, no México, Paul Samuelson chamava a atenção para o carácter liberticida do mercado, lembrando os perigos do “fascismo de mercado”⁵⁷

Com Samuelson e Nordhaus, acredito que “*são poucos aqueles que*

56. Cfr. W. WEISSKOPF e R. HEILBRONER,[1].

57. Ver R. GREEN e R. VILLAREAL.

propõem que o relógio da história volte para trás". Basta pensar no Estado-providência de inspiração keynesiana. Defendê-lo não significa defender a destruição, a subversão do capitalismo, a sua substituição por um outro sistema.

Embora conscientes disto mesmo (o Estado-providência não é o caminho para a revolução socialista!), uns defendem-no porque entendem que ele é um factor de 'humanização' do capitalismo e de melhoria das condições de vida e de trabalho da grande massa dos trabalhadores.

Outros defendem-no porque compreendem que ele é um elemento de regulação estrutural do capitalismo contemporâneo, permitindo que o Estado capitalista assegure, nas condições actuais, a conciliação das duas condições essenciais à sua sobrevivência e à sobrevivência do próprio sistema: garantir a acumulação do capital e salvaguardar a sua legitimação social.

No que me diz respeito, creio que o capitalismo, na sua fase actual, se se quiserem respeitar as regras do 'jogo democrático' não pode dispensar uma estrutura como esta, ainda que carecida de algumas adaptações. Também nesta óptica o capitalismo não pode admitir a "morte de Keynes" (título de um ensaio de Robert Lucas): a "*revolução keynesiana*" tem de ser assumida, no quadro do capitalismo, como uma "*revolução permanente*"

24. A vida mostra que o homem não deixou de ser o lobo do homem. Neste mundo antropofágico, morrem por ano, de fome ou de doenças derivadas da fome, quase tantas pessoas como as que morreram durante a Segunda Guerra Mundial, o que equivale a uma violentíssima 'guerra civil' no seio da nossa 'aldeia global'. No conjunto dos países da OCDE, cerca de cem milhões de pessoas vivem abaixo do limiar da pobreza. Cerca de trezentos milhões de crianças sofrem diariamente a mais brutal violência física e moral.

As desigualdades entre ricos e pobres à escala mundial têm vindo a agravar-se acentadamente, aumentando sem cessar o número de *excluídos*. E a verdade é que a *exclusão social* como que significa a eliminação dos *excluídos*. Os *explorados*, apesar de o serem, estão dentro do 'sistema', porque, por definição, sem *explorados* não podem viver os *exploradores*. Por isso mesmo, em alguma medida, estes não podem ignorar em absoluto a necessidade de sobrevivência daqueles. Ao invés, os *excluídos* não contam para o 'sistema' De facto, é como se não existissem.

A globalização neoliberal tem vindo a acentuar a natureza do capitalismo como "civilização das desigualdades" ao mesmo tempo que os centros de produção

ideológica ao serviço dos interesses dominantes e do ‘império’ totalitário vêm propagando a ideia de que a globalização e a concorrência de todos contra todos, como resultado dos desenvolvimentos tecnológicos no domínio das comunicações, da informática e dos transportes, torna *inevitável*, mesmo nos países desenvolvidos, o nivelamento por baixo dos salários e dos direitos históricos dos trabalhadores, o aumento das desigualdades sociais e o abandono do Estado-providência.

Ao mesmo tempo, quando nos falamos na ‘mão invisível’ do mercado como fonte inspiradora de todas as soluções para todos os problemas, sabemos que estão a esconder-nos a *mão visível*, omnipresente e onipotente dos grandes conglomerados internacionais que governam o mundo e decidem da paz e da guerra (isto é, decidem sobre a vida de milhões de pessoas) pela acção dos seus ‘capatazes’

Tudo isto é verdade. Mas creio que, apesar das profundas contradições deste nosso tempo (tempo de grande esperança e de grande desespero), temos razões para acreditar que podemos viver num mundo de *cooperação* e de *solidariedade*, num mundo capaz de responder satisfatoriamente às necessidades fundamentais de todos os habitantes do planeta.

O desenvolvimento científico e tecnológico conseguido pela civilização burguesa proporcionou um aumento meteórico da produtividade do trabalho humano, criando condições novas no que toca à capacidade de produção. Este desenvolvimento das forças produtivas (entre as quais avulta o *homem* e o seu conhecimento, o seu saber e a informação acumulada ao longo de gerações) parece confirmar a utopia marxista da passagem do *reino da necessidade* para o *reino da liberdade*, carecendo apenas de novas relações sociais de produção, de um novo modo de organizar a nossa vida colectiva. Um dia destes — que não será amanhã, porque o ritmo da história não pode medir-se pelo ritmo da nossa própria vida — talvez saibamos construir uma alternativa ao caos suicidário a que nos querem condenar. Ponto é que levemos a sério o aviso de Christian Stoffaës: “*a economia contemporânea precisa mais de filósofos do que de econométristas*”

25. E os filósofos ensinam-nos que a crítica da globalização não pode confundir-se com a defesa do regresso a um qualquer ‘paraíso perdido’, negador da ciência e do progresso. A saída desta caminhada vertiginosa para o abismo tem de assentar na confiança no homem e nas suas capacidades. Tem de partir da rejeição da lógica de uma qualquer *inevitabilidade tecnológica*, que nos imporia, sem alternativa

possível, a actual globalização neoliberal, uma das marcas incontornáveis desta civilização-fim-da-história.

Esta 'globalização' não é um 'produto técnico' deterministicamente resultante da evolução tecnológica, é antes um *projecto político* levado a cabo de forma consciente e sistemática pelos poderes dominantes, enquadrado e dominado pela ideologia dominante. Correspondentemente, a luta por uma sociedade alternativa pressupõe um *espírito de resistência* e um *projecto político* inspirado em valores e empenhado em objectivos que o 'mercado' não reconhece nem é capaz de prosseguir. Só assim, fazendo prevalecer a política sobre as pretensas 'leis naturais' do mercado, é possível impedir que a globalização neoliberal, de uma *armadilha para a democracia* (H.-P. Martin e H. Schuman) que já é, se transforme em instrumento de *morte da democracia*.

Todos sabemos, porém, que as mudanças necessárias não acontecem só porque nós acreditamos que é possível um mundo melhor. Estas mudanças não-de verificar-se como resultado das leis de movimento das sociedades humanas. Todos sabemos também que o voluntarismo e as boas intenções nunca foram o motor da história. Mas a consciência disto mesmo não pode anular a nossa confiança na acção colectiva das forças empenhadas em *transformar o mundo*, nem tem de matar o nosso *direito à utopia* e o nosso *direito ao sonho*. Porque a utopia ajuda a *fazer o caminho* e porque o *sonho comanda a vida*.

Fornotelheiro, Quinta dos Casões, Portugal
São Paulo, fevereiro de 2003.

Referências Bibliográficas:

- AVELÃS NUNES, A. J. – [1] – *O Keynesianismo e a Contra-revolução Monetarista* (separata do *Boletim de Ciências Económicas*), Coimbra, Almedina, 1991.
- [2] – *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra, Almedina, 1996.
- BLINDER, Alan S. – “Keynes, Lucas, and Scientific Progress” em *The American Economic Review (Papers and Proceedings)*, vol. 77, n. 2, Maio/87, 130-136.
- CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional*, 4ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
- DESAI, Meghnad – *Testing Monetarism*, Frances Pinter, Londres, 1981.
- FEIWEL, George R. – “Equilibrium business cycle theory and the real world” em *Economia*, vol. 8, n. 2, Maio/1984, 333-360.
- FRIEDMAN, Milton [1] – “The Role of Monetary Policy”, em *The American Economic Review (Papers and proceedings)*, vol. LVIII, n. 1, Março/1968, 1-17;
- [2] – “A Theoretical Framework for the Monetary Analysis” em *Journal of Political Economy*, vol. 78.º Março/1970, 193-238;
- [3] – “A Monetary Theory of Nominal Income”, em *Journal of Political Economy*, vol. 79.º, n. 2, Março-Abril/1971, 323-337;
- [4] – “Comments on the Critics” em *Journal of Political Economy*, vol. 80.º Setembro-Outubro/1972, 906-950;
- [5] – “Inflation and Unemployment: The New Dimension of Politics” em *Journal of Political Economy*, vol. 85.º 1977, 451-472 [as referências no texto reportam-se à edição de The Institute of Economic Affairs, 2.ª impressão, 1977, de *The 1976 Alfred Nobel Memorial Lecture*];
- FRIEDMAN, Milton e Rose [1] – “Capitalism and Freedom” (1.ª ed., 1962), The University of Chicago Press, 9.ª impressão, 1969;
- [2] – “Liberdade para escolher”, trad. port., Europa-América, Lisboa, s/d (1ª ed. americana, 1979).
- GALBRAITH, John Kenneth [1] “The New Industrial State”, Hamish Hamilton, Londres, 1967;
- [2] – “Economics in the Industrial State: Science and Sedative Economics as a System of Belief” em *The American Economic Review (Papers and Proceedings)*, vol. LX, n. 2, Maio/1970, 469-478.
- GREEN, David G. – “The New Conservatism - The counterevolution in political, economic and social thought” St. Martin’s Press, New York, 1987.
- GREEN, Rosario (ed.) – *Los mitos de Milton Friedman*, Editorial Nueva Imagen, México, 1983.

GROSS, Bertram - *Friendly Fascism - The New Face of Power in America*, M. Evans and Co., Inc., New York, 1980.

HABERLER, Gottfried - [1] – “Inflación y Desarrollo Económico”, em *Revista de Economía y Estadística*, 1958, n. 3, 81-83;

- [2] – “Política de salarios, empleo y estabilidad monetaria”. em *Información Comercial Española*, Agosto-Setembro/1969, 165-173;

HAYEK, Friedrich A. - [1]- “Full Employment, Planning and Inflation” (original de 1950), em F. HAYEK, [4], 270-279;

[2] – “Inflation Resulting from the Downward Inflexibility of Wages (original de 1958), em F. HAYEK, [4], 295-299;

- [3] – “Unions, Inflation and Profits” (original de 1959), em F. HAYEK, [4], 280-294;

- [4] *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (1.ª ed., 1967), Routledge and Kegan Paul, Londres, 1978;

- [5] “Inflation: The Path to Unemployment”, em *INFLATION. Causes, Consequences and Cures*, IEA Reading 14, The Institute of Economic Affairs, Londres, 1974, 115-120;

- [6] – “The Use of Knowledge in Society”, em *The American Economic Review*, vol. XXXV, n. 4, Set/ 1945, 519-530.

HEILBRONER, Robert – [1] – “Economics as a ‘value-free’ Science”, em *Social Research*, vol. 40, n. 1, 1973, 129-143;

[2] – *Naturaleza y lógica del capitalismo*, trad. cast., Ediciones Península, Barcelona, 1990 (1ª ed. americana, 1985).

JOHNSON, Harry G. [1] – “The Keynesian Revolution and the Monetarist Counter-Revolution”, em *The American Economic Review (Papers and Proceedings)*, vol. 61, Maio/1971, 1-14;

- [2] - *Inflation and the Monetarist Controversy*, North-Holland, Amsterdam-London, 1972.

KALDOR, Nicholas - “The New Monetarism”, em *Lloyds Bank Review*, n. 97, Julho / 1970, 1-18.

KEYNES, J. M. - [1] – “The Means to Prosperity” (1924), em J. KEYNES, [4], t. IX;

- [2] – “The End of Laissez-Faire” (1924), em J. KEYNES, [4], t. IX;

- [3] - “The General Theory of Employment, Interest and Money” (1936), em J. KEYNES, [4], vol. VII;

- [4] – *The Collected Writings of John Maynard Keynes* (29 volumes), MacMillan, Londres, 1973.

KOLM, Serge-Christophe - *Le libéralisme moderne*, PUF, Paris, 1984.

LEPAGE, Henry - [1] – “Keynes est mort ... vivent les Reaganauts”, em *Focus*, Novembro/1981 (reproduzido em *Problèmes Économiques*, n. 1.762, 24.2.1982, 2-7, versão a que se reportam as referências do texto);

[2] – *Amanhã o Liberalismo*, trad. port., Pub. Europa-América, Lisboa s/d (1.ª ed. francesa, 1980).

MILIBAND, David – “The New Politics of Economics”, em CROUCH, C. and MARQUAND, D. (eds.), *Ethics and Markets: Co-operation and Competition within Capitalist Economies*, Blackwell, Oxford, 1993, 21-30.

MIX, Miguel Rojas – “La ideologia del Monte Peregrino, o el proyecto de sociedad de Friedrich Hayek y Milton Friedman”, em *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, n. 57, Novembro/1983, 125-133.

MODIGLIANI, Franco – “The Monetarist Controversy or, Should we Forsake Stabilization Policies?” em *The American Economic Review*, vol. 67, n. 2, Março/1977, 1-19.

ROBINSON, Joan - [1] – *Economic Philosophy*, C. A. Watts & Co., Londres, 1962;

- [2] – *What are the Questions? and Other Essays (Further Contributions to Modern Economics)*, M. E. Sharpe, N. York, 1980;

- [3] – “Time in Economic Theory”, em *Kyklos*, vol. 33, n. 2/1980, 219-229;

ROBINSON, Joan and EATWELL, John *An Introduction to Modern Economics*, McGraw-Hill, Londres, 1973.

ROSANVALLON, Pierre - *La crise de l'État-providence*, Editions du Seuil, 2.ª ed., Paris, 1984.

SAMUELSON, Paul e NORDHAUS, William - *Economia*, trad. port., 12.ª ed., McGraw-Hill, Lisboa, 1988

SHACKLETON, J. R. – “Economists and Unemployment”, em *National Westminster Bank Quarterly Review*, Fevereiro/1982 [utiliza-se a trad. franc. publicada em *Problèmes Économiques*, n. 1.777, 9.6.1982, 3-11].

SHERMAN, Howard J. and EVANS, Gary R. *Macroeconomics - Keynesian, Monetarist and Marxist Views*, Harper and Row, N. York, 1984.

SMITH, Adam – *Riqueza das Nações*, trad. port. (vols. I e II), ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1981 e 1983.

SOARES, Rogério G. E. – *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969.

SOLOW, Robert M. – “On Theories of Unemployment” em *The American Economic Review*, vol. LXX, n. 1, Março/1980, 1-11.

STEIN, Jerome, L. [1] *Monetarism* (J. L. Stein, Ed.), Amsterdam - New York - Oxford, North-Holland, 1976;

[2] - *Monetarist, Keynesian and New Classical Economics*, Basil Blackwell, Oxford, 1982.

STOFFAËS, Christian - « La Reaganomie en perspective », em *Problèmes Économiques*, n. 1.779, 23.6.1982, 2-10.

TOBIN, James [1] - “Inflation and Unemployment”, em *The American Economic Review*, vol. LXII, 1972, 1-18;

- [2] - “Stabilization Policy Ten Years After”, em *Brookings Papers on Economic Activity*, n. 1/1980 [utiliza-se a versão publicada em *Problèmes Économiques*, n. 1.762, 24.2.1982, 26-32];

- [3] - “The Monetarist Counter-Revolution Today An Appraisal”, em *The Economic Journal*, vol. 91, Março/1981, 29-42.

VILLAREAL, René - “La contrarevolución monetarista en el centro y la periferia”, em *El Trimestre Económico*, vol. L, n. 197, Janeiro-Março/1983, 429-471.

WEISSKOPF, Walter A. - “The Image of Man in Economics”, em *Social Research*, vol. 40, n. 3/1973, 547-563.

FUNDAMENTOS DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DAS CIVILIZAÇÕES ANTIGAS AOS TEMPOS CONTEMPORÂNEOS

Maria José Galleno de Souza Oliveira
Professora Assistente do Departamento de Filosofia
e Teoria Geral do Direito da USP.

Resumo:

Este artigo visa discutir sobre a importância dos direitos humanos desde os mais remotos tempos da antiguidade até os dias atuais. Busca-se uma reflexão sobre a condição humana, a preservação dos homens e do universo, demonstrando que há uma completude entre homem, natureza e universo. O artigo procura fixar que a defesa aos valores escolhidos pelo homem para o homem, universalmente conhecidos por Direitos Humanos, são inalienáveis, irretiráveis e supraestatais, não havendo entre eles nenhuma flexibilidade, o que implica na necessidade de reavaliá-los e reafirmá-los sempre que houver uma ameaça de violação e usurpação de tais direitos.

Abstract:

This article aims to discuss the importance of human rights from ancient times to our current days. It tries to focus on a deep reflection on the human beings, as well as, their own preservation and the preservation of the universe. This deep reflection will provide a perfect connection linking man, nature and the universe. It defends the values chosen by man kind to their own species. These values universally known as human rights are inalienable and irrevocable. Having no flexibility, it implies the necessity to reevaluate them.

Unitermos: Direitos Humanos; homem; universo.

“Nós buscamos significado, ajuda, companheirismo. Precisamos de algo além de lembranças e sonhos: de esperança. Talvez, se fôssemos capazes de transcender as limitações de nossa curta vida, de existir em uma realidade sobrenatural, pudéssemos até suspender a passagem do tempo. E, quem sabe, se conseguíssemos de alguma forma ludibriar o tempo, não poderíamos nos reunir mais uma vez com aqueles que já deixaram este mundo? Que suspendemos a passagem do tempo, quando nos tornamos

imortais como os deuses, a vida e a morte passam a coexistir, e os mortos podem então caminhar ao lado dos vivos. Para isso nós criamos o infinito e o eterno, dedicando-nos de corpo e alma à nossa fé, qualquer que ela seja. A fé consola e justifica. Inspira a todos nós: o pintor, o professor, o cientista, o padre, o advogado, o porteiro.” (GLEISER, Marcelo. O fim da terra e do céu: o apocalipse na ciência e na religião)

O Pensamento Mitológico Grego e a Construção do Homem.

Na mitologia grega, ao tempo da criação, a tarefa de criar o homem, assegurar a ele e aos outros animais todas as faculdades necessárias à sua preservação e determinar as qualidades, foram atribuídas, pelos Deuses do Olimpo, aos irmãos Epimeteu e Prometeu, cabendo ao primeiro distribuir as qualidades e ao segundo verificar se a tarefa tinha sido cumprida corretamente pelo irmão.

Epimeteu distribuiu as qualidades a cada espécie de modo a assegurar a todos, apesar de suas diferenças, igualdade de condições para possibilitar a sobrevivência de cada uma das espécies e, também, evitar que elas se destruíssem mutuamente, preservando as fontes de alimentos e o equilíbrio da natureza.

Ao aproximar-se o final de sua missão, Epimeteu conscientizou-se que não havia reservado nenhuma habilidade ou qualidade para o homem, que tinha de ser superior a todos os outros animais, pois todas já haviam sido distribuídas aos outros seres mortais. Prometeu ao aperceber-se do desespero do irmão, subiu ao Olimpo com o auxílio de Minerva e subtraiu dos deuses o fogo, trazendo-o para o homem, assegurando com esse dom a superioridade deste sobre todos os outros seres mortais. O fogo forneceu ao homem o meio de construir as armas, subjugar os animais, cultivar a terra para obter sua subsistência e aquecer sua morada. Prometeu deu ao homem a habilidade e a capacidade inventiva para obter sua própria subsistência.

Apesar de dotados de tal capacidade, os homens, com o passar dos tempos, foram inundados de vícios, não se contentando com o que produziam e o que lhes fora partilhado, não se conciliando com outros homens e seres, vivendo em discórdia. Zeus, vendo a destruição eminente dos homens, atribuiu-lhes as qualidades que pertencia ao próprio Zeus: o dom da política com os sentimentos de justiça (*Diké*) e de dignidade humana (*aidos*), que deveria ser distribuída igualmente para todos os

homens, evitando assim que um homem subjugassem o outro. Atribuiu-lhes também as leis e a justiça que deveriam ser observadas e obedecidas, para evitar o caos novamente. Com a consciência da importância da perpetuação e sobrevivência da humanidade, Zeus exigia o esforço constante dos homens para organizarem-se na vida em sociedade. Apesar do acréscimo de mais uma qualidade divina, alguns homens conseguiram usá-las para subjugar outros homens, concretizando-se os temores de Zeus, conseqüentemente desequilibrando o cosmos, causando males a si próprio.

Na concepção religiosa, a *Bíblia* no Velho Testamento – Gênesis – diz que “Deus criou o homem à sua imagem e semelhança”, é o máximo da criação universal. Mas o homem caiu em tentação e foi expulso do paraíso. O Novo Testamento, na figura de Jesus Cristo, retoma a idéia da salvação do homem, pois a pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, sendo que todos são filhos de Deus Pai e todos são iguais – homens, mulheres, crianças, velhos, judeus, não-judeus, romanos, fariseus.

Tanto na mitologia grega quanto na religião cristã, o homem é criador dos seus males. Cabe ao homem ser tolerante para consigo mesmo e com todos aqueles que se encontram no universo – há a exigência do respeito absoluto à pessoa humana, no esforço supremo de evitar a autodestruição.

Transportando-se do campo mitológico e religioso, o homem racional – fundamentado ao conhecimento pragmático, também concluiu que há de ser tolerante e respeitar totalmente a pessoa humana.

Diante de tais fundamentações, observa-se que a pessoa humana é o centro das preocupações do universo racional, ético e filosófico da humanidade, havendo uma eterna necessidade de protegê-la.

O estudo dos direitos humanos significa a percepção humana na autopreservação, dos primórdios da criação racional da origem humana, passando pelo sopro divino e mitológico – há a compreensão da importância histórica dos seres humanos, não podendo o homem negar sua condição humana.¹

1. Hannah Arendt compreende que o labor, trabalho e ação são três atividades humanas fundamentais, porque para cada uma delas corresponde uma das condições básicas para as quais a vida foi dada ao homem na Terra. O *labor* corresponde o processo biológico do corpo humano (crescimento espontâneo, metabolismo e eventual declínio – necessidades vitais produzidas e introduzidas pelo labor no processo da vida) – é a própria vida. O *trabalho* corresponde ao artificialismo da existência humana (não está necessariamente contido no ciclo da vida) – é a mundanidade. A *ação*, corresponde à pluralidade – é a *condictio per quam* de toda a vida política. As três atividades e suas respectivas condições, relacionam-se intimamente com as condições mais gerais da existência humana: o nascimento e a morte, a natalidade e a mortalidade. A condição humana engloba mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Nas palavras da autora, “*Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato, torna-se imediatamente uma condição de sua existência. O mundo no qual transcorre a vida*”

Na atualidade, a agenda dos direitos humanos encontra-se na governabilidade dos sistemas internacionais.

Evolução Histórica dos Direitos Humanos.

No estudo da evolução histórica dos direitos humanos, deve-se buscar nos gregos e nas antigas civilizações o fundamento para a concepção moderna dos direitos humanos.

Segundo os antigos ordenamentos jurídicos e filosóficos, houve vários sistemas de proteção aos valores dos homens desde os primórdios das civilizações.

Os gregos consagravam as leis não-escritas (*nomos ágraphon*) que tanto podiam designar costumes juridicamente relevantes, como as leis universais, consideradas divinas, pois por serem uniformes e observadas por todos os Estados, foram idealizadas e concretizadas pelos Deuses. *Antígona*, de Sófocles, utiliza a expressão não-escrita, referindo-se a um direito superior, divino. Para Aristóteles as leis divinas são “leis comuns”, pois são observadas pelo consenso universal, pela razão humana.

Os romanos, com a apreensão do conhecimento grego, estende a noção de leis não-escritas para direitos comuns a todos os povos, denominado *ius gentium*, cujo fundamento de sua vigência a todos se deve à natureza e não ao divino. As *Leis das doze tábuas*, estabelecendo princípios e normas visando tutelar a organização social e estatal romana, concebia a tutela aos indivíduos, estabelecendo regras referentes à liberdade, à propriedade e outras proteções aos romanos.

Na concepção teológica, os direitos advindos da divindade são encontrados desde os antigos egípcios, mesopotâmicos e persas, bem como nas sagradas escrituras de Abraão, Isaac e Jacó, constituindo um legado aos seus descendentes.

Em todos esses escritos, sejam teológicos ou racionais, encontram-se as idéias de igualdade, liberdade e justiça que fundamentam os direitos humanos vigentes no século XXI.

Igualmente no período que compreende a história da humanidade,

activa consiste em coisas produzidas pelas atividades humanas; mas, constantemente, as coisas que devem sua existência exclusivamente aos homens também condicionam os seus autores humanos. Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela, assume imediatamente o caráter de condição da existência humana” (ARENDE, 1997, p. 17).

denominado medieval, os fundamentos do cristianismo, que pregava a igualdade dos homens com o espírito divino na figura de Jesus Cristo.

No caminhar do homem, os iluministas iniciam uma nova fase na construção dos direitos humanos.

Porém, os preceitos desenvolvidos pelas doutrinas cristãs e iluministas, não foram suficientes para que o homem controlasse o seu desejo de superar e subjugar outros homens. Na luta constante pelo poder, há a necessidade da concretização dos princípios e fundamentos da humanidade para controlar o homem e evitar a sua destruição.

O marco desses escritos encontra-se na Carta Magna de 1215,² editada para limitar e controlar o rei tirano.

Implanta-se o direito de liberdade e igualdade, a concretização real dos anseios subjetivos da natureza humana.

Ressalta-se que tais princípios, impulsionadores dos modernos direitos humanos, beneficiavam somente a determinados grupos, decorrente do *status* que pertenciam: nobres e prelados.

O período seguinte, caracterizado como moderno, foi marcado pelas lutas sociais entre os diversos grupos antagônicos quanto à forma de conceber os direitos referentes à humanidade – liberdade, igualdade e propriedade.

A Revolução Americana (1776) e Revolução Francesa (1789) são movimento do iluminismo, quanto à ordem tradicional vigente, que se desenvolvia na Europa, baseada na idéia de que os homens são iguais e livres naturalmente, não podendo sofrer privações e restrições quanto à vida, à liberdade, à obtenção da propriedade de bens e à segurança.³ Essas idéias tornam-se princípios da humanidade,

2. A Carta Magna de 1215, outorgada pelo rei João Sem-Terra, constituindo um documento elaborado pelos barões e prelados ingleses, no qual foi convencionado entre outros, que os monarcas reconheceriam os privilégios especiais aos barões e prelados, restringindo o poder absoluto do monarca. Apesar de o papa Inocêncio III declarar posteriormente a nulidade do documento, pois o rei João recorreu ao papa após assiná-la, alegando que assinou mediante coação e sem o devido consentimento papal, a carta foi reafirmada várias vezes pelos monarcas que os sucedeu. Algumas garantias, entre outras, previstas na Carta Magna: liberdade à Igreja da Inglaterra; liberdade a todos os homens livres da Inglaterra; limitações tributárias; taxa de isenção do serviço militar; proporcionalidade entre o serviço prestado e o benefício; fixação de um foro para as ações judiciais; proporcionalidade entre o delito e a pena aplicada; previsibilidade do devido processo legal; direito de acesso a Justiça; liberdade de locomoção (direito de ir e vir dentro e fora da Inglaterra). Foram acrescidos posteriormente: *Petition of Right* (1628), *Habeas Corpus* (1679), *Bill of Right* (1689) e *Act of Settlemente* (1701).

3. São denominados direitos de primeira geração ou direitos individuais ou direitos civis, e dizem respeito à personalidade do indivíduo.

inseridos permanentemente na organização social e política - reafirmados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).⁴

Mais uma vez, os princípios reconhecidos na afirmação da humanidade, são violados pela ganância do homem em obter benefícios e vantagens sobre os outros homens.

Uma nova etapa se inicia, com o questionamento dos valores econômicos que suplantam os homens. A grande dicotomia não se deixa negar – com a pauperização crescente dos trabalhadores e a maior exploração do trabalho, indigna-se novamente o homem que se revolta e, exige o reconhecimento e a afirmação dos valores humanos referentes ao seu trabalho e vida social. São direitos humanos frutos das lutas sociais urbanas, que tinham como protagonistas a classe operária, a burguesia industrial e o Estado liberal não-intervencionista.⁵

Na concepção jurídico-positivista, esses direitos são reconhecidos no início do séc. XX, na Constituição Mexicana (1917)⁶ e na Constituição de Weimar (1919).⁷

Na idéia de proteção da humanidade, o homem reconhece a possibilidade de sua autodestruição, por não se conectar na universalidade. Ele vê sua fragilidade perante aos elementos que compõem o universo. Necessita urgentemente ligar-se a esses elementos, pois o homem é parte do universo. Começa assim a grande caminhada do homem para preservar os elementos do universo, para que ele também seja preservado.

No século XX, após as duas grandes guerras, principalmente a Segunda

4. *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, foi votada na Assembléia Nacional francesa, em 1789, proclamando a liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicando os seus direitos naturais e imprescritíveis (liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão), em vista dos quais se constitui toda a associação política legítima. São direitos anteriores à formação da sociedade, que o Estado deve reconhecer e garantir a todos os seus cidadãos.

5. São os direitos sociais, culturais e econômicos (ou de segunda geração), dizem respeito à coletividade (conhecidos como direitos coletivos). Nesses direitos, o Estado foi chamado a uma posição ativa, deixando de lado a postura absenteísta.

6. A Constituição mexicana (1917), teve como fonte inspiradora a doutrina anarcosindicalista, que tem entre outros os seguintes ideais: garantias às liberdades individuais e políticas, reforma agrária, proteção ao trabalho assalariado, obrigação da educação fundamental pelos poderes públicos, etc...; que foram transformados em normas constitucionais. É a primeira Constituição a atribuir aos direitos trabalhistas, a qualidade de direitos fundamentais.

7. A Constituição de Weimar (1919), foi formulada logo após a Primeira Guerra Mundial e reformulou a concepção quanto aos direitos sociais (função social da propriedade, proteção ao trabalho, à sindicalização, à previdência social, etc...). Esta constituição serviu de orientação para outros Estados, que passaram a inserir em suas constituições os direitos sociais. Explica Manuel Gonçalves Ferreira Filho que "Como as liberdades públicas, os direitos sociais são direitos subjetivos. Entretanto, não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de *exigir*. São direitos 'de crédito'" (FERREIRA FILHO, 1999, p. 50).

Guerra Mundial, que abalaram a percepção do homem sobre a humanidade, desenvolvem-se os direitos dos povos ou direitos da solidariedade,⁸ que são os direitos que interessam a toda humanidade, e sua efetividade depende da união e do esforço conjunto de todos os Estados, sociedades e indivíduos das mais diferentes etnias. São eles: direito à paz, direito ao desenvolvimento e o direito da autodeterminação dos povos, direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, direito à utilização do patrimônio comum da humanidade, direito de um desenvolvimento sustentável. A humanidade agrupa-se universalmente, buscando formar um conjunto de instrumentos jurídicos e de mecanismos internacionais, para a proteção de todos os povos, visando afastar o tema dos direitos humanos como assunto exclusivo da soberania dos Estados. Os direitos dos povos ou da solidariedade são também denominados de direitos da terceira geração.⁹ É criada a ONU – Organização das Nações Unidas, um organismo internacional com a finalidade de dirimir pacificamente e através do arbítrio os conflitos entre os Estados, nações e povos, e assim evitar os horrores produzidos pelos conflitos bélicos que a humanidade já conhecia bem.¹⁰

8. Explica Jorge Miranda que “o movimento de afirmação ou reivindicação destes ‘direitos dos povos’ corresponde, por certo, a uma significativa tendência da política e do Direito Internacional dos nossos dias, ligada à deslocação de relações entre as potências, ao despertar do chamado Terceiro Mundo e ao avolumar dos seus problemas, à crescente circulação de pessoas e bens, às novas estratégias de matérias-primas e energia.

Trata-se de questões de soberania *política* e *econômica* e trata-se também da consciência assumida (por enquanto talvez só por alguns) de injustiças criadas e mantidas no interior de uma mesma Humanidade”(MIRANDA, 1998, t.4, p. 63)

9. Paulo Bonavides entende que há a quarta geração de direitos fundamentais, introduzidos na esfera da normatividade jurídica pela globalização política e correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. São eles: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Desses direitos depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua maior expressão de universalidade, para qual parece convergir o mundo no plano de todas as relações de convivência. Outrossim, compreendem que os direitos de quarta geração culminam a *objetividade* dos direitos da segunda e terceira gerações, sem removê-la; como também absorvem a *subjetividade* dos direitos individuais ou de primeira geração (BONAVIDES, 2000, p. 525).

10. O documento que propôs a criação da ONU é a Carta do Atlântico, assinada pelo presidente dos EUA Franklin D. Roosevelt e o primeiro ministro britânico Winston Churchill. Por uma questão de ironia dos homens, na Carta do Atlântico os dois chefes políticos declararam “que o objetivo comum a seus países, na guerra em curso, era o respeito pelo direito de todos os povos de escolher a sua própria forma de governo, bem como a intenção de lutar para a restauração dos direitos soberanos e de autogoverno, para todos aqueles que foram deles privados pela força” (COMPARATO, 2001, p. 217).

A fundação da ONU foi no dia 26 de junho de 1945, em São Francisco (EUA), com assinatura da Carta das Nações Unidas por 51 países.

Após a criação da ONU, os chefes políticos dos Estados-Membros que a compõe, decidem elaborar um documento jurídico declarando os direitos dos homens. No dia 10 de dezembro de 1948, em Paris, foi aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a *Declaração Universal de Direitos Humanos*.

O século XXI iniciou-se e mais uma vez a barbárie volta a rondar os direitos humanos, na forma do espectro da luta permanente de poder. Mas, ressalta-se que não há uma luta interna de homem para homem, e sim da hegemonia de uma nação sobre todas as outras. A defesa dos direitos humanos serve de justificativa para a agressão. Algumas nações tomam para si a defesa do mundo, com um maniqueísmo sem medidas, decide o que é certo ou errado, o que são ou não são direitos humanos, que pode ou não viver ou morrer. Diante da constatação da realidade diária, torna-se necessário repensar a construção dos direitos humanos, reafirmando-os e reconstruindo-os, exigindo de todas as nações e povos o cumprimento de tais direitos. A igualdade não é mais um direito individual, deve ser vista entre os povos – igualdade entre povos de diferentes ideologias, culturas, credos, etnias. A liberdade não se trata mais em termos individuais – todos os povos são livres para exercer as suas idéias perante os demais povos e nações. Surge um novo direito humano: a tolerância – “todos os povos, nações, Estados e civilizações devem ser tolerantes entre si”

Os Fundamentos Filosóficos na Construção do Conceito dos Direitos Humanos.

Uma das missões mais difíceis do estudioso dos direitos humanos é conseguir conceituá-lo.

Tal ocorre devido ao fato que são direitos que se ligam diretamente ao homem, portanto, há necessidade de estudar alguns aspectos fundamentais da filosofia política: as relações envolvendo as pessoas e a sociedade e os direitos da pessoa humana.

Em uma visão simplista pode-se dizer que a pessoa humana compreende individualidade e personalidade, elementos distintivos de cada um. Ao dizer-se que o homem é uma pessoa, diz-se que ele é o todo, não-somente uma parte da matéria. Ele é o universo nele mesmo, um microcosmo dentro do grande universo; sua existência é física e espiritual, conhecimento e amor. A existência do homem está na sua alma, que domina o tempo e a morte, que é a raiz da personalidade. Dizer que o homem é uma pessoa, é dizer que no fundo da sua existência ele é o todo da parte e a parte do todo. Eis o mistério da natureza humana - o valor da pessoa, sua liberdade, seus direitos, que são os elementos que lhe dão dignidade absoluta, vinda de uma relação direta entre o homem e o universo.

Apesar de ser um todo, o homem não é um todo fechado, ele é um todo aberto, pois ele necessita se comunicar e amar. Por isso, ele tende naturalmente à vida social e à comunicação, e o local exato para ele suprir essas necessidades é a sociedade,

onde realiza a vida política e social. A sociedade é um todo cujas partes são as mesmas do todo, é um organismo feito de liberdades, tem seus bens e suas atividades, que se diferenciam daquelas dos indivíduos que a compõem. Mas estes bens e atividades são e devem ser de essência humana e, por conseguinte, pervertem-se caso não contribuam para o desenvolvimento e melhoria das pessoas humanas. Deve a sociedade e os homens buscar os meios para que não ocorra a perversão dos bens e atividades daquela. Para isso, aparelha-se de valores supremos, que transcendem à sociedade política e são aspirações naturais do homem material e espiritual, denominados de direitos humanos.¹¹

Para alguns os direitos humanos são próprios da natureza humana; para outros, são direitos do homem, pois somente estes podem ser capazes de serem sujeitos e tecerem suas prerrogativas, faculdades, interesses e necessidades protegidas, resguardadas e regulamentadas pelo Estado. Isto significa que somente haverá direitos humanos se houver o reconhecimento Estatal.¹²

Há aqueles que concebem os direitos humanos frutos de uma determinação divina, expressão de valores sobrenaturais que encarnam nos homens. Também existem os que consideram tais direitos oriundos de uma conquista social,¹³ advindos do processo permanente de luta política entre classes antagonônicas.

11. MARITAIN, 1942, pp. 13-22.

12. O Estado Moderno se caracteriza por ter positivado o direito, construindo as ordens jurídicas modernas sobre direito subjetivos que concedem a pessoa individual âmbitos legais para uma ação guiada sempre pelas suas preferências. A comunidade jurídica tem um universo sem-fronteiras no espaço social e estende-se a todas as pessoas naturais. Para Habermas, o “*liberalismo*, que remonta a Locke, denunciou (ao menos desde o século XIX) o perigo representado pelas maiorias tirânicas e postulou a precedência dos direitos humanos com relação à vontade do povo. Em um caso os direitos humanos deveriam a sua legitimidade ao resultado da autocompreensão ética e da autodeterminação soberana de uma coletividade política; no outro caso, eles deveriam construir limites legítimos a partir deles mesmos que vedassem à vontade soberana do povo a usurpação das esferas de liberdade subjetivas intocáveis. Contra esses unilateralismos complementares deve-se perseverar no fato de que a idéia dos direitos humanos – o direito fundamental kantiano sobre as mesmas liberdades subjetivas de ação – nem impõe simplesmente ao legislador soberano como um limite externo, nem deve ser instrumentalizada como um requisito funcional para os seus objetivos.” (HABERMAS, 2001, p. 149)

13. “A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do ‘bem-estar social’, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previsto pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades.” (LAFER, 1988, p. 127)

Na verdade, percebe-se que em todos os estudiosos há uma condução do conceito de direitos humanos de acordo com os valores subjetivos, ideológicos, políticos, sociais, culturais e religiosos, no qual cada grupo pertence, variando de acordo com a interpretação da concepção pessoal de realidade daquele que supostamente o defende.

Após uma visão limitada e simplista dos direitos humanos, pode-se entendê-los como todos os valores da natureza consagrados pelo homem, conforme suas concepções ideológica-social-política-econômica-cultural-religiosas e o desenvolvimento das habilidades e necessidades humanas, variável no espaço e no tempo. Os direitos humanos são a grande aspiração da humanidade e estamos atrasados em relação a tais aspirações, portanto, não devemos aumentar esse atraso ainda mais com as nossas desconfianças, indolências e ceticismo, pois não temos tempo a perder.

Nas palavras de Bobbio *“a história, como sempre, mantém sua ambigüidade avançando em duas direções opostas: em direção à paz ou em direção à guerra, em direção à liberdade ou em direção à opressão. O caminho da paz e da liberdade certamente passa pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos do homem, a começar pelo direito à liberdade de culto e de consciência, que foi o primeiro a ser proclamado durante as guerras religiosas que ensangüentaram a Europa durante um século, até os novos direitos (como à privacidade e à tutela da própria imagem) que vão surgindo contra novas formas de opressão e desumanização tornadas possíveis pelo vertiginoso crescimento do poder manipulador do homem sobre si mesmo e sobre a natureza. Reconheço que o caminho é difícil. Mas não há alternativas”*

São Paulo, abril de 2003.

Bibliografia

- ALVES, J. A. Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva; Brasília, DF; Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 8.ed., revisada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PAQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. 3. tir., Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BULFINCH, Thomas. *O livro de ouro da mitologia: (a idade da fábula): história de deuses e heróis*. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5.ed. Almedina: Coimbra, 1999.
- DUFOUR, Alfred. *Droits de l'homme, droit naturel et histoire: droit, individu et pouvoir de l'ecole du droit naturel à l'ecole du droit historique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed., rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DORNELLES, João Ricardo. *O que são direitos humanos*. 2.ed., São Paulo: Brasiliense, 1993. (Coleção primeiros passos, n. 229)
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito humanos fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *A costelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera mundi, 2001.
- HEYMANN-DOAT, Arlette. *Libertés publiques et droits de l'homme*. Paris: L.G. D. J., 1997.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MARITAIN, Jacques. *Lês droits de l'homme et la loi naturelle*. New York: La Maison Française Inc., 1942.
- MASSINI, Carlos Ignácio. *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2000. (Coleção temas jurídicos).
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- STHEFANIDES, Melelaos. *Os deuses do olimpo*. São Paulo: 2001.

FILOSOFIA DO DIREITO



NIETZSCHE: NIILISMO E GENEALOGIA MORAL

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 pensamento de Nietzsche e sua filosofia traduzida pelo niilismo e o voluntarismo. A filosofia moral de Nietzsche: a moral dos senhores e a moral dos escravos é um dos tópicos importantes abordados pelo autor, que apresenta as conclusões da obra do filósofo no término deste artigo.

Abstract:

The Nietzsche's thought and its Philosophy translated by *nihilismus* and voluntarism. Its moral Philosophy: the owner's and slaver's moral is one of the most important topics boarded by the author, that presents conclusions along the Philosopher work in the end of this article.

Unitermos: Nietzsche; niilismo; voluntarismo; Justiça; sociedade; Direito.

1. Traços e linhas nietzschianos.

Friedrich Wilhelm Nietzsche (1844-1900), filósofo de origem alemã, é identificado como teórico do voluntarismo e do niilismo filosóficos. Seu pensamento se debruça sobre temas das mais diversas latitudes, mas se destacam suas preocupações sobre a religião e a moral como pontos-chave de seus textos. De fato, suas elocubrações possuem incursões sobre muitas temáticas (história, música, filologia, religião...) e, inclusive, sobre a temática moral. Ao deitar-se sobre os valores e ao discutir sobre crenças é que causa profundos abalos na consciência coletiva ocidental, com as propostas que caracterizam sua filosofia niilista. Antes de se tornar autor de reconhecida nomeada em sua época, chegou a se destacar em filologia, tornando-se professor desta ciência na Universidade de Basileia.

Marcos fortes de sua personalidade e de sua biografia são suas influências trazidas do ceticismo de Schopenhauer¹ e da musicalidade de Richard Wagner. A abrupta ruptura de relações com este último foi de capital importância para sua vida e para sua filosofia, algo que só ocorreu quando da publicação de *Humano, demasiadamente*

humano (1878), quando Nietzsche fere os principais valores tradicionais e religiosos de Wagner com seus pensamentos. A partir de então, não-somente sua filosofia passa a ganhar maior alento, inclusive em número de obras, como seu degradingolar vai paulatinamente se desencadeando, até a veemente loucura, sob a vigília da irmã, e morte, em 1900.

Destacam-se, do amplo rol de textos de sua autoria, as principais obras de Nietzsche, aí compreendidas aquelas da fase de sua amizade com Wagner (até 1878), e também as da fase de quebra da amizade com Wagner (após 1878): 1872 - *O nascimento da tragédia*; 1873 - *A filosofia na idade clássica dos gregos* (publicado postumamente: *Verdade e mentira no sentido extramoral*); 1878 - *Humano, demasiadamente humano*; 1882 - *A gaia ciência*; 1883-1885 - *Assim falou Zarathustra*; 1886 - *Para além do bem e do mal*; 1887 - *A genealogia da moral*; 1888 - *Ecce homo: como me tornei eu mesmo*.

Mas, o que faz com que se busque em sua obra os traços de suas idéias morais, e de sua influência sobre a ética contemporânea, é a frase enigmática por ele lançada em sua autobiografia, que aqui se reproduz:

“A questão da origem dos valores morais é, portanto, para mim de primeira ordem porque dela depende o futuro da humanidade” (Nietzsche, *Ecce homo: como cheguei a ser o que sou*, p. 131).

2. Alguns postulados da filosofia nietzschiana: niilismo e voluntarismo.

Estes são os pontos de maior destaque da filosofia de Nietzsche: o voluntarismo e o niilismo. Tendo em vista estes marcos, é de grande importância que sejam bem definidos nesta parte, antes que se inicie propriamente a reflexão sobre sua filosofia moral.

Quanto ao seu niilismo, há que se dizer que é ponto marcante e de distinção na obra de Nietzsche, sobretudo em sua obra tardia, a partir de 1881.² A

1. Leia-se, em *A genealogia da moral*, esta declaração de Nietzsche sobre seu encantamento com as idéias de Schopenhauer: “Do que eu tratava era do valor da moral; acerca desse ponto eu não tinha que explicar-me senão para o meu ilustre Schopenhauer, a quem se dirigia este livro com toda sua paixão e a sua secreta oposição (porque “Humano, demasiadamente humano”, era, com esta, uma obra de polêmica)” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. XIII).

2. Cf. Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 75. Destaca-se neste artigo que as obras *Para a genealogia da moral*, *O crepúsculo dos ídolos* e *O anticristo* são as que mais caracteristicamente possuem traços niilistas.

princípio, pode-se tratar de mera coincidência, mas há uma certa proximidade entre a palavra alemã para significar a idéia do 'nada' e o nome de nosso filósofo niilista (Nietzsche). Até nisto se identificam e se comunicam, nome do autor e obra. A própria idéia de moral será investigada dentro desta concepção do niilismo, e será metodologicamente devassada como fruto do niilismo ocidental. Ou ainda, a própria idéia de moral em Nietzsche é que funda o niilismo.³

Veja-se o sentido de niilismo na obra de Nietzsche:

“Niilismo. Nietzsche é o único a não-utilizar esse termo com intuítos polêmicos, empregando-o para qualificar sua oposição radical aos valores morais tradicionais e às tradicionais crenças metafísicas: ‘O niilismo não é somente um conjunto de considerações sobre o tema Tudo é em vão, não é somente a crença de que tudo merece morrer, mas consiste em colocar a mão na massa, em destruir; (...) É o estado dos espíritos fortes e das vontades fortes do qual não é possível atribuir um juízo negativo: a negação ativa corresponde mais à sua natureza profunda (Willw zur Macht, ed. Kröner, XV, parágrafo 24)” (Abbagnano, Dicionário de filosofia, 2000, pp. 712/713, Termo: Niilismo).

Com outras palavras, se pode dizer que:

“Com o termo niilismo (der Niilismus), ele procurava abarcar as diversas manifestações da doença ou crise inscritas na história do homem ocidental, de modo a atingir a razão comum dessa doença, qual seja, a instauração da interpretação moral da existência dá origem ao niilismo ocidental” (Araldi, Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 76).

Então é que Nietzsche desenvolve sua filosofia como um profundo trabalho de escavação dos valores, no sentido de superá-los como negação da vida. Ora, o niilismo é a raiz de toda a cultura ocidental, que desenvolveu uma forma de

3. “Desse modo, constata-se que o niilismo assume importância e significação na obra tardia de Nietzsche a partir da investigação da *história da moral*” (Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 76).

pensar em que o auto-aniquilamento é visto como virtude, em que a dor é exaltada como um bem, em que o tédio da vida é parte do viver mundano. A história do Ocidente está recheada de exemplos disto, como demonstra Nietzsche.⁴ A origem de tudo isto seria a própria religião, que exalta o transcendente em detrimento do presente, a espiritualidade, em detrimento da materialidade, menosprezando os valores humanos, bem como a rica e extensa condição humana.

Ora, o empenho de Nietzsche seria o de superar este *modus* com o qual se constituíram os valores no Ocidente, bem como o de embrenhar-se na tarefa de destruição dos arquétipos que a eles deram origem. A superação disto daria vazão à possibilidade de inserção de novos valores para os homens, valores humanos, voltados para a satisfação humana, sem a altivez e a uniformidade da ‘ciência da moral’ tal como ativa e tradicionalmente concebida:⁵

“Até o próprio título “ciência da moral” é relativamente àquilo que quer significar muito pretensioso e contrário ao bom gosto, que prefere expressões mais modestas”
(Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, p. 119).

É assim que se inscrevem, finalmente, as tendências niilistas no pensamento de Nietzsche, em graus e diferenças de sentido:

1. Niilismo incompleto (*unvollständig Nihilismus*) e niilismo completo (*vollkommener Nihilismus*): a morte do deus cristão, no niilismo incompleto, é decorrência do espírito da modernidade, vazio que é preenchido por outras idéias (progresso, ciência...); a morte do deus cristão, no niilismo completo, é sabida, sentida

4. “Através de considerações históricas, o filósofo mostra a ação das epidemias da saciedade de viver, dentre as quais ele cita a dança macabra de 1348, o pessimismo parisiense de 1850, o alcoolismo na Idade Média, a depressão na Alemanha depois da guerra dos Trinta anos (GM/GM III, 13). Ocorrendo em vários momentos da história, essa vontade que se volta contra a vida mostra sua origem a partir do instinto de espiritualidade que quer negar a natureza e tem como consequência o *toedium vitae*, a saciedade de viver, o niilismo” (Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 83).

5. “Através da investigação da *História natural da moral*, o niilismo é compreendido como doença, como transcurso doentio típico, adquirindo desse modo estatuto de questão fundamental, a partir da qual seria possível criticar-destruir a moral existente e possibilitar a criação de novos valores” (Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 84).

6. “É nesse sentido que Nietzsche distingue entre niilismo incompleto e niilismo completo. No niilismo incompleto (*unvollständig Nihilismus*) há a tentativa de preencher o vazio decorrente da morte do deus cristão, tido como a fonte da verdade (XII, 10, 42). Através de ideais laicizados (o progresso na história, a razão moral, a ciência, a democracia), os homens ainda mantêm o lugar outrora ocupado por Deus, o supra-sensível, pois buscam algo que ordene categoricamente, ao qual possam se entregar absolutamente.

e refletida, sendo que em sua substituição nada se tenta trazer.⁶ A Europa vive um Niilismo incompleto, na busca de substituição da ausência do Deus cristão por outras ideologias, algo que deve ser superado pelo Niilismo completo, na proposta de Nietzsche;

2. Niilismo completo, ativo e do êxtase (*ekstatischer Nihilismus*): na proposta de Nietzsche, não basta contemplar a morte do Deus cristão, muito menos a ausência do que fazer para substituí-lo na fuga do medo do vazio. O Niilismo completo assume a ausência do Deus cristão, e funda uma cultura de superação desta ausência pela vivência de novos valores laicizados e independentes da opressão deste jugo. Enfim, proceder desta forma é transvalorar os valores, alcançando um êxtase humano, profundamente humano.⁷

Assim se confirma em sua postura teórica uma profunda pregação contra a religião e a moral tradicionais, bem como contra toda e qualquer filosofia metafísica,⁸ pois identifica nestes filósofos verdadeiros sacerdotes disfarçados e nos moralistas verdadeiros raquíticos da investigação moral. Em suas concepções, devem ser desfeitas todas as amarras possíveis à vontade de potência. E é isto que abre campo para que se explique melhor as idéias de voluntarismo e vontade de poder em seu pensamento.

Assim, quanto ao seu voluntarismo, é de se dizer: o motor da ação não

Em suma, no niilismo incompleto há a tentativa de superar o niilismo sem transvalorar os valores (XII, 10, 42). No niilismo completo (*vollkommener Nihilismus*) há uma auto-consciência do homem sobre si próprio e sobre a sua nova situação após a morte de Deus (XII, 10, 42). Esta forma de niilismo é uma conseqüência necessária dos valores estimados até então como superiores. Nesse momento, contudo, não ocorre ainda a criação de valores afirmativos: o niilista completo não consegue mais mascarar, através de ideais e ficções, a vontade de nada. Não é apenas o supra-sensível que é abolido, mas também a oposição entre ambos (GD/CI. *Como o mundo verdadeiro tornou-se fábula*). Com um olhar pálido, desfigurado, o niilista completo contempla e idealiza a partir da fraqueza. A completude do niilismo não ocorre somente nessa dissolução passiva, no tipo do decadente que frui passivamente de seu esgotamento. É nesse sentido que o filósofo distingue entre niilismo ativo e niilismo passivo” (Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p.86).

7. “Nietzsche pretende passar do niilismo incompleto, que é ainda a condição da modernidade, para o niilismo completo e, posteriormente, para o momento derradeiro: o niilismo do êxtase (*ekstatischer Nihilismus*). O tipo de homem afirmativo não se detém na negação (tudo é em vão) e suas conseqüências: a derrocada de todo sentido e a decadência fisiológica. Desse modo, no niilismo do êxtase há a necessidade de destruir ativamente, visto que a destruição é uma condição para a criação de novos valores. Enquanto “a mais divina de todas as formas de pensar”, o niilismo funciona como um martelo na mão do criador. Com isto chega-se ao niilismo do êxtase, que é condição para se chegar à suprema afirmação da existência” (Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 88).

8. “O compromisso de Nietzsche não é com a defesa do universal ou da racionalidade, mas com a efetividade. Por isso, denuncia todas as formas que viabilizam a sua depreciação. A sua crítica à moral, à religião, à filosofia e à ciência tem por base o resgate da supremacia da imanência e, nesse sentido, visa a excluir a transposição do valor ao plano transcendente” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 177).

está no fim (finalismo), no teleologismo, (*télos*: fim, greg.), mas na vontade de poder que move todo ser existente, desde o vegetal até o ser humano. Ora, voluntarismo é, nesse sentido, a submissão de tudo à idéia de vontade, à noção de que o apetite é que movimenta as mudanças e as operações na condição mundana. Em poucas palavras:

“O mundo visto por dentro, definido e determinado por seu “caráter inteligível” seria – precisamente – “vontade de potência” e nada mais” (Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, p. 61).

A vontade é a flecha chamejante que propulsiona todo existente para adiante, nas palavras de Zaratrusta:⁹

“Entretanto, Zaratrusta olhava a multidão com assombro. E falou assim:

Amo o que ama a sua virtude; porque a virtude é desejo de perecer e flecha do infinito desejo” (Nietzsche, F. W., *Assim falava Zaratrusta*, 1973, p. 15).

Nisto não existe nem transcendência metafísica e nem inércia cética, mas sim uma postura profundamente visceral a tudo o que é mundano: a vontade, o princípio de tudo.¹⁰

As coisas não possuem sentido por si mesmas, pois é a vontade que lhes determina o sentido.¹¹ É esta vontade de governo de tudo, pois se trata de algo profundamente próprio ao ser humano, que deve ter vontade de superação, de se tornar mais do que tradicionalmente é, mais do que efetivamente se permite ser. Isto tudo porque a vontade de potência tem sido reprimida, intensa e sucessivamente, pelos costumes e pela moral tradicionais.¹² Camuflar esta vontade é a pior das estratégias possíveis, isto porque:

9. A posição de Nietzsche é muito bem definida nestas palavras, quando diz que toda energia poderia ser chamada vontade potência: “Suponho, finalmente, que se chegasse a explicar toda nossa vida instintiva como o desenvolvimento da vontade – da vontade de potência, é minha tese – teria adquirido o desejo de chamar a toda energia, seja qual for, *vontade de potência*” (Nietzsche, *Além do Bem e do Mal*, 2001, p.61).

10. “A concepção de realidade como uma explosão exuberante de vida incontrolável induz Nietzsche a interpretar a história segundo o princípio grego do eterno retorno: tudo nasce, morre e volta a nascer de novo, sem fim” (Masip, *História da filosofia ocidental*, 2001, p. 269). Nisto, a vontade é o motor de tudo, mas especificamente, a vontade de poder.

11. “O homem, em Nietzsche, é definido como aquele que avalia, que confere sentido às coisas. O homem é vontade de potência” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 73).

12. “Esse é o papel fundamental da moralidade do costume e da tradição: inscrever no homem o social, conter-lhe os instintos” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 95).

“O ser vivo necessita e quer, antes de mais nada e acima de todas as coisas, dar liberdade de ação à sua força, ao seu potencial. A própria vida é vontade de potência” (Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, p. 33).

Em Nietzsche, somente a vontade pode romper o ciclo de acalentamento do homem da noção de que sua condição é miserável, e de que deve aguardar outra condição transcendente que seja melhor que esta. Não, definitivamente, não! Para Nietzsche a vontade pode, na medida em que está visceralmente ligada a uma capacidade humana, a algo que é humano, demasiadamente humano. Cumpram-se assim as palavras de Zaratrusta:

“Restituí, como eu restituí à terra, a virtude extraviada, restituí-a ao corpo e à vida, para que dê à terra o seu verdadeiro sentido, um sentido humano” (Nietzsche, *Assim falava Zaratrusta*, 1973, p. 85).

3. A filosofia moral nietzschiana.

A moral não é nem rejeitada e nem recusada por Nietzsche, muito menos aceita do jeito que tradicionalmente é concebida. Mas, de qualquer forma, o que se pode, preliminarmente, dizer sobre o tema, é que a realidade moral em si mesma não existe, mas sim uma interpretação moral dos fenômenos:

“Não existem fenômenos morais, mas uma interpretação moral dos fenômenos” (Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, p. 102).

Ao afirmar isto, Nietzsche quer exatamente fundar um pensamento que traga o homem às origens de si, à investigação sincera e objetiva (entenda-se não-mascarada), arqueológica e fundamental, genealógica (*gênesis*, greg., gênese, origem) dos valores e crenças humanos. Nietzsche quer destacar o quanto o homem é demasiadamente humano, e, neste sentido, não poderia negar a existência da moral, ou mesmo a sua importância. Mas, haverá de conferir a ela um outro sentido, bastante peculiar, através de suas pesquisas.

O que Nietzsche haverá de fazer será *re-fundar* a moral, a partir de uma certa metódica arqueológica que escava a história, valorando-a de outra forma,

compreendendo-a de outra forma, a ponto de transformar o significado das ações, dos feitos, e o simbolismo de determinadas crenças. Para isto é necessário analisar a procedência dos valores, e verificar, historicamente e logicamente, como se formaram e se deformaram:¹³

“Necessitamos uma crítica dos valores morais, e antes de tudo deve discutir-se o “valor destes valores”, e por isso é de toda a necessidade conhecer as condições e os meios ambientes em que nasceram, em que se desenvolveram e deformaram (a moral como consequência, máscara, hipocrisia, enfermidade ou equívoco, e também a moral causa, remédio, estimulante, freio ou veneno) conhecimento tal que nunca teve outro semelhante nem é possível que tenha” (Nietzsche, A genealogia da moral, 1991, p. XIV).

Nietzsche tem uma recomendação neste sentido, qual seja, a de que seja superada definitivamente a moral tradicional, entendendo-se aí residir a moral cristã e a metafísica platônica. Eis o alerta: Alijai-vos da opressão do passado moral, pois a moral corresponde à cristalização dos valores do passado, e tornar-se um fiel guardião dos mesmos não é exercer a liberdade ética, mas submeter-se a padrões morais arraigados ao passado! Com esta preocupação é que Nietzsche se lança na empreitada de discutir a questão ética.

As descobertas de que o homem ocidental é niilista, e de que encontra-se à deriva da concepção de Deus, substituído por subterfúgios outros da razão, e, sobretudo, de que o homem ocidental despreza profundamente a si mesmo, são determinantes para a obra do filósofo alemão. É por isso que em sua autobiografia (*Ecce homo*) afirma que “Com *Aurora* comecei a luta contra a moral da renúncia a si mesmo”¹⁴ Com este desprezo, acaba por esquecer-se de valorar o que é humano, para valorar o que é transcendente. Tudo isto é detectado pelo procedimento teórico adotado por Nietzsche para investigar a moral: a genealogia.¹⁵ Percebam-se as palavras de Nietzsche:

13. “Analisar a procedência de um valor remete necessariamente às suas condições de criação, por isso a pergunta ‘quem?’ fundamental em Nietzsche, por introduzir como procedimento norteador, que permite desvendar as perspectivas implicadas nas avaliações e, portanto, estabelecer o valor dos próprios valores” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 35).

14. Nietzsche, *Ecce homo: como cheguei a ser o que sou*, p. 133.

15. “É a partir da história da moral que o filósofo procurará caracterizar e validar metodologicamente as diversas formas de niilismo. Ou seja, o niilismo foi cunhado na obra de Nietzsche a partir da investigação da moral, da qual resulta a elaboração de um novo método de análise da moral: o procedimento genealógico” (Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 78).

*“Se abstraímos do ideal ascético, vemos que o homem não teve até agora finalidade. A sua existência sobre a Terra carece de objetivo. “Por que o homem?” Eis uma pergunta sem resposta; o homem e a terra não tinham liberdade; em cada passo do destino humano ressonava este grito. “Em vão!” Eis a finalidade de todo o ideal ascético; queria dizer que em volta do homem havia uma imensa “lacuna”; não sabia justificar-se a si mesmo, interpreta-se, afirmar-se; sofria ante o problema da vida. E sofria de muitas maneiras; era antes de tudo um animal “doente” o seu problema, porém, não era a dor. “O homem, o animal mais valoroso e enfermiço, não repele dor, antes a procura, contando que lhe digam o porquê” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 113).*

Assim, desloca-se o eixo de preocupações morais do valor para o valor do valor, na postura de transvaloração dos valores.¹⁶ E, após a constatação dos erros da moral do passado, não basta simplesmente aceitar ou conhecer este fato, pois torna-se imperativo desmistificar diversos dos ídolos construídos como norteadores da conduta moral, ou ainda, carece desconstruir o passado, para revesti-lo de novo simbolismo que propulsione os indivíduos para o futuro. Eis a necessidade do martelo¹⁷ nietzschiano para efetivar este projeto.¹⁸ Este martelo funciona, sobretudo, contra a inocência do

16. “É como herdeiro da mais longa e corajosa auto-superação que a Europa moralizada realizou sobre si mesma que Nietzsche compreende a si mesmo e a sua tarefa filosófica; é como imoralista que se apropria da tradição milenar, para assim instaurar o projeto de transvaloração dos valores” (Araldi, *Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 84).

17. O martelo de Nietzsche se dirige contra a filosofia antecedente, contra os costumes cristalizados, contra a religião judaico-cristã, contra os cânones metafísico-platônicos, e contra todo obstáculo que se antepõe à superação da moral tradicional. Eis um exemplo da ação de seu martelo: “A hipocrisia inflexível e virtuosa com que o velho Kant nos conduz por todas as veredas de sua dialética para nos induzir a aceitar o seu pensamento categórico é um espetáculo que nos faz sentir o imenso prazer de descobrir as pequenas e maliciosas sutilezas dos velhos moralistas e dos pregadores. Somemos a tudo isso o malabarismo, pretensamente matemático, com que Spinoza termina por escudar e mascarar sua filosofia, tratando de intimidar assim, desde o princípio a audácia do assaltante que pouca os olhos numa virgem invencível: Palas Atenas. Como se pode entrever, por meio de tão pequeno broquel e inútil máscara, a timidez e a vulnerabilidade de um ser doente e solitário!” (Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, pp. 23-24).

18. “Daí a posição indiferente que se efetivaria na manutenção do dado ser objeto de crítica e, porque não dizer, ideal a ser destruído pelo ‘martelo’, já que a crítica, enquanto referida ao valor dos valores, configura a ‘filosofia a marteladas’, destruidora de idéias e ideais” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 26).

moralista, quando se trata de inscrever o método genealógico como o único instrumento de *re-avaliação* da história da moral:

“O sentimento moral na Europa é atualmente tão fino, tardio, múltiplo, irritável, refinado, quanto a “ciência moral” é ainda jovem, principiante, entorpecida e grosseira; um contraste atraente, que por vezes se manifesta na própria pessoa do moralista” (Nietzsche, *Além do Bem e do Mal*, 2001, p. 119).

É com o grande martelo que procura demolir a tradição judaico-cristã, e platônico-metafísica, bem como insculpir-se a filosofia nietzschiana da suspeita, da dúvida, da transvaloração, da *re-construção* do saber ético ocidental, o que se faz com conhecimento e a consciência de que as heranças do passado determinaram o presente, o que só se faz por meio da genealogia.¹⁹ Sem hipocrisias e falsos moralismos, a ética nietzschiana é fruto de uma ruptura com a tradição, algo condizente com o espírito livre de seu autor.²⁰ Este legado de suspeita e esta tentativa de libertação do passado medieval é que haverão de movimentar boa parte das correntes de pensamento do século XX.

3.1. A genealogia da moral: moral dos senhores e moral dos escravos.

O passado subjuga o presente e determina o futuro. Empenhado em romper com este ciclo é que Nietzsche se lança na empreitada de investigar como se organizaram os valores no passado, para que se pudessem desvendar as tipologias da moral ocidental e o *modus* de entendimento da moral pelo homem ocidental. É assim que o filósofo alemão chega a identificar a moral dos senhores e a moral dos escravos.²¹

19. “É claro que o genealogista da moral há uma cor cem vezes preferível ao azul, a cor parda, isto é, tudo o que se funda em documentos, tudo o que consta que existiu, todo o longo texto hieroglífico, laborioso, quase indecifrável do passado da moral humana” (Nietzsche, *A Genealogia da Moral*, 1991, p. XV).

20. “Somente uma inversão radical (*Umkehrung*) de todos os valores, que não pode ser obra da razão mas deve ser levada a cabo pelo instinto ou pela vida em sua força nativa, será capaz de abrir o caminho para uma nova Moral da afirmação da vida – uma moral do super-homem – que substituirá a Moral dominante da negação da vida, representada pelo moralismo platônico-cristão. Tal o núcleo do discurso desconstrutivista de Nietzsche com relação a toda a tradição moral codificada na Ética, que o faz incluir entre os mestres da suspeita e explica, mais sem dúvida do que o fascinante brilho literário, a enorme influência da sua obra na cultura do nosso século” (Vaz, *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*, 1999, p. 413).

21. “No procedimento genealógico há a tentativa de construir uma *Tipologia da moral*. A partir da *História natural da moral* o genealogista constata a cristalização de dois tipos: a moral dos senhores (*Herren-Moral*) e a moral dos escravos (*Sklassen-Moral*)” (Araldi, *Para uma caracterização do nihilismo na obra tardia de Nietzsche*, Cadernos Nietzsche, São Paulo, v. 5, 1998, p. 78).

Percebe-se, no correr da história, que as palavras ‘bom’ e ‘mau’ estão carregadas de significado. Ora, como entendedor da filologia, o procedimento de Nietzsche é o de analisar que sentidos a história se incumbiu de mascarar por detrás destas palavras, desvelando-lhes o significado. Eis a declaração de Nietzsche acerca de sua pesquisa:

“Alguma educação histórica e filosófica e certo tato inato, delicado para as questões psicológicas, depressa transformaram o meu problema neste outro: o bem e o mal? E que valor têm em si mesmos? Foram ou não favoráveis ao desenvolvimento da humanidade? São um sintoma funesto de empobrecimento vital, de degeneração?”
(Nietzsche, *A Genealogia da Moral*, 1991, p. XI).

E a constatação de Nietzsche, no que pertine às principais palavras da moral, ‘bom’ e ‘mau’, é arrasadora, pois as diversas línguas revelam traços semânticos comuns,²² indicando em ‘bom’ uma noção de ‘nobreza’ e, em ‘mau’, de ‘servilismo’:²³

“A indicação do verdadeiro método foi-me dada por esta pergunta: qual é, segundo a etimologia, o sentido da palavra “bom” nas diversas línguas? Então descobri que esta palavra em todas as línguas deriva de uma mesma transformação de idéias; descobri que, em toda a parte, a idéia de “distinção”, de “nobreza”, no sentido de ordem social é a idéia-mãe donde nasce e se desenvolve necessariamente a idéia de “nobre” no sentido de

22. Também neste trecho: “Em minha peregrinação através das morais mais refinadas e mais grosseiras que reinaram e ainda reinam, constatei a repetição e a conexão de certos traços característicos, de modo que estou prestes a descobrir dois tipos fundamentais e uma diferença também fundamental. Existe a moral dos *senhores* e a dos *escravos*; se concluirá prontamente que nas culturas mais elevadas e cruzadas se encontram tentativas de conciliação entre as duas morais, mas freqüentemente ainda uma confusão das mesmas, fruto de mal-entendidos recíprocos e talvez da coexistência de uma ao lado da outra – isso, também pode ser encontrado em indivíduos, numa só alma” (Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, p. 230).

23. Esta idéia é reforçada em *Além do bem e do mal*: “A moral dos escravos é, basicamente, uma moral utilitária. Eis aqui o centro de onde se originou a famosa oposição “bem” e “mal”, ao mal se atribui instintivamente uma certa potência, uma periculosidade, um certo terror, um refinamento, uma força, não desprezíveis. Segundo a moral dos escravos, o mal incute também “terror”, segundo a moral dos senhores, é precisamente o “bom” que inspira terror porque quer inspirá-lo, enquanto o homem “mau” é tido como um ser desprezível” (Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, p. 233). “O juízo ruim era estabelecido por esses mesmos homens para designar o homem baixo, vulgar, e seu respectivo fazer” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 50).

“privilegiado quanto à alma” E este desenvolvimento é sempre paralelo à transformação das noções “vulgar” “plebeu” “baixo” na noção de “mau” O exemplo mais evidente desta última metamorfose é a palavra alemã schlecht (mau), que é idêntica à palavra schlicht (simples); compare-se schlichtsweg (simplesmente) e schlechterdings (absolutamente), e que sua origem designa o homem simples, o homem plebeu” (Nietzsche, A genealogia da moral, 1991, p. X).

É dos arcanos da História que provêm estas noções, seja da etimologia grega da palavra ética (*éthos - esthlos*),²⁴ seja da análise das práticas sociais mais comuns da Antiguidade, seja das relações entre devedor e credor,²⁵ seja dos sacrifícios religiosos da mais longínqua data,²⁶ seja da verificação de quanto a moral sacerdotal e os cultos antigos continuam presentes no espírito das pessoas. As idéias de ‘puros’ e ‘impuros’ decorrentes dos processos de purificação sacerdotal estão aí para indicar isto:

“Deste modo a oposição “puro” e “impuro” serviu primeiramente para distinguir as castas e ali se desenvolveu mais tarde uma diferença entre “bom” e “mau” no sentido já não limitado à casta. Evitemos atribuir à idéia de “puro” e “impuro” um sentido demasiado rigoroso, demasiado lato, e menos ainda um sentido simbólico. A palavra “puro” designa simplesmente

24. “A palavra *esthlos* significa “alguém quem é”, alguém que é real, que é verdadeiro; depois, por uma modificação subjetiva, o verdadeiro vem a ser verídico: nesta fase de transformação da idéia vemos que a palavra que a expressa vem a ser a contra-senha da nobreza, é tomado em absoluto o sentido de “nobre”, por oposição a homem “embusteiro” da plebe, segundo o concebe e descreve Theognis; até que, por fim, quanto à nobreza da alma, é ao mesmo tempo o que quer que seja maduro e adocicado” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 6).

25. “Retomemos a nossa investigação onde a deixamos. O sentimento de dever, da obrigação pessoal, tem origem, segundo vimos, nas mais antigas e mais primitivas relações entre os indivíduos, as relações entre o credor e o devedor; aqui pela primeira vez, a pessoa opôs-se à pessoa e mede-se com ela” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 39).

26. “Os deuses, como afeiçoados aos espetáculos cruéis: como ressalta ainda esta noção primitiva em meio da nossa civilização européia! Leiam-se Calvino e Lutero. Os gregos condimentavam a felicidade dos seus deuses, com os prazeres da crueldade. Como olhavam os deuses de Homero o destino dos homens? Que idéia tinham da guerra de Tróia e de outros horrores trágicos? Neste ponto não há dúvida: eram brinquedos que alegravam os deuses, e como o poeta é de uma espécie mais “divina” que o resto da humanidade, também para ele eram brinquedos...” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 38).

“um homem que se lava” que se abstém de certos alimentos insalubres, que não coabita com as mulheres sujas da plebe e que tem horror ao sangue e nada mais. Por outro lado, a conduta característica de toda a aristocracia sacerdotal indica como esta oposição de valores pode espiritualizar-se e acentuar-se” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 7).

Da escravidão antiga, do servilismo, da opressão, da aristocracia sacerdotal são oriundos os principais arquétipos da moralidade e os principais conceitos que *pré-julgam* as coisas dicotomicamente (mau como desprezível, como ínfimo, como repugnante, como sujo, como pobre, como plebeu...).²⁷ Este cadenciamento de raciocínios é que levou à universalização de certos valores, e à cristalização de categorias sócio-econômicas como morais e religiosas.

Os escravos e plebeus, identificados com a inferior condição na qual se encontravam, em oposição, passam a erigir seus contra-valores aos da nobreza e da aristocracia. À *ação* (ao valor), da aristocracia (valor fundado na superioridade), advém uma *re-ação* (um *contra-valor*), dos plebeus (*contra-valor* fundado no ódio):²⁸

“Enquanto toda a moral aristocrata nasce de uma triunfante afirmação de si mesma, a moral dos escravos opõe um “não” a tudo o que não é seu; este “não” é o seu ato criador. Esta mudança total do ponto de vista é própria do ódio: a moral dos escravos necessitou sempre de estimulantes externos para entrar em ação; a sua ação é uma reação.” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 11).

A luta dos escravos (dos *contra-valores*) em face dos nobres (dos *valores*), e, portanto, do ‘bem’ contra o ‘mal’, surge a partir dos esforços do povo judeu, como historia Nietzsche:

27. “O medo funda a moral de escravos, uma vez que ele teme aqueles que são potentes e diferentes dele” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 64).

28. Assim, bom e mau são conceitos arraigados a noções de bom e mau oriundas de conflitos de classe: “E tão-pouco é único o conceito “bom”. Perguntai aos escravos qual é o “mau”, e apontarão a personagem que para a moral aristocrática é “bom”, isto é, o poderoso, o dominador. Simplesmente os escravos olham para ele de viés, com o olhar venenoso de rancor” (Nietzsche, *A Genealogia da Moral*, 1991, p. 14).

“Os judeus – “povo nascido da escravidão” como disse Tácito em uníssono com toda a Antiguidade, “povo eleito entre todos os povos” como eles mesmos dizer e crêem – levaram a cabo essa milagrosa inversão de valores que deu à vida durante milênios um novo e perigoso atrativo. Os profetas judeus fundiram numa só definição o “rico” o “ímpio” o “violento” o “sensual” e, pela primeira vez, colocaram a pecha da infâmia à palavra “mundo” Nesta inversão de valores (que fez também da palavra “pobre” sinônimo de “santo” e de “amigo”) é que se fundamenta a importância do povo judeu, com ele, em moral, começa a insurreição dos escravos” (Nietzsche, Além do bem e do mal, 2001, p. 131).

E, deve-se acrescentar que, segundo Nietzsche, esta insurreição que é fruto do ódio levou o próprio Jesus Cristo à crucifixão:

“Compreendeis por que é que esta coisa necessitou de dois mil anos para triunfar?...Não é estranho: de longe é sempre difícil ver. Sobre o tronco da árvore da vingança e do ódio – e é isto o que seu deus – do ódio judaico, do ódio mais profundo e mais sublime que o mundo jamais conhecera, do ódio criador do ideal, do ódio transmutador dos valores, do ódio sem semelhante na Terra, do tronco deste ódio saiu uma coisa incomparável, um “amor novo” mais profunda e a mais sublime forma do amor. Mas não se creia que o amor se desenvolver sobre este troco (único em que podia desenvolver-se) como antítese desta vingança e deste ódio. Ao contrário, o amor saiu deste ódio como uma coroa triunfante, mas que, no novo domínio da pureza, da luz e do sublime persegue os mesmos fins que o ódio: a vitória, a conquista, a sedução. Este Jesus de Nazaré, este evangelho encarnado do amor, este “Salvador” que trazia aos pobres, aos enfermos e aos pecadores a bem-aventurança e a vitória, não era ele precisamente a sedução na sua forma mais irresistível, a sedução que, por um rodeio, havia de conduzir os homens

a adaptar os valores judaicos? O povo de Israel, ao ferir o Salvador, seu aparente adversário, não feriu o verdadeiro objeto do seu ódio sublime?” (Nietzsche, A genealogia da moral, 1991, p. 10).

Desta luta entre escravos e senhores surge um fruto: a moral europeia, mediocrizada, massificada, degenerada e medrosa, tacanha e enfadonha, que haverá de ser o objeto das mais profundas críticas do martelo de Nietzsche:

“O que agora nos inspira medo é a multiplicação assombrosa do homem, do gusano mesquinho e débil, que pretende ser o “homem superior”; em meio da enorme neurastenia, cansaço e senilidade da Europa, ainda se considera o homem como um ser robusto e cheio de vida” (Nietzsche, A Genealogia da Moral, 1991, p. 16).

Disto tudo decorre uma forte onda de tendências ascéticas, purificadoras, moralizantes e empedernidas de controle do comportamento social e manutenção da tradição aristocrática. A moral dos escravos ressaí como a moral do medo e da opressão, da fuga e da responsabilidade, e, sacramentada pela história, transporta-se para os dias atuais para determinar como devem ou não devem agir as pessoas.

Tenha-se presente que nada do que aparenta ser, realmente, em moral, efetivamente o é:

“Seja qual for o ponto de vista no qual nos coloquemos, deve ser reconhecido que a falsidade do mundo em que acreditamos viver é a coisa mais verdadeira e firme que nossa visão pode apreender” (Nietzsche, Além do Bem e do Mal, 2001, p. 58).

Tudo o que possui uma aparência de ‘bom’ e de ‘belo’, de fato, se originou das entranhas as mais horrendas da história, sendo insculpidas e contornadas na consciência coletiva aos poucos, ao preço de muita dor, de muito sacrifício, de muito sangue, e de muita injustiça:

“Recordem-se os antigos castigos na Alemanha, entre os outros a lapidação (já a lenda fazia cair a pedra do moinho sobre a cabeça do criminoso), a roda (invenção germânica), o suplício da força, o esmagamento sob os

pés dos cavalos, o emprego do azeite ou do vinho para cozer o condenado (isto ainda no século XIV e no século XV), o arrancar os peitos, o expor o malfeitor untado de mel sob um sol ardente às picadas das moscas. Em virtude de semelhantes espetáculos, de semelhantes tragédias, conseguiu-se fixar na memória cinco ou seis “não quero” cinco ou seis promessas, a fim de gozar as vantagens de uma sociedade pacífica e com estas ajudas da memória, “entrou na razão!”. Ah! A razão, a gravidade, o domínio das paixões, toda esta maquinaria infernal que se chama reflexão, todos os privilégios pomposos do homem, quão caro custaram! Quando sangue e quanta desonra se encontra na fundo de todas estas “coisas boas”! (Nietzsche, *A Genealogia da Moral*, 1991, p. 32).

Mais que isto, Nietzsche ainda diz que os principais conceitos das relações humanas se organizaram e se estabeleceram a partir das relações entre credor e devedor, e das práticas de fazer sofrer pelo primeiro em detrimento do segundo:

“É nesta esfera que têm origens os conceitos morais “falta” “consciência” “dever” “santidade do dever”. Estas idéias, como tudo o que é grande sobre a terra, foram regadas com sangue. E não poderíamos dizer que este mundo nunca perdeu de todo certo cheiro a sangue e a tormentos? (ainda o imperativo categórico do velho Kant se ressentia de crueldade...) Este encanamento das idéias “falsas” e “dor” começou assim a formar-se. Mas, como pode a dor compensar as dívidas? Muito simplesmente: o “fazer” sofrer causa um prazer imenso à parte ofendida: fazer sofrer! Isto era uma verdadeira “festa” Tanto mais grata, repito quanto maior era o constante entre a posição social do credor e a do devedor” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 35).

Em Nietzsche, portanto, não há esta moral universal e racional que pretendem dizer inata alguns filósofos (ao estilo kantiano). Na narrativa de Nietzsche, a razão não é criadora, e sim simples vítima do processo de universalização de certos valores. Há, sim, historicidade e vontade de poder em exercício, assim como fuga da

condição humana. A moral passa a significar paralisação no tempo e no espaço, auto-condicionamento de um povo sobre si mesmo, luta encarnecida de si consigo mesmo, castigo da alma contra o corpo, do espírito contra a vida, da *psiché* contra o instinto. Eis as contundentes palavras de Nietzsche que denunciam o desapego do homem de si, em nome de um certo procedimento de tortura psíquica:

“Uma obrigação para com Deus: esta idéia foi porém o instrumento de tortura. Imaginou-se Deus como um contraste dos seus próprios instintos animais e irresistíveis e deste modo transformou estes instintos em faltas para com Deus, hostilidade, rebelião contra o “Senhor” “Pai” e “Princípios do mundo” e colocando-se galantemente entre “Deus” e o “Diabo” negou a Natureza para afirmar o real, o vivo, o verdadeiro Deus, Deus santo, Deus justo, Deus castigador, Deus sobrenatural, suplício infinito, inferno, grandeza incomensurável do castigo e da falta. Há uma espécie de demência da vontade nesta crueldade psíquica” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 59).

Perceba-se que a moral tradicional, em verdade, é fruto do conflito, do ódio de uns contra os outros, é embate, é confronto, é dor, é suplício, é auto-condenação, é castigo.²⁹ Isto tudo burilado e introjetado ao longo dos séculos deu origem à hipocrisia moral européia do século XIX, afirma Nietzsche, *des-construindo* a realidade dos valores negativos na tentativa de *re-construí-los* positivamente.

E, mais ainda, deve-se, pela vontade de poder, superar a crise de valores e *re-construir-se* o passado sobre os andrajos e restos de si mesmo, para o prelúdio de um futuro moral radicalmente oposto a este ao qual se está acostumado:

*“Veio para que vós, meus amigos, vos desgostásseis das velhas fórmulas que tereis aprendido dos mentirosos e dos insensatos;
para que vos canseis das palavras “recompensa”
“represálias” “castigo”, “justa vingança”;*

29. “Ver sofrer, alegre; fazer sofrer, alegre mais ainda: há nisto uma antiga verdade “humana, demasiado humana” à qual talvez subscrevessem os macacos, porque, de fato, diz-se com a invenção de certas crueldades anunciavam já o homem e precediam a sua vinda. Sem crueldade não há gozo, eis o que nos ensina a mais antiga e remota história do homem; o castigo é uma festa” (Nietzsche, *A genealogia da moral*, 1991, p. 36).

para que vos canseis de dizer que ‘uma ação é boa quando desinteressada’ ” (Nietzsche, F. W., Assim falava Zarathustra, 1973, p. 105).

3.2. A transvaloração: superação da moral tradicional.

É possível superar a moral tradicional, afirma Nietzsche, deixando-se o homem viver como homem, e podendo-se exercitar a criatividade como artífice de outras éticas, que não aquelas que se identificam com as dicotomias, com as divisões, com o negativo, com o sanguinário, com o guerreiro, com o passado, com a revanche social... Aliás, o papel de toda filosofia do futuro é exatamente este! Nada mais se deseja senão que o homem seja inteiramente homem, e que alcance a plenipotência de sua condição humana. Deve-se romper com este raciocínio que permitiu a domesticação do homem por si mesmo:

“Nada obstante o indivíduo ser o marco terminal do processo de adestramento do homem, interpôs-se entre a fase inicial e a final dessa formação o homem domesticado” (Azeredo, Nietzsche e a dissolução da moral, 2000, p. 102).

A crítica genealógica da moral, que identificou a moral dos senhores em oposição à moral dos escravos como causa fundante dos principais conceitos éticos do Ocidente, é o instrumento necessário para superar o passado e construir o futuro, para *des-construir* o passado e *re-fundar* o futuro em novas bases.³⁰ Isto importa em romper as barreiras solidificadas com o tempo e erigir novos moldes, para que o futuro se abra em novas dimensões, que não aquelas que vêm se desenrolando há séculos. Eis o prelúdio de uma filosofia do futuro!³¹ É necessário reprimir a moral, para que emergam outras morais:

“Ora, o fim do processo de formação do homem requer a sua plena realização, que é atingida somente mediante a repressão da própria moral” (Azeredo, Nietzsche e a dissolução da moral, 2000, p. 100).

30. Eis o papel esperado do filósofo por Nietzsche: “O filósofo do futuro deve ser um criador de valores, mas é preciso, primeiro, destruir as antigas tábuas de valor” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 179).

31. A antevisão de Nietzsche é real sobre o surgimento dos filósofos da dúvida: “Essê terá que aguardar a chegada de uma nova espécie de filósofos, diferentes em gostos e inclinações a seus predecessores: filósofos do perigo “talvez”, em todos os sentidos da palavra. Falo com toda a sinceridade, pois vejo a vinda desses novos filósofos...” (Nietzsche, *Além do bem e do mal*, 2001, p. 21).

Haverá de surgir no futuro uma nova condição humana, como reflexo deste processo de *re-abertura* do passado (*re-lido e re-interpretado* nietzschianamente), de libertação, de liberdade, de consciência plena, de plenipotência ética. Eis o fruto desta escavação genealógica, entrevê Nietzsche:

“O indivíduo soberano prescinde da justiça, assim como da lei, pois ele é ‘fruto maduro que, mediante a moralidade do costume e a própria justiça, ambos situados na pré-história da humanidade, tornou-se primeiramente responsável para depois tornar-se leve, livre, irresponsável’ (Azeredo, Nietzsche e a dissolução da moral, 2000, p. 115).

Ora, então, a história haverá de mostrar que o homem do futuro é aquele que não mais é responsável, não mais carece da justiça (que nunca existiu), não deve nada a ninguém, mas que é tamanhamente autônomo que se torna capaz de superar a infância da humanidade, escrava que era do dever, da moral tradicional e da responsabilidade moral, da crença metafísica e da autoflagelação. Eis a pós-história da humanidade.³²

Para desvendá-la não seriam suficientes os olhos míopes e canhestros dos filósofos tradicionais, de inspiração metafísica e moralista, que sempre se detiveram a generalizar suas experiências pessoais como sendo experiências universais e universalizáveis:

“Os filósofos sem exceção olham-se sempre com uma seriedade ridícula, algo de muito elevado, de muito solene, não apenas deviam ocupar-se da moral, como ciência, mas desejavam estabelecer os fundamentos da moral, e todos acreditaram firmemente tê-lo conseguido, mas a moral era encarada por eles como coisa “dada” Quão distante de seu orgulho canhestro se encontrava a tarefa, aparentemente irrelevante e inconcludente, de uma simples descrição, já que uma tal incumbência requer mãos e sentidos infelizmente delicados. Esta é a razão, sem dúvida, de os moralistas conhecerem tão grosseiramente

32. “A supressão da justiça é uma decorrência da própria supressão da ação da espécie sobre o indivíduo e, com isso, da passagem da pré-história à pós-história” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 115).

os facta da moralidade, por intermédio de compêndios arbitrários ou ainda por meio de uma abreviação casual, por exemplo, aquela moral de seu ambiente, de sua própria classe, da sua igreja, do espírito do tempo em que vivem, do seu clima, de seu país e justamente por isso estavam mal informados acerca das nações, das épocas, da história dos tempos passados; jamais estiveram face a face com os verdadeiros problemas da moral que se apresentam apenas quando se verifica o confronto de muitas morais. Na assim chamada “ciência da moral” faltava precisamente, por mais que isso pareça estranho, o próprio problema da moral e não havia mesmo a suspeita da existência de algum problema” (Nietzsche, Além do Bem e do Mal, 2001, pp. 119-120).

Eis o anúncio do surgimento do super-homem nietzschiano, neste contexto, como forma de libertação do homem pelo homem, pela boca de Zaratrusta:

“E Zaratrusta dirigiu-se ao povo nestes termos:

Eu vos anuncio o Super-homem. O homem só existe para ser superado. Que fizestes para o superar?”

“Que é o macaco para o homem? Uma irrisão ou uma dolorosa vergonha. Tal será o homem para o Super-homem: uma irrisão ou uma dolorosa vergonha” (Nietzsche, F. W., Assim falava Zaratrusta, 1973, p. 12).

4. Justiça, sociedade e Direito.

A sociedade, da forma como se esquematiza, e do modo como se organiza, dentro da lógica das explicações anteriores, nada mais é do que uma estrutura mantida dentro da dicotomia credor-devedor. Leia-se:

“Nos antigos tempos, e quase também nos modernos, as relações da comunidade com os seus membros são as de um credor com os seus devedores. Viver em sociedade quer dizer estar protegido na vida e fazenda, gozar a paz e da confiança de estar livre de certos danos e perigos aos quais continua exposto o que vive fora – um alemão sabe o que

Elend significava primitivamente – desde de que se viva em paz com a comunidade. Em caso contrário, o que sucederá? A comunidade, o credor far-se-ão pagar a sua dívida. Aqui se trata só de um prejuízo: o culpado é também violador do compromisso e falta à sua palavra para com a comunidade que lhe assegurava tantas regalias e prazeres. O culpado é um devedor que não só paga as dívidas, senão que também ataca o credor: desde esse momento não só se priva de todos estes bens e regalias, senão que se recorda de todas a importância que tinha a sua pessoa. A cólera dos credores ofendidos constitui-outra vez no estado selvagem, põe-no fora da lei, recusa-lhe proteção e contra ele pode já cometer-se qualquer ato de hostilidade. O “castigo” é simplesmente a imagem, a “mímica” da conduta normal a respeito do inimigo detestado, desarmado e abatido, que perdeu todos o direito não só à proteção mas também à piedade; é o grito de guerra, o triunfo do vae victis em toda a sua inexorável crueldade. Isto explica como a própria guerra e os sacrifícios guerreiros revestiram todas as formas sob as quais aparece o castigo na história” (Nietzsche, A genealogia da moral, 1991, p. 40).

Ora, em Nietzsche é a sociedade a origem das tradições e das formas de organização e controle da conduta. A reflexão nietzschiana, num rápido apanhado da questão, em verdade, alcança com a força do martelo a origem dos *pré-conceitos* morais, uma vez que as castas, as organizações hierárquicas, os cultos coletivos, as crenças compartilhadas é que dão força e sustentação para a moral tradicional, que acaba se alimentando das fraquezas desta própria sociedade que lhe serve de cômodo e aconchegante berço. As noções de dever, de responsabilidade, de ônus moral, de peso ético, de dívida social, de má consciência, entre outras, têm uma só origem, a sociedade:

“Chegando a este ponto, vou dar à minha hipótese acerca da origem da “má consciência” uma expressão provisória, a qual, para ser compreendida, necessita ser meditada e ruminada. A má consciência é para mim o estado mórbido em que devia ter caído o homem quando sofreu a

transformação mais radical que nunca houve, a que nele se produz quando se viu acorrentado à argola da sociedade e da paz” (Nietzsche, A genealogia da moral, 1991, p. 50).

Com isto quer-se dizer que a moral do grupo impera sobre a moral particular, disto advindo as tradicionais pressões do maior número sobre o menor número, apagando-se as chamas das fogueiras individuais, para que sobreviva somente a fogueira central dos valores morais preponderantes herdados desde longa data e repetidos inconscientemente ao longo dos séculos. Mais uma vez, a vontade potência que desabrocha na individualidade é reprimida pela opressão da moral coletiva.

Não se pense muito menos que o Estado tem suas origens contratuais, correspondendo às necessidades de ordem e paz da sociedade. Ele surge, na prospecção genealógica, como todo fato social e moral surge, ou seja, das entranhas da prática do passado histórico, que não tem a relatar idéias romaneadas e racionais, mas sim fatos sórdidos e violentos, injustiças e práticas de opressão, dor, desespero e dominação. Não se haveria de estranhar que a origem do próprio Estado adviesse de um embate, e não de um contrato racional, com amplo e pleno acordo dos pactuantes, com vistas à implantação da justiça e da harmonia sociais.

Bem entendida, a lição é a de que o Estado passou a reinar como idéia central de organização da sociedade quando a primeira horda de aristocratas, pela força, derrotou, ao preço de lágrimas, suor e sangue, qualquer grupo primitivo, e impôs a sua paz, assim como seus valores, suas crenças e suas ideologias. Segundo Nietzsche, eis a origem do Estado, crua e nua, simples e sem retoques:

“Em segundo lugar que a submissão a uma norma fixa, de uma população que até então careceria de norma e de freio, tendo começado por um ato de violência, não podia ser levada a cabo senão por atos de violência; e que, por conseguinte o “Estado” primitivo teve de entrar em cena com todo caráter de uma espantosa tirania, de uma máquina sangrenta e desapiadada, e assim continuou, até que, por fim, uma tal matéria brutal de animalidade foi abrandada e tornada manejável, ainda que não “modelada” Emprego a palavra “Estado” mas é fácil compreender que me refiro a uma horda qualquer de aves de rapina, uma raça de conquistadores e de senhores, que com a sua organização guerreira deixaram cair sem

escrúpulos as sua formidáveis garras sobre uma população talvez infinitamente superior em número, mas ainda inorgânica e errante. Tal é a origem do “Estado”; creio que já foi bastante refugada aquela opinião que fazia remontar a sua origem a um “contrato” Ao que nasceu para mandar, ao que se sente poderoso no seu andaime e na sua obra, que lhe importam os contratos? Não se pode contar com tais elementos: chega, com o destino, sem causa, sem razão, sem objetivo, sem pretexto, com a rapidez do raio, por demasiado terríveis, rápidos, e contundentes para que possam ser objeto de ódio” (Nietzsche, A genealogia da moral, 1991, p. 53).

Este mesmo Estado que se forma, passa a criar e a ditar suas próprias regras, surgindo daí a legislação e as normas jurídicas. Nesta perspectiva, o que é o direito senão este expediente de dominantes para subjugar dominados,³³ algo do que, em tempos pós-históricos, se haverá de dispensar por completo, pois o super-homem não precisa de regras externas, e sim apenas internas, uma vez que haverá de ter superado a condição raquítica e dependente na qual se encontra enquanto atrelado ao jugo do presente determinado pela moral tradicional.

Conclusões.

A obra de Nietzsche representa uma forte ruptura com a moral tradicional, abalando, em pleno século XIX, crenças fortemente arraigadas ao homem de sua época. É exatamente esta a nota peculiar de sua atitude frente ao mundo. Apesar das fortes reações dos círculos mais tradicionais às suas posturas filosóficas, a filosofia moral nietzschiana repercutiu a ponto de determinar forte influxo de idéias para o século XX. É assim que se pode dizer que fornece horizontes interessantes de discussão, na medida em que dela se destacam os seguintes aspectos:

a. necessidade de proceder à genealogia e à avaliação dos valores construídos historicamente pela moral;

33. Assim, deve-se ler: “Para o filósofo alemão, em todos os tempos, o direito sempre esteve ligado aos fortes e poderosos como impositores da lei e, a partir disso, do que é justo e injusto. Não existe justo em si, mas tão somente em relação a uma lei estabelecida” (Azeredo, *Nietzsche e a dissolução da moral*, 2000, p. 116).

b. necessidade de transvaloração dos valores, em direção à mudança e à superação dos modelos arraigados pelo passado na estruturação dos deveres éticos;

c. projeção da máxima liberdade como correspondente necessário e eficaz da superação da metafísica e da opressão da tradição moral da humanidade;

d. ruptura com as estruturas da moral dos escravos em face da moral dos senhores, em direção à pluralidade ética, à auto-responsabilidade, à idade adulta do ser humano, consciente de si e livre para dar vazão à sua vontade de potência.

Junto com estas reflexões fica a antevisão feita pelo filósofo, no final do século XIX, acerca das marcas que haveriam de irromper na Europa futura:

“Um pensador que fosse responsável pelo futuro da Europa, em todos os seus projetos, deveria incluir os judeus e os russos, fatores seguros e prováveis na liça, no grande confronto de forças” (Nietzsche, Além do Bem e do Mal, 2001, p. 213).

São Paulo, junho de 2003.

Bibliografia.

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ARALDI, Clademir Luís. Para uma caracterização do niilismo na obra tardia de Nietzsche, *Cadernos Nietzsche*, v. 5, pp. 75-94, São Paulo, Grupo de Estudos Nietzsche; Discurso, 1998.

AZEREDO, Vânia Dutra de. Nietzsche e a dissolução da moral. São Paulo: Discurso Editorial; Editora UNIJUI, 2000.

BELO, Fernando. *Leituras de Aristóteles e de Nietzsche: a poética sobre a verdade e a mentira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HEINEMANN, F. *A filosofia no século XX*. 4. ed. Trad. Alexandre F. Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

JASPERS, Karl. *Nietzsche et le christianisme*. Trad. Jeanne Hersch. Paris: Minuit, 1949.

MASIP, Vicente. *História da filosofia ocidental*. São Paulo: EPU, 2001.

NIETZSCHE, F. *Ecce homo: como cheguei a ser o que sou*. Trad. Lourival de Q. Henzel. 4. ed. São Paulo: Brasil, s.d.

NIETZSCHE, F. W. *A genealogia da moral*. 3. ed. São Paulo: Moraes, 1991.

NIETZSCHE, F. W. *Além do bem e do mal*. Trad. São Paulo: 2001.

NIETZSCHE, F. W. *Assim falava Zarathustra*. Trad. Alfredo Margarido. Lisboa: Guimarães, 1973.

NIETZSCHE, F. W. *Aurore: réflexion sur les préjugés moraux*. Trad. Henri Albert. Paris: Mercure de France, 1912.

NIETZSCHE, F. W. *Opere 1870/1881*. Milano: Newton, 1993.

NIETZSCHE, F. W. *Opere 1882/1895*. Milano: Newton, 1993.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Nietzsche: biografia de uma tragédia*. Trad. Lya Luft. São Paulo: Geração, 2001.

VAZ, Henrique C. de Lima. *Escritos de filosofia IV: introdução à ética filosófica*. São Paulo: Loyola, 1999.

LÍNGUA E LINGUAGEM: OS ARTIFÍCIOS E A VERDADE JURÍDICA

Jeannette Antonios Maman
Professora Doutora de Filosofia e Teoria Geral
do Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Em nossas notações, é certo que algo é arbitrário, mas *isto* não é arbitrário: *se* já determinamos como arbitrariamente, então algo mais deve ser o caso. (Isso depende da *essência* da notação.)¹
(Wittgenstein, Tractatus, 3.342.)

Resumo:

Trata-se de esboço das trilhas que levam à compreensão das chamadas *ciências da linguagem*, na busca da interioridade do fenômeno jurídico.

Abstract:

This paper is an introduction to the language sciences study which is required to the search of the truth essence of law phenomenon.

Unitermos: língua; linguagem; signos arbitrários; filosofia do ser.

I. Roteiro para situar os termos da questão proposta.

Fazer ver com um gesto, no enfrentamento da *situação* por inteiro. Olhar à volta, sem fugir. Este é um existir heideggeriano, no canto de Hölderlin assim tratado: *muitos têm pudor de ir às fontes*.

A necessidade de desmistificar os modos herméticos de comunicação assinala a trilha acima proposta, aqui sugerida ao mundo jurídico.

O pequeno texto que se segue resiste à pretensão de ser didático, ao reconhecer-se apenas na ação motivadora que instiga e incita às investigações jus-filosóficas.

1. Tradução direta do texto original em alemão.

Ao doloroso esforço de pensar! Semiologia, Semiótica, semiológico. Cipoal de palavras cuja origem grega *semeîon* dá as primeiras pistas: *Semeîon* = Sinal.

Alguns pontos de partida assinalam três dimensões para uma teoria da *Semieose* que pode ser informadora da comunicação jurídica como discurso. Tomamos o sentido de *semiose* pelo processo em que algo funciona como *signo*. *Signo* aqui é objeto ou acontecimento usado como menção para outro objeto ou acontecimento. Tem a significação genérica de *símbolo*, quando então podemos ver a distância entre o signo e o seu objeto, imposta pela semiologia.

Os cursos da *via moderna* como maneira oposta à *via antiga* de pensar que não podem ignorar Guilherme de Ockham (1290-1349) teólogo franciscano, por muitos considerado fundador da maneira moderna de pensar, levariam aos modos operacionais do que se pode considerar como “ciência” do Direito, que beneficiariam os *operadores* do Direito, atuais cientistas jurídicos. É essa *via moderna* que nos permite ver não exatamente as três dimensões da *semiose* mas antes o que nos parece ser a fragmentação de um fenômeno dividido segundo aspectos funcionais:

1. Função semântica: a da relação dos signos com os objetos a que se refere;
2. Função pragmática: que considera a relação com os intérpretes;
3. Função sintática: que considera a relação formal dos signos entre si.

II. Códigos Verbais e Códigos Jurídicos.

Que modo de expressão, no sentido de manifestação, tem o Direito – *língua ou linguagem?*

Quando a linguagem é reduzida à língua, perdemos o conteúdo semântico e damos à linguagem técnica e instrumental a qualificação de *fala de uma competência específica*². Entretanto, se não resistimos a este poder de síntese, vamos nos perguntar: podemos falar do Direito como linguagem, ou no limite, se linguagem é reduzida à língua, o Direito seria um código artificial, gerado por signos arbitrários?

Exercita-se, neste modo de ser, mera função cujo endereço último é a Jurisprudência, através dos operadores jurídicos, agora tão estimados por suas possibilidades retóricas e de persuasão? É o exercício de um fazer (*Geschäft*) que se pode traduzir como *negócio*?

2. Expressão colhida como manifestação oral, em evento público, de sua Excelência, o professor Tercio Sampaio Ferraz Júnior.

Para nos aproximarmos do pensamento contemporâneo de Wittgenstein tomamos das Investigações Filosóficas, para citar:

*“Onde há sentido, deve haver ordem perfeita ...
Deve haver ordem perfeita na mais vaga das
Proposições” (I, 98).*

*“O ideal deve ser encontrado na realidade.
Enquanto não virmos como se encontra nela
não entenderemos a natureza desse deve.
Achamos que deve estar na realidade
porque achamos que já o vimos” (I, 101).*

O recurso ao autor reforça a percepção de que, para além da “terapia acurada da linguagem” Wittgenstein fez filosofia.

III. Origens e atualidade do tema

É bem certo que não nos devemos preocupar com a datação dos termos. Basta que tenhamos seu sentido etimológico e a análise da qual os filósofos se ocuparam. Mas, antes de tudo, a atualidade das questões que se referem às expressões acima apontadas, bem como àquelas que se referem a neologismos ou novidades teóricas, *é esta atualidade que nos interessa.*

Se, podemos atribuir a responsabilidade histórica pelas ciências da linguagem a Ferdinand de Saussure (1857-1913), o desenvolvimento do que hoje se pode conhecer como tal (ciências da linguagem) permite abordagens mais atuais.

A explicitação, por palavras, por signos, por sinais (*sêmeion*) que substituem *as coisas*, já era questão filosófica em Guilherme de Ockham (1290-1349), que reproduz, na sua teoria dos signos, a metafísica de Aristóteles. Mais que isto, já estava em Aristóteles (384-322 a.C.) e Platão (428-347 a.C.). Parmênides, vivendo entre os séculos VI e V a.C. já dissera: *as palavras são etiquetas das coisas ilusórias.*

Para Aristóteles um *nome* é um vocábulo semântico segundo convenção (não por natureza, mas por se tornar símbolo), assim, se a relação palavra/imagem mental é convencional, a relação imagem mental/palavra é natural.

Como *fazer ciência* (organizar nosso saber para resolver problemas de ordem prática), sem conhecer as coisas às quais as palavras se referem?

Se a palavra é um signo artificial, há como diria Platão no “Sofista” a impossibilidade de se comunicar conhecimento das coisas através dos nomes.

Assim, já na filosofia aristotélica a linguagem tem estruturas naturais e necessárias, porque são as mesmas do ser que ela revela. Se lembrarmos Heidegger, a linguagem é a morada do ser.

Voltemos ao responsável original, no seu Curso de Lingüística, pela definição de *língua: conjunto dos costumes lingüísticos que permitem a um sujeito, compreender e fazer-se compreender*. O que decorre daí para o direito (o disponível para o exercício do ofício jurídico)? Poderíamos pensá-lo como um conjunto de signos lingüísticos intersubjetivos *fala* de uma competência específica? Ora, se a fala é específica de um conjunto organizado de signos, há um problema mal resolvido na intersubjetividade da linguagem – decorre da natureza das coisas, de convenção, de acordo, de escolha?

Podemos, no limite, entender que “a fala de uma competência específica é um código artificial”³. Isto é o mesmo que dizer da arbitrariedade de todos os usos lingüísticos e por paradoxo, que *todos são igualmente válidos*. Dizer o que não é, é não dizer.

IV. O retorno à filosofia do ser e a pergunta pela coisa

Poucos sabem que Martin Heidegger depois de escrever *Ser e Tempo* (1927) e *Kant e o problema da Metafísica* (1929) não escreveu livro algum até 1947, quando publica a *Carta sobre o Humanismo*.

Logo em seguida (1950) é publicado *Holzwege*, cujo título original preferimos traduzir por *Caminhos do lenhador*, ao invés de *Chemins qui ne mènent nulle part*, como fazem os franceses. Isto porque os *Caminhos* levam à interioridade da floresta profunda (*Holz*), *domínio inexplorado do pensamento*.

Onde as trilhas vão e voltam, sinalizadas por um raciocínio que não é linear, mas situado na busca do interior da floresta, comprometidos em vivenciar a experiência, não sucumbimos ao acaso, mas tomamos o destino em nossas mãos, confrontados com as coisas que se nos estendem, resolutos para sermos o que somos, seres livres, na verdade sempre renovada, salvos da errância das falsas rotas, na persistência da resolução.

3. *Idem*, à mesma ocasião.

O que *as coisas*⁴ nos dizem? Abrimos picadas como *caminhos do lenhador*, aproximamo-nos e recuamos (às fontes!). Perdemos o pudor e vamos além das competências — vamos às coisas mesmas, nossa intenção manifesta-se em dois lugares: em relação a “sinal” e em relação à *vivência*.

Eis aí a virada lingüística a que nos propomos. Não se pode mais pensar o direito sem vivenciar a experiência dos fenômenos com os quais nos confrontamos.

Fugir a isso é nos negarmos, é instalar o principio da disjunção, separar o sujeito pensante e o objeto a ser conhecido.

Podemos reconhecer a crise do *logos* grego, mas nos negamos a instaurar o paradigma da esquizofrenia, como diria um analista de plantão, na observação dos homens e mulheres contemporâneos, estilhaçados em sua unidade, fragmentados em sua personalidade.

Impõe-se resistir às forças do niilismo, empregando a razão hermenêutica de Heidegger, sem deixarmos de cruzar neste trajeto com a razão fenomenológica de Husserl e a razão analítica de Wittgenstein.

Juntamos todos os “cacos” da racionalidade para re-compor o mosaico de um novo humanismo, expresso em linguagem autêntica.

São Paulo, agosto de 2003.

4. Tomamos a acepção da palavra coisa, em Heidegger. Uma coisa é o suporte subsistente de diversas propriedades que nela subsistem e se modificam. É ente existente na totalidade dos entes existentes no mundo.

Bibliografia

DUCROT, Oswald; TODOROV, Tzvetan. *Dicionário enciclopédico das ciências da linguagem*, São Paulo, Perspectiva, 1988.

HEIDEGGER, Martin. *Que é uma coisa?* Lisboa, Edição 70, 1992.

_____. *Qu'est-ce qu'une chose?* France, Gallimard, 1962.

_____. *Chemins qui ne mènent nulle part*, France, Gallimard, 1962.

_____. *Língua de tradição e língua técnica*, Lisboa, Passagens, 1995.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*, São Paulo, Cultrix 1991.

_____. *Cours de lingüistique générale*, Paris, Payot, 1968.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*, São Paulo, Edusp, 1993.

_____. *Investigações filosóficas*, São Paulo, Abril Cultural, 1975.

SOFISMA DE “GLOBALIZAÇÃO” EM MERCADO MUNDIAL ENTRÓPICO

Luiz Sergio Modesto

Professor pós-doutorado com título de
Doutor em Comunicação e Semiótica
pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Doutor e Mestre em Teoria do Estado,
Especialista em Direito Político, Administrativo e Financeiro
pela Universidade de São Paulo.
Assessor Científico *ad hoc* da FAPESP,
Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

Resumo:

Sofisma de “globalização” em mercado mundial entrópico. O autor pretende demonstrar que os modelos teóricos cujo objeto implica a *política*, na Sociologia, na Teoria Política, e na Jurisprudência e Direito (*Nomogogia* como gênero incluído respectivamente, entre outras espécies, da *lex in casu* [*Case Law*] e da *lex in genere* [*Lex*]), excluem o conhecimento científico *sensu stricto* ao partilharem do mesmo repertório do conhecimento comum na crença mítica da “ordem” nos mercados extraterritorial e territorial, com seus sucedâneos ficcionais de bem/mal como “globalização”

Sobre o objeto *política*, o autor superporá o método complexo físico-semiótico (1) da *Semioselogia*, incluído da fenomenologia Física (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), da Signologia (Peirce), e do Instrumento Operacional da *Progmática* (Modesto), e (2) da *Hominilogia* (Modesto), para descrever o mercado econômico mundial, extraterritorial e territorial, na sua dominância acasual ou entrópica, em relação ao slogan da “globalização” veiculado pelo mercado político entre pluridominâncias concorrentes do mercado econômico.

O autor também pretende descrever essa relação entre o mercado econômico e o mercado político e demonstrar a distância entre esse slogan do mercado econômico, travestido de “argumento” pela superposição do mercado político e subposição da academia, e as implicações quantificadas entre os mercados econômicos extraterritorial e territorial, expondo a teologia que fundamenta o êxtase da “globalização”

Abstract:

Sophism of “globalization” in worldwide market entropic. The author intends to demonstrate that the theoretical models whose object implicates the *politics*, in the Sociology, in the Political Theory, and in the Jurisprudence and Right (*Nomogogy* as a gender including respectively, among other species, the *lex in casu* [*Case Law*] and the *lex in genere* [*Lex*]), exclude the *sensu stricto* scientific

knowledge sharing the same repertoire of the common knowledge in the mythical belief of the “order” in the territorial and extraterritorial markets, with their fictional succedaneous of good / evil as “globalization”

On the *politics* object, the author will superpose the semiotics-physics complex method (1) of *Semiosology*, including of the Physics phenomenology (Heisenberg, Bohr, Lao Tzy), of Signology (Peirce), and of the *Pragmatic Operational Instrument* (Modesto), and (2) of *Hominilogy* (Modesto), to describe the extraterritorial and territorial worldwide economic market, in its chance and entropic dominance, in relation to the slogan of the “globalization”, transmitted by the political market among concurrent pluridominances of the economic market. The author also intends to describe that relationship between the economic market and the political market and to demonstrate the distance between that slogan of the economic market, travestied of “argument” by the superposition of the political market and subposition of the academy, and the quantified implications between the extraterritorial and territorial economic markets, exposing the theology that founds the ecstasy of the “globalization”.

Unitermos: Semiosologia; Hominilogia; superposição política; superposição econômica; mercado mundial entrópico; coletividade-família; coletividade-bando; coletividade-estado

Índice

I. Mando, força e crença na “ordem”

1. Sociologia, Teoria Política, Jurisprudence e Direito, e conhecimento comum
2. Conhecimento comum: fundamento mitológico e diluição religiosa

II. Crença na “ordem” versus Mercado entrópico

3. Mercado Econômico: dominância do territorial sobre o extraterritorial
4. “Globalização”: projetos de dominância do mercado extraterritorial

I. Mando, Força e Crença na “Ordem”

1. Sociologia, Teoria Política, Jurisprudence e Direito, e conhecimento comum

Os modelos teóricos cujo objeto implica a *política - mando ou força justificáveis* (Modesto, 1994) quer pertençam à Sociologia, quer à Teoria Política, quer à Jurisprudence e Direito (*Nomologia* como gênero includente respectivamente, entre outras espécies, da *lex in casu* [Case Law] e da *lex in genere* [Lex]), não se destacam do baixo repertório do conhecimento comum para o alto repertório do conhecimento científico. Quais os índices de verdade nessa asserção? Primeiro: a

ausência de ruptura cognitiva entre a baixa seletividade do conhecimento comum e a alta seletividade do conhecimento científico *sensu stricto*, aquele que implica 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” O substrato desse conhecimento comum em tais disciplinas, não cortou o cordão umbilical com a mitologia (Anônimo *akkad*, 1989, 1992, 1993, 1994: IV-18; Moisés, 1985-1,3-24: 31-32; Aristóteles, 1998-1252a: 48) e seus derivados terminológicos diádicos do bem/mal das teologias religiosas, como é o caso do slogan de “globalização” lançado pelo mercado político.

Assim, muitas das asserções da Sociologia, da Teoria Política, da Jurisprudência e Direito, quando se logra uma prospecção histórica de suas camadas teóricas, revela fundamentos teológicos sem os quais ruiriam os seus argumentos persuasivos, fortemente sustentados por *domesticação*, isto é, pelo cordão umbilical (que a insegurança impede romper) daquela cognição mitológica diádica induzida pelo tenro da mãe e o tenso do pai no *estio* da *domus*, a calma quietura do espaço doméstico onde construímos o baixo repertório do nosso conhecimento comum e visão simplificada de cosmo, para sustentar as justificativas de nossas expectativas quanto às relações nos espaços doméstico e público.

Ora, tais expectativas têm por escopo auxiliar nossos dispositivos de ação no ambiente da sobrevivência cotidiana e extracotidiana, partindo da dominância dos interpretantes emocionais, passando pela *entropia* ou *quantidade de desordem* dos interpretantes energéticos, até o resíduo dos interpretantes lógicos, ou racionais, e contudo, para efeitos de sobrevivência e cognição, invertamos essa seqüência fenomenológica, ou *seta do tempo*, para sobrelevar o racional, ocultando a base emocional do corpo no real, como se esse racional sistematizado em “*ordem*” só possível no pensamento, correspondesse linearmente ao ambiente real, reificado por essa segurança, a partir daquele diádico mitológico, como “*ordem*” contraposta à “*desordem*” - a mais comum derivação terminológica de bem/mal -, enquanto esse real implica apenas complexidade (Adams e Laughlin, 2001: 244), cujo fundamento ignorado por aquelas disciplinas é o acaso (Hawking, 2001: 161, 163).

Uma observação atenta, sincrônica ou diacrônica, dos textos teóricos de tais disciplinas, cotejados com as fontes primárias da História no jornalismo, por notícias publicadas em jornal, rádio, televisão, internet e demais meios comunicativos vai revelar o segundo índice de verdade daquela asserção: a reprodução dessa crença de que a “ordem” categoria classificatória no pensamento, espelharia uma “ordem” no real,

que vem por aquela *domesticação* no espaço doméstico, é partilhada sem falsificação pela pretensão de rigor científico no conhecimento daquelas disciplinas e pelo conhecimento comum jornalístico.

Encontramos abundantes referências a tal “ordem” dando sustento “conclusivo” aos seus argumentos persuasivos nas obras *Economia e sociedade, esboço de sociologia compreensiva*, de Max Weber no século XX (1980: 111, 260, 689, 693 ...), na *Política*, de Aristóteles no século -IV (1998-1272a, 1307-b; 1253a, 1278b, 1287a: *χoσμoς* [*cosmos* - ordem] em 164, 166, 384 ou *ταξις* [*taxis* - ordenar] em 56, 206, 257 ...), e na *Teoria Geral do Estado*, de Jellinek no século XIX (1954: 320, 321, 361, 368 ...), texto protótipo das Teorias de Estado contemporâneas.

Encontramos essa mesma crença de “ordem” no real pelo noticioso jornalístico, e sempre que um fato novo reagrupa as expectativas políticas de algumas coletividades, como foi o fim da Guerra Fria entre estadunidenses e soviéticos, com a queda do muro de Berlim em 1989, que teria instaurado “*uma nova ordem mundial, fundada explicitamente no espírito de modernidade e no liberalismo*” (Comparato, 2002: A3), ou na recente reação árabe ao genocídio palestino, armado pela Coletividade-Bando EUA e executado pela Coletividade-Bando Israel, mediante a explicitação da fraqueza destas coletividades nas retaliações ao Pentágono (184 mortos), World Trade Center (2948 mortos), e no avião abatido na Pensilvânia (40 mortos), totalizando 3191 mortos (incluindo os 19 seqüestradores árabes) em 11/09/2001, e à segunda intifada ou levante contra a ocupação da Coletividade-Bando Israel na Faixa de Gaza e Cisjordânia (2000-2002) - a primeira foi de 1987 a 1991 (Veja, 2002-1747: 49; Times, 2002-a: H2).

Essa coletividade de fundamentalismos monoteístas com *Yhwh* de estadunidenses e judeus e *Al-llah* de árabes hoje não partilha do mesmo ambiente de “ordem” Cada um desses fundamentalismos tem no outro o mal, a “desordem”, encontrando nas respectivas *intelligentsias* serviçais na Sociologia e na Teoria Política, um defensor da sua “ordem” Nesse sentido Todd Gitlin, para quem está no fundamentalismo islâmico de árabes o conceito odioso de “*ordem fixa e imutável da forma piramidal de organização*” religiosa das coletividades (2001: 98).

Analisados diacrônicamente os contextos em que “ordem” implica mando e força, estes acreditados como *oniefetivos* no *real*, observaremos a dinâmica pluridominantes/periferias entre coletividades pela velocidade entre emissão e recepção do mando e da força, enquanto acato e lesão no mercado mundial, e os interesses econômicos veiculados por homicídios bélicos nesses ambientes. Para Ahmad Dallal

(2001: 87), a milícia Talibã "*restaurou ordem*" no Afeganistão em 1994, depois de resistirem seus integrantes à matança de afeganes por invasores soviéticos de 1979 a 1989. Essa "ordem" foi gerenciada pela *política chimpanzé* (Modesto, 2002: padrão de civilidade similar a esses hominidas, pela dominância da força), respectivamente, por Ronald Wilson Reagan (1981 a 1988), que cevou o preposto Saddam Hussein do Iraque na matança contra o Irã de 1980 a 1988, e por George Herbert Walker Bush (1989 a 1993), quando o fundamentalismo puritano estadunidense com *Yhwh*, mediante terceirização bélica liderada pelo fundamentalismo islâmico com *Al-llah* de Osama Bin Laden, expulsaram os soviéticos da região.

Sugestivamente, um *Ersatz* dessa crença na "ordem" encontra-se no título dado por um periódico para sua edição especial de início de século, "*A reinvenção do Mundo*" (Veja, 2001-1732). A capa do periódico ilustra o mito da "ordem" com um globo terrestre partindo-se qual ovo, e dele o resplendor do nascimento de um novo mundo. O título da seção especial, também é indutivo, "*Para entender o mundo novo*", uma série de artigos sobre 11/09/01, o ódio responsivo dos "excluídos" remotos e próximos do petróleo, como palestinos, árabes, afeganes ..., o fundamentalismo islâmico demonstrando a mesma competência homicida do fundamentalismo puritano estadunidense, cevador do genocídio palestino perpetrado pelo fundamentalismo judaíta, com a retaliação de 11/09/01, no World Trade Center (índice do mando excludente), no Pentágono (índice da força da *política chimpanzé*), e na Pensilvânia. *Yhwh* e *Al-llah* como "ordens" de força homicidas para mandos de conteúdos diversos. O signo "ordem", além daquela incidência com Dallal, volta com Franco (2001: 179) também professando fé nessa "*ordem econômica internacional*"

Nestes momentos, ou naqueles em que os interesses políticos de coletividades potentes, dentre as pluridominantes no mercado mundial, encontram-se ameaçados, como na probabilidade efetivada por Luiz Inácio Lula da Silva - de vitória da oposição no Brasil em 2002, e conseqüente perda de montaria de um *preposto local* (cargo predestinado) de nominal Coletividade-Estado, implícita ou explicitamente fala-se em "*desordem*" (Felinto, 2002: C2), a "ordem" não querida do *diádico bem/mal* das teologias religiosas justificadas por esses absolutismos pontuais do mercado político, aliados ao capital especulativo do mercado econômico acelerando o mercado-mundo.

Outro *Ersatz* dessa crença na "ordem" vem com o signo "globalização", repetido em 3 questões, dentre 14 dirigidas aos articulistas dessa seção especial, "*Para entender o mundo novo*" (2001-1732: 66-67), sem contar sua reiteração interna por 20

vezes (2001-1732: 98, 152, 164, 165, 167, 176, 177, 179, 185), chegando ao êxtase dogmático de reiteração do mantra: 25 vezes com Jacques Le Goff (2001: 158-160), num total de 45 vezes para mais. O título do texto de Goff é revelador: “*Vamos construir a globalização que nos convém*”. Aquela “globalização” do “bem” em induzida oposição teológica à “globalização” do “mal”

2. Conhecimento comum: fundamento mitológico e diluição religiosa

A origem ocidental dessa crença na “ordem” política que fundamenta o “argumento” da “globalização” vem por *domesticação* do texto seminal da etnia *akkad* designado *Enuma Elish* (-XII), uma cosmogonia teogônica de autor anônimo, que tem continuidade diluidora na *brutação* da teofania cosmogônica da *Torah* (*Instrução*) escrita entre -IX a -V, e atribuída a Moisés. (Modesto, 1999)

No *Enuma Elish*, texto que também justifica o oscilo da “força” nas mesmas disciplinas aqui objeto de objeção, Sociologia, Teoria Política, Jurisprudência e Direito, como visto em Modesto, 2002, *Marduk é “o ordenador e criador do cosmo”* (Lara Peinado, 1994: 23, 24-25), a partir do protótipo celeste de “ordem” na residência de Marduk, um teocosmo que tem réplica na “ordem” da Babilônia terrestre. *Marduk* também é o fundador do monoteísmo ocidental mediante o recurso lógico de assumir num único signo as qualidades de deuses tribais diversos, assumindo seus diversificados 50 nomes para o recurso prático de efetivar uma superposição político-territorial. Um desses nomes, *Asharu*, implica “ordenar” “regular” “organizador”. (cotejar Anônimo *akkad*, 1989, 1992, 1993, 1994: VI-120 a VII-144; Lara Peinado, 1994-n.74: 113; 1994: 17; 1994-n.59: 112; Astey, 1989-n.248: 95) Esse recurso ao deus-colagem em *Marduk* foi posteriormente recepcionado pelos hebreus ao assumirem do *akkad ilu* o seu dialetal ‘*el*-deus-, na teofederação ‘*Elohim* -deuses-, includente para *Yhwh*, e ao menos outros 12 nomes diversos na *Torah* (“Instrução”). (Motyer, 1986: 157-158)-

Essa crença na “ordem” por mando - implicando ausência de mudança -, conduzida pela palavra na formação de nossas expectativas domesticadas por ácaes, hebreus, e gregos, e teologicamente diluída pelo judaísmo, cristianismo, islamismo, é acreditada como capaz de reproduzir-se espelhada nos destinos humanos qual “ordem” denotada no real, mediante o mando político por *logos fático*, o *verbo executor* que, se ineficiente, justifica a força para restabelecer ... a “ordem”!

De sua residência celeste, Marduk invoca seus poderes ao avô Anshar, o horizonte “céu-todo”:

“*Senhor dos deuses, fixador do destino dos Grandes deuses (...)
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!*”
(Anônimo *akkad*, 1989, 1992, 1993, 1994: II-154/161)

A prova teofânica para a entronização de Marduk está no seu mando político por *logos fático* que se reproduz no real como “ordem”:

“*Prepararam para ele [Marduk] o estrado real.
Fitando seus pais, sentou-se ele para a monarquia.
'Só tu és mais importante entre os Grandes deuses!
Teu destino é sem rival, teu mando qual de Anu! (...)
Doravante sejam tuas ordens irrevogáveis,
Exaltar ou aviltar dependerão da tua mão.
Quanto tua boca declarar será fato, teu mando infalível,
Nenhum deus transporá teus limites! (...)
A ti, Marduk, certamente nosso vingador,
Conferimos realeza sobre a totalidade do cosmo!
Quando sentado em Assembléia, tua palavra será sumo,
Tuas armas infalíveis despedaçarão teus inimigos. (...)
Colocada entre eles uma Imagem da Constelação única,
Endereçam essas palavras a Marduk, seu primogênito:
'Senhor, se teu destino é o primeiro entre os deuses,
Ordena realidade à criação e à destruição.
Abre tua boca, tal Imagem [da Constelação única] desaparecerá,
Fecha tua boca, tal Imagem aparecerá íntegra!
Então, seguindo sua ordem [de Marduk], a Imagem desapareceu,
Outra ordem, a Imagem apareceu íntegra.
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*, 1989, 1992, 1993, 1994: IV-1/4, 7/29).*

A imagem da Constelação única era o modelo de “ordem” no mando para o acato da real Babilônia terrestre, também única, e o logos fático repete-se diluído na recepção mítica do *Enuma Elish*, que antecipa o monoteísmo da *Torah* hebraica. Neste texto repete-se o verbo executor que o real espelharia como “ordem”: ‘Elohim manda “‘Haja luz’ e houve luz.” ‘Elohim “viu que a luz era boa, e (...) separou a luz das trevas (...) chamou à luz ‘dia’ e às trevas ‘noite’ Houve uma tarde e uma manhã: primeiro dia” (Moisés, 1985-1,3-5: 31).

O modelo das idéias de Platão, exposto no *Timeu*, ou da natureza, também é caudatário terminológico daquele fundamento *akkad* da “ordem” na nomogogia ocidental. “(...) [T]udo o que nasce, nasce necessariamente por ação de uma causa (...). Assim, pois, todas as vezes que o demiurgo, com seus olhos sem cessar postos no que é idêntico a si, se serve de um modelo de tal classe, todas as vezes que ele se esforça por realizar em sua obra a forma e as propriedades daquele, tudo o que desta maneira produz é necessariamente belo e bom (...) [;] se isto é assim, resulta também absolutamente necessário que este mundo seja a imagem do outro mundo [o modelo]” (Platão, 1990-28c: 1133-1134).

II. Crença na “ordem” versus mercado entrópico

3. Mercado econômico: dominância do territorial sobre o extraterritorial

A crença de “ordem” no mercado-mundo pode ser objetada a partir da observação de cada ambiente territorial e da aleatória dinâmica entre coletividades que o cotidiano e a história registram nesses ambientes (Modesto, 1994). Por critério de *dominância* macrofenomenológica relativamente à infinidade de coletividades possíveis na complexidade do real de um espaço territorial, o *Ego humano* 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 signica justificativa*. A aplicação do método físico-semiótico da fenomenologia a tais Coletividades (ver fig. 1), portanto, implica irreduzibilidade de suas verificações de gênero às asserções de espécie da Teoria Nomogógica e da Dogmática Nomogógica quanto aos signos Família, Bando, Estado.

CORRELAÇÕES FENOMENOLÓGICAS (SEMIOSELOGIA)						
PEIRCE	LAO TZY	BOHR	HEISENBERG	MODESTO		
1 ↓ acaso	flexibilidade yin-yang	incerteza onda-corpo	possível eutímia	política: mando	Col. Família	
2 ↓ relação	matéria	sujeito / objeto	real mercado	política: mando V força	Col. Bando	
3 ↓ signo	conhecimento	formalismo	registro convenção	política: mando	Col. Estado	

Figura 1 Correlações Fenomenológicas ou *seta do tempo*: Peirce, Lao Tzy, Bohr, Heisenberg, Modesto

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 nomogogia* convencional - contemporânea ou extemporânea, local ou geral - perpassada pelas relações entre corpo e corpo por mando na temporalidade geral do *espaço público*.

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 nomogogia (liberdade da nomogogia enquanto *lógica*). 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.

A crença de "ordem" no mercado-mundo, além dessa dinâmica territorial acausal e sem "ordem" entre coletividades - a história implica o registro dessa descontinuidade -, também pode ser objetada a partir da observação das relações entre singulares Coletividades-Estado e da dinâmica assimétrica entre economias e políticas pluridominantes nesse mercado-mundo, conforme índices adiante. Em que pese a pluridominância entre economias e políticas de diversas Coletividades-Estado, contudo,

sobrevaloriza-se o dado da potencial força de uma nominal Coletividade-Estado, para acreditá-la onipotente em “ordenar” o mercado por mando.

Essa crença de “ordem” verifica-se com a afirmação de “potência hegemônica” para a nominal Coletividade-Estado EUA (Hadley, 2001: 56), quando se ignora que essa coletividade, dentre outras 206 Coletividades-Estado no mercado-mundo:

(1) partilha da *pluridominância econômica* com Canadá, Europa Ocidental e Japão, no total de 18 Coletividades-Estado (Batista Júnior, 1988: 181, 146-149);

(2) partilha da *pluridominância política de armas biológicas* com China, Coréia do Norte, Coréia do Sul, Egito, Irã, Israel, Rússia, Síria, Taiwan, Vietnã, no total de 11 Coletividades-Estado (Falkenrath, Newman, Thayer, 2001: 92);

(3) partilha da *pluridominância política de armas químicas* com China, Coréia do Norte, Cuba, Egito, Iêmen, Índia, Irã, Israel, Iugoslávia, Líbia, Mianmar, Paquistão, Rússia, Síria e Taiwan, no total de 16 Coletividades-Estado (Falkenrath, Newman, Thayer, 2001: 92);

(4) partilha da *pluridominância política de armas nucleares* com China, Coréia do Norte, França, Índia, Israel, Paquistão, Reino Unido e Rússia, no total de 9 Coletividades-Estado (Security, 2002).

O que se nota nessas partilhas de pluridominâncias entre Coletividades-Estado, além da inexistência de uma “potência hegemônica”, é a simetria entre estruturas econômicas e superestruturas políticas de poucas Coletividades-Estado, e a dominante assimetria entre tais estrutura e superestrutura comum às demais Coletividades-Estado, fatos irrelevantes: (1) quando dominâncias diversas podem se aliançar ao acaso; (2) quando se trata da potência homicida de cada uma de tais coletividades que, ao efetivar-se, torna-se irreversível; (3) quando se trata da efetividade do acaso, que desguarnece pelas bordas qualquer potência, ou (4) desequilibra de súbito qualquer “Golias”

Recortando dessa complexidade econômico-política o mercado econômico, temos com o pesquisador Paulo Nogueira Batista Júnior uma descrição, por método quantitativo, de como se verifica hoje a relação da tecnologia com a dinâmica entre o mercado interno e o mercado internacional. Por ela podemos observar o alcance das conexões mnemônicas e dinâmicas do mando e das trocas no mercado mundial, coletividades territoriais oscilando, entre o mercado territorial e o mercado extraterritorial, ofertas para satisfazer carências entrópicas.

“A ninguém escapa a extraordinária velocidade do progresso técnico em áreas como informática, telecomunicações e finanças. Essas inovações tecnológicas, associadas à diminuição dos custos de transportes, à desregulamentação de diversos mercados e à remoção de controles e barreiras, têm facilitado a crescente integração comercial e financeira dos mercados nacionais e a internacionalização dos próprios processos de produção em muitos setores. Nas últimas décadas, o comércio internacional vem crescendo quase sempre mais do que a produção mundial. Os investimentos diretos, mais do que o comércio. Ainda maior tem sido a expansão dos fluxos financeiros, muitas vezes de caráter volátil. Nos mercados de câmbio, o giro diário já supera o estoque de liquidez internacional à disposição dos bancos centrais dos países desenvolvidos”, a pluridominância das Coletividades-Estado EUA, Canadá, Europa Ocidental e Japão. (1998: 126)

Tal disponibilidade de conexões mnemônicas e dinâmicas possibilita que a superposição econômica na relação *carência / oferta* e a superposição política dos mandos dessas Coletividades-Estado transbordem de seus espaços territoriais para o espaço extraterritorial do mercado mundial. Nesse sentido, o *mercado econômico* está no espaço-tempo territorial ou extraterritorial onde se expõe a relação *carência/oferta* de troca, venda e compra de valores - bens e serviços -, com desazo de razão, justificativa e fronteiras. Essa relação *carência/oferta* no mercado é dominada por frequências e não por nomogogia.

Contudo, os *“dados sobre a distribuição geográfica dos fluxos de comércio internacional e dos movimentos de capital”* implicam uma *“forte concentração das atividades internacionais nos países desenvolvidos, que respondem por dois terços [convertidos em 3/5 para os efeitos comparativos adiante] ou mais dos fluxos de comércio e de capital”* *“EUA, Canadá, Japão e Europa Ocidental”* respondem *“com 61,1 % das exportações e 67,1% das importações em 1980. (...) No que se refere ao comércio de serviços, a participação desses países é”* de 75,2% (Batista Júnior, 1988: 181, 146-149). Essas frequências de superposição econômica e superposição política no espaço extraterritorial do mercado mundial em 3/5, têm dominâncias regionais concorrentes em Nova York, Ottawa, Tóquio, Berlim, a pluridominância da qual se fala.

Nesse mercado-mundo, o transbordamento econômico e político do espaço territorial para o espaço extraterritorial, contudo, não é um objeto dominante, como sugerido pelo signo *“globalização”* implicando *“totalização”* e *“integralização”* Ao contrário. As Coletividades-Estado são mais frequentes econômica e politicamente

no espaço territorial, em dinâmica com a Coletividade-Bando e a Coletividade-Família, e mais rarefeitas no espaço extraterritorial, em dinâmica concorrente com Coletividades-Estado próximas ou periféricas. Aquele quantitativo relacionado aos fluxos de comércio e de capital mais freqüentado por aproximadamente três Coletividades-Estado (centros em Nova York, Ottawa, Tóquio) e um Mercado Comum (centro em Berlim), com aproximadas 18 Coletividades-Estado até abril de 2004, pode trazer a ilusão dos domínios econômico e político da extraterritorialidade sobre a territorialidade que se fragmenta para o restante de 188 Coletividades-Estado, de um total de 206 no mercado mundial.

“Não obstante, os mercados internos continuam a preponderar, por larga margem, na absorção da produção, na geração de empregos e no financiamento dos investimentos. Além disso, os mercados de trabalho permanecem altamente segmentados por políticas restritivas de imigração e outros obstáculos à movimentação internacional de trabalhadores” “Na economia mundial, a demanda interna dos países absorve cerca de 80% da produção. Responde (...) por 90% dos empregos. A poupança doméstica financia mais de 95% da formação de capital” (Batista Júnior, 1998: 180-181; 136).

Dominam efetivamente, portanto, as dinâmicas coletivas territoriais de produção e consumo, trabalho e capital relativamente às dinâmicas coletivas extraterritoriais. Um índice dessa verificação está no mercado interno brasileiro: consome 89,2% de seu produto interno bruto, exporta 10,8% e importa 12,4%. (Estatística, 2002-Tabela4) As superposições coletivas são territoriais e não se observa oniefetiva “globalização”

Essa dominância do mercado territorial (interno) para mais de 4/5 sobre o mercado extraterritorial (internacional), a Sociologia, a Teoria Política, a Jurisprudence e o Direito ignoram. A fragmentação competitiva entre 206 Coletividades-Estado transbordando aproximadamente em apenas 1/5 de sua produção para o mercado extraterritorial, tais disciplinas igualmente ignoram. O fato de aproximadamente 18 dessas Coletividades-Estado serem em 2/3 as mais freqüentes nesse transbordamento residual de aproximados 1/5 para o mercado econômico mundial, também é ignorado.

A “globalização” seria o mais recente *Ersatz* de “ordem”. como modelo de organização das coletividades, cujo centro econômico e político estaria com os estadunidenses (Ramiro e Soares, 2002: 104; Alcântara e Salgado, 2002: 100). Essa idéia está ilustrada no jornalismo, mediante um globo terrestre sobre o qual, entre Nova York e Londres, ergue-se um executivo de terno: firme olhar distante, vindo de Nova York - a indução de “potência hegemônica” “ordenando” o globo qual Marduk -, ele indica à sua frente com as mãos um sentido de direção (Veja, 2002-1753: 96-97).

Essa metáfora óptica do conhecimento comum, reiterados os seus referentes verbais do paleoliberalismo e corrupção - com mais subserviência na era FC (1990-2002), com Fernando Collor & Fernando Cardoso, é partilhada com o Direito.

Por meio de seus legistas, o Direito justifica o mito da “ordem” promulgado no signo falso da “globalização”, mediante a *função hierática* das asserções forenses, tais como “[a] *globalização econômica (...) é apenas um juízo de fato*” (Faria, 1997: 43), até a *função dogmática* das teleologias extemporâneas, como “[a] *globalização tenha-se presente é um fato. Um fato longamente preparado pela história, que, tendo ocorrido, veio para perdurar*” (Ferreira Filho, 2001: 220). Os autores legistas, como se nota, ignoram dados econômicos, e por falta de fundamento na fala, sustentam suas asserções sofismáticas no “autismo de autoridade”: a palavra mágica, o texto sagrado e sem contexto quantitativo.

Além desse modelo de “ordem” papagueado por legistas, onde está então o cenário para a miragem da “globalização”? Podemos observá-lo na *“vinculação mecânica entre avanço tecnológico, em áreas como informação, computação e finanças, e a suposta tendência geral à supressão das fronteiras e à desintegração dos Estados nacionais”* (Batista Júnior, 1998: 126). Como observamos pelo quantitativo apresentado, trata-se o mantra efetivamente de uma simplificação vulgar e intelectualmente despreparada.

Essa vinculação mecânica entre o avanço tecnológico trazido pela internet na comunicação comercial e a afirmação de uma economia “globalizada” por exemplo, sequer encontra sustentação no número de usuários. Com uma população mundial em torno de 6,20 bilhões (Abril, 2003), o número de internautas é próximo de 591 milhões, 9,5% da população do planeta em 2002. Além desses números, um segundo índice de exclusão no mercado mundial vem com a concentração de 401 milhões de internautas nos países desenvolvidos (6,5%), contra 190 milhões nos países em desenvolvimento (3,0%).

São exemplares dessa disparidade entre “desenvolvidos” e “em desenvolvimento”, os estadunidenses com 288,5 milhões de habitantes e 155 milhões de internautas (53,7% da população, o primeiro em número de conexões), e o Brasil com 174,7 milhões de habitantes e 14,3 milhões de internautas (8,1% da população, na décima primeira posição). De fato, 95% do comércio eletrônico ocorre nos países mais ricos. (Fapesp, 2003) Para um meio de comunicação que suporta trocas comerciais extremamente ágeis, além de independentes das espécies nomogógicas das Coletividades-Estado, os números beiram o inexpressivo para a reivindicação de *totalização e integralização* que o signo “globalização” implica.

Conforme pesquisa de Paulo Nogueira Batista Júnior, em lugar do extático “globalização”, “*é preferível utilizar termos como economia internacional’ ou ‘internacionalizações econômicas’ mais compatíveis com um quadro mundial caracterizado, fundamentalmente, pelo intercâmbio entre economias nacionais distintas*” limitado a inexpressivos 20% de internacionalização da produção. (1998: 180-181)

A percepção de que o *mercado econômico* tem sua extensão dada pelo alcance das trocas e posteriormente pela moeda como meio de pagamento (meio elástico: do metal, passando pelo papel, ao virtual) na circulação de valores (bens e serviços) até os limites do planeta Terra, Marx no século XIX aponta existir mediante o designativo “*mercado mundial*” denotando a *permeabilidade das fronteiras*, e desde que os humanos descobriram o metal ouro (1983: 141-143, 148).

A descrição do “mercado mundial” feita por Marx, portanto, continua atual, visto que os mercados territoriais (internos) no século XXI interagem com o mercado extraterritorial (internacional) alternados por expansões e contrações dos interesses regionais (regionalismos) fragmentando o planeta, portanto em sentido contrário à implicação “totalizante” do signo “globalização”

São índices dessa fragmentação regional do “mercado mundial” as designações Zona de Livre Comércio, União Tarifária, União Aduaneira, Mercado Comum, União Monetária ou Comunidade Econômica. Tais índices dessas *ações fragmentadoras*, na medida que falsificam a *ação totalizante* do objeto da “globalização” implicam sua qualidade domesticadora na “argumentação” doces retalhos da comunhão mágica no mundo da infância. O sentido teleológico de “ordem” nessa ação “global” revela o matiz teológico do êxtase que o signo evoca.

O caráter de universalidade da relação carência/oferta de valores trocados no mercado mundial realizou nos metais preciosos a função de padrão de preços dos valores por mediação das moedas (1983: 77-78). As moedas, segundo Ferdinando Galiani (1728-1787), “*são as mais antigas [unidades de cálculo] em todos os povos*” (Marx, 1983: 176 n. 7), bem por isso Marx as designa como “*mercadoria onipresente*” e “*moeda universal*” (1983: 235, 241), contribuindo para a circulação mundial de valores (1983: 144).

“*Assim como a moeda, ao desenvolver-se, se transforma em moeda universal, o proprietário de mercadorias torna-se cosmopolita. (...) Em si e para si, a mercadoria está acima de qualquer barreira religiosa, política, nacional e lingüística. (...) [C]om o desenvolvimento da moeda universal em oposição à moeda nacional,*

desenvolve-se o cosmopolitismo do proprietário de mercadorias sob a forma de religião da razão prática em oposição aos preconceitos hereditários religiosos, nacionais e outros, preconceitos esses que entravam a troca de substância entre os homens” (1983: 145).

Marx fundamenta essa descrição da ancestralidade das trocas no “mercado mundial”, como mais amplo que limitações de mando ou força, de fronteiras, etnias, códigos verbais, ou teologias. Esse “mercado mundial” sem modelos imperantes podemos verificar como efetivo nos registros da história e objetivamente como o ambiente público desorganizado onde os humanos encontram ofertas coletivas para as carências desorganizadas do corpo e da Coletividade-Família no espaço doméstico, da Coletividade-Estado no espaço público, e da Coletividade-Bando nos espaços desacatados, portanto relações diádicas de carência/oferta que têm na moeda a mediação satisfativa, e no território do planeta um acesso às ofertas e não um cartograma de cercas territoriais. Qualquer ação externa a essa díade mercador-consumidor implica ruído e desejo frágil de “ordem”

Como se nota, esse “mercado mundial” sem fronteiras não é típico da contemporaneidade, existe com os humanos desde que os humanos começaram a satisfazer coletivamente suas carências, contudo, implica asserção verificável e diversa daquela postulada como “fato” pelo signo falso “globalização” veiculando a idealização não efetiva de suposta dominância das trocas no mercado extraterritorial sobre as trocas no mercado territorial e doméstico. Por isso o “mercado mundial” predominantemente entrópico resiste e rompe políticas, etnias ou centros de “ordem” se vinculativos, apontando-se a percepção dessa dinâmica já no século -V pelos gregos, por meio da peça teatral Antígona, de Sófocles (-496 a -406). Ali, quem expressa a percepção da *dominância da moeda sobre a convenção da Coletividade-Estado* é Creonte, preposto autocrata da nominal Coletividade-Estado Tebas. Para Creonte, o dinheiro, por sua circulação expansiva, rompe as fronteiras territoriais das Coletividades-Estado para chegar ao espaço doméstico, *“destrói os Estados; (...) caça os cidadãos em suas casas; é ele cujas lições seduzem os corações honestos, os faz beijar a infâmia. Ele os ensina todos os crimes, ele os ensina a impiedade que ousa tudo”* (Sophocle, 1994: 82).

Apontando um texto do século XVII, Marx menciona o matemático e astrônomo Geminiano Montanari (1633 a 1687) com uma descrição contraposta àquela que traveste fragmentos de “mercado mundial” no signo “globalização” e como se fosse algo novo. No que concerne à possibilidade e não à sua probabilidade, nem o signo inova, notaremos. *“As trocas entre os povos [la comunicazione de’ popoli insieme] estão de tal modo difundidas em todo o globo terrestre [per tutto il globo terrestre],*

que hoje em dia podemos considerar o mundo inteiro [il mondo tutto] como uma grande cidade [una sola città] com uma feira perpétua de todas as mercadorias, onde qualquer pessoa pode, por meio do dinheiro e sem ter que sair de casa, obter tudo o que a terra, os animais e a indústria dos homens produzem em toda a parte, e usufruí-lo. Maravilhosa invenção!" (1983: 313 n. 38).

Não escapou a Montanari nem mesmo o dado, politicamente relevante, de tratar-se o fato de múltiplas relações de comunicação no planeta, independentes de dominâncias extraterritoriais ou territoriais: “[é] *cosi fattamente diffusa per tutto il globo terrestre la comunicazione de’ popoli insieme*”. Montanari certamente referia-se à superposição política de Coletividades-Estado da Europa que, desde o século XV, transbordavam econômica e politicamente de seus espaços territoriais para o espaço extraterritorial do mercado mundial mediante colonizações. Aqui está um dos ignorados precedentes históricos das experiências de transbordamento do espaço territorial para o espaço extraterritorial dos mercados econômicos e dos mercados políticos. Como sugerido por Batista Júnior (1998: 129), a “globalização” seria um meio contemporâneo de dar continuidade à colonização. Sua veiculação no mundo acadêmico brasileiro ou estrangeiro indicaria o atavismo dessa mentalidade colonial.

Há outro precedente de transbordamento parcial dos mercados econômico e político territorial para os mercados extraterritoriais. Entre 1870 e 1914 as relações econômicas e políticas no mercado mundial apoiavam-se em comunicação e transporte de longa distância, mediante cabos telegráficos submarinos internacionais, transporte por ferrovias e navios a vapor possibilitando velocidade e redução de custos operacionais. Em alguns aspectos o alcance do transbordamento dos mercados econômico e político observado a partir de 1970 é até menor àquele entre 1870 e 1914. (Batista Júnior, 1998: 131)

O modismo terminológico subserviente, acrítico ou - o que é pior intelectualmente desparelhado, vincula o travestido signo “globalização” de um objeto falso (a ficção de dominância do mercado extraterritorial sobre o territorial) a um sentido de “ordem” hierárquica no mercado econômico mundial, sem notar sua entropia, e sem notar nesse sentido um *mando* de “ordem” fundado mais num projeto e menos na realidade, que tem sede no “mercado *político* mundial” *mando* sustentado pela nominal Coletividade-Estado EUA e executado diretamente pela Coletividade Bando EUA ou por terceirização bélica, nos diversos focos de matança do planeta, como se fosse um *Yhwh* de paletó e gravata posando de executivo, servido pela corte que o mundo acadêmico oferece.

Vem desse mando justificado na “globalização” sua imagem rota de império. “[U]ma linha mais ou menos contínua de perseverança da globalização como futuro da história”. Ao “redor de um centro, de uma cidade, sede de um organismo de impulsão, da bolsa, funcionam ‘satélites’ mais ou menos afastados. A relação centro-periferia domina esse sistema espacialmente hierarquizado [geografia da “ordem” e acato]. Foram os casos sucessivamente de Antuérpia, Amsterdã, Londres e Nova York. (...) Na Antiguidade, foi a Roma mediterrânea, da Idade Média ao século XIX, a Europa, hoje em dia, os Estados Unidos” (Goff, 2001: 158).

O que tais “centros” econômicos (ou políticos?) têm a oferecer para outros protagonistas, coadjuvantes e figurantes? Um modelo político de mando gestor do mercado (mundial) e das coletividades de acato, por intervenção expressa ou oculta, e o mando da “nova ordem” sustentado na força, com uma agenda expressa de “liberalismo” e outra dissimulada de protecionismo. Esse “liberalismo” exprime o catecismo do mercado político do século XIX, que pontuava para o individualismo na liberdade autônoma do mercado econômico um *État gendarme* garantindo por nomogogia a segurança da propriedade, dos contratos, e do capital, para o acato do trabalho e do consumidor. Essa volta ao passado chamada “neoliberalismo” pelo fato de não acrescentar fundamento novo, pode ser designada “paleoliberalismo” (Batista Júnior, 1998: 154-154-155).

Para levantar o *índice de comunicação de um mercado econômico*, temos de aferir o *alcance na circulação de seus valores (bens e serviços)* no mercado econômico mundial, o *quantum* de trocas do mercado econômico territorial transborda para o mercado extraterritorial. Se tomarmos os valores produzidos pelos dois últimos reivindicados “centros” do planeta - Londres em 1913 e Nova York em 1997 -, o alcance na circulação de seus produtos no “mercado mundial” é curto, vale dizer, “a participação do comércio exterior no PIB [Produto Interno Bruto] é bastante limitada” (Batista Júnior, 1998: 137), correspondendo hoje à inexpressiva superposição econômica do mercado territorial de aproximados 20% no mercado extraterritorial, quando se tem à disposição nas áreas de informação, computação, transportes e finanças meios tecnológicos não sonhados na Londres de 1913.

Em 1913 os ingleses, cujo mercado econômico territorial era o que mais transbordava para o mercado extraterritorial, consumiam 57% de seu produto interno bruto (PIB), exportando 43%, e em 1997 os estadunidenses consomem 85% de seu PIB, exportando aproximadamente 15%. “Centros” da “globalização”? “O Japão [“satélite” ou “centro” concorrente?] *exibe um índice similar* [ao alcance de 15% dos

estadunidenses]. *E na União Européia* [mais um “centro” concorrente?], *cujos membros praticam uma economia muito mais aberta, esses índices oscilam entre 25% e 35%”* “*De tudo que se produz no mundo, 80% é consumido no próprio país onde foi feito. A poupança de cada nação financia quase a totalidade do seu próprio capital. E 90% dos empregos são gerados pela demanda interna”* (Passos, 1997: 70)

Os “satélites” desses sucessivos centros únicos, vislumbrados por Jacques Le Goff em determinados períodos históricos, vistos sem as lentes do mercado político e pelos índices do mercado econômico, quantificam a entropia pluridominante de protagonistas concorrentes sincrônicos sem um centro no mercado mundial. “Centro”, como se observa, é um *constructo* problemático do mercado político, não um *dado* do mercado econômico.

Portanto, não há qualquer resguardo intelectual na “avaliação” da *intelligentsia* áulica quanto àquelas referências de centro único feitas pelo “mercado político” Um “centro” implica contraste e conflito concorrenciais com múltiplos “centros” contemporâneos de mando e força no “mercado econômico” das relações de *carência / oferta*. As figuras de pensamento do mando de “globalização” são projetadas no real do mercado econômico, e o mercado econômico teima em desfocar de um “centro” para múltiplos “centros” protagonistas no ódio de *September 11, 2001*.

A nominal Coletividade-Estado EUA, para ficar no prefácio da Coletividade-Bando, com o *big stick* da *política chimpanzé* (Modesto, 2002) associada a genocídios internos (índios e negros) e externos (japoneses em Hiroxima e Nagasaki, palestinos por terceirização de judeus, e mais recentemente iraquianos), esqueceu o trilema de Maquiavel amor, temor ou ódio: preferir o amor e o temor; sem o amor, assegurar o temor, entretanto, evitar o ódio. (Maquiavel, 1979: 70) Também não nota - quando menos - a contemporânea pluridominância política concorrente do Japão, Alemanha, União Européia, além dos coadjuvantes e figurantes do mercado mundial. Para o modelo político “globalização” só há “o centro” um só protagonista sem coadjuvantes e figurantes. O absolutismo pontual.

A petitio principii da “globalização” - o “mercado mundial” *acreditado como “ordem” ou modelo* - deixa escapar até a observação elementar da história recente, o fato de essa “[im]potência” estadunidense ter tido a necessidade de, literalmente, “passar o chapéu” pelo mercado das nominais Coletividades-Estado aliadas para enfrentar, na Guerra do Golfo de 1991, o iraquiano Saddam Hussein e retomar o Kuwait, invadido em 1990, e, agora, novamente, dispender 26 dias após aquela retaliação islâmica de 11/09/01 contra a Coletividade-Bando EUA em Nova York e Washington,

para costurar alianças homicidas, buscando enfrentar os suspeitos mandantes liderados pelo árabe Osama Bin Laden, da organização Al Qaida, ditos por George Walker Bush "homens das cavernas" do Afeganistão. Pois este "homem das cavernas", com sua potência tecnológica emprestada da "United States (...) position of unparalleled military strength and great economic and political influence" (America, 2002) - aeronaves, querosene e ódio -, permanece desde *September 11, 2001* o vetor vivo (Times, 2002-b: A9) do medo dos cowboys alcoólatras de Washington, que designa "gangue criminosa da Casa Branca"

Tais alianças partilhadas por pluridominâncias políticas sujeitas ao acaso demonstram inexistir um "mercado mundial" subsumido à "ordem" bem assim, um "centro" onipotente de mando para uma periferia de acato "globalizado" Como lembrado pelo economista John Kenneth Galbraith, ex-assessor de John Fitzgerald Kennedy (1961-1963), e Lyndon Baines Johnson (1963-1969), prepostos da nominal Coletividade-Estado EUA, "[n]ós, os [norte-]americanos, inventamos o termo para dissimular nossa política de ingresso em mercados de outros países. E para tornar respeitáveis movimentos especulativos de capital, que sempre causam graves problemas" (1997: 72).

As *intelligentsias* colonizadas acataram o mando político do modelo da "ordem", e a epifania da "globalização" tem altar nas suas teorias. Sociologia, Teoria Política, Jurisprudência e Direito: mitologia religiosa no conhecimento comum e não ciência *sensu stricto*. Conquanto domine o acaso no suporte material do corpo, no seu ambiente, e na razão do mando, no mercado territorial ou no mercado extraterritorial, a lógica que fundamenta a crença na "ordem" e no seu sucedâneo "globalização" é a de Marduk:

'Só tu ["potência hegemônica"] és mais importante entre os Grandes deuses!

Teu destino é sem rival, teu mando qual de Anu! (...)

Doravante sejam tuas ordens irrevogáveis,

Exaltar ou aviltar dependerão da tua mão.

Quanto tua boca declarar [a "globalização"] será fato, teu mando [infallível,

Nenhum deus [de Ottawa, Tóquio ou Berlim] transporá teus limites!

(...) A ti, Marduk[-EUA], certamente nosso vingador,

Conferimos realeza sobre a totalidade do cosmo!

Quando sentado em Assembléia [da ONU], tua palavra será sumo,

Tuas armas infalíveis despedaçarão teus inimigos (...)

(Anônimo akkad, 1989, 1992, 1993, 1994: IV-1/4).

4. “Globalização”: projetos de dominância do mercado extraterritorial

As relações políticas entre as coletividades *akkad*, hebraica e grega era monolítica. Suas atividades econômicas primárias, secundárias e terciárias eram vivenciadas como atividades míticas fundadas na “ordem” celeste por nomogogia religiosa, e reproduzidas no real do espaço doméstico por domesticação. “*A religião serviu como mediadora nas relações do homem com o homem, e na relação do homem com o mundo natural*” (Toynbee, 1986: 350). Hoje, ainda que tais atividades econômicas não sejam ostensivamente vivenciadas como míticas, persiste a postulação do conceito de “ordem” como próprio do real (item 2), postulação recapeada pelo signo “globalização” (item 3), e como fundamento da indistinção entre o conhecimento comum e o conhecimento que dele pretende destacar-se como se fosse científico, como vimos nos textos teóricos de Weber, Aristóteles, Jellinek, no noticioso jornalístico (item 1) e nos textos legistas (item 3).

No conhecimento comum, a Sociologia, a Teoria Política, a Jurisprudência e o Direito incluídos, a asserção do “global” implica um resíduo mitológico de crença na “ordem” como fundamento das relações econômicas, asserção religiosamente diluída no mercado político e abrangida pelo slogan dissimulado de “argumento” no signo “globalização”. O “argumento” passa despercebido, em parte porque aquela crença na “ordem” de Marduk é a base mítica de toda a diluição religiosa domestiadora que tem por referência a *Torah* hebraica - judaísmo, cristianismo, islamismo -, e em parte porque do conhecimento comum não se diferenciaram pelo repertório e crítica tais disciplinas do conhecimento acadêmico.

A síntese referencial do modelo da “ordem” na cosmologia clássica do inglês Isaac Newton (XVIII), sustentada no seu ápice com Albert Einstein no século XX, vencido nas pesquisas contemporâneas pelo modelo do acaso (*possível tao* - 可道 *k'e tao*; incerteza onda-corpo; *possible*; *chance*; Lao Tzy, Bohr, Heisenberg, Peirce), entretanto, permanece tendo utilidade sofismática na superposição do mercado político e na parcela acadêmica a ele subposta.

Essa observação dos fatos dominados pelo acaso fenomenológico, verificada e demonstrada em pesquisa, a partir da incerteza nas interações físicas qualificando a matéria no real, Heisenberg apresentou mediante corte fenomenológico triádico, controlado anteriormente por Peirce pelo rigor de uma diagramação do que é fenômeno até seu registro sígnico em classes (Peirce, 1978-2.254/263: 146-149), no qual se inclui tudo que vem à mente, aparelhada ou não. Essa tríade fenomenológica

em qualquer observação, Heisenberg descreve no *sentido* físico designado por Hawking (1997: 182-187) de "seta do tempo": "a transição do 'possível' [possible] até o 'real' [actual] (...) é conectada (...) com o nosso conhecimento no instante do registro [registration]" (Heisenberg, 1989: 42-43).

Com a mesma lógica física da *seta do tempo*, sempre pela observação atenta da ciência *sensu stricto*, e não pela fabulação mítica e teológica presente no conhecimento comum e nas disciplinas apontadas, Peirce assevera que "[a] fenomenologia investiga e estuda as espécies de elementos universalmente presentes no fenômeno, significando por fenômeno, tudo que está em qualquer tempo e de qualquer modo presente para a mente" (1978-1.186: 78). Aquela seqüência fenomenológica da física triádica a *seta do tempo* -, a semiótica de Peirce apresenta mediante ordinais: "[n]ão é surpreendente descobrir que além dos três elementos de Primeiridade [acaso], Secundidade [relação], e Terceiridade [signo], não há nada a mais para ser descoberto no fenômeno" (1978-1.347: 177).

Uma descrição fenomenológica correspondente à da Física de Werner Karls Heisenberg e Niels Bohr (1995), antecipadamente diagramada por Peirce, encontramos no precedente histórico da Cosmologia de Lao Tzy (ver fig. 1), da etnia *han*, com *possível tao* 可道 *k'e tao* -, oscilando a flexibilidade (*i*) *yin-yang* na matéria (*chih*) modificável (*yü*), "[M]atéria [*chih*] real igual modificada [*yü*] (...) inúmeras coisas agüentam *yin* contudo abraçam *yang*, infundem alento então feito harmonia (...) céu inferior enquanto difícil maneje por flexível [*i*]" (Lao Tzy, Inédito-1, 41, 42, 63).

Essa matéria entrópica desorganizada é o suporte das interações cognitivas, igualmente mediadas por incerteza dos signos (Modesto, 1999-6: 30), e também o suporte do corpo material dos humanos com suas relações de *carência / oferta* contaminando o mercado econômico territorial ou extraterritorial com sua entropia efetivando fragmentações regionais, onde o *Ersatz* de "ordem" só subsiste enquanto projeto no signo "globalização" vulgarizado como slogan do conhecimento comum, por sua instrumentalidade para as pluridominâncias políticas tentarem vencer a dominância do mercado territorial (interno) sobre o mercado extraterritorial.

Nesse caso, o "argumento" acadêmico, por sua pseudocientificidade, serve para instrumentalizar aqueles interesses do mercado econômico que, quantificados aproximadamente em 20%, transbordam do mercado territorial para o mercado extraterritorial, alavancados pelo acesso coletivamente restrito à tecnologia na informação, finanças e transportes, para o consumo dominante dos segmentos mais

diretamente beneficiados por esse transbordamento, elites consumidoras encasteladas nas coletividades acadêmicas e nas burocracias das Coletividades-Estado. O deslumbramento produzido por essa visão parcial, a desconexão entre pesquisa e argumento, acrescidos à miopia acadêmica para as exclusões coletivas ao mercado extraterritorial, servem como pano de fundo para o sucesso sem raiz do sofisma da “globalização”

Extremando a relação dos objetos com seus respectivos signos:

(1) o signo “mercado mundial” pelo fato quantificado de implicar verificado o transbordamento do mercado territorial em aproximadamente 20% para o mercado extraterritorial, denotando a permeabilidade das fronteiras, exprime um objeto real;

(2) o signo “globalização” pelo fato de não implicar e não denotar a dominância do mercado extraterritorial sobre o mercado territorial, verificando-se o contrário de sua asserção, e pelo fato quantificado de dominar o mercado territorial em aproximadamente 80% sobre o mercado extraterritorial, exprime um objeto ficcional.

Quando muito, a “globalização” pode implicar projetos políticos de superposição econômica - cada potência econômica com a sua “globalização” Seu objeto contudo seria referido na inversão do presente nacional sobre o internacional, para a futura dominância do mercado extraterritorial sobre o territorial, êxtase dogmático das atuais pluridominâncias econômicas reificado no dispositivo de acesso ao extracotidiano designado “globalização” - o *alter-mente* (medicamento \equiv alimento \equiv “droga”) da moda. No cotidiano do “mercado mundial” o que se observa é a regionalização dos mercados.

São Paulo, julho de 2003.

(Atualizado pelo autor em maio de 2004)

Referência Bibliográfica

ABRIL, Almanaque (2003). *CD-ROM*. Mundo. População mundial. Países mais populosos. São Paulo: Editora Abril.

ADAMS, Fred; LAUGHLIN, Greg (2001). *Uma biografia do universo: do big bang à desintegração final*. Traduzido por Vera Ribeiro. Revisão técnica por Alexandre Cherman, astrônomo da Fundação Planetário do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

ALCÂNTARA, Eurípedes; SALGADO, Eduardo (2002). A vitória dos ricos na globalização. Em *Veja*. P. 96-102. Edição 1753. 29/05/02. São Paulo: Editora Abril.

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>>.

ANÔNIMO AKKAD (1989). *El poema de la creación Enuma Elish*. Traducido del acadio a partir de cinco grupos de fragmentos de Nínive, del neobabilônio de Assur, de Kish, de Uruk y de Sultantepe con colocación de versiones y notas por Luis Astey V. Colección de Cultura Universitaria nº 46. P. 17-76. Serie Poesía. México, D. F.: Universidad Autonoma Metropolitana.

ANÔNIMO AKKAD (1992). The Creation Epic. In *Ancient near eastern texts relating to the old testament*. Akkadian Myths and Epics. Translated from accadian text and annotated by E. A. Speiser. Additions to Tablets V-VII translated and annotated by A. K. Grayson. P. 60-72, 501-503. Edited by James B. Pritchard. Princeton: Princeton University Press.

ANÔNIMO AKKAD (1993). L'Enuma elish ou L'Épopée de la création. En *Lorsque les dieux faisaient l'homme: mythologie mésopotamienne*. Traduction du akkadiens par Jean Bottéro et Samuel Noah Kramer. Bibliothèque des histoires. P. 604-653. Paris: Éditions Gallimard.

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.

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.

ASTEY, Luis V. (1989). Notas. Em *El poema de la creación Enuma Elish*. Traducido del acadio a partir de cinco grupos de fragmentos de Nínive, del neobabilônio de Assur, de Kish, de Uruk y de Sultantepe con colocación de versiones por Luis Astey V. Colección de Cultura Universitaria nº 46. Serie Poesía. P. 14-16; 81-96. México, D. F.: Universidad Autonoma Metropolitana.

BARELLA, José Eduardo (2002). "Nós vamos matar você" Em *Veja*. Internacional. Edição 1778. P. 50-51. 20/11/02. São Paulo: Editora Abril.

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira (1998). Mitos da “globalização” Em *Estudos avançados - Universidade de São Paulo*. V. 12, nº 32. Janeiro/Abril de 1998. P. 125-186. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.

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.

COMPARATO, Fábio Konder (2002). Religião e política. Em *Folha de São Paulo*. P. A3. 09/04/02. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

DALLAL, Ahmad (2001). Só democracia e riqueza derrotam os radicais do islã. Em *Veja*. Edição 1732. P. 84-87. 26/12/01. São Paulo: Editora Abril.

ESTATÍSTICA, Instituto Brasileiro de Geografia e IBGE (2002-Tabela4). *Economia. Contas Nacionais. Contas-nacionais-do-Brasil*. 09/06/02. <<http://www.ibge.gov.br/estatistica/economia/contaspubli-cas/tabela4.shtm>>.

FALKENRATH, Richard; NEWMAN, Robert; THAYER, Bradley (2001). America's Achilles' hell nuclear, biological and chemical terrorism and cover attack. Em *Veja*. Edição 1720. Guerra invisível: países que têm armas químicas ou biológicas. P. 92. São Paulo: Editora Abril.

FAPESP, Agência (2003). *Mais de 590 milhões de internautas*. Notícias. E-Commerce and Development Report 2003. Relatório da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD). 29/11/03. <[http://www.agencia.fapesp.br/boletim_dentro.php?data\[id_materia_boletim\]=964](http://www.agencia.fapesp.br/boletim_dentro.php?data[id_materia_boletim]=964)>.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (1997). Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão. Em *Estudos avançados Universidade de São Paulo*. V. 11, nº 30. Maio/Agosto de 1997. P. 43-53. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.

FELINTO, Marilene (2002). O candidato dos Estados Unidos. Em *Folha de São Paulo*. P. C2. 09/04/02. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves (2001). *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Editora Saraiva.

FRANCO, Gustavo (2001). O desafio à globalização vai além da economia. Em *Veja*. Edição 1732. P. 176-179. 26/12/01. São Paulo: Editora Abril.

GALBRAITH, John Kenneth (1997). Entrevista ao “Il Corriero della Sera”. Mitos da globalização I: nem tudo é verdade. Por Maria Helena Passos. Em *República*. Nº 14. Dezembro de 1997. P. 70-72. São Paulo: D'Avila Comunicações.

GITLIN, Todd (2001). O antiamericanismo é o radicalismo dos tolos. Em *Veja*. Edição 1732. P. 96-99. 26/12/01. São Paulo: Editora Abril.

GOFF, Jacques Le (2001). Vamos construir a globalização que nos convém. Em *Veja*. Edição 1732. P. 158-160. 26/12/01. São Paulo: Editora Abril.

HADLEY, Mark (2001). Entrevista. Em *Vêja*. O vírus anti-USA. P. 54-63. Edição 1720. P. 56. 03/10/01. São Paulo: Editora Abril.

HAWKING, Stephen (1997). *Breve história do tempo ilustrada*. Editor Geral Marcelo Samuel Berman, Departamento de Física do ITA. Traduzido por Clara Allain. Revisão Científica Rubens de Melo Marinho Júnior. Curitiba: Editora Albert Einstein.

HAWKING, Stephen (2001). *O universo numa casca de noz*. Traduzido por Ivo Korytowski. Revisão técnica por Augusto Damineli, USP. São Paulo: Editora Mandarim.

HEISENBERG, Werner (1989). *Physics and Philosophy*. Introduction by Paul Davies. London: Penguin.

JELLINEK, Georg (1954). *Teoría General del Estado*. Traducido de la segunda edicion alemana y prologo por Fernando de los Rios. Editora Albatros: Buenos Aires.

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 Edição.

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.

MAQUIAVEL, Nicolau (1979). O príncipe. Em *Maquiavel, os pensadores*. Traduzido por Lívio Xavier. São Paulo: Editora Abril.

MARX, Karl (1983). *Contribuição à crítica da economia política*. Traduzido por Maria Helena Barreiro Alves. São Paulo: Martins Fontes.

MODESTO, Luiz Sergio (1994). *As Drogas do Estado*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semioselogia 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 Edição.

MODESTO, Luiz Sergio (1999). *Arquétrio Fratura Colateral da Cultura*. Tese multidisciplinar fundamentada no paradigma metadisciplinar da Semioselogia 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 Edição.

MODESTO, Luiz Sergio (2002). Política: (re)composição do objeto. Em *Revista da Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo*. P. 527-574. V. 97, 2002, janeiro/dezembro. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Serviço Técnico de Imprensa.

MOISÉS (1985). 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.

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.

PASSOS, Maria Helena (1997). Mitos da globalização I: nem tudo é verdade. Em *República*. Nº 14. Dezembro de 1997. P. 70-72. São Paulo: D'Avila Comunicações.

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.

PLATÃO (1990). Timeo, o De la naturaleza. Em *Platón obras completas*. P. 1126-1179. Traducción del griego, preambulo y notas Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar.

RAMIRO, Denise; SOARES, Lucila (2002). A luta para entrar na festa. Em *Veja*. P. 104-107. Edição 1753. 29/05/02. São Paulo: Editora Abril.

SECURITY, Institute for Science and International (2002). *Nuclear weapons programs worldwide: an historical overview*. 21/11/02. <<http://www.isis-online.org>>.

SOPHOCLE (1994). Antigone. Em *Les trachiniennes. Antigone*. Traduction du grecque par Paul Mazon. P. 71-122. Édition bilingue. Paris: Les Belles Lettres.

TIMES, The New York (2002-a). Os números. Em *O Estado de São Paulo*. Panorama. 11/09/02. P. H2. São Paulo: O Estado de São Paulo.

TIMES, The New York (2002-b). Voz na fita é de Bin Laden, concluem EUA. Em *Folha de São Paulo*. Mundo. 19/11/02. P.A9. São Paulo: Empresa Folha da Manhã.

TOYNBEE, Arnold Joseph (1986). *Um estudo da história*. Traduzido por Isa Silveira Leal e Miroel Silveira. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Editora Martins Fontes.

VEJA (2001-1732). Para entender o mundo novo. Em *Veja*. Edição 1732. P. 65-186. 26/12/01. São Paulo: Editora Abril.

VEJA (2002-1747). Só a dor é a mesma. Em *Veja*. Edição 1747. P. 46-49. 17/04/02. São Paulo: Editora Abril.

VEJA (2002-1753). A vitória dos ricos na globalização. Em *Veja*. Especial. Edição 1753. P. 96-102. 29/05/02. São Paulo: Editora Abril.

WEBER, Max (1980). *Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva*. Traducido por José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Máñez y José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica.

DIREITO INTERNACIONAL

O TERRORISMO INTERNACIONAL E A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA

Guido Fernando Silva Soares

Professor Titular do Departamento de Direito
Internacional e Vice-Diretor da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

Jurisdição, competência e atuação da Corte Internacional de Justiça perante o terrorismo internacional. A tipificação do terrorismo na ótica do Direito Internacional comparado às cortes internacionais existentes na atualidade.

Abstract:

Jurisdiction, accrual and performance of International Criminal Court against international terrorism. The tipification of the terrorism in International Law compared to the International Courts actually existent.

Unitermos: terrorismo; Corte Internacional de Justiça; soluções de litígio; solução por órgãos judiciários internacionais.

1. O exame da eventual atuação da Corte Internacional de Justiça, no que se refere ao combate que hoje se trava contra o terrorismo internacional, deve ser enquadrado, a partir do exame dos poderes daquele tribunal internacional, no que respeita à sua jurisdição e competência, não-só nos termos do seu Estatuto e da jurisprudência internacional na matéria, mas, igualmente, num quadro analítico mais geral, comparativamente às outras cortes internacionais existentes na atualidade. Por outro lado, a tipificação do terrorismo, na ótica do Direito Internacional, coloca alguns pressupostos jurídicos, que se tornam necessários, desde o momento em que se analisam não só as condições para o exercício da jurisdição daquele tribunal internacional, como também seu posicionamento como um dos meios existentes na panóplia dos meios de soluções pacíficas de controvérsias entre Estados. As soluções de controvérsias por órgãos judiciários internacionais, por suas características, constitui um método de solução regulado, na sua essência, por normas jurídicas, que se apresentam com uma certa rigidez formal na regulamentação dos seus procedimentos, as quais são, sobretudo, caracterizadas como regras processuais preexistentes aos mencionados litígios.

2. Comparativamente aos outros meios de soluções de litígios,¹ a solução por órgãos judiciários internacionais, possui menor criatividade que os demais (negociações diplomáticas, bons ofícios, mediação, conciliação, arbitragens interestatais institucionais ou “ad hoc”), em particular, no que respeita a procedimentos a serem seguidos e às soluções a serem encontradas no correr ou ao final dos outros métodos (que a doutrina classifica como meios políticos ou diplomáticos, em confronto com os meios judiciários). Sendo assim, a análise da matéria do presente estudo, deve ser enquadrada sob duas óticas: a) a dos poderes da Corte Internacional de Justiça, conforme fixados pelo Direito Internacional, e b) aquela relativa à natureza jurídica dos litígios que poderão ser eventualmente submetidos ao exame dela.

3. A Corte Internacional de Justiça, instituída a 26 de junho de 1945, no momento em que os Estados subscreviam a Carta de São Francisco, ou seja, naquele mesmo instante em que instituíam a Organização das Nações Unidas, se encontra definida no art. 92 daquele tratado multilateral, como “o principal órgão judiciário das Nações Unidas”² O mesmo art. dispõe que ela “funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional” o qual “faz parte integrante da presente Carta” Trata-se, assim, de um órgão destinado à aplicação das soluções judiciárias, naqueles litígios entre Estados, o qual herdaria do primeiro tribunal internacional instituído nas relações internacionais globais³, a Corte Permanente de Justiça Internacional, criada em 1920, por mandamento do Tratado de Versalhes, de 1919, a estrutura, a composição, as regras relativas a competência e jurisdição, bem como a própria jurisprudência judiciária⁴ elaborada por aquele tribunal internacional, que tinha atuado no Entre Guerras.

1. Veja-se nosso estudo: “*Solução e Prevenção de Litígios Internacionais: Tipologias e Características Atuais*” In: Araminta de Azevedo Mercadante e José Carlos de Magalhães, coordenadores, *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*, v. II, São Paulo, NECIM-Projeto CAPES e Porto Alcgre, Livraria do Advogado Editora, 1999.

2. O texto da Carta da ONU, da qual faz parte integrante o Estatuto da Corte Internacional de Justiça, encontra-se *apud* Vicente Marotta Rangel, *Direito e Relações Internacionais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 6a edição revista e atualizada.

3. Na verdade, o primeiro tribunal judiciário internacional na História da Humanidade, foi instituído no início do Séc. XX, na América Central, com a denominação de Corte de Justiça Centro-Americana, de breve existência. Veja-se: o trabalho do Prof. Fredys Orlando Sorto, “América Central: Relações Internas e Crise Política: Soluções Pacíficas”, Dissertação de Mestrado em Direito Internacional, defendida a 07/VI/1991, na Faculdade de Direito da USP (Orientador: Prof. Dr. José Roberto Franco da Fonseca).

4. Empregamos a expressão “jurisprudência judiciária” para diferenciá-la de outro tipo importante de repertórios de soluções de litígios entre Estados, a “jurisprudência arbitral”, conforme elaborada por arbitragens internacionais, “ad hoc” ou aquela institucionalizada após a criação da Corte Permanente de

4. A Corte Internacional de Justiça reflete, portanto, o desejo de os Estados estabelecerem um tribunal internacional, com juízes permanentes e uma jurisdição universal, não-conforme as realidades de 1945, mas tendo em vista a situação de um mundo imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial (que, a nosso ver, na verdade, é o fenômeno histórico que, verdadeiramente, inauguraria o Séc. XX). Tais razões explicam porque aqueles tribunais internacionais sejam omissos quanto às relevantes pessoas de Direito Internacional, algumas das quais já existiam, mas que seriam instituídas, em número crescente, logo após a Segunda Guerra Mundial, as organizações intergovernamentais. Tal lacuna diz respeito a dois aspectos: a) a falta de reconhecimento expresso dos atos expedidos por aquelas pessoas coletivas, como fontes das normas internacionais aplicáveis por aqueles tribunais (fenômeno este, contudo, que não tem causado qualquer empecilho a que a Corte Internacional de Justiça tenha aplicado as deliberações da Assembléia Geral ou do Conselho de Segurança da ONU, como autênticas normas do Direito Internacional), e b) a falta de um reconhecimento delas, como pessoas jurídicas capazes de integrar, por direito próprio, relações processuais submetidas à jurisdição contenciosa daqueles tribunais, tendo em vista os termos do art. 34, § 1º do Estatuto da CIJ, segundo o qual, “*só os Estados poderão ser partes em questão perante a Corte*”; contudo, nos termos do art. 65 § 1º do mesmo Estatuto, “*a Corte Poderá dar parecer consultivo sobre qualquer questão jurídica a pedido do órgão que, de acordo com a Carta das Nações Unidas ou por ela autorizado, estiver em condições de fazer tal pedido*” Sendo assim, tanto no pólo ativo, quanto no pólo passivo, as organizações intergovernamentais não podem figurar como partes, nos procedimentos contenciosos perante a Corte Internacional de Justiça, constituindo tal fato, um dos motivos de considerar-se a personalidade delas, como incompleta, comparativamente aos Estados⁵

Arbitragem, com sede na Haia, a partir de 1907. Neste último caso, não se trata propriamente de um tribunal, nem de um corpo permanente de árbitros julgadores, mas de um conjunto normativo de : a) regras para a instituição de um árbitro único ou de uma comissão de árbitros, a pedido de um Estado, endereçado às autoridades internacionais encarregadas daquela CPA, sob a égide do Governo dos Países Baixos; b) um rol com nomes de pessoas que eventualmente poderão ser indicadas como árbitros únicos ou como membros de uma comissão de árbitros (inclusive, na presidência dos trabalhos, caso haja uma impossibilidade de os Estados ou os árbitros escolhidos chegarem a um consenso sobre tal função); b) regras que instituem autoridades internacionais com a função de receber e expedir notificações entre Estados, com a finalidade de propiciar à constituição de um árbitro único ou de uma comissão de vários árbitros; c) regras internacionais sobre os procedimentos prévios de instituição de um árbitro único ou de uma comissão de árbitros (prazos, medidas para complementar casos de falta de cooperação de outros Estados ou na impossibilidade de indicar-se um árbitro pela parte ou um presidente de comissão de árbitros) c d) regras mínimas, de natureza opcional, sobre os procedimentos arbitrais a serem seguidos pelo(s) árbitro(s), caso os Estados partes na arbitragem não tenham estatuído a respeito.

5. Veja-se nosso estudo “*As ONGs e o Direito Internacional do Meio Ambiente*”. In: Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, janeiro-março, 2000, pp. 21-64

5. Na verdade, dos tribunais judiciais internacionais existentes na atualidade, outros há em que organizações intergovernamentais têm plena capacidade postulatória, em ambos os pólos. Destaquem-se aqueles existentes nas organizações intergovernamentais de integração econômica regional, do tipo mercado comum, a Comunidade Européia (Luxemburgo) e o Pacto Andino (Quito). No primeiro caso, após a instituição da Comunidade Européia do Carvão e do Aço, CECA, precursora da atual Comunidade Européia, fundada pelo Tratado de Paris de 18 de abril de 1951 (e que seria logo seguida pela instituição da Comunidade Econômica Européia, CEE e da Comunidade Européia de Energia Atômica, Euratom, ou CEEA, criadas pelo Tratado de Roma, de 25 de março de 1957), assistiu-se à instituição de uma corte comunitária, onde aquelas organizações intergovernamentais passaram a ter uma capacidade ativa e passiva em procedimentos judiciais perante a mesma, em contenciosos em que figuram tanto os órgãos da Comunidade, quanto os Estados-Partes. Tratava-se da instituição de um tribunal permanente, com sede em Luxemburgo, hoje denominado Tribunal (ou Corte) da Comunidade Européia, com os propósitos de aplicar-se um Direito Internacional Público particular,⁶ de cunho econômico, e regional “*ratione personae*” na sua abrangência, bem como um Direito Supranacional inovador, que seria criado pelos órgãos instituídos, o Direito Comunitário, cuja finalidade era de reconstruir-se uma parte significativa de um Continente devastado pela Guerra de 1939-1945. Destaque-se que as normas do Direito Internacional Público comunitário, aperfeiçoadas pelas normas do próprio Direito Comunitário, conferiram um acesso direto e por direito próprio, sem a necessidade de qualquer interveniência de órgãos diplomáticos, a indivíduos e empresas ao Tribunal de Luxemburgo, conquanto restrito a matéria de Direito da Integração Econômica regional, em litígios em que pudessem figurar os Estados-Partes e os órgãos intergovernamentais instituídos.

6. Como se sabe, a partir da instituição das organizações intergovernamentais de integração econômica regional, do tipo mercado-comum, passou-se a distinguir, claramente, dois níveis das normas internacionais regionais: a) um direito primitivo (consubstanciado nos tratados e acordos internacionais regidos pelo Direito Internacional Público, como os atos de fundação, de instituição de órgãos internacionais, de admissão de novos membros, de modificações estruturais relevantes na competência dos órgãos internacionais constituídos, etc.) e b) um direito derivado (consubstanciado nas decisões dos órgãos unipessoais ou coletivos, no exercício das respectivas competências normativas e administrativas, instituídas conforme o referido direito primitivo). A doutrina, para bem distinguir os tipos de tais normas internacionais, refere-se às primeiras, como normas do Direito Internacional Público e às segundas, como um Direito Supranacional. No caso da Europa Comunitária, a expressão “*Direito Comunitário*”, ora designa todo o conjunto, ora o segundo tipo. Por outro lado, segundo determinadas concepções que pretendem analisar outros fenômenos de mercados-comuns no resto do mundo (como o Pacto Andino), empregam a expressão Direito Supranacional, pela indelével marca regional e européia que o adjetivo “Comunitário” passou a exprimir.

6. Outro tribunal internacional em pleno funcionamento, nos dias correntes, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, instituído pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, firmada a 10 de outubro de 1982, em Montego Bay, com sede em Hamburgo, confere acesso unicamente aos Estados-Partes e àquelas entidades distintas dos Estados-Partes, expressamente previstas naquele tratado multilateral, nomeadamente a Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos e a Empresa, nos termos do art. 20 do Estatuto daquele Tribunal (Anexo VI da mencionada Convenção). Sua competência é restrita a questões que envolvem Estados, em matéria de Direito do Mar, não-só compreendida na mencionada Convenção de Montego Bay, mas em outros tratados multilaterais anteriores, sobre o mesmo campo.⁷

7. No que respeita ao reconhecimento da personalidade dos indivíduos em Direito Internacional e seu eventual acesso a tribunais internacionais, pouco antes da instituição da Corte Européia de Luxemburgo, na Europa então dita “Ocidental”, assistiu-se à instituição, em nível regional, de um tribunal regional, destinado a examinar violações aos direitos humanos.⁸ Tratava-se de uma Europa dilacerada pela Segunda Guerra Mundial, tanto do ponto de vista das violações gravíssimas dos valores fundamentais da pessoa humana, cometidos por alguns Estados europeus (em flagrante desrespeito a uma tradição constitucional européia, que se firmara na Europa, a partir das constituições escritas ou-não escritas dos Estados do continente europeu), quanto da total destruição da vida econômica daquele Continente, em virtude das operações bélicas. A reconstrução econômica da Europa, na verdade, deveria passar, necessariamente, pela reconstrução dos valores fundamentais da pessoa humana, os quais já contavam, na esfera normativa internacional, com a solene manifestação dos Estados então membros da ONU, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral, a 19 de dezembro de 1948, e com a subscrição de

7. Veja-se nosso trabalho anteriormente citado, *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades*, São Paulo, Atlas, 2001, em particular, o Cap. 10: “*Conteúdo das Obrigações no Direito Internacional do Meio Ambiente (IV): Deveres de Os Estados Absterem-se do Uso da Força, na soluções de Controvérsias sobre o Direito Internacional do Meio Ambiente*”, sobretudo, na sua Seção 10.1: “*Soluções de controvérsias previstas na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (Montego Bay, 1982)*”, p. 660 e ss.

8. As inter-relações entre as normas de proteção aos direitos humanos, em nível regional, e as normas originárias dos mecanismos das integração econômica regionais, foram analisadas num nosso trabalho: “*A União Européia, o Mercosul e a Proteção dos Direitos Humanos*”, elaborado a partir da apresentação oral, no tema correspondente à sua denominação, efetuada por ocasião do Seminário “*Direitos Humanos e Mercosul*”, organizado pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e pela Faculdade de Direito da PUC-SP, de 07 a 09 de agosto de 2000, no “*campus*” desta Pontifícia Universidade, em São Paulo, SP. No prelo de publicação com aquela denominação do seminário, sob responsabilidade da citada Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

um primeiro tratado multilateral, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, assinada poucos dias antes, a 11 de dezembro de 1948, em Paris. Sendo assim, ao mesmo tempo em que se reconstruíam as relações econômicas na Europa Comunitária, de forma inovadora, a proteção dos direitos humanos seria definida na Europa então Ocidental, por um tratado multilateral regional, a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, a 04 de novembro de 1950. Na data de sua emergência, e por vários anos, aquela Convenção de Roma, de 1950, previa dois órgãos internacionais: a) uma Comissão diplomática composta de representantes dos Estados-Partes, a Comissão Européia dos Direitos Humanos e b) um Tribunal, composto de juizes permanentes, escolhidos dentre nacionais dos Estados-Partes, sediado em Estrasburgo, o qual poderia receber e julgar reclamações apresentadas diretamente por Estados-Partes ou pela referida Comissão (cuja principal incumbência seria, assim, de receber e encaminhar queixas de indivíduos ao referido Tribunal). Conforme escrevemos em trabalho anterior: *“a partir de 1994 (Protocolo 11), e as posteriores modificações introduzidas pelo Acordo Europeu Relativo a Pessoas que Participam nos Procedimentos da Corte Européia dos Direitos Humanos, firmado em Estrasburgo, a 05 de maio de 1997” a referida Comissão Européia dos Direitos Humanos foi suprimida e “a Corte de Estrasburgo passou a ter plena competência para receber reclamações de indivíduos, contra qualquer Estado Partes na Convenção Européia, independentemente de sua nacionalidade deles, e tão somente, pela verificação de uma violação contra os mesmos cometida (jurisdição “ratione loci delicti commissi”)*⁹

8. O exemplo da Europa dos Direitos Humanos seria transposto para o Continente americano, com a assinatura e entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em San José da Costa Rica, a 22 de novembro de 1969, que até os dias de hoje, conserva a estrutura e os mecanismos originais: uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, junto da OEA e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, um tribunal permanente, com sede em San José. Se o modelo europeu ocidental de um tribunal com sua jurisdição acionável por qualquer indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, ainda não se verificou no Continente americano (tendo em vista que o acionamento da jurisdição da Corte Interamericana dos Direitos Humanos ainda depende de reclamações apresentadas por Estados-Partes e nos casos de reclamações individuais unicamente aquelas endossadas

9. Apud: *“Solução e Prevenção de Litígios Internacionais: Tipologias e Características Atuais”*, Id., Ibid., 1999, p. 53, *“passim”*.

pela referida Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, sediada em Washington), pelo menos existe um tribunal regional, ao lado de uma comissão de representantes diplomáticos. Contudo, na África, os caminhos para a proteção dos direitos humanos ficariam restritos à única existência de um órgão diplomático, a Comissão Africana dos Direitos Humanos, sediada em Adis Abeba, porém sem a previsão de qualquer tribunal regional, conforme as normas da Convenção Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, adotada em Banjul, a 1981, como tal vigente até os dias correntes.

9. Deve ressaltar-se que, em nível global, em matéria de proteção aos direitos humanos, existem tão-somente os mecanismos diplomáticos de verificação de adimplência das normas internacionais, através de comitês, compostos de funcionários dos Estados partes, sendo patente a inexistência de um tribunal permanente internacional, com uma jurisdição comparável à Corte Européia ou à Corte Interamericana. Na verdade, os tratados multilaterais de proteção aos direitos humanos, tanto os gerais, como os Pactos Internacionais das Nações Unidas de 1966, como os especiais (nomeadamente, a Convenção sobre Genocídio), instituíram os mencionados comitês diplomáticos, mas nenhum conseguiu um tribunal, a exemplo da Europa dos Direitos Humanos ou do Continente Americano. Conforme expusemos em trabalho anterior: *“no que respeita às normas instrumentais, de instituição de mecanismos de controle e de aplicação das normas de direito material assim definidas, na esfera internacional global, não puderam eles ser tão eficazes quanto aqueles dos direitos internos das democracias da atualidade; na verdade, deve-se considerar que tais mecanismos dependem da aceitação dos Estados, que, nem sempre, se encontram dispostos a ceder parte das respectivas soberanias, em favor de órgãos internacionais, de composição multilateral e com poderes cogentes sobre os mesmos. Ademais de comitês diplomáticos previstos nos citados Pactos e na citada Convenção sobre Genocídio, o máximo que se conseguiu, foi a constituição pelo Conselho Econômico e Social da ONU, de uma Comissão dos Direitos Humanos, em 1946 (Resolução n. 5 da primeira sessão do ECOSOC), composta de representantes diplomáticos dos Estados,¹⁰ numa base de rotatividade de representações, de natureza permanente (reuniões ordinárias anuais por 40 dias) e com uma jurisdição internacional, sediada em Genebra, mas com poderes de examinar a situação daqueles direitos em todo mundo e de apenas formular recomendações aos Estados, eventualmente inadimplentes de suas obrigações convencionais. Seria*

10. Originariamente prevista para contar com 18 Estados, hoje conta com 53, desde 1990. Informações *apud* J. A. Lindgren Alves, Os Direitos Humanos como Tema Global, São Paulo, Perspectiva e Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. 73.

necessário esperar-se até o ano de 1998, para ver-se consagrada a instituição de um Tribunal Penal Internacional (Tratado de Roma de 17 de julho de 1998), de natureza permanente e jurisdição internacional, competente para conhecer e julgar os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão: nos dias correntes, à espera da entrada em vigor do tratado que o instituiu, o Tribunal será sediado na Haia, e terá uma jurisdição automática, ou seja, independentemente de qualquer aceitação “ad hoc” por parte dos Estados que dele farão parte, conquanto a matéria de sua competência esteja restrita aos crimes catalogados na Convenção de Roma, e não para qualquer outra violação de direitos humanos”¹¹

10. Sem dúvida, foi a inquestionável experiência histórica da proteção dos direitos humanos na Europa Ocidental, que serviria de modelo às necessidades de constituir-se um mecanismo de acompanhamento e verificação da adimplência das normas internacionais, não unicamente regional, mas de abrangência universal, sobre temas correlatos e igualmente cada vez mais relevantes, nas relações internacionais do final do Séc. XX, os mencionados *crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão*. Na verdade, o julgamento por órgãos judiciários internacionais de violações de direitos humanos, perpetrados por autoridades dos Estados, no correr da segunda metade daquele Século, e com uma tipificação de maior gravidade, enquanto crimes internacionais, juntamente com a instituição de tipos criminais autônomos, tinham tido dois antecedentes históricos, o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio, os quais, contudo, padeciam da falta de um consenso sobre sua legitimidade, quanto ao não- respeito à regra da anterioridade da definição do crime, no relativo à sua punibilidade. No caso de dois tribunais particulares existentes na atualidade, o Tribunal para os Crimes em Ruanda e o Tribunal para os Crimes na Ex-Iugoslávia, bem como no caso do Tribunal de Roma, de 1998, aquela regra do “*nullum crimen nulla poena sine previa lege*” foi cabalmente respeitada, tendo em vista que os julgadores foram instituídos, em matéria penal, ao mesmo tempo em que se definiam os tipos criminais, e tudo, com a necessária anterioridade ao acionamento dos mecanismos punitivos, no que respeita instituição dos tipos dos crimes e das penas a eles aplicáveis.

11. A instituição de tribunais internacionais com jurisdição sobre indivíduos, além daquelas matérias relativas a assuntos de integração econômica regional (restritos, ainda, a quadros normativos de uma integração mais pronunciada entre os Estados-Partes, como os modelos de mercado comum) e do campo da proteção dos

11. Guido F. S. Soares, “*União Européia, Mercosul e Proteção dos Direitos Humanos*”, Id., *ibid.*, (no prelo).

direitos humanos, não tem sido pacífica. O grande obstáculo a que se dê maior desenvolvimento ao tema da responsabilidade dos indivíduos, no Direito Internacional Público, repousa no fato de que este direito, por mais que se tenha aberto à pessoa humana (nos aspectos de proteção a seus direitos), ou a empresários, pessoas físicas ou jurídicas (enquanto agentes diretos da integração econômica), ainda repousa no postulado da plenitude dos direitos e deveres conferidos a Estados, entidades essas tal como definidas, de maneira formal, por suas normas, ou seja, Estados soberanos, como tal reconhecidos pela comunidade de outros Estados (e, portanto, estando excluídos agrupamentos ou quaisquer outras situações, nas quais não haja o reconhecimento da personalidade jurídica internacional, a exemplo os movimentos de libertação nacional).

12. No que respeita ao posicionamento dos indivíduos no Direito Internacional, nos casos fora do campo dos direitos humanos, cujas normas se destinam à proteção de direitos subjetivos, é mister considerar dois campos distintos: a) o campo geral da responsabilidade dos Estados, regido por usos e costumes internacionais, que se configura num sistema da denominada responsabilidade subjetiva ou por culpa e b) o campo novo e particular, do Direito Internacional do Meio Ambiente, constituído de normas especiais, em assuntos tópicos, que constitui o sistema da denominada responsabilidade objetiva ou por risco. A doutrina, em particular da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, tem empregado a terminologia “responsabilidade internacional” *tout court*, para o primeiro caso, e para o segundo, “responsabilidade por atos não proibidos pelo Direito Internacional”

13. No primeiro campo, da responsabilidade geral, dita subjetiva ou por culpa, há o dever de reparar, desde que haja uma violação de uma norma internacional, violação essa que somente pode ser atribuída ao Estado, como um todo (portanto, sendo irrelevante serem atos do Executivo, Legislativo ou Judiciário dos Estados, ou da Administração Central ou Decentralizada ou de indivíduos sob a jurisdição dos Estados). Trata-se de um sistema complexo, tradicionalmente regido por usos e costumes internacionais, por uma farta jurisprudência arbitral e jurisprudencial internacional, e com a expressiva manifestação da doutrina dos internacionalistas da qual se destaca a obra de codificação empreendida pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, cujo resultado foi um Projeto de Convenção sobre Responsabilidade Internacional dos Estados, atualmente em exame pela Assembléia Geral das Nações Unidas.¹² É necessário enfatizar que os indivíduos, sejam autores de ilícitos, sejam as vítimas, não

12. Veja-se seu texto no Anexo E de nosso livro já mencionado: *Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações, Responsabilidades*, id. *Ibid.*, que se encontra na Internet, no “site”: www.atlasnct.com.br/guidosoarcs.

têm um direito próprio de postulação de reivindicações frente a Estados, nem mesmo a possibilidade de figurarem como partes, em polos passivos, nos procedimentos diplomáticos ou jurisdicionais em que unicamente os Estados podem figurar como partes.

14. No segundo campo, da responsabilidade dita objetiva ou por risco, existe o dever de reparar, na medida em que se configura a hipótese do tipo definido na norma: a) um dano (independentemente de culpa), tipificado na norma, em virtude da prática de ato ou de omissão, (atos lícitos, porém danosos) portanto, atividade legítima, permitida pela norma, mas que pode causar um dano a outro Estado, a pessoas submetidas à jurisdição deste, ou a um bem protegido pelas normas internacionais (como os espaços internacionais comuns); b) a canalização da autoria do dano numa pessoa determinada, seja o Estado (no caso particular, o Estado lançador de um objeto espacial¹³), seja numa pessoa indigitada nos ordenamentos jurídicos nacionais (para citar, dentre as normas vigentes internacionalmente, o proprietário do navio que causa um acidente com o derramamento de óleo ao mar,¹⁴ o operador de uma central nuclear num acidente nuclear,¹⁵ ou dentre aquelas que se encontram no aguardo de uma vigência internacional, como o operador de um estabelecimento que lida com organismos geneticamente modificados¹⁶); c) a denominada socialização do risco (obrigatoriedade de seguros privados, a serem complementados por fundos constituídos pelo Estado ou, internacionais, por Estados); d) as possibilidades rígidas de limitações da responsabilidade e das exonerações das obrigações de indenizar; e) a indicação dos tribunais nacionais competentes, com o prestígio conferido àqueles que confirmam maiores facilidades às vítimas e, finalmente f) normas sobre o reconhecimento internacional das decisões dos judiciários internos, em outras jurisdições dos Estados partes nas convenções.

15. A distinção ganha relevância, na medida em que no sistema da responsabilidade subjetiva, unicamente os Estados podem figurar nas relações jurídicas,

13. Trata-se da Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais, adotada conjuntamente em Londres, Moscou e Washington, a 22 de março de 1972. Encontrase promulgada no Brasil pelo Decreto n. 71.981 de 22/III/1972.

14. Trata-se da Convenção Internacional sobre Responsabilidade Civil por Danos Causados por Poluição por Óleo, adotada em Bruxelas, a 29 de novembro de 1969 (conhecida por "CLC", sigla para "Civil Liability Convention"). No Brasil acha-se promulgada pelo Decreto n. 79.437 de 28/03/1977.

15. É o caso regulado pela Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, adotada em Viena, a 21 de maio de 1963, sob a égide da AIEA. Encontrase promulgada no Brasil, pelo Decreto n. 911 de 03/IX/1993.

16. Trata-se de uma convenção regional europeia, a Convenção de Lugano de 21 de junho de 1993, "sobre Responsabilidade Civil por Danos Resultantes de Atividades Prejudiciais ao Meio Ambiente". Seu texto encontra-se *apud*: 32 ILM 1228 (1993).

que se constituem a partir da violação de uma norma: como já deixamos enfatizado, tanto os autores de um dano, decorrente de uma violação de um dever jurídico, quanto o destinatário do direito a uma reparação do dano (a vítima), devem ser Estados. Contudo, há alguns casos em que a norma internacional, no sistema geral da responsabilidade (responsabilidade por culpa), parece nomear uma pessoa de direito interno como diretamente responsável, como no caso de autoria de um dano, mesmo que o autor tenha sido um indivíduo suficientemente diferenciado do Estado; contudo, em tais casos, a norma internacional atribui a responsabilidade por uma conduta daquela pessoa, diretamente ao Estado, nas condições que a norma internacional determina, das quais, a nacionalidade da pessoa ou a circunstância de a mesma encontrar-se sob sua jurisdição. No caso da vítima, no que respeita à responsabilidade em relação a um autor de um dano, que se encontre fora da jurisdição de um Estado, os direitos daquela deverão ser assumidos por um Estado, através do instituto da proteção diplomática; neste caso, um Estado, em geral o da nacionalidade da vítima, assume seus direitos e, em nome próprio, passa a postular sua defesa, frente a outros Estados, no foros unicamente reservados a Estados (negociações diplomáticas, bons ofícios, mediação, conciliação e arbitragens entre Estados, e, enfim, as soluções perante tribunais judiciários internacionais).

16. Nos casos em que a norma internacional nomeia, de modo expresse, um indivíduo cuja conduta deve ser reprimida, (caso de traficantes de objetos de arte, de substâncias proibidas ao comércio internacional, como no narcotráfico ou, ainda, no combate à escravidão ou ao tráfico internacional de pessoas) ou cuja conduta é particularmente visada (as inúmeras menções ao comandante do navio, às autoridades portuárias e responsáveis por sinalizações de tráfego marítimo ou aéreo, existentes na Convenção de Montego Bay de 1982), a responsabilidade é sempre do Estado, e a norma limita-se a instituir para o Estado uma obrigação de resultado¹⁷ (ou seja, o dever de estabelecer normas ou mecanismos internos, que dêem eficácia, no ordenamento jurídico nacional, à obrigação internacional que incumbe ao Estado, em particular, o exercício do “*jus puniendi*”).

17. O Anteprojeto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade dos Estados, assim dispõe, conforme a versão oficial em espanhol, no art. 21, comentado “*Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado*”, “*verbis*: “§ 1o. Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige el logro, por el medio que elija, de un resultado determinado si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra el resultado que de él exige esa obligación. § 2o Cuando un comportamiento de Estado haya creado una situación que no esté en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, sólo hay violación de la obligación si el Estado tampoco logra mediante su comportamiento ulterior el resultado que de él exige esa obligación” Cf.: Internet: www.atlasnet.com.br/guidosoarcs.

17. Nas hipóteses que interessam ao Direito Internacional, particularmente ao combate ao terrorismo internacional, a situação é ainda mais complexa. O ramo do Direito Internacional Penal tem de conviver com um postulado inarredável de tudo quanto diga respeito à responsabilidade penal, que é, na sua essência, eminentemente individual. Por outro lado, falece ao Direito Internacional, um mecanismo de legitimação de um órgão central como o titular das funções de aplicar a sanção penal, que é o característico dos ordenamentos jurídicos nacionais: o monopólio e a exclusividade do poder público, no que se refere ao processo penal, tanto na aplicação da lei penal (definição das condutas e das penas a elas aplicáveis), quanto no sistema de fazer valer as sanções endereçadas aos indivíduos (execuções das penas). Nos casos tradicionais dos tratados multilaterais que definem os crimes internacionais, há o estabelecimento de normas de tipificação dos ilícitos, que passam a ser puníveis em qualquer lugar do mundo, claro está, nos espaços submetidos às soberanias somente dos Estados-Partes naqueles tratados e, ainda, nas condições em que aqueles Estados se tenham submetido às normas internacionais (ou seja, em função da interpretação de eventuais reservas).

18. No campo do Direito Internacional Penal convencional, nos aspectos diretos relativos ao terrorismo, trata-se de um campo regido por poucas e precisas normas escritas de vocação universal: a) as convenções relacionadas à segurança da aviação civil internacional (Convenção sobre Infrações e Certos Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves, adotada em Tóquio, a 14/09/1963, Convenção sobre a Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, assinada na Haia, a 16/12/19, a Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinado em Montreal, a 23/09/1971, e o Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos que Prestam Serviços à Aviação Civil Internacional, assinado, igualmente em Montreal, a 24/02/1988); b) as convenções relativas à segurança da navegação marítima (Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, assinada em Roma, a 19/03/1988, e o Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas na Plataforma Continental, adotado em Roma, na mesma data); c) a relativa à segurança física de materiais nucleares (Convenção sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares, assinada em Nova York, sob a égide da AG da ONU e em Viena, sede da AIEA,¹⁸ a 03/03/

18. A Agência Internacional de Energia Atômica, organização intergovernamental do sistema das Nações Unidas, com sede em Viena, tem desenvolvido importante trabalho nos dois aspectos da segurança dos materiais nucleares e as instalações nucleares: a) os aspectos da segurança física (prevenção de ações humanas de natureza criminosa, ou, na terminologia utilizada: “*nuclear security*”) e b) os aspectos de segurança nuclear (contenção de radiação nuclear e proteção dos trabalhadores em atividades nucleares e do meio ambiente circundante às instalações nucleares e ao meio ambiente exterior às mesmas: “*nuclear safety*”).

1980); d) a sobre o seqüestro de pessoas relevantes para as relações internacionais, ou seja, de diplomatas (Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns de 18/12/1979), e) as convenções relativas a explosivos (Convenção sobre a Marcação de Explosivos de Plástico para fins de Detecção, Montreal, a 01/03/1991 e a Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas Cometidos com Bombas, Nova York, 15/12/1997) e, enfim, f) a Convenção Internacional para a Repressão de Financiamento ao Terrorismo, adotada em Nova York, a 09/12/1999. De âmbito regional, registrem-se a Convenção da OEA, para a Prevenção e Repressão de Atos de Terrorismo que Tomam a Forma de Crimes contra Pessoas ou Atos de Extorsão com Alcance Internacional, adotada em Washington, a 02/02/1971 (da qual o Brasil não é parte, nem participou de sua negociação) e a Convenção Européia para a Repressão do Terrorismo, adotada pelo Conselho da Europa, em Estrasburgo, a 27/01/1977, já em vigor internacional, a partir de 03/08/1978.

19. Um exame dos textos mais importantes, em particular daquelas convenções com vigência internacional e grande número de Estados participantes, revela alguns pontos em comum, dos quais, o mais importante é a consagração da regra da universalidade da punibilidade dos atos criminosos, independentemente do lugar da comissão do ilícito ou da nacionalidade do autor ou da vítima; contudo, o exercício do “*jus puniendi*” é deixado aos Estados-Partes, segundo os respectivos sistemas jurídicos nacionais. No fundo, consagra-se a norma definida por Hugo Grotius, “*aut dedere, aut punire*”, ou seja, aqueles tratados multilaterais instituem um sistema de obrigações aos Estados-Partes de, ou extraditarem os suspeitos ou acusados dos atos ilícitos, ou, na impossibilidade de extradição (grande parte dos sistemas jurídicos nacionais, como o brasileiro, impedem a extradição de nacionais,¹⁹ ou como de alguns países de tradição islâmica, que exigem que seus nacionais sejam julgados por tribunais compostos de juizes da sua religião²⁰), o dever de exercerem o “*jus puniendi*” (mesmo que o crime não tenha qualquer vínculo de conexão com o território ou a nacionalidade das vítimas ou da natureza nacional do bem protegido). Trata-se da consagração do princípio da denominada universalidade da jurisdição penal, no Direito brasileiro reconhecido como

19. No Brasil, a norma é de natureza constitucional, nos termos do inc. LI do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, *verbis*: “*Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da Lei*”

20. Destaquem-se as exigências de alguns Estados de forte tradição islâmica, de que muçulmanos sejam julgados por tribunais muçulmanos. Tal fato será da maior importância no Caso Lockerbie (Líbia v. Reino Unido e EUA), relatado nas conclusões deste trabalho.

um dos casos de extraterritorialidade²¹ (submissão à lei brasileira dos crimes cometidos no estrangeiro), expressamente no Código Penal, art. 7º inc. II. al. (a) (os crimes que, “*por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir*”), mas ainda dependente, no ordenamento jurídico brasileiro, de algumas condições que, de maneira unilateral, a lei brasileira exige (conforme o § 2º daquele mesmo art. 7º)²²

20. A grande dificuldade que se tem verificado na aplicação dos dispositivos dos tratados multilaterais que definem os crimes internacionais, se refere às questões das impossibilidades legais de extradição, segundo normas internas dos Estados, e, o que é mais grave, o fato de que alguns dos Estados de nacionalidade dos extraditandos, os considerarem como heróis, ou ainda, pelo fato de sua ação criminosa ser qualificada como um crime político. A qualificação de uma ação seja como crime político, seja como crime comum, tem seus reflexos na possibilidade ou-não de extradição do agente, e, ressalte-se, é, segundo as normas internacionais, um atributo do Estado onde se encontra fisicamente o extraditando, o qual, ao atribuir a este, de maneira unilateral, a qualificação de crime político, impediria sua extradição a outros Estados. Na verdade, a qualificação de atos como crimes políticos, tem contornos obscuros, é um ato discricionário dos Estados e, como já mencionado, se realiza através de decisões unilaterais dos Estados nos quais se encontram os citados extraditandos. Neste particular, ressalte-se o fato de ter sido o ponto central da Convenção Européia para a Repressão ao Terrorismo, assinada em Estrasburgo, a 27/01/1977,²³ a preocupação de “despolitizar” aqueles atos qualificados de terroristas (tirar-lhes a conotação de crime político), com a finalidade de permitir a mais ampla extradição dos implicados.

21. Por outro lado, os crimes políticos não-só impedem a extradição, como criam a situação de um dever de o Estado tratar os eventuais criminosos, como asilados territoriais, com direitos de proteção particular, nos ordenamentos jurídicos nacionais

21. Veja-se nosso trabalho “*O Meio Ambiente e a Justiça no Mundo Globalizado*”. In: *Justiça Penal: Críticas e Sugestões; 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal: Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó*. Coordenador: Jacques de Camargo Pentecado. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 65-118.

22. Art. 7º § 2.o: *Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro, ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.*

23. Seu texto se encontra como Anexo ao artigo de Charles Valéc, *La Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme*. In: *Annuaire Français de Droit International*, Paris, Editions du CNRS, v. XXII, 1976, particularmente, pp. 782-6.

(direitos a uma vida normal, posto que a pessoa passaria a ter uma proteção do Estado que o asilou). O asilo territorial²⁴ (na verdade, igualmente o asilo diplomático,²⁵ que atribui os mesmos direitos nos ordenamentos internos, tão logo o asilado penetre no território do Estado asilante) é um instituto reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu art. XIV,²⁶ mas se encontra ausente dos dois Pacto das ONU, de 1966, e dos três grandes tratados multilaterais regionais sobre direitos humanos.

22. Quanto à questão da situação dos asilados nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, especial atenção deve ser dada aos países da América Latina: tanto o asilo territorial, quanto o asilo diplomático constituem uma longa tradição, desde a prática haurida na antiga União Panamericana, no Entre Guerras, e, na atualidade, encontram-se regidos por dois importantes tratados multilaterais regionais, votados sob a égide da Organização dos Estados Americanos, em Caracas, no mesmo dia (X Conferência Interamericana) a 28/03/1954: a Convenção sobre Asilo Diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial, as quais, no Brasil, foram conjuntamente promulgadas pelo Decreto n. 55.929 de 14/04/1965²⁷ O instituto do asilo não deve, na atualidade, ser confundido com o instituto do refúgio,²⁸ este, um instituto relativamente

24. O asilo territorial é concedido a uma pessoa que se encontra ilegalmente no território de um Estado (entrada irregular), e tem por pressuposto uma situação de grave perturbação no Estado da nacionalidade do asilando, tendo por fim uma proteção de caráter humanitário àquela pessoa.

25. O asilo diplomático é aquele concedido nas Missões diplomáticas devidamente acreditadas nos Estados de nacionalidade do asilado, nas aeronaves militares, belonaves ou acampamentos militares estrangeiros, autorizados a estacionarem num Estado.

26. Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, art. XIV: “§ 1º *Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. § 2.º Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crime de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas*”.

27. A situação dos asilados, no ordenamento jurídico nacional do Brasil, se rege por dispositivos particulares do denominado Estatuto dos Estrangeiros. Os refugiados se encontram disciplinados pela Lei n. 9.474 de 22/06/1997 “define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1957 e determina outras providências” Veja-se o trabalho de Fernando Fernandes da Silva, “*A Proteção do Refugiado no Ordenamento Jurídico Nacional: Fundamentos Constitucionais e as Medidas Legislativas e Administrativas Aplicáveis*”, In: Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros (no prelo).

28. As fundamentais diferenças podem ser assim esquematizadas: a) o asilo é um ato discricionário dos Estados que o concedem; o refúgio é uma obrigação a que os Estados se submetem a conceder; b) o asilo, na atualidade, com exceção da América Latina (onde o assunto é versado pelas duas citadas convenções regionais), é regulado por usos e costumes diplomáticos, ao passo que o refúgio é um instituto totalmente regulado por normas votadas pela ONU e pelo mencionado Tratado de 1951; d) o asilo, tem nitidas conotações de proteção humanitárias em situações de emergências políticas (em especial, de proteção a antigos dirigentes que foram apedoados do poder, num movimento revolucionário, ou por golpes de Estado), ao passo que o refúgio tem outras finalidades (proteção das pessoas em situações de instabilidade política ou econômica endógenas, em determinadas partes do mundo, como no Continente africano). Veja-se, Fernando Fernandes da Silva,

novo no Direito Internacional, regulado por um tratado multilateral de vocação universal (conquanto a doutrina antiga considere “asilo” como sinônimo de “refúgio”), a Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado adotada em Genebra, a 28.07.1951 e Protocolo de Nova York sobre o Estatuto dos Refugiados, de 31/01/1967, por atos da própria ONU, que administra o instituto, através de um seu organismo constituído em pela 14/12/1950 (Resolução n. 428,V) da Assembléia Geral, em 14/12/1950: o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados), com sede em Genebra.

23. Ademais de tais percalços que o Direito Internacional enfrenta na luta contra o terrorismo internacional, no que se refere à atuação da Corte Internacional de Justiça, outro há que nos parece de grande significação: o fato de que a jurisdição da Corte Internacional de Justiça nem sempre poder exercitar-se de maneira automática, por provocação de um Estado ou de um grupo de Estado, contra a vontade de outro ou outros Estados.

24. A vontade dos litigantes, em qualquer pólo que se encontrem na relação processual, é muito importante na questão da determinação da jurisdição da Corte Internacional de Justiça. Em primeiro lugar, um Estado litigante tem o direito de indicar um juiz de sua nacionalidade para compor aquele tribunal no julgamento de um caso em que seja parte, na hipótese de inexistir um juiz seu nacional, ou ainda, há a possibilidade de a parte “*ex adverso*” contar com um juiz de sua nacionalidade na composição dos seus juizes (art. 31 § 1º do seu Estatuto). Em segundo lugar, a jurisdição da CIJ pode ser invocada em três hipóteses, nas quais a manifestação da vontade dos Estados é elemento essencial:

a) pelo depósito junto ao Secretário Geral da ONU, de uma declaração em que o Estado dê sua aceitação incondicionada da jurisdição da CIJ, no momento em que subscrever o Estatuto da CIJ ou a qualquer tempo. Trata-se do dispositivo do art. 36 § 2º do Estatuto da CIJ, denominado “cláusula facultativa de jurisdição obrigatória” (facultativa, porque os Estados têm a faculdade de adotá-la ou não, e obrigatória, porque estabelece a jurisdição obrigatória da CIJ para os Estados que a adotarem da mesma forma)²⁹ Na verdade, a cláusula não tem uma aceitação

29. Eis o teor do art. 36 § 2o do Estatuto da CIJ *verbis*: “Os Estados partes do presente Estatuto poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória “*ipso facto*” e sem acordo especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte, em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto: a) a interpretação de um tratado; b) qualquer ponto de direito internacional; c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional; d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional”

generalizada,⁽³⁰⁾ sendo o Brasil um dos Estados que não-admite a jurisdição obrigatória “*ipso jure*” da CIJ;

b) pela subscrição de um acordo especial entre os Estados partes numa controvérsia, denominado “compromisso”, (em francês e inglês: “*compromis*”), em tudo semelhante ao “compromisso” existente nas arbitragens entre Estados,⁽³¹⁾ pelo qual aqueles reconhecem a jurisdição da Corte, descrevem a controvérsia e os pontos em que se pede um pronunciamento da Corte, e indicam as normas aplicáveis (se o Direito Internacional Geral ou uma norma particular constante num tratado ou convenção internacional vigente entre as Partes), inclusive com a autorização para os juizes decidirem “*ex aequo et bono*” ou seja, por equidade; e

c) na inexistência de qualquer título de justificação da jurisdição da CIJ, pela submissão da demanda por um Estado e pela aceitação expressa ou tácita da jurisdição da Corte, por outro Estado (trata-se do denominado princípio do “*forum prorogatum*”). Nos casos de aceitação tácita, mencionem-se as hipóteses de haver entre os litigantes, num tratado sobre assuntos tópicos, uma cláusula denominada de solução pacífica de controvérsias, na qual haja menção à jurisdição da Corte Internacional de Justiça, como um dos meios para solucionar controvérsias na aplicação ou interpretação do dito tratado.

25. Mesmo que os Estados-Partes sejam depositantes da mencionada declaração junto ao Secretário Geral da ONU, a prática tem revelado que a subscrição de um compromisso tem sido norma, no sentido de tornar mais clara a função dos juizes internacionais. Tal fato torna a atuação da Corte Internacional de Justiça muito mais aproximada à atuação de tribunais arbitrais, nos quais a instituição e investidura de pessoas, indivíduos ou comissões, com poderes de aplicar o direito, dependem da vontade dos litigantes. Claro está que nas hipóteses de ações de terrorismo atribuídos a um Estado, o exercício da jurisdição da Corte Internacional de Justiça estará dependente da manifestação da vontade daquele Estado!

26. Dadas tais características da atuação da Corte Internacional de Justiça (e o mesmo se diga da Corte Permanente de Justiça Internacional do Entre Guerras), e

30. São apenas 52 Estados aqueles que reconhecem a jurisdição obrigatória da CIJ, dentre os quais, membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, somente o Reino Unido. Importante salientar-se a retirada da declaração de aceitação compulsória da jurisdição da CIJ, pela França, em 10/91/1974 e pelos EUA em 07/10/1985, após o julgamento de casos em seu desfavor (respectivamente: o Caso dos Ensaio Nucleares no Pacífico e Caso Nicarágua V. EUA).

31. Uma das principais diferenças de um compromisso numa arbitragem e do compromisso perante a CIJ, reside no fato de que neste, como regra, inexistem dispositivos relativos a procedimentos, uma vez que estes fazem parte do arcabouço institucional daquela Corte e se encontram no Estatuto e o no Regimento Interno deste tribunal internacional.

aquelas outras, apontadas no início deste trabalho (relativas à impossibilidade de indivíduos ou grupos de indivíduos figurarem como partes nos seus procedimentos), muito dificilmente se poderia encontrar um precedente judicial que, por seus elementos, possam servir de indicação de uma norma de Direito Internacional, aplicável a casos de terrorismo internacional, mesmo naquelas hipóteses em que a um Estado podem ser atribuídas atividades criminosas de pessoas físicas sob a sua jurisdição.

27. O julgado que mais tem sido aventado como um precedente de alguma valia, é o *Caso do Estreito de Corfu*, julgado pela Corte Internacional de Justiça, a 10 de abril de 1949, (entre o Reino Unido e a Albânia)³² por sinal, a primeira manifestação daquele tribunal internacional. Tratava-se da determinação dos direitos do Reino Unido de reparação de danos causados por afundamento de navios militares, de passagem pelo Estreito de Corfu, lugar de passagem livre reconhecido pelo Direito Internacional, após o final da II Guerra Mundial, e que se teriam chocado com minas marítimas colocadas pela Albânia, com o propósito de impedir aquela passagem. Ao decidir a favor do Reino Unido, a Corte Internacional de Justiça, baseou-se na aplicação “*de certos princípios gerais e bem reconhecidos, tais as considerações elementares de humanidade, mais absolutos ainda em tempo de paz do que em tempo de guerra, o princípio da liberdade das comunicações marítimas e a obrigação, para qualquer Estado, de não deixar utilizar-se seu território para fins de atos contrários aos direitos de outros Estados*”³³. Contudo, a nosso ver, os fatos do Caso do Estreito de Corfu somente serviriam para casos em que os atos de terrorismo fossem perpetrados a partir do território de um Estado, ou a ele atribuídos, de forma inequívoca (diretamente por atividades de seus órgãos, como no caso da Albânia, cuja atitude, de prevenir, por sinais marítimos de autoridades militares, a aproximação dos navios acidentados, provou sua ligação com o fato de haver minas marítimas nos locais de passagem dos navios). A nosso ver, teria sido mais difícil a atribuição daquele ilícito ao Estado, se o dano tivesse sido ocasionado por comportamentos omissivos das autoridades do Estado, relativamente ao controle de atividades de grupos terroristas sediados em seu território, ou composto por pessoas de sua nacionalidade! O que dizer-se então, de atos terroristas cometidos por nacionais de um Estado, ou por apátridas, no território de outros Estados ou nos espaços internacionais comuns, ou mesmo

32. Veja-se a análise deste Caso, que realizamos no Cap. V de nosso livro já citado, *Direito Internacional do Meio Ambiente, Emergência, Obrigações e Responsabilidades*, id., ibid.

33. Em nossa tradução livre, do texto transcrito *apud*: Pierre Michel Eisemann, Vincent Coussirat-Coustère e Paul Hur Petit Manuel de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Paris, Éditions A. Pedone, 2ª edição, 1971, p. 22.

em aviões ou navios sem registro ou sem pavilhão, e nos espaços sem qualquer jurisdição dos Estados (espaço no ou sob o alto mar, ou no espaço sideral)!

28. Enfim, o presente estudo não poderia deixar de examinar um caso recente, que foi apresentado perante a Corte Internacional de Justiça e cuja decisão, criticada por muitos autores, não chegou a atacar o fundo da questão sobre a responsabilidade de um Estado por atos de terrorismo, tendo-se limitado a julgar questão processuais e de medidas cautelares, em particular a questão prévia da competência daquele tribunal em poder examinar atos de outros órgãos da ONU, nomeadamente, as Resoluções ns. 731 (1992) e 748 (1992) do seu Conselho de Segurança. Trata-se do *Caso Lockerbie*,³⁴ como ficou conhecido, e que opôs, no polo ativo, a Líbia e no pólo passivo, os EUA e o Reino Unido, cuja decisão final sobre matéria processual, (a qual se resumiu a julgar sobre a competência da Corte Internacional de Justiça) foi por esta prolatada a 14 de abril de 1992,³⁵ não tendo havido qualquer seguimento do caso, desde então.

29. A observância da cronologia dos fatos, no presente caso, é fundamental para a análise da sentença da Corte Internacional de Justiça, conforme se verá. A 21 de dezembro de 1988, uma explosão de um avião comercial, em pleno vôo, da empresa norte-americana PanAm (vôo 103) ocorre sobre a cidade de Lockerbie, na Escócia, num atentado em que morreram 279 passageiros; recorde-se que, naqueles tempos, o mundo já se achava estupefato com outro atentado contra a aviação civil, em Níger, ao vôo 772, da empresa UTA, a 17 de setembro daquele ano, com a morte de 171 pessoas. A 14 de novembro de 1991, um tribunal federal de primeiro grau dos EUA (para o Distrito de Colúmbia), juntamente com o Procurador Geral da Escócia, anunciaram a expedição da mandatos de prisão contra dois cidadãos líbios, considerados como autores do atentado em Lockerbie, e o enviaram por via diplomática à Líbia; em declarações públicas posteriores, tanto o Governo do Reino Unido, quanto o dos EUA, e mais o Governo de França, insistiam para que a Líbia cooperasse na investigação da autoria daqueles atentados e facilitasse o acesso a todos os documentos e provas para a descoberta da verdade (nada havendo, contudo, no que se referisse a pedidos formais de extradição).

30. A resposta da Líbia consistiu na indicação de dois magistrados líbios que iniciaram uma investigação, conforme a legislação daquele país, os quais, em

34. O nome oficial do caso é: "*Caso Relativo a Questões de Interpretação e de Aplicação da Convenção de Montreal de 1971, Resultante do Incidente Aéreo de Lockerbie (Grande Jamahiriya Árabe Popular Socialista da Líbia versus Reino Unido e Grande Jamahiriya Árabe Popular Socialista da Líbia versus EUA)*".

35. Textos das decisões e amplos comentários sobre os fatos são encontráveis na *Revue Générale de Droit International Public*, Pedonne, Paris, 1993, pp. 689-726. Veja-se a versão em inglês In: Internet, no "site": www.icj-cij.org.

contato com autoridades do Reino Unido, EUA e França, ofereceram sua cooperação. Estes três países, recorde-se, membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, com poder de veto, não-só insistiram nos seus pedidos públicos, como levaram o assunto perante o referido Conselho de Segurança. Na verdade, este Conselho, a 21 de janeiro de 1992, adotaria, por unanimidade, por proposta conjunta dos referidos três países, a Resolução n. 731 (1992), pela qual se lamenta que o Governo líbio não tenha respondido ainda às petições encaminhadas, no sentido de que coopere na determinação da responsabilidade pelos atos terroristas praticados contra as aeronaves civis, nos vôos 103 da PanAm e 771 da UTA “*e exorta-se o Governo líbio a que proporcione, de imediato, uma resposta completa e efetiva a tais petições, a fim de contribuir para a eliminação do terrorismo internacional*”. Note-se que, igualmente, não há qualquer referência formal a um dever de a Líbia extraditar os possíveis culpados.

31. Nos primeiros meses de 1992, seguem-se várias propostas da Líbia, seja de uma investigação por pessoas neutras, em território líbio, seja a da intervenção de um tribunal internacional “ad hoc” seja mesmo a entrega dos suspeitos ao Secretário Geral das Nações Unidas ou ao Secretário Geral da Liga dos Estados Árabes. Tais propostas se chocam com a determinação firme do Reino Unido e dos EUA de que os suspeitos fossem entregues aos seus respectivos Governos, para julgamento em um dos países.

32. A 03 de março de 1992, a Líbia apresenta à Corte Internacional de Justiça uma reclamação contra o Reino Unido e os EUA, relativa à interpretação e aplicação da Convenção de Montreal de 23/10/1971, “*para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil*”, ao mesmo tempo de que solicita a adoção, por aquele tribunal, de medidas provisórias, ao amparo do art. 41 do seu Estatuto.³⁶ Relembre-se que a Convenção de Montreal reconhece a regra de Grotius do “*aut dedere, aut punire*” (embora deixe aos Estados a caracterização de um fato como crime político, o que impediria a extradição de suspeitos ou condenados, conquanto ainda persista a obrigação de julgamento, segundo seu ordenamento jurídico interno).³⁷ Deve destacar-

36. Assim se lê o art. 41 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “§ 1o. A Corte terá a faculdade de indicar, se assim julgar que as circunstâncias o exigem, quaisquer medidas provisórias que devam ser tomadas para preservar os direitos de cada parte. § 2o. Antes que a sentença seja proferida, as partes e o Conselho de Segurança deverão ser informados imediatamente das medidas sugeridas”. Texto apud Vicente Marotta Rangcl, *Direito e Relações Internacionais*, id., *ibid.*, p. 80.

37. Trata-se do art. 7o da Convenção de Montreal, assim redigido, em nossa tradução livre: “O Estado contratante em cujo território seja descoberto o autor presumido de uma das infrações, no caso de não proceder à extradição desta pessoa, deverá submeter a julgamento, sem qualquer exceção e nas hipóteses de haver ou não haver a infração sido cometida em seu território, às autoridades competentes para o exercício da ação penal. Tais autoridades deverão decidir, nas mesmas condições que qualquer infração de direito comum de caráter grave, conforme as leis deste Estado” Texto transcrito na sentença da CIJ, cf. Internet, no “site” citado.

se, igualmente, o fato de que a Líbia acionou a jurisdição da Corte Internacional de Justiça, tendo por fundamento a existência de uma cláusula de soluções de litígios entre as partes contratantes daquela Convenção de Montreal, a cláusula 14, assim redigida: “*Qualquer controvérsia entre os Estados contratantes, concernentes à interpretação ou à aplicação da presente Convenção, que não tenha sido resolvida por negociações, será resolvida por arbitragem, a pedido de uma delas. Se nos seis meses que se sigam à data do pedido de arbitragem as Partes não chegarem a um acordo sobre a organização da arbitragem, qualquer delas pode submeter a controvérsia à Corte Internacional de justiça, através do depósito de um pedido, conforme o Estatuto da Corte*”.

33. A 31 de março de 1992, apenas há três dias do encerramento das primeiras audiências da Corte, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotaria a Resolução n. 748 (1992), apresentada pelos EUA, França e Reino Unido, aprovada com cinco abstenções de membros não permanentes daquele Conselho, segundo a qual: a) são reiterados os termos da anteriormente mencionada Resolução n. 731 (1992); b) o Conselho de Segurança “*decide também que o Governo da Líbia deve comprometer-se definitivamente a colocar um fim a todas as formas de ação terrorista e a toda assistência a grupos terroristas e a demonstrar, prontamente, mediante atos concretos, sua renúncia ao terrorismo*”,³⁸ e, enfim, c) decide aquele Conselho de Segurança estabelecer um prazo fatal até 15 de abril de 1992 para que a Líbia proceda à entrega de seus nacionais, sob pena da imposição de sanções, a serem aplicadas por todos os Estados das Nações Unidas, consistentes no isolamento aéreo daquele país e na proibição da venda de armas e equipamentos militares, a partir daquela data.

34. No seu curso, o Caso prosseguia na Corte Internacional de Justiça, tendo esta proferido um Despacho interlocutório a 14 de abril de 1992, em que rejeitava, após as citadas primeiras audiências das partes, o pedido de medidas preliminares conservatórias, feito na base do referido art. 41 do Estatuto, com os argumentos de que as circunstâncias, na espécie, não eram de molde a exigir o exercício do poder de a Corte decretar as referidas medidas.

35. Enfim, apresentadas as respostas e as razões dos reclamados, EUA e Reino Unido, e as contra-razões da reclamante, a Líbia, bem como após haverem-se realizado audiências públicas a 13 e 22 de outubro de 1997, a Corte Internacional de

38. Texto cf. M. Paz Andrés Saénz de Santa Maria, “*“De Maximis non Curat Praetor”?* El Consejo de Seguridad y el TIJ en el Asunto Lockerbie. In: Revista Española de Derecho Internacional, CSIC, Madrid: 1992, v. : XLIV-1002, num. 2 (julio-diciembre), p. 334.

Justiça, a 14 de abril de 1992, prolataria sua sentença, que foi adotada, em todas as decisões parciais, por maioria de votos dos 16 juízes que compuseram aquele tribunal, para o julgamento “*sub studio*” (sendo votos dissidentes constantes em todas as decisões parciais, os do juiz Schwebel, Presidente da CIJ, do juiz Oda e de Sir Robert Jennings, juiz “ad hoc” pelo Reino Unido). Em virtude de haver o Presidente do Tribunal sido voto vencido, presidiu a sessão, o Vice-Presidente da CIJ, o juiz Weeramantry.

36. As alegações preliminares de incompetência da Corte Internacional de Justiça que os Estados reclamados tinham apresentado, de que a reclamante, Líbia, não teria cumprido com as exigências da cláusula 14 da Convenção de Montreal (esgotamento das negociações e exaustão de procedimentos de arbitragem, antes do acionamento da jurisdição daquele tribunal internacional), foram rejeitadas. A CIJ julgou que, “*verbis*”, “*a controvérsia que existiria entre as Partes não poderia ter sido resolvida nem pela via de negociações, nem ser submetida à arbitragem, na aplicação da Convenção de Montreal, e que a recusa dos demandados de tomar parte numa arbitragem para resolver tal controvérsia, exoneraria a Líbia de qualquer outra obrigação, nos termos do § 1º da cláusula 14 da Convenção, de observar o prazo de seis meses, a contar do pedido de arbitragem, antes de solicitar providências à Corte*”³⁹

37. Importante acentuar o teor das razões das reclamadas, no que se refere ao seu pedido de uma decisão judicial, de que não assistiria direito à Líbia, de um julgamento pela CIJ, na base da aplicação da Convenção de Montreal. Conforme o resumo daquelas razões, feito pela CIJ, *verbis*: “*Nos procedimentos, o Reino Unido, no entanto, alegou que, mesmo que a Convenção de Montreal houvesse conferido à Líbia direitos que ela reivindica, estes não poderiam ser exercidos, na espécie, pelo motivo de que teriam sido suplantados pelas Resoluções ns. 748 (1992) e 883 (1993) do Conselho de Segurança que, em virtude do art. 25 e do art. 103 da Carta das Nações Unidas, prevalecem sobre quaisquer outros direitos criados pela Convenção de Montreal. A reclamada, assim, aduziu a que, pelo fato da adoção de tais Resoluções, a única controvérsia que doravante existiria, oporia a Líbia ao Conselho de Segurança; ora, tratar-se-ia, à evidência, de uma controvérsia que não entraria nas previsões do § 1º do art. 14 da Convenção de Montreal e a qual a Corte não poderia, desde logo, conhecer*”⁴⁰

38. Na verdade, para aquilatar-se a força de tais argumentos do Reino Unido e dos EUA, e que poderiam ter sido relevantes para a decisão da Corte, quanto

39. Texto, em nossa tradução livre, conforme Internet: www.icj.cij.org/cijwww/cdecisions/summaries/cluksommaire199802227.html, in p. 2, in fine.

40. Texto, cf. Internet, id. Ibid., p. 4 de 10.

ao conhecimento ou não do mérito da questão (conforme se verá, a seguir, aquelas Resoluções do Conselho de Segurança não poderiam ter operado seus efeitos, pois a Corte os considerou ineptos, uma vez que as citadas Resoluções foram votadas, em data posterior ao ajuizamento da questão, perante a mesma), é necessário ter presentes os termos dos referidos art. 25 e art. 103 da Carta da ONU. Ambos os artigos enfatizam a importância das deliberações do Conselho de Segurança da ONU, como se sabe, o órgão central das Nações Unidas, no que se refere à manutenção da paz e da segurança internacionais, nos seguintes termos: “*Os membros das Nações Unidas concordam em aceitar e executar as decisões do Conselho de Segurança, de acordo com a presente Carta*”(art. 25) e “*No caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta*” (art. 103).

39. Neste particular, a Corte julgou que a exceção de incompetência apresentada pelas reclamadas, com base nas mencionadas Resoluções ns.748(1992) e 883 (1993), por terem sido estas aprovadas após o depósito do pedido da Líbia, endereçado à Corte, em 03 de março de 1992, não poderiam modificar uma competência já constituída, e, nos termos da sentença, “*verbis*”, “*conforme a uma jurisprudência constante, se a Corte era competentes naquela data, ela continua a ser competente; a intervenção posterior das mencionadas resoluções, não poderiam afetar uma competência já estabelecida*”⁴¹ Portanto, o pedido da Líbia poderia ser examinado no mérito, em virtude do reconhecimento da competência da CIJ, contra as alegações preliminares das reclamadas.

40. Tais argumentos serviriam, igualmente, para rejeitar as alegações apresentadas pelas reclamadas, como excipientes, de que uma decisão preliminar de não conhecimento das reclamações da Líbia, com base na citada preeminência dos mencionados artigos da Carta da ONU, constituiria “*matéria exclusivamente preliminar*” nos termos do art. 79 do Regimento da Corte, teria assim privado o pedido da Líbia de qualquer objeto, o que facultaria aquela Corte julgar o pedido “*in limine*”, sem conhecimento do fundo do litígio. A CIJ decidiria, por maioria de votos, que, “*verbis*”: “*se ela devesse estatuir sobre esta exceção, ela estaria statuindo, irremediavelmente, sobre o fundo, ou, ao invocar os benefícios do art. 79 do Regimento, o(s) demandado(s) colocariam em funcionamento um procedimento que visaria, precisamente, a impedir a Corte de fazê-lo...conclui portanto, que aquela exceção não tem um “caráter exclusivamente preliminar” nos termos daquele artigo, [e que] tendo estabelecido*

41. Em nossa tradução livre, conforme texto da sentença no “site” da Internet, citado no rodapé anterior, p. 4 de 10 .

sua competência, conclui pelo conhecimento do pedido, podendo a Corte pronunciar-se sobre tal exceção, no quadro de seu exame do fundo da questão”.⁴²

41. Finalmente, a Corte Internacional de Justiça, tendo-se declarado competente para conhecer a matéria de fundo da controvérsia, determinou que fixará, ulteriormente, os prazos para o prosseguimento do julgamento.

42. Infelizmente, não seria esta a oportunidade de analisarmos os interessantes votos dissidentes naquela sentença, de 14 de abril de 1992, da Corte Internacional de Justiça, sobre preliminares de competência, no Caso Lockerbie (votos que indicam importantes posicionamentos dos juízes daquele Corte, no relativo a seus poderes, face aos poderes do Conselho de Segurança).

43. De qualquer maneira, uma análise da doutrina que analisou aquela sentença, revela uma certa decepção de seus autores, pois a grande discussão sobre a contribuição que a Corte Internacional de Justiça poderia ter dado à luta contra o terrorismo internacional, resumiu-se a discutir aspectos processuais, com poucos reflexos sobre a matéria de fundo discutida.

44. É nosso sentimento de que, mesmo numa futura sentença sobre a substância da matéria, aqueles percalços que apontamos, no correr deste trabalho, deverão aparecer, possivelmente pelo fato de que, a nosso ver, a luta contra “o terrorismo de Estado” ou contra o “terrorismo contra Estado” deva seguir o mesmo caminho que percorreram os Direito Humanos.

45. Se o percurso percorrido pelos Direito Humanos desembocou no reconhecimento de direitos subjetivos de indivíduos, frente a tribunais internacionais de proteção dos mesmos, acreditamos que, em matéria de reconhecimento da responsabilidade individual criminal, frente a tribunais internacionais, em particular no caso da Corte Internacional de Justiça, deva se esperar por profundas modificações legislativas nos textos internacionais relevantes ou, o que é menos provável, pela intervenção de uma jurisprudência verdadeiramente revolucionária, frente às normas e princípios vigentes sobre sua competência e jurisdição. Acreditamos que, sem modificações de grande porte nos textos fundamentais que legitimam a competência e jurisdição da Corte Internacional de Justiça, dificilmente poderá ela julgar ações criminosas, em aspectos que envolvem o denominado “terrorismo de Estado” e, mais ainda, o denominado “terrorismo contra o Estado”, este, um fenômeno sem fisionomia e com pouca probabilidade de ser atribuível a um Estado, ainda a única pessoa que tem acesso, no pólo passivo, à jurisdição daquele tribunal internacional.

São Paulo, julho de 2003.

42. Texto conforme INTERNET, id., ibid., p. 6 de 10.

Bibliografia

Eisemann, Pierre Michel, Vincent Coussirat-Coustère e Paul Hur Petit Manuel de la Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice, Paris, Éditions A. Pedone, 2ª edição, 1971.

Guillaume, Gilbert *Terrorisme et le Droit International*. IN: Recueil des Cours, Academia de Direito Internacional, Haia, 1989, v. II (tomo 215), pp. 291-416.

Lindgren Alves, J. A. Os Direitos Humanos como Tema Global, São Paulo, Perspectiva, e Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

Mello, Celso D. de Albuquerque Direito Penal e Direito Internacional, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978.

Nations Unies Résumé des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances de la Cour Internationale de Justice, 1948-1991, Nova York, Nations Unies, 1992.

Rangel, Vicente Marotta Direito e Relações Internacionais, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 6ª edição revista e atualizada.

Soares, Guido F. S. “*Solução e Prevenção de Litígios Internacionais: Tipologias e Características Atuais*” In: Araminta de Azevedo Mercadante e José Carlos de Magalhães, coordenadores, Solução e Prevenção de Litígios Internacionais, v. II, São Paulo, NECIM-Projeto CAPES e Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1999.

Soares, Guido F. S. “*União Européia, Mercosul e Proteção dos Direitos Humanos*” In Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e Faculdade de Direito da PUC-SP, Direitos Humanos e Mercosul, São Paulo, no prelo.

Soares, Guido Fernando Silva, Direito Internacional do Meio Ambiente: Emergência, Obrigações e Responsabilidades. São Paulo, Atlas, 2001.

Sorto, Fredys Orlando “*América Central: Relações Internas e Crise Política: Soluções Pacíficas*”, Dissertação de Mestrado em Direito Internacional, defendida a 07/VI/1991, na Faculdade de Direito da USP (Orientador: Prof. Dr. José Roberto Franco da Fonseca).

Artigos em Revistas Especializadas

Andrés Saénz de Santa Maria, M. Paz “*De Maximis non Curat Praetor*”? *El Consejo de Seguridad y el TIJ en el Asunto Lockerbie*. In: Revista Española de Derecho Internacional, CSIC, Madri, 1992, v. : XLIV-1002, num. 2 (julio-diciembre), p. 327-50.

Bretton, Philippe *Remarques sur le “Jus in Bello” dans la Guerre du Golfe (1991)*. In: Annuaire Français de Droit International, Paris, Editions du CNRS, v. XXXVII, 1991, pp. 139-164.

Cottureau, Gilles *De la Responsabilité de l’Iraq selon la Résolution 687 du Conseil de Sécurité*. IN: Annuaire Français de Droit International, Paris, Editions du CNRS, v. XXXVII, 1991, pp. 100-117.

Eckert, M.D., William G. *The Lockerbie Disaster and Other Aircraft Breakups in Midair*. In: The American Journal of Forensic Medicine and Pathology, Nova York, Raven Press, v. 11, n. 2, junho 1990, pp. 93-101.

Fraysse-Druesne, Ghislaine, *La Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme*. IN: Revue Générale de Droit International Public, Paris, A, Pedone, 1978, pp. 970-1.023.

Koskenniemi, Martti *Le Comité des Sanctions (Créé par la Résolution 661(1990) du Conseil de Sécurité*. In: Annuaire Français de Droit International, Paris, Editions du CNRS, v. XXXVII, 1991, p.119-137.

Silva, Fernando Fernandes da, “*A Proteção do Refugiado no Ordenamento Jurídico Nacional: Fundamentos Constitucionais e as Medidas Legislativas e Administrativas Aplicáveis*” In: Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, Malheiros (no prelo).

Soares, Guido F. S. *As ONGs e o Direito Internacional do Meio Ambiente*” In: Revista de Direito Ambiental, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17, janeiro-março, 2000, pp. 21-64.

Soares, Guido F. S. “*O Meio Ambiente e a Justiça no Mundo Globalizado*”. In: Justiça Penal: Críticas e Sugestões; 10 Anos da Constituição e a Justiça Penal: Meio Ambiente, Drogas, Globalização e o Caso Pataxó. Coordenador: Jacques de Camargo Penteadó. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 65-118.

Sorel, Jean-Marc *Les As de la C.I.J du 27 Février 1998 sur les Exceptions Préliminaires des les Affaires Dites de Lockerbie: et le Suspense Demeure...*In: Revue Générale de Droit International Public, Paris, A, Pedone, 1998, pp. 685-721.

Vallée, Charles *La Convention Européenne pour la Répression du Terrorisme*. In: Annuaire Français de Droit International, Paris, Editions du CNRS, v. XXII, 1976, pp. 756-786.

Weckel, Philippe *Le Chapitre VII de la Charte et Son Application par le Conseil de Sécurité*. IN: Annuaire Français de Droit International, Paris, Editions du CNRS, v. XXXVII, 1991, pp. 165-202.

A ORDEM PÚBLICA E A EXECUÇÃO DE CARTAS ROGATÓRIAS NO BRASIL¹

Paulo Borba Casella

Professor Associado do Departamento de Direito
Internacional da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Sumário:

A ordem pública constitui um dos pontos cruciais ao lidar com a execução de cartas rogatórias no Brasil. Exemplo vívido e cotidiano são os inúmeros casos de cobrança de dívida de jogo provindos dos Estados Unidos da América, que trazem à lume a questão da ordem pública. No presente texto, esses casos serão o parâmetro e exemplo recorrente na tentativa de tornar menos árida a discussão que se segue. A escolha dos casos de cobrança de dívida de jogo não figura escolha aleatória, mas sim opção em que não se apresente dúvidas acerca do conceito de ordem pública, já que a sua própria definição e de quais casos poderiam nela ser inclusos são objeto de constantes discussões, ainda não totalmente dirimidas.

Abstract:

Public policy rules are a key issue for dealing with exequatur to foreign service of summons in Brazil. An example quite often turning up are numerous cases of attempted enforcement of gambling debts coming from the United States of America, which bring about the issue of public policy. In this paper, such cases are considered as a parameter and an illustration to render the analysis more lively. The choice of the gambling debts is not made by chance, but result from the clear definition of the extension to which the concept of public policy is to be applied, considering the definition in itself and the cases to which it can be applied are constantly under discussion and this is not yet fully settled.

Unitermos: Ordem pública; cartas rogatórias no Brasil; dívidas de jogo no Brasil; cooperação judiciária e limites desta.

Em se tratando de cartas rogatórias citatórias, que visariam à citação do acusado para que responda a processo em outro país, poderíamos iniciar por questão que precede o exame da ordem pública, na competência da Justiça estrangeira e a submissão do citado ao Tribunal alienígena. Os tribunais estrangeiros somente teriam

1. Agradeço a colaboração dos colegas de escritório Chen Chieng Long e Rodrigo Elian Sanchez na pesquisa e discussão da matéria, objeto do presente artigo.

jurisdição sobre esses casos mediante prévia e expressa submissão do citando em relação ao exercício da jurisdição pela Corte estrangeira.

Cumpra observar em panorama geral: i. a jurisdição somente poderá ser exercida pela Corte estrangeira se houver a submissão expressa do citando à sua jurisdição; ii. no caso específico das cartas rogatórias providas das Cortes estadunidenses, a existência de convenção de cooperação judiciária entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos da América, diz respeito exclusivamente à matéria penal,² que obviamente não se aplica aos casos de dívida de jogo; iii. a existência de dever legal específico de cooperação entre as jurisdições, nos termos da Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias,³ diz respeito aos trâmites de processamento do pedido rogatório, mas não vincula a aceitação ou recusa do conteúdo, e esta terá de pautar-se pelas diretrizes do ordenamento legal brasileiro, nessa matéria; iv. a possibilidade de exercício do direito de ação pelo requerente, perante a jurisdição brasileira; v. a necessidade de assegurar a plenitude do direito de defesa do citando; vi. a reciprocidade, como critério de aferição da extensão que se há de conferir à cooperação entre jurisdições, não pode deixar de levar em conta a situação inversa, de requerente que pleiteasse o cumprimento de medida citatória ou executória nos Estados Unidos, o que exige ingentes esforços e parcos resultados, pois a Justiça estadunidense tem atitude extremamente conservadora e resistente a assegurar o processamento de rogatórias e cumprimento de sentenças estrangeiras em seu território, criando espaço de quase intangibilidade para seus nacionais, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas, em território dos Estados Unidos.

Do Princípio da Submissão.

Os possíveis citandos tendo seus domicílios e residências no Brasil seriam amparados pela *lex fori* do Brasil.

2. Acordo de assistência judiciária em matéria penal entre o governo da República Federativa do Brasil e o governo dos Estados Unidos da América (assinado em Brasília, em 14 de outubro de 1997; aprovado pelo Decreto legislativo 262, de 18 de dezembro de 2000; promulgado pelo Decreto 3.810, de 2 de maio de 2001; cfr. Paulo B. CASELLA e Rodrigo E. SANCHEZ, *Cooperação Judiciária Internacional* (textos coligidos e ordenados, Rio, Renovar, 2002, pp. 159 ss.).

3. A Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias encontra-se em vigor tanto na República Federativa do Brasil, conforme instrumento de ratificação depositado em 27 de novembro de 1995, como nos Estados Unidos da América, conforme instrumento de ratificação depositado em 28 de julho de 1988. A respeito v. Paulo B. CASELLA e Nadia de ARAUJO (coord.), *Integração Jurídica Interamericana: as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro* (S. Paulo, LTr Ed., 1998), especialmente em relação à Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias e as consequências de sua adoção pelo Brasil (por Nadia de ARAUJO, pp. 237 ss.).

Nos termos da Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias, conforme estipula o art. 9º: *“O cumprimento de cartas rogatórias não implicará, em caráter definitivo, o reconhecimento da competência da autoridade judiciária requerente, nem o compromisso de reconhecer a validade ou de proceder à execução da sentença que por ela venha a ser proferida.”*

Apresentada oposição à jurisdição estadunidense, incide à espécie a regra do art. 88, inciso I, do Código de Processo Civil, que prevê: *“É competente a autoridade judiciária brasileira quando: I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil.”*

Da mesma forma, estabelece o art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil: *“É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.”*

Trata-se de caso de competência concorrente da jurisdição nacional em relação à jurisdição estrangeira. A Justiça brasileira é competente concorrentemente, nos termos dos já referidos art. 88, inciso I, do Código de Processo Civil, e art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, facultando ao réu domiciliado no Brasil, citado para integrar lide no estrangeiro, não se submeter à jurisdição alienígena, e gozar do direito de ser demandado perante a Justiça brasileira.

A Jurisprudência da Corte Suprema já se manifestou inúmeras vezes acerca do princípio da submissão em diversos precedentes:

na SE-1.820: *“Ofende a soberania dos tribunais do país a burla ao princípio da submissão à sua competência. Sentença estrangeira obtida pela solercia do interessado. Homologação denegada.”*

igualmente na SE-2.114: *“Sentença estrangeira. Réu domiciliado no Brasil. Alegada submissão tácita à jurisdição estrangeira por força de entendimentos extra-processuais entre advogados, sem mandato o do réu, para o fim de aguardar instruções do cliente domiciliado no Brasil. Revelia que não significa aceitação da jurisdição estrangeira, aceitação aferível pela lei do tribunal de “exequatur” Inexistência de submissão a jurisdição estrangeira também pela “lex fori” Citação irregular por via postal, com dispensa de rogatória. Sentença a que se nega homologação.”*

na ECRA 4.920/AT: *“Carta rogatória. Citação. Na Carta Rogatória, o fato de o citando recusar, expressamente, sua submissão ao Juízo rogante não obsta a concessão do “exequatur” para a diligência rogada. A posição do réu, entretanto, pode ser noticiada ao Juízo rogante, anotando-se que tal atitude é amparada pela*

ordem jurídica brasileira. Precedentes do STF, nas Cartas Rogatórias (AgRg) n.s 4450-Japão e 4707 (AgRg).” (...)

A doutrina não discrepa da interpretação do Pretório Excelso. Nesse sentido, a lição de José Carlos de Magalhães: “*Isto porque nenhum outro Estado tem competência para decidir a controvérsia, já que o Brasil, no exercício de sua competência internacional territorial, dispôs, por norma expressa, que, se o réu estiver em seu domicílio e não aceitar a jurisdição estrangeira, somente o juiz brasileiro pode julgar a matéria. Se a ação for promovida no Exterior e não comparecendo o réu, ou, comparecendo, opuser à competência do juízo, a sentença que vier a ser proferida não será homologada pelo STF.*”⁴

Da Ofensa à Ordem Pública.

Adentrando o tema central, ordem pública, podemos inicialmente apontar através do exemplo do jogo de azar as primeiras lições que podem ser generalizadas aos demais casos de violação da ordem pública.

Eventual sentença, que venha a ser prolatada pela jurisdição estrangeira, jamais seria admitida para homologação em território nacional, por estar relacionada com créditos de jogo. Nesse sentido, dispõe o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil: “*As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.*”

No Brasil, a prática de jogo constitui contravenção penal, nos termos do Decreto-Lei n. 3.688/41, sendo proibida a prática ou exploração da atividade em todo o território nacional, nos termos do Decreto-Lei n. 9.215/46.

Ante o exposto, sob pena de violação da ordem pública, conforme estipulam o art. 226, parágrafo 2º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil e o art. 1.477 do Código Civil, não poderia ser concedido o *exequatur* a carta rogatória que vise à citação de réu em ação de cobrança de dívida de jogo provinda de jurisdição estrangeira, previsões estas que devem ser estendidas a quaisquer atos que visem a tais finalidades, ainda que citatórios para futura execução em território nacional.

No que concerne à violação da ordem pública, sua incidência decorre da pretensão de advir de ato tipificado como contravenção penal, nos termos do art. 50 do

4. José Carlos de MAGALHÃES, “*Competência Internacional do Juiz Brasileiro e Denegação de Justiça*” (RT 630, abril de 1998, p. 54).

Decreto-Lei n. 3.688/41. Tratando-se de crédito oriundo de jogo de azar em estabelecimento acessível ao público, incide à espécie ofensa à ordem pública, situação esta que obsta frontamente a concessão do *exequatur*, conforme previsão do art. 17 da LICC e art. 217 da RISTF. Não por outro motivo o ordenamento pátrio, ao tratar da obrigações oriundas de contrato de jogo, não lhe confere foros de exigibilidade, conforme dispunha o art. 1.477 do Código Civil de 1916, ora recepcionado *ipsis verbis* pelo art. 814 do Código Civil de 2002.

“Art. 814. As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se, o ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito.”

Cite-se, neste sentido, o posicionamento do STF no incidente da Carta Rogatória n. 5.332-1, paradigma e precedente sobre a matéria:

“1. Trata-se de carta rogatória destinada à citação para resposta aos termos de ação de cobrança de dívida decorrente de participação em jogo de azar, mantido por cassino, no Estado de Nova Jérsei, Estados Unidos. 2. Concedido o Exequatur da América, insiste o citando na alegação de ofensa à ordem pública, considerada a natureza do débito. 3. Tal como a homologação de sentença estrangeira, também a carta rogatória comporta impugnação fundada na alegação de atentado à ordem pública (art. 226, §2º do Regimento Interno). 4. Penso estar, no caso, configurada a razão dessa defesa. 5. Assim entendendo, menos pelo motivo de constituir obrigação meramente natural a dívida de jogo (art. 1477 do Código Civil), do que por se tratar, caso concreto, como efetivamente se trata, de débito proveniente da exploração de jogo de azar, em lugar acessível ao público. Essa prática acha-se tipificada, como contravenção penal, pela lei brasileira (art. 50 do Decreto-Lei n. 3.688-41). 6. Ante o exposto, dou provimento ao Agravo Regimental para reconsiderar a decisão de fls. 65 e indeferir o exequatur. Publique-se. (Ag. Reg. CR 5332, Min. GALLOTTI, Octávio, julgado em 26.05.1993, p. DOU 02.06.1993, p. 10.848).

Não se discute a licitude da atividade – admitida em território estadunidense, não obstante considerada ilícita em território nacional; mas sim a natureza do produto do contrato de jogo e sua eficácia no espaço, principalmente em caso de projeção de seus efeitos em território nacional.

Não pode a ordem pública nacional condicionar-se à admissibilidade da atividade do ordenamento jurídico alienígena. A ordem pública nacional corresponde ao conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico e que devem preponderar no exercício da jurisdição. Até porque, lembre-se, quanto a isto, que por trás do presente procedimento encontra-se a convalidação do procedimento citatório, passo inicial à busca da homologação de sentença estrangeira, para fins de eficácia desta em território nacional.

Ademais, apenas para forçar o exemplo, se fosse permitido o uso de drogas em determinado país e algum nacional brasileiro a consumisse e não pagasse, não seria atentado à ordem pública nacional permitir o Supremo Tribunal Federal a cobrança de valores para posteriormente executar o crédito no Brasil?

Da Competência Concorrente para Processamento da Demanda e a Prerrogativa do Foro de Domicílio do Réu.

A matéria de ordem pública, neste sentido, não pode ser tomada como de proibição. Obviamente, fosse o caso de responder em território estrangeiro para ali ser procedida a execução, poder-se-ia até admitir a validade dos efeitos do ato jurídico pretendido. Não obstante, a citação visa à constituição de lide, da qual poderá resultar sentença estrangeira, cujos efeitos poderão estender-se em território nacional, onde geralmente o citando possui bens. De pouca valia é alegar ser a dívida de jogo admitida pelo ordenamento jurídico americano, uma vez que seus efeitos se projetarão em território nacional.

Ora, como a sentença condenatória pretendida visa gerar efeitos em território nacional, o juízo competente para processamento da ação de conhecimento deve ser o brasileiro, segundo os princípios da efetividade (*i.e.*, entende ser incompetente para proferir decisão o juiz que não tenha possibilidade de promover sua execução) e da submissão (*i.e.*, admite-se em certas hipóteses mais ou menos delimitadas a possibilidade de sujeição à jurisdição à qual determinada pessoa não estaria normalmente submetida).

Quanto ao princípio da efetividade para fins de preponderância da jurisdição brasileira, veja-se o ensinamento de José Ignácio Botelho de Mesquita: “14. *Em tese, todos os Estados soberanos têm o poder de arrogar para si a jurisdição sobre todas as causas. De lege ferenda, poderia o Brasil, p. ex., incluir quaisquer causas na sua competência internacional, estendendo ao infinito os limites de sua jurisdição. Ao*

Estado, porém, só interessam as causas que guardem algum ponto de contacto com o ordenamento jurídico nacional. A função jurisdicional constitui um prolongamento da função legislativa. Assegura a lex continuitatis do ordenamento jurídico.

*14.1. Por isto, à soberania nacional, somente interessa: a) as causas cuja decisão demande a aplicação do Direito nacional, independentemente da nacionalidade do território onde se devam produzir os efeitos da sentença; b) as causas cujas sentenças devam produzir efeitos dentro do território do Estado, independentemente da nacionalidade do Direito aplicável na sua decisão; e c) os processos de execução de sentença ou títulos executivos extrajudiciais, que demandem a prática de atos executórios sobre pessoas ou bens que, por estarem em território nacional, se acham submetidos ao ordenamento jurídico nacional. São causas das quais se pode dizer que, nelas, o Estado é juridicamente interessado.” (Botelho de Mesquita, José Ignácio. *Da competência internacional e dos princípios que a informam*, Revista de Processo, v. 50, pp. 51/71).*

Veja também quanto à matéria, o ensinamento de José Frederico Marques: *“É abstratamente concebível que um Estado exerça ilimitadamente o seu poder jurisdicional em face de outros Estados. Todavia, de modo diverso as coisas se passam, delimitando cada Estado, no espaço, suas atribuições jurisdicionais, o que o faz em consideração à coexistência harmônica com os demais Estados e em atenção aos princípios do Direito das Gentes. Nem interessa aos Estados da comunidade internacional estender tão amplamente, no espaço, o seu poder jurisdicional. Risco correria cada um, com isso, de não poder tornar efetiva a decisão de seus magistrados.”*

Deve, pois, a jurisdição – como ensina Amílcar de Castro – ser limitada, em relação ao espaço, pelo princípio da efetividade: o juiz será incompetente sempre que não possa executar suas decisões. No silêncio da lei indígena, *“o tribunal deve declarar-se incompetente quando não tenha razoável certeza de que poderia executar seu julgado.”* (Marques, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 2ª edição, Ed. Millennium, 1998, Campinas, p. 341)

Tratando-se de demanda cuja sentença terá obrigatoriamente efeitos em território nacional por força de domicílio do citando, interesse existe do Estado brasileiro na ação, até porque serão os bens aqui localizados do citando que poderão ser objeto de persecução ulterior. É, pelo princípio da efetividade, a jurisdição americana autoridade incompetente para apreciação da matéria.

Não por outro motivo, o citando pode não somente se recusar a sujeitar-

se à jurisdição americana, como também refutar frontalmente a sua competência para apreciação da demanda.

A jurisdição americana não pode ser considerada competente para processamento da demanda cujos efeitos deverão ser gerados exclusivamente em território nacional. Trata-se obviamente de subterfúgio para afastar a apreciação de matéria cujos efeitos deverão ser de competência da autoridade brasileira.

Diante do princípio da efetividade e da ampla defesa assegurada na Carta Magna (inciso LV, do art. 5º da Constituição da República), a competência prevista no art. 88, inciso I e II do Código de Processo Civil adquire contornos de imperatividade, motivo pelo qual a mesma deve ser declarada exclusiva para fins de processamento da demanda, preponderando, outrossim, em seu benefício, a prerrogativa de processamento no foro de domicílio do réu.

A medida assemelhar-se-ia ao pronunciamento de incompetência jurisdicional de-ofício, medida esta a respeito da qual Cândido Rangel Dinamarco, oportunamente, se manifestou: *“A única ressalva que poderia ser validamente levantada contra esse modo de pensar reside na preocupação pela extrema dificuldade criada para a defesa, mediante propositura de demandas em foro incompetente e longínquo. Não pronunciando a incompetência de-ofício, o juiz permitiria, conscientemente, a consumação de injustiças, possivelmente provocadas intencionalmente por uma das partes a dano da outra. Sem atingir a tese, todavia, em situações assim de anormalidade que a sensibilidade do juiz lhe revelará caso por caso, ele terá o poder de espontaneamente determinar a remessa do feito ao foro competente. O sistema é composto com vista a certas situações normais imaginadas pelo legislador e é inerente a ele próprio a alteração dos comandos sempre que se positive algum quadro de excepcionalidade. Para restabelecer a igualdade entre os litigantes, o juiz terá um comportamento que ordinariamente não poderia ter (CPC, art. 125, inc. I).”* (Dinamarco, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, v. I, 3ª ed., Editora Melhoramentos, 2000, São Paulo, p.481).

Conclusão.

Ao cabo de todo exposto, seja através das citadas teorias da submissão ou da efetividade, pretende-se esclarecer o critério utilizado para a interpretação e aplicação, pelo Supremo Tribunal Federal, da noção de ordem pública, tal como estipula o ordenamento jurídico brasileiro, utilizando o caso concreto da execução de cartas

rogatórias estrangeiras no Brasil, nos casos de cobrança de dívida de jogo, provindos dos Estados Unidos da América. Nestes casos, é clara e incontroversa a vedação da lei brasileira na concessão de *exequatur* nas cartas rogatórias, ou homologação nas sentenças estrangeiras que comportem atentado à ordem pública. Dentro do exposto, tais atos e sentenças não podem revestir-se de qualquer eficácia em território nacional, por ofenderem o conjunto de valores imperativos que encontram respaldo no ordenamento jurídico nacional, e devem preponderar como critérios de interpretação e aplicação da lei, no exercício da jurisdição.

Existe e deve ser buscada como objetivo a cooperação na administração da Justiça, entre os judiciários nacionais, mas o dever genérico deve comportar limites na sua aplicação, quando se trata de resguardar valores considerados basilares no seio de determinado ordenamento.

São Paulo, março de 2003.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO ESTABELECIMENTO DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Cláudia Perrone-Moisés

Professora Doutora do Departamento de Direito
Internacional da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Resumo:

Este trabalho tem por objetivo relatar, em linhas gerais, os antecedentes do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional de caráter permanente, criado pelo Estatuto de Roma de 1998.

Abstract:

This work is in purpose to mention, in general lines, the International Criminal Court stablishment in permanent character, created by the Rome Statute of 1998.

Unitermos: Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma.

Para que possamos compreender os debates jurídicos que surgem com o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional, torna-se necessário verificar as condições históricas que lhe determinaram a criação, o que nos leva a analisar a própria História do Direito Internacional Penal. É a partir do estabelecimento do Tribunal de Nuremberg, para julgar os grandes criminosos nazistas da Segunda Guerra Mundial, que se pode falar num Direito Internacional Penal, como regime específico e distinto de responsabilidade. Conforme aponta Celso Lafer, *“a concepção de um Direito Internacional Penal que Nuremberg ensejou parte do pressuposto de que existem certas exigências fundamentais da vida na sociedade internacional e que a violação das regras relativas a tais exigências constituem crimes internacionais”*¹

Mas o que é o Direito Internacional Penal, ou melhor, quais são os crimes regulados por este ramo do Direito Internacional Público? O Direito Internacional Penal, seguindo a tradição de Nuremberg, pode ser qualificado, genericamente, como um direito que protege bens supremos como a paz e a dignidade do ser humano, regulando atos que violam a ordem pública internacional por meio de infrações contra o Direito Internacional.

1. Celso Lafer. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo, Companhia das Letras, 1988, p.169.

Podemos, no entanto, ir além, e subdividir os crimes regulados pelo direito internacional penal em duas categorias: o direito internacional penal, que regula os crimes considerados pela comunidade internacional como os de maior gravidade. Nessa categoria incluem-se os crimes contra a paz (agressão), os crimes de guerra, os crimes contra a humanidade e o crime de genocídio. Tais crimes foram inseridos na competência dos tribunais internacionais: os Tribunais de Tóquio e Nuremberg, estabelecidos no Pós-Segunda Guerra, os Tribunais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, nos anos 90, e o Tribunal Penal Internacional de caráter permanente.

Numa segunda concepção, o Direito Internacional Penal é também um Direito Penal interestatal, pois trata de delitos contra a segurança dos Estados em dada situação: os crimes regulados seriam, por exemplo, o narcotráfico, o terrorismo e a lavagem de dinheiro. A diferença em relação à primeira categoria reside no fato de que estes crimes estão sujeitos às jurisdições internas e não a um Tribunal Internacional.

Ocorre que, segundo a concepção contemporânea, os crimes interestatais também poderiam colocar em risco a ordem pública internacional. Basta lembrar o 11 de setembro de 2001, marcado por atos terroristas que, por sua gravidade e extensão, podem ser equiparados a um crime contra a humanidade. Daí a idéia de que o ideal seria regulá-los conjuntamente com os considerados de maior gravidade e submetê-los também a um Tribunal Internacional.

Em suma, enquanto, no primeiro caso, o Direito Internacional Penal, além de proibir determinados atos, impõe uma sanção, e o processo pode ser desenvolvido por um Tribunal Internacional, no segundo o ato pode ser descrito e proibido pelo Direito Internacional, por meio de uma convenção internacional, mas o processo será conduzido e a sanção deverá ser imposta pelo Direito interno do Estado envolvido.

Posta a definição do conteúdo do Direito Internacional Penal, passo a centrar minha análise na evolução histórica do estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente.

Podemos localizar o primeiro antecedente da História do Direito Internacional Penal na positivação, no século XIX, do chamado “*Direito de Guerra*” modernamente conhecido como “*Direito Internacional Humanitário*”² Tal positivação ocorreu inicialmente por intermédio das Convenções de Haia, fruto das Conferências

2. Christophe Swinarski. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*, Brasília, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996. Do mesmo autor: *A Norma e a Guerra*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991.

de Paz de 1899 e 1907. Segundo essas Convenções determinou-se, como princípio fundamental, que os beligerantes não têm o direito ilimitado quanto à escolha dos meios e métodos de prejudicar o inimigo, de forma que, os criminosos de guerra — os que violavam as leis e costumes de guerra — deveriam ser julgados pelos tribunais nacionais.

Outra vertente do Direito Internacional Humanitário, também positivada no início do século XIX, é a composta por normas que visam proteger os civis no período de conflito armado e a estabelecer as condições dos militares feridos e dos prisioneiros de guerra. Também nesta vertente, quem desrespeitasse as regras, seria considerado criminoso de guerra, devendo ser julgado pelos tribunais nacionais. A positivação destas normas, cujo sucesso se deve às iniciativas da Cruz Vermelha Internacional, é iniciada em 1864, atingindo seu apogeu com as Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos de 1977.

O conjunto das normas que regulam meios e métodos utilizados nos conflitos, e das que protegem os civis, os feridos e os prisioneiros de guerra, compõem o chamado Direito Internacional Humanitário. A partir do estabelecimento dos tribunais internacionais, Nuremberg e Tóquio, Iugoslávia e Ruanda e do Tribunal Penal Internacional, os crimes de guerra passaram a ser punidos também por instâncias internacionais.

Mas, historicamente, a primeira tentativa de estabelecimento de uma jurisdição penal internacional ocorreu com o Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Com base neste tratado surge a primeira possibilidade de submeter um criminoso de guerra a um Tribunal Internacional. Ficaria determinado que o ex-imperador da Alemanha, Guilherme II, deveria ser julgado por um tribunal internacional, em razão de ofensas à moral internacional e à autoridade sagrada dos tratados. Guilherme II nunca foi julgado, pois a Holanda, país onde se havia refugiado, negou-se a extraditá-lo, tendo em vista considerar tratar-se de crime político não-passível, portanto, de extradição.

No período entre guerras, deu-se a primeira discussão acerca de um projeto de Convenção para a criação de uma corte penal internacional permanente, sob os auspícios da Sociedade das Nações. Assinada em 1937, a convenção não obteve as ratificações necessárias, o que impediu mais uma vez a concretização de uma corte penal internacional.

Chegamos, desse modo, ao marco principal da História do Direito Internacional Penal: o Pós-Segunda Guerra Mundial e o estabelecimento dos Tribunais

de Nuremberg³ e Tóquio. Os horrores da guerra, o ineditismo dos campos de concentração e os requintes de crueldade utilizados haviam predisposto a comunidade internacional a não aceitar que os crimes cometidos ficassem sem julgamento. Fundando-se nessa convicção, com base na Declaração de Moscou de 1943, firmada por Roosevelt, Churchill e Stalin, os governos aliados, antes do final da guerra, estabelecem que os criminosos de guerra cujos crimes tivessem localização geográfica definida deveriam ser julgados no país onde os crimes foram cometidos. Já quanto aos crimes sem localização geográfica precisa, cujas ações estendiam suas conseqüências por todo o continente europeu, deveriam ser julgados de acordo com o que seria posteriormente definido.

Os Governos aliados decidem, ao final da guerra, o Tribunal Internacional Militar dos Grandes Criminosos de Guerra, o conhecido Tribunal de Nuremberg. Estabelecido em 8 de agosto de 1945, o Tribunal seria formado pelos quatro países vencedores, que atuariam no interesse da comunidade internacional. O Julgamento de Nuremberg estendeu-se de 20 de novembro de 1945 a 1º de outubro de 1946. Seguindo os moldes de Nuremberg, em 19 de janeiro de 1946 seria criado o Tribunal de Tóquio para julgar e punir os criminosos de guerra do Extremo Oriente.

Em Nuremberg e Tóquio, os réus foram julgados por crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a Humanidade, estes últimos, pela primeira vez definidos em Nuremberg. Alvo de muitas críticas, tendo em vista a inexistência prévia de tipificação, uma exigência básica do Direito Penal, a concepção dos crimes contra a humanidade, conforma aponta Celso Lafer, “*procurava identificar algo novo, que não tinha precedente específico no passado. Representou o primeiro esforço de tipificar como ilícito penal o ineditismo da dominação totalitária que pelas suas características próprias – o assassinato, o extermínio, a redução à escravidão, a deportação, os atos desumanos cometidos contra a população civil e as perseguições por razões políticas, raciais e religiosas, tinha uma especificidade que transcendia os crimes contra a paz e os crimes de guerra*”⁴

Tendo em vista as críticas formuladas às normas de Direito Internacional Penal, criadas em Nuremberg, a Assembléia Geral da ONU confirmaria, em 11 de dezembro de 1946, as definições e os princípios reconhecidos pelo Tribunal de

3. H. Donnedieu de Vabres. *Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international*, Recueil des Cours de L' Academie International de la Haye, Paris, Sirey, 1947. Joannisval Brito Gonçalves. *Tribunal de Nuremberg 1945-1946: a gênese de uma nova ordem no direito internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

4. Celso Lafer, op. cit, p. 168

Nuremberg e de Tóquio, por meio de seus Estatutos e sentenças, como princípios do Direito Internacional (Resolução n. 95(I) 13/2/46), que deveriam ser posteriormente sistematizados e codificados (Resolução n. 177(II) 1947), dando início, assim, a um regime específico e distinto de responsabilidade, que passaria a ser o Direito Internacional Penal.

Em 1948, outro marco importante é a Convenção das Nações Unidas para a prevenção e repressão do crime de genocídio (Resolução n. 260 A(III) -9/12/48). Nesta convenção, encontramos a definição do crime de genocídio, utilizada em diversos documentos posteriores, como no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O crime de genocídio é aquele cometido com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupos nacionais, étnicos, culturais ou religiosos. Quanto à competência para julgar os acusados de tais crimes, a Convenção determina que serão julgados pelos Tribunais nacionais do território onde tenham sido cometidos ou por um Tribunal Internacional cuja jurisdição fosse reconhecida pelas partes. Importa notar que a idéia de um Tribunal Internacional é pela primeira vez inserida em Convenção Internacional em vigor, apesar de nunca ter existido um Tribunal criado com base exclusiva nesse documento.

Na mesma ocasião, também em 1948 (Resolução n. 260B (III) 9/12/48), a Assembléia Geral das Nações Unidas requisitaria à Comissão de Direito Internacional a elaboração de um Estatuto para uma Corte Penal Internacional, elaboração que ficaria prejudicada devido à Guerra Fria e que só seria retomada em 1989, quando foram retomadas na ONU as discussões para a negociação de uma convenção internacional acerca do tema.

As discussões em torno dos crimes da Segunda Guerra voltariam, no entanto, em 1961, no julgamento do criminoso de guerra Adolf Eichmann, responsável pela deportação de milhares de vítimas para os campos de concentração e extermínio, que encontrado na Argentina, seria levado a Israel para julgamento. Na ocasião, voltariam à cena as discussões acerca da necessidade de um tribunal penal internacional.⁵

No entanto, somente em 1989, por iniciativa de Trinidad e Tobago junto à Assembléia Geral da ONU, é que ocorreu a retomada dos trabalhos para a criação de um Tribunal Penal Internacional. Cabe apontar também que Trinidad e Tobago, ao propor a retomada das discussões acerca do estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, pretendia ver incluído o crime de narcotráfico na competência deste Tribunal, o que nos remete à questão a que fiz referência no início deste trabalho.

5. Hannah Arendt. *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*, São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

A década de 90 passaria a ser, assim como a fase Pós-Segunda Guerra e o chamado Direito de Nuremberg, um momento de importância fundamental para o desenvolvimento do direito internacional penal. Em 1993, seria criado, por força de Resolução do Conselho de Segurança (trata-se de Tribunal *ad hoc*, ou seja, para determinada missão e circunstância específica), o Tribunal Internacional Penal para a antiga Iugoslávia, a fim de julgar as pessoas acusadas de graves violações ao Direito Internacional Humanitário, crime de genocídio e contra a humanidade, cometidos naquela região a partir de 1991. Esse Tribunal continua em atuação (com sede em Haia) e vem produzindo Jurisprudência fundamental para o Direito Internacional Penal, conforme será mencionado mais adiante.⁶

Em 1994, também por iniciativa do Conselho de Segurança, seria criado o Tribunal de Ruanda (Resolução n. 955 do Conselho de Segurança de 8/11/94), com sede em Arusha, na Tanzânia, com competência para julgar os crimes de genocídio e violações ao Direito Internacional Humanitário, ocorridos a partir de 1990 naquele país.⁷

Ainda em 1994, o Projeto de Estatuto para uma Corte Permanente Internacional, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, cujos trabalhos foram retomados a partir de 1989, foi apresentado na 49ª. Assembléia Geral das Nações Unidas. A Comissão sugere então a convocação de uma conferência internacional para discussão e aprovação da Convenção. A partir de 1995, um Comitê procedeu à elaboração final do que seria a futura Convenção de Roma, negociada e aprovada em 1998, e que estabeleceu, finalmente, uma jurisdição permanente para julgar os crimes de guerra, contra a paz, contra a Humanidade e os de genocídio.

Em setembro de 1998, mesmo ano da negociação da Convenção de Roma, um marco importante para o Direito Internacional Penal foi a primeira condenação internacional pelo crime de genocídio no âmbito do Tribunal Internacional para Ruanda. Na ocasião, o ex-prefeito Ruandês, Jean-Paul Akayesu, foi considerado culpado por seu papel no massacre de quinhentas mil pessoas da etnia tutsi durante a guerra em Ruanda, em 1994.

Ainda em 1998, outra decisão importante para o Direito Internacional Penal foi a da Câmara de Lordes Britânica considerando que o general Augusto Pinochet, acusado de crimes contra a Humanidade, não gozaria de imunidade, pois os atos cometidos (tortura e o desaparecimento forçado) não se enquadram no exercício das funções de um chefe de Estado que, ao contrário, deveria proteger a integridade física

6. Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin. *La justice pénale internationale*, Paris, PUF, 2000.

7. Jean-Paul Bazelaire e Thierry Cretin, *op. cit.*

de seus cidadãos e dos estrangeiros que se encontrem em seu território. A Câmara dos Lordes decidiu a favor da possibilidade de extradição do acusado, para a Espanha, país que a solicitou, com base em lei interna que prevê sua competência para julgar crimes internacionais, praticados por espanhóis ou estrangeiros, mesmo que fora do território nacional. A pretendida extradição não se concretizou, como sabemos, por “razões humanitárias”, tendo em vista as condições de saúde do ex-ditador.

A partir do estabelecimento do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia, conforme já se mencionou, os procedimentos avançaram nos últimos anos para a condenação de diversos autores de crimes de guerra, contra a Humanidade e de genocídio. Em junho de 2001, Slobodan Milosevic, ex-presidente da Iugoslávia, foi entregue ao Tribunal, acusado de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, sendo a primeira vez na História que um chefe de Estado será julgado por um Tribunal Internacional. Em agosto do mesmo ano, o general servo-bósnio Radislav Krstic foi condenado a 46 anos de prisão pelo crime de genocídio, o massacre de oito mil muçulmanos na Bósnia em 1995 (Srebrenica), o maior na Europa desde o Holocausto da Segunda Guerra.

Também no ano de 2001, foram criados, no Timor Leste (1999) e no Camboja (Khmer Vermelho-1975-1979), os chamados “Tribunais Nacionais Internacionalizados” uma experiência inédita de parceria, entre a ONU e os países envolvidos, para dotar os tribunais nacionais de condições, a fim de julgar os crimes internacionais cometidos nesses países.⁸

Finalmente, em 2002, entrou em vigor o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, e as discussões acerca da punição dos crimes de guerra e contra a humanidade passaram a ser reconhecidas como um dos assuntos mais importantes para a comunidade internacional.

Os desenvolvimentos recentes têm, como vimos, uma história em comum, que se inserem na luta pela positivação do direito internacional penal, um dos ramos do direito internacional público de maior importância, já que protege bens supremos como a paz e a dignidade dos seres humanos e visa dar fim à impunidade das “atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade”, conforme nos lembra o Preâmbulo do Estatuto de Roma⁹

São Paulo, abril de 2003.

8. Suzannah Linton. “New approaches to international justice in Cambodia and East Timor”, *International Review of the Red Cross*, v. 84, n. 845, mars 2002, pp. 93-119.

9. Senado Federal - *Projeto de Decreto Legislativo n. 152 de 2002*. Aprova o texto do Estatuto de Roma do Tribunal Internacional, aprovado em junho de 1998 e assinado pelo Brasil em fevereiro de 2000.

TRABALHOS ACADÊMICOS

A IMPORTÂNCIA DA INTEGRAÇÃO MÉXICO-MERCOSUL PARA A NEGOCIAÇÃO DA ALCA*

Ana Paula Martinez

Aluna do Curso de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O processo de criação da Área de Livre Comércio das Américas entrou em sua fase final de negociação. Os Estados Unidos tentam impor o modelo no qual o país seria o eixo dos acordos bilaterais, o que poderia acabar por levá-lo a ser o único juiz do processo de integração do continente americano. Cabe às duas potências regionais da América Latina, Brasil, representando o Mercosul, e México, unirem-se com o intuito de barrar a tentativa dos EUA de conduzir o processo de forma unilateral, contribuindo para o equilíbrio das relações nas Américas. Porém, para obter sucesso nessa empreitada, faz-se necessário uma integração México-Mercosul não num modelo "5+1" devido à peculiaridade das relações que o México tem com os Estados Unidos, mas numa relação que poderia ser expressa da seguinte forma: "(4+1)+1"

Abstract:

The process of creation of the Free Trade Area of the Americas has entered its final phase of negotiations. The United States of America have tried to impose a model wherein it would coordinate all bilateral agreements, a situation which would cause the USA to be the only judge in the integration process of the Americas. The two greatest economies of Latin America, namely Brazil, representing with the Mercosur, and Mexico, shall join forces with the aim to barr the attempt of the United States to lead the process individually, thus contributing towards a greater balance in the relations within the Americas. However, in order to succeed in this attempt, it is necessary to achieve an integration between Mexico and Mercosur, not in a "5 + 1" model, due to the peculiar relations that Mexico has with the USA, but in a relationship that could be expressed in the following manner: "(4+1)+1"

Unitermos: ALCA; ALCA e Mercosul; integração regional.

1. Introdução

"Dans la vie, il n'y a pas de solutions, il y a des forces en marche: il faut les créer et les solutions suivent."

Saint Exupéry – Vol de Nuit

* Monografia vencedora do II Concurso de Monografias Franco Montoro, realizado pela Associação de Antigos Alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelo Centro Acadêmico XI de Agosto e pela Câmara de Indústria, Comércio e Turismo Brasil-México no ano de 2003.

A complexidade crescente das questões relacionadas ao comércio internacional fez com que o tema da integração continental adquirisse importância estratégica para os países da América Latina.

Em 1990, o então presidente dos EUA, George H. Bush, lançou a *Iniciativa para as Américas (Enterprise for the Americas Initiative – EAI)*, objetivando o aprofundamento das relações daquele país com a América Latina. Esse projeto foi retomado por seu sucessor, Bill Clinton, e na 1ª Cúpula das Américas, realizada em 1994, chefes de Estados de 34 países americanos (todos os países do continente, à exceção de Cuba) decidiram concluir até 2005 a constituição da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA – em inglês FTAA – *Free Trade Area of the Americas*). Essa área de livre comércio abrangeria um mercado de 740 milhões de pessoas, com um produto interno bruto (PIB) total de US\$ 10,8 trilhões. Desde então, o esforço para unir as economias do continente americano em um único acordo de livre comércio tem progredido.

Porém, deve-se ter em conta que a abertura de mercados, apesar de necessária, não é condição suficiente para se prosperar em uma economia global competitiva. Antes de dar o passo definitivo em direção à integração continental, devem ser estabelecidas condições que garantam vantagens competitivas para os países americanos e que permitam um equilíbrio entre ganhos e concessões para os 34 países. As negociações são complexas, uma vez que envolvem países com economias de porte muito díspares: de pequenas ilhas do Caribe a países-continente como Brasil, Canadá e Estados Unidos; de países que produzem um número limitado de produtos básicos à sofisticação de três das dez maiores potências econômicas do planeta.

A idéia de integração continental americana foi seguida por respostas entusiásticas de grande parte dos países do continente. Exceções notáveis a esse entusiasmo inicial foram as do México e do Brasil, as duas potências de grande porte da economia latino-americana. O México porque já estava incluído num acordo de livre comércio com os Estados Unidos e o Canadá, e o Brasil, porque queria antes fortalecer o Mercosul como bloco regional e mostrava-se reticente quanto às intenções americanas.

O presente trabalho procurará demonstrar a importância de fortalecer a integração entre México e Mercosul para a negociação da ALCA como forma de contrapor-se à dependência dos países latino-americanos com relação aos Estados Unidos, principalmente na atual fase final de negociação em que se encontra o processo, fundamental para o avanço da ALCA. Ressalte-se que ao ser feita referência ao Mercosul, será dada ênfase ao Brasil, visto ser este seu principal membro, responsável por chefiar as negociações do bloco com os Estados Unidos.

2. Breve Histórico da ALCA

Em 1990, o ex-presidente dos EUA, George H. Bush, lançou a *Iniciativa para as Américas*, proposta de integração comercial de todos os países da América, com exceção de Cuba¹. Essa iniciativa demonstrava que a América voltava a figurar entre as prioridades da política externa dos Estados Unidos², diante da ameaçadora ascensão do Japão e do processo de unificação da Europa.

Em dezembro de 1994 ocorreu a 1ª Cúpula das Américas, em Miami, nos Estados Unidos. Os trinta e quatro países americanos decidiram concluir até 2005 a criação da ALCA, cujo objetivo seria eliminar as barreiras ao comércio e aos investimentos nas Américas. As decisões da Cúpula estão expressas em uma Declaração de Princípios e em um Plano de Ação, cujo amplo conteúdo inclui questões como direitos humanos, pobreza e desenvolvimento sustentável. Em abril de 1998, ocorreu em Santiago, Chile, a 2ª Cúpula das Américas, que marcou o início efetivo das negociações para a formação da ALCA. A 3ª Cúpula das Américas foi celebrada em Québec, Canadá, em abril de 2001. Paralelamente a essas Cúpulas, são celebradas as Reuniões Ministeriais sobre Comércio (“Reunião Ministerial”), sendo que a 3ª Reunião Ministerial ocorreu em maio de 1997, em Belo Horizonte, Brasil³. Cabe dizer que a

1. Nas palavras de George H. Bush, a área de livre comércio iria “do Yukon à Patagônia”. Os países que farão parte da ALCA, se as negociações forem concluídas com sucesso, são: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, São Vicente e Las Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

2. J.A.G. ALBUQUERQUE, A ALCA na política externa brasileira in *Política Externa*, v. 10, n. 2, São Paulo: Paz e Terra, p. 8, ressalta que não constituiu surpresa essa retomada de interesse norte-americano, até porque a iniciativa de integração continental apenas atestou o continuado interesse norte-americano nas Américas. Em suas palavras, “se o tema emergiu fortuitamente é porque estava muito próximo da superfície”. Cabe lembrar que a idéia de integração hemisférica não é nova. O presidente norte-americano Grover Cleveland, em 1887, propôs às nações americanas “uma base mais sólida e prática” do que a “contida na Doutrina Monroe” mediante uma união aduaneira “com troca de produtos, livre de impostos”, citado por M. BANDEIRA, *Relações Brasil-Estados Unidos no contexto da globalização*, 2ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Senac, 1998, p. 183.

3. J.A.G. ALBUQUERQUE, A ALCA na política externa brasileira in *Política Externa*, cit., p. 13, indica esse fato como determinante do engajamento do Brasil nas negociações: “Finalmente, uma razão que pode parecer banal constitui um clássico da diplomacia política: nenhum país anfitrião se sente à vontade com o fracasso de um reunião em que ele é sede. Se existe um inconsciente dos Estados-nação, quando a diplomacia brasileira aceitou hospedar o Fórum e a Reunião Ministerial de Belo Horizonte e, depois, Santiago, quando admitiu co-presidir a fase final de negociação da ALCA, inconscientemente o destino estava selado.” As demais Reuniões Ministeriais celebraram-se em Denver, Estados Unidos (junho de 1995), Cartagena, Colômbia (março de 1996), San José, Costa Rica (março de 1998), Toronto, Canadá (novembro de 1999), Buenos Aires, Argentina (abril de 2001) e Quito, Equador (novembro de 2002).

estrutura das negociações para a formação da ALCA tem um formato de rodízio para a presidência e coordenação de suas instâncias negociadoras⁴

3. A Negociação conjunta do Mercosul

A idéia dos Estados Unidos para a negociação da ALCA é ser o eixo dos acordos bilaterais (modelo *hub and spoke*), o que acabaria por elevar os Estados Unidos como únicos juízes do processo de integração do continente americano. Entretanto, desde a *Iniciativa das Américas*, o Brasil liderou a iniciativa de negociação em conjunto (Mercosul de uma parte e Estados Unidos da outra). Esse modelo peculiar de negociação com os Estados Unidos ficou conhecido como “4+1”⁵ e mostra-se vantajosa para todos os países do Mercosul: para o Brasil, serve como garantia contra um eventual isolamento em sua posição defensiva contra a ALCA, e para os demais países, garante maior peso no caso de uma eventual adesão.

Essa posição vem sendo reafirmada em encontros entre os presidentes dos países membros do Mercosul. Na primeira quinzena de maio de 2003,⁶ o presidente do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, e o presidente uruguaio, Jorge Batlle Ibáñez, defenderam em Brasília, em um comunicado conjunto de 35 pontos, a unidade do Mercosul nas negociações internacionais, entre as quais as da ALCA. Em conjunto, os

4. A ALCA estrutura-se da seguinte forma: (i) instâncias negociadoras: (a) Presidência das Negociações: obedece a um rodízio de 18/18 meses; (b) Comissão de Negociações Comerciais: responsável pela supervisão das negociações; (c) Grupos de Negociações: são nove grupos (acesso a mercados, investimentos, serviços, compras governamentais, solução de controvérsias, agricultura, direitos de propriedade intelectual, subsídios e política de concorrência) cuja presidência muda a cada 18 meses; (ii) instâncias não negociadoras: são as seguintes: (a) Grupo Consultivo sobre economias menores; (b) Comitê conjunto de Especialistas do Governo e do Setor Privado sobre Comércio Eletrônico; e (c) Comitê de Representantes Governamentais sobre a participação da sociedade civil. Tanto os Grupos de Negociações como as instâncias não negociadoras reportam-se ao Comitê de Negociações Comerciais. Em caráter de assistência técnica ao processo de integração, há uma comissão tripartite, composta pelo Banco Inter-Americano (BID), Comissão das Nações Unidas para a América Latina e Caribe (CEPAL) e Organização dos Estados Americanos (OEA). Foi estabelecido ainda que as negociações teriam lugar na Secretaria Administrativa Temporária, cuja sede seria estabelecida, em caráter rotativo, em três cidades – Miami, Estados Unidos (de 1º de maio de 1998 a 28 de fevereiro de 2001), Cidade do Panamá, Panamá (de 1º de março de 2001 a 28 de fevereiro de 2003) e Puebla, México (de 1º de março de 2003 a 31 de dezembro de 2004).

5. J.A.G. ALBUQUERQUE, a ALCA na política externa brasileira in *Política Externa*, cit., p. 11, ressaltou que essa forma de negociação foi tanto mais peculiar, visto que à época o Mercosul ainda não estava formalizado como entidade internacional. A personalidade jurídica internacional do bloco só foi reconhecida quando da assinatura do Protocolo de Ouro Preto sobre aspectos institucionais, em dezembro de 1994.

6. V. *Gazeta Mercantil* de 14 de maio de 2003, editorial, p. A-3.

países membros do Mercosul adquirem maior poder de barganha, conseguindo maior peso, por exemplo, para alcançar as almejadas concessões substanciais na área agrícola. O ministro das Relações Exteriores do Brasil, Celso Amorim, ressalta a importância de que as mesmas propostas sejam apresentadas pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai para evitar a concorrência desleal dentro do próprio bloco, o que poderia resultar, conseqüentemente, em seu desaparecimento⁷

Na primeira troca de ofertas para a formação da ALCA, em abril de 2003, os países do Mercosul entregaram propostas comuns para a liberalização comercial nas áreas de bens industriais e agrícolas. Em serviços, o bloco ficou dividido: Uruguai e Paraguai apresentaram suas listas, enquanto Brasil e Argentina adiaram a apresentação de propostas. Os quatro países membros do Mercosul postergaram as ofertas para investimentos e compras governamentais⁸

Por sua dimensão e peso econômico, o Brasil assume naturalmente o papel de âncora e motor não só do bloco sub-regional Mercosul, mas também da economia sul-americana em seu conjunto⁹ Tendo isso em vista, abaixo será discutido o peso do Brasil nas negociações da ALCA.

3.1 O peso do Brasil nas negociações da ALCA

O Brasil posiciona-se com cautela no que se refere à negociação da ALCA. Segundo pesquisa da Fiesp/Vox Populi¹⁰, para a maioria da população brasileira

7. M. CARMO, Mercosul decide negociar em conjunto entrada na ALCA in *Valor Econômico*, 5 de fevereiro de 2003, 1º Caderno.

8. Segundo D. RITTNER, Itamaraty tem novo negociador para ALCA, *Gazeta Mercantil* de 16, 17 e 18 de maio de 2003, p. A-5, Samuel Pinheiro Guimarães pode ser apontado como o principal articulador da estratégia brasileira de deixar de entregar propostas nas áreas de investimentos, compras governamentais e serviços.

9. Segundo dados fornecidos pelo Departamento de Comércio Exterior da Fiesp, citada por R. NOGUEIRA, "Lula quer ajuda do companheiro Bush para mudar o modelo", *Primeira Leitura*, n. 10, dezembro de 2002, p. 26, o Brasil responde por 6,38% dos 9,03% do PIB total da ALCA detido pelo Mercosul. Cabe dizer que o Nafta detém 82,23% de participação do PIB total da ALCA. Excluindo-se o Nafta, a relação do PIB Brasil/ALCA sobe para 49,98%, de um total de 70,71% detido pelo Mercosul.

10. Pesquisa realizada em abril de 2002 e publicada na Revista *Primeira Leitura* n. 10, dezembro de 2002, p. 32. Segundo essa pesquisa, 9% da população brasileira acredita que o país deve se associar o mais rapidamente à ALCA, 30% acredita que o Brasil deva negociar favorecendo os setores mais competitivos da economia brasileira, 35% pensa que o país só deve negociar a ALCA se uma agenda interna de reformas estiver também sendo conduzida, 22% acredita que a adesão do Brasil deve ser postergada para que mais setores da economia tenham tempo para se ajustar, 3% acredita que o Brasil não deveria aderir ao processo e 1% não respondeu ao questionário de pesquisa.

(35%), o Brasil só deve negociar a ALCA se uma agenda interna de reformas estiver também sendo conduzida. Alguns dos argumentos que justificam uma posição conservadora para uma integração continental americana gradual por parte do Brasil são os seguintes¹¹:

- i) o Brasil tem um perfil de comércio bem equilibrado internacionalmente e possui interesses em todas as regiões do mundo, configurando-se como um *global trader*. Usando a analogia de Vera THORSTENSEN¹² a melhor imagem que se pode fazer de tal situação é a de um jogo em que o Brasil atua, certas vezes sozinho, certas vezes coordenado com o Mercosul, diante de vários tabuleiros diferentes de xadrez, confrontando um número diverso de parceiros e com peças e estratégias que se entrelaçam, dentro de um grande jogo internacional¹³;
- ii) o Brasil deve focar sua atenção primeiro no Mercosul, uma vez que, como bem apontado por Celso Lafer, enquanto o Mercosul é um destino, a ALCA é apenas uma opção¹⁴. Essa superioridade do Mercosul exige conceder-lhe toda a prioridade e, além disso, abster-se de qualquer engajamento que possa a vir a torná-lo menos do que prioritário. Além disso, o Mercosul não embute desigualdades de dimensões da mesma ordem que a ALCA incluiria¹⁵;
- iii) as prioridades dos Estados Unidos estariam na Europa e na Ásia Pacífico, portanto a negociação de uma área livre comércio

11. Cf. J.A.G. ALBUQUERQUE, A ALCA na política externa brasileira ob. cit., p. 14.

12. V. THORSTENSEN, O Brasil diante de um tríptico desafio: negociações simultâneas da OMC, da ALCA e do acordo CE/Mercosul in *Política Externa*, vol. 10, n. 3, São Paulo: Paz e Terra, p. 93.

13. O que não afasta a grande importância das relações Brasil-Estados Unidos. Em 2002, os Estados Unidos tornaram-se o principal destino das exportações brasileiras. O país comprou 25,5% do total das exportações brasileiras.

14. Nesse sentido, ver R. T. da COSTA, ALCA 2005: destino ou opção, in *Política Externa*, v. 10, n. 2, São Paulo: Paz e Terra, pp. 102-111.

15. Nesse sentido, o presidente da Argentina, Néstor Kirchner já expressou claramente sua prioridade com o Mercosul e com as relações com o Brasil. Nas palavras de Kirchner, "A ALCA será tratada em seu tempo e em sua oportunidade. As pendências do Mercosul têm de ser resolvidas antes." V. R. TRINDADE, Planalto e Itamaraty aprovam Kirchner e Lavagna no poder in *Gazeta Mercantil*, 16, 17 e 18 de maio de 2003, p. A-4.

continental seria uma mera ação diversionista visando, no mínimo, a limitar a integração no Cone Sul e, no máximo, a inviabilizá-la, de modo a manter o restante do continente sob sua dependência. Frequentemente, esse argumento foi empregado por autores que, ao mesmo tempo, também criticavam a ALCA como fruto direto do unilateralismo dos Estados Unidos e sua busca incessante de marcar sua hegemonia na região;

iv) um acordo com a União Européia é mais vantajoso para o Brasil por razões diversas, desde o paralelismo entre os dois modelos de integração até o interesse análogo em limitar a hegemonia americana, passando pelo caráter menos unilateral das políticas comerciais européias; e

v) na hipótese de um aumento da concorrência com os Estados Unidos e partindo do pressuposto da maior competitividade global da economia americana, a indústria e o setor de serviços nacionais poderiam ser sucateados. Há uma preocupação compartilhada entre o Governo e a iniciativa privada de que determinados produtos brasileiros não são competitivos o suficiente em um cenário de livre comércio com os Estados Unidos¹⁶

Por todas essas razões, o Brasil vem discutindo cada ponto da integração continental com cautela. O país compartilha com os Estados Unidos a Presidência do Comitê de Negociações Comerciais da ALCA desde o fim de 2002 e não seria oportuno o país ser acusado de falta de comprometimento com a idéia de livre comércio. Nesse sentido, o Brasil já abandonou a tática inicial de não-envolvimento em vista do risco de um avanço tal nas negociações entre os terceiros Estados que ao Brasil só restaria f

16. Segundo o Anuário de Competitividade Mundial 2003, estudo com base em pesquisa com empresários internacionais elaborado pela Escola de Administração de Lausanne (IMD) da Suíça, levando em consideração o desempenho das empresas em 2002, o Brasil aparece na 21ª posição entre 30 países com mais de 20 milhões de habitantes, o que representa perda de seis posições com relação ao relatório anterior. Foi a pior posição alcançada pelo Brasil desde 1997. Isso ocorreu em função da precariedade da educação, da falta de tecnologia de ponta, da violência e de carga tributária e juros altos. O desempenho de outros países da América Latina contemplados pela pesquisa (Argentina, Chile, Colômbia, México e Venezuela) foi negativo também. Na classificação geral de 2003, todos os países, à exceção da Colômbia, apresentaram perda no ranking de competitividade geral, se comparada com a classificação de 2002. A Argentina, principal parceiro do Brasil no Mercosul, alcançou a 29ª posição, perdendo três posições se comparado com aquela alcançada em 2002, motivada pela queda do PIB (11,2% em 2002). Esse estudo vem servindo, desde 1986, como importante indicador das vantagens e desvantagens competitivas enfrentadas por 51 países.

a opção de aceitar tudo da forma como tinha sido negociado ou ficar de fora. Passou, então, a adotar uma tática de participação conflituosa, adequada a de um país como o Brasil, com dimensão e estrutura de interesses irredutíveis às de um país periférico.

A co-presidência com os Estados Unidos na fase decisiva das negociações, além de indicar o peso político e econômico do Brasil no hemisfério, permite ao país influir mais diretamente no processo, facilitando uma defesa mais articulada dos interesses brasileiros, em conjunto com aqueles do Mercosul. Assim, procurar-se-á garantir resultados equilibrados e a efetiva observância dos princípios negociais consignados nas declarações ministeriais, em particular os princípios do consenso, do *single undertaking*, dos resultados equilibrados e vantajosos para o conjunto dos países e da coexistência da ALCA com os acordos comerciais sub-regionais mais profundos¹⁷

4. Integração México-Brasil e México-Mercosul

Muito se tem discutido sobre os efeitos da criação da ALCA em relação ao Brasil e ao México, consideradas potências médias recém-industrializadas¹⁸ e líderes econômicos e políticos da América Latina.

Brasil e México apresentam peso econômico e demográfico suficientes¹⁹ para exercerem influência real nos negócios internacionais. Nas últimas seis décadas, Brasil e México compartilharam uma história econômica bastante similar. Entre 1940 e 1980, alcançaram algumas das mais elevadas taxas de crescimento do mundo, em média de 6% ao ano. Ademais, ambos os países tendem a desempenhar funções determinantes na conformação e na dinâmica dos sistemas e arranjos políticos regionais.

17. R. A. BARBOSA, O Impacto da ALCA sobre o Mercosul, in *Revista Brasileira de Comércio Exterior RBCE*, Rio de Janeiro: Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, p. 6.

18. Segundo R. KEOHANE, *Small States in the International Politics*, v. 23, n. 2, 1969, p. 292, o estudo das potências médias recém-industrializadas surgiu por volta dos anos 60, tanto em decorrência do Movimento dos Países Não-Alinhados como do surgimento de países industrializados entre os países em desenvolvimento. A definição de potências médias leva em conta dois aspectos fundamentais: (i) a capacidade internacional relativa desses países enquanto atores globais; e (ii) o papel de destaque em seus respectivos sistemas regionais. Sobre o assunto, ler também R. U. SENNES, *ALCA e as Potências Médias: Brasil e México*. Série ALCA. São Paulo: FTD, 1998, v. 3.

19. Segundo P. HAKIM, Brasil e México: duas maneiras de ser global in *Política Externa*, v. 10, n. 4, São Paulo: Paz e Terra, p. 95, em 2001, o Brasil era o quinto maior país do mundo em termos de população, possuindo a oitava maior economia em termos globais. O México era o décimo país mais populoso, ocupando o décimo segundo lugar na economia mundial. Ambos os países apresentam uma grande e diversificada demanda interna por produtos, constituindo-se em grandes mercados.

Sua forte presença tende a lhes conferir grande influência política, econômica e cultural, assim como papéis de liderança e estruturação dos sistemas regionais que integram.

Porém, dispendo de uma presença internacional destacada em termos de território, população e importância econômica, as potências médias, como o Brasil e o México, não chegam a influenciar o sistema internacional atuando individualmente. Repetidamente, tanto o Brasil quanto o México têm agido no sentido de reforçar suas participações em órgãos e entidades que lhes permitam ampliar sua capacidade de influir no processo político e econômico internacional. Exemplos disso têm sido o interesse reafirmado em diversas ocasiões de fazer parte de organismos como a OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) e o Conselho de Segurança das Nações Unidas (ONU). Contudo, apesar de Brasil e México não se confundirem com a grande maioria dos países de baixíssima relevância no panorama internacional, ainda não alcançaram o status de potências internacionais independentes. Esse é o motivo pelo qual tais países devem adotar estratégias internacionais conjuntas visando a maximizar sua capacidade de influência econômica e política no plano internacional. Como bem apontado por Keohane, as potências médias têm conseguido “*exercer um papel significativo no sistema internacional atuando através de grupos ou alianças.*”²⁰

Nesse sentido, México e Brasil e também México e Mercosul vêm se aproximando²¹ Já em 1995, o então secretário de Relações Exteriores do México, José Angel Gurría Treviño, em visita a Buenos Aires, afirmou: “*Traigo um mensaje de integración y cooperación con el Mercosur. Ya no se trata de uno más uno, sino de cuatro más uno*”²² Em julho de 2002, México e Brasil assinaram um acordo de complementação econômica.²³ No mesmo mês, também foi assinado um acordo de

20. R. KEOHANE, *Small States in the International Politics*, cit., p. 292.

21. De acordo com especialistas, o que emperrava o avanço das relações entre México e Brasil era uma disputa pela liderança da América Latina, já que os dois países são as duas maiores economias da região. Atualmente, diplomatas de ambos os países acreditam que essa rixa já esteja plenamente superada.

22. Essa visita ocorreu em 24 de maio de 1995 e referência a ela é feita em V. G. ARNAUD, *Las Relaciones Exteriores del Mercosur*, discurso proferido no XX Congresso Internacional de la Latin American Studies Association, Continental Plaza Hotel, Guadalajara, México, disponível in <http://www.lasa97/arnaud.pdf>.

23. Acordo de Complementação Econômica n. 53 entre os Governos da República Federativa do Brasil e dos Estados Unidos Mexicanos, de 3 de julho de 2002, assinado em Brasília. O objetivo do acordo é estabelecer normas e disciplinas para as relações econômicas e comerciais entre Brasil e México, impulsionar o desenvolvimento e diversificação do comércio para intensificar a complementação econômica, estimular os fluxos de investimentos e incentivar a participação dos setores privados. Por

complementação econômica Mercosul-México.²⁴ Entre os motivos que determinaram a assinatura de tais acordos, foi ressaltada a importância que a integração regional representa para os países da América Latina para alcançar um maior desenvolvimento econômico e social. Na sequência desses acordos,²⁵ foi assinado um acordo de complementação econômica entre México e Mercosul no setor automotivo.²⁶ O México, mediante esse acordo bem restrito de cotas, está tendendo a tornar-se um dos principais mercados para a indústria automobilística brasileira. Em 2002, o Brasil foi o maior parceiro comercial do México na América Latina e Caribe, representando 22,6% de todo o comércio realizado com a região. Por exemplo, somente no primeiro semestre de 2002, o comércio bilateral movimentou mais de US\$ 1,2 bilhão, valor cerca de 25% superior se comparado com o mesmo período do ano anterior²⁷

Em relação à ALCA, já foi feita referência acima à posição do Brasil e do Mercosul. Quanto ao México, este, tradicionalmente, sempre teve uma postura conservadora frente à ALCA, uma vez que desde 1993 é membro do Nafta, acordo de livre comércio entre os Estados Unidos, Canadá e México²⁸ Dependendo dos termos

meio do Decreto n. 4.383, de 23 de setembro de 2002, o Presidente da República Federativa do Brasil determinou o cumprimento de tal acordo. Segundo R. S. SANTOS, A importância de Brasil e México no contexto da integração latino-americana in *Revista do Autor*, ano II, n. 13, julho de 2002, p. 6, esse acordo mostra que não há mais disputa acirrada entre Brasil e México pela liderança da região.

24. Acordo de Complementação Econômica Mercosul-México n. 54 entre os governos da República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai e os Estados Unidos Mexicanos, de 5 de julho de 2002. Esse acordo estabelece um quadro jurídico que oferece segurança e transparência aos agentes econômicos, promove os investimentos recíprocos, a complementação e cooperação econômica, bem como o desenvolvimento e a diversificação do comércio entre os países membros.

25. Deve-se aqui ressaltar o importante papel que o então ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, embaixador Sergio Amaral, teve para a concretização desses acordos.

26. Acordo de Complementação Econômica Mercosul-México n. 55 entre os governos da República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai e os Estados Unidos Mexicanos, de 27 de setembro de 2002. Esse acordo fixa as bases para o estabelecimento do livre comércio no setor automotivo entre os países membros de forma gradual (a data limite para a total inexistência de barreiras tarifárias é 30 de junho de 2011).

27. I. MURRAY, Com visita de Lula, México aproxima-se mais do Brasil, *Valor Econômico*, 23 de dezembro de 2002, 1º Caderno.

28. O objetivo do Nafta restringe-se à redução de tarifas entre os países membros. Não há proposta de integração econômica e política. O Nafta abrange uma população de 410 milhões de pessoas, sendo que o PIB total corresponde a US\$ 9,2 trilhões. Entre 1990 e 2000, as exportações mexicanas saltaram de US\$ 45 bilhões para US\$ 165 bilhões anuais, ao índice de 15% ao ano. As exportações do México quadruplicaram durante a última década, constituindo cerca de um terço do PIB. Os produtos industrializados perfazem hoje quase 90% das exportações do país, o dobro da década anterior. O México é responsável por quase metade do comércio exterior da América Latina (dados extraídos do texto P. HAKIM, Brasil e México:

em que a ALCA for criada, o México poderá ver reduzidas suas vantagens comparativas de acesso ao mercado norte-americano, seu principal parceiro comercial, pela entrada, em condições semelhantes, de outras economias latino-americanas. Após ter arcado com os custos de uma integração assimétrica com os Estados Unidos, o México passou a dispor de certas vantagens comparativas internacionais e deve proteger seus interesses nesse sentido quando da negociação da criação da ALCA. Porém, como membro menor do Nafta, sua capacidade de influenciar por conta própria o processo de formação de ALCA é muito limitado. Uma das principais preocupações do país é com o setor agrícola²⁹ e, muito possivelmente, sozinho terá poucas chances de fazer prevalecer seus interesses sobre os americanos.

Nesse sentido, o aprofundamento da integração México-Mercosul, tendo por base uma aproximação México-Brasil, faz-se necessário, como forma de reforçar a capacidade negociadora, coletiva e de cada um dos países separadamente, assegurar maior consistência ao processo e minimizar a assimetria na distribuição dos custos e benefícios da integração americana. Para ter voz nas negociações para a criação da ALCA para frear o unilateralismo norte-americano, respaldado por sua bem estabelecida economia, não resta alternativa senão unir forças.

Essa aproximação poderá ser facilitada com a reestruturação da área diplomática brasileira responsável pelos assuntos do Mercosul e pela discussão da ALCA. O chefe da delegação brasileira nas negociações da ALCA é o embaixador Carlos Alberto Simas Magalhães. Simas é subordinado ao embaixador Luiz Filipe de

duas maneiras de ser global in *Política Externa*, cit., p. 96). Essa mudança decorre em grande parte da inserção do México no Nafta. Em 1993, as transações comerciais entre os Estados Unidos e o México totalizavam US\$ 81 bilhões. Em 2000, essa cifra atingiu US\$ 247 bilhões. Essa integração econômica mais estreita também ajudou a minimizar os danos de longo prazo decorrentes da crise do peso mexicano no período 1994-95. C.A.HILLS, *Livre Comércio para as Américas in Política Externa*, v. 10, n. 2, São Paulo: Paz e Terra, p. 24, aponta que em vez de levar sete anos para o México retornar aos mercados financeiros internacionais, tal como ocorreu após a crise de 1982, o país precisou apenas de sete meses. Deve-se observar ainda que, apesar da crise, o país cresceu 8,3% no período entre 1993 e 1999. O grau de efetividade operacional alcançado pelo Nafta e a crescente dependência da economia do México em relação aos Estados Unidos torna essa integração algo dificilmente reversível, sobretudo porque o aprofundamento dos vínculos econômicos se faz acompanhar de uma crescente convergência também no campo político (ver R.A. Barbosa, *A nova geografia econômica do continente in Política Externa*, v. 10, n. 2, São Paulo: Paz e Terra, p. 41).

29. Saul Muñoz López, magistrado do Tribunal Unitário Agrário de Sonora, com respaldo de diversos grupos mexicanos, aponta a necessidade de mudar a proposta americana para o setor agrícola, sob pena de fortes prejuízos ao país, uma vez que a proposta não leva em conta as diferenças de desenvolvimento entre as diversas regiões mexicanas (disponível em www.jornada.unam.mx/2003/feb03/030227/oriente/puebla/puebla.htm).

Macedo Soares, Sub-Secretário-Geral de Assuntos da América do Sul (SGAS).³⁰ Como Soares foi representante do Brasil no México, a integração torna-se mais próxima, pela rede de contatos já existente.

5. Atual Fase de Negociações

As negociações da ALCA entraram numa fase decisiva: a apresentação de ofertas e prazos para desagravação tarifária. A oferta dos EUA foi tratar os países que negociam a ALCA de forma diferenciada. O Mercosul, de acordo com o critério de desenvolvimento utilizado pelos Estados Unidos foi o mais prejudicado: é a região do continente americano que terá acesso mais demorado ao mercado americano sem a cobrança de tarifas de importação sobre seus produtos.³¹ Muitos analistas³² entenderam essa proposta norte-americana como extremamente impositiva e discriminatória, na medida em que dita regras para o avanço das negociações e diferencia as preferências concedidas aos bens industriais e agrícolas dos países mais competitivos em relação aos países menos competitivos. O que mais preocupa o Brasil é a total ausência de referências na proposta americana às questões de itens sistêmicos, como subsídios e barreiras de proteção comercial (*anti-dumping*) que, na prática, são os maiores entraves às exportações nos setores em que o Brasil é mais competitivo.

Em sua proposta de liberalização comercial, os Estados Unidos listaram uma série de setores que devem ter suas tarifas zeradas imediatamente após a ratificação do acordo por seus futuros países membros. Entre esses setores estão o químico, o de equipamentos de construção civil e mineração, o de equipamentos elétricos, o de produtos da área de energia, o de produtos ambientais, o de tecnologia da informação, o de equipamentos médicos, o de papel, o do aço e o de produtos derivados da madeira.

30. V. D. RITTNER, Itamaraty tem novo negociador para ALCA, *Gazeta Mercantil*, 16, 17 e 18 de maio de 2003, p. A-5. A Subsecretaria-Geral de Assuntos da América do Sul (SGAS) tem como função tratar dos assuntos políticos e econômicos da América do Sul, incluindo o Mercosul e as negociações externas em que seus quatro países membros atuam como bloco, *e.g.*, a ALCA.

31. Segundo a proposta norte-americana, os produtos industriais da região do Caribe serão favorecidos com a eliminação imediata de 91% do universo tarifário para os Estados Unidos, os da América Central, de 66%, os da Comunidade Andina das Nações (CAN) de 61% e os do Mercosul, de 58%. A diferenciação na área agrícola mostra-se ainda mais desfavorável para os países do Mercosul: os Estados Unidos propõem a eliminação de 85% das tarifas dos produtos importados do Caribe, de 64% dos da América Central, de 68% dos da CAN e de 50% dos do Mercosul.

32. V. S. HABERFELD, O que o Brasil espera da ALCA in *Gazeta Mercantil*, 19 de maio de 2003, p. A-3.

A questão dessa oferta está em que ela exige reciprocidade para que as tarifas sejam eliminadas, mas a maioria dos produtos para os quais os Estados Unidos querem liberalização não tem competitividade similar nos países do Mercosul.

Outro ponto da proposta americana é a eliminação das tarifas do setor têxtil até o final de 2010. Entretanto, o Acordo Multifibras da OMC prevê a eliminação total dessas barreiras até o final de 2004. Na verdade, o que parece embasar essa proposta é a intenção dos Estados Unidos de ganhar tempo para promover a competitividade de sua indústria nesse setor.

Vê-se que apenas um bloco suficientemente forte pode fazer frente à unilateralização do processo de formação da ALCA por parte dos Estados Unidos. Somente assim será seguido um dos princípios que deveria ser norteador da criação da ALCA: a cláusula da nação mais favorecida. Esta prevê que quando uma concessão é feita por qualquer um dos países pertencentes ao bloco, deve ser estendida aos demais, sem restrições.

As negociações entram em sua fase final, de produto a produto. Com a co-presidência da ALCA, o Brasil tem a oportunidade de barrar a tentativa norte-americana de conduzir o processo de forma unilateral. Porém, para obter sucesso nessa empreitada, faz-se necessário uma integração México-Mercosul - não num modelo "5+1", devido à peculiaridade das relações que o México tem com os Estados Unidos, mas numa relação que poderia ser expressa da seguinte forma: "(4+1)+1".

6. Conclusão

O tema da integração americana tomou proporções significativas com a nova configuração construída pelo sistema internacional. Trata-se de uma nova estrutura geoeconômica em curso de estruturação no continente americano que nem o Mercosul nem o México podem ficar indiferentes.

Acordos comerciais, numa economia globalizada e de interdependência complexa, devem ser vistos como instrumentos de duas mãos, que podem reservar-nos agradáveis surpresas. Nesse sentido, a ALCA é possível e pode ser muito proveitosa para os países membros do Mercosul e o México. Cada país deve preparar-se para tanto, sendo papel de cada governo proporcionar o ambiente externo e interno compatível com esse ajuste.

Nesse cenário, a integração México-Mercosul mostra-se de suma importância como forma de fazer prevalecer os interesses do México, Argentina, Brasil,

Paraguai e Uruguai na mesa de negociações para a criação da ALCA, principalmente nesta fase final do cronograma das negociações. O peso de duas potências regionais – México e Brasil, membro do Mercosul – mostra-se como uma importante forma de contrapor-se ao domínio das negociações pelos Estados Unidos, contribuindo para fomentar o equilíbrio das relações no continente americano.

São Paulo, maio de 2003.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. A ALCA na política externa brasileira in *Política Externa*, v. 10, n. 2, São Paulo: Paz e Terra, pp. 7-20.

ARNAUD, Vicente Guillermo. *Las Relaciones Exteriores del Mercosur*, discurso proferido no XX Congresso Internacional de la Latin American Studies Association, Continental Plaza Hotel, Guadalajara, México, disponível in <http://\158.105/LASA97/arnaud.pdf>.

BANDEIRA, Moniz, *Relações Brasil-Estados Unidos no contexto da globalização*, 2ª ed. revista e ampliada, São Paulo: Senac, 1998.

BARBOSA, Rubens Antonio. O Impacto da ALCA sobre o Mercosul, *Revista Brasileira de Comércio Exterior RBCE*, Rio de Janeiro: Fundação Centro de Estudos do Comércio Exterior, p. 6.

CARMO, Maria. Mercosul decide negociar em conjunto entrada na ALCA in *Valor Econômico*, 5 de fevereiro de 2003, 1º Caderno.

COSTA, Roberto Teixeira da. ALCA 2005: destino ou opção, in *Política Externa*, v. 10, n. 2, São Paulo: Paz e Terra, pp. 102-111.

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO DE LAUSANNE (IMD). Anuário de Competitividade Mundial 2003.

HABERFELD, Sérgio. O que o Brasil espera da ALCA in *Gazeta Mercantil*, 19 de maio de 2003, p. A-3.

HAKIM, Peter, Brasil e México: duas maneiras de ser global in *Política Externa*, v. 10, n. 4, São Paulo: Paz e Terra, 2001, pp. 90-105.

HILLS, Carla A. Livre Comércio para as Américas in *Política Externa*, v. 10, n. 2, São Paulo: Paz e Terra, pp. 21-27.

KEOHANE, Robert, *Small States in the International Politics*, v. 23, n. 2, 1969.

MURRAY, Isabel. Com visita de Lula, México se aproxima mais do Brasil, *Valor Econômico*, 23 de dezembro de 2002, 1º Caderno.

NOGUEIRA, Rui. Lula quer ajuda do “companheiro” Bush para mudar o modelo, *Primeira Leitura*, n. 10, dezembro de 2002, pp. 24-32.

RITTNER, Daniel. Itamaraty tem novo negociador para ALCA, *Gazeta Mercantil* de 16, 17 e 18 de maio de 2003, p. A-5

SANTOS, Rui da Silva. A importância de Brasil e México no contexto da integração latino-americana in *Revista do Autor*, ano II, n. 13, julho de 2002, 8 p.

SENNES, Ricardo Ubiraci. *A ALCA e as Potências Médias: Brasil e México*. Série ALCA. São Paulo: FTD, 1998, v. 3.

THORSTENSEN, Vera. O Brasil diante de um tríplice desafio: negociações simultâneas da OMC, da ALCA e do acordo CE/Mercosul in *Política Externa*, v. 10, n. 3, São Paulo: Paz e Terra, pp. 90-112.

TRINDADE, Rui. Planalto e Itamaraty aprovam Kircher e Lavagna no poder in *Gazeta Mercantil* de 16, 17 e 18 de maio de 2003, p. A-4.

COGNIÇÃO EXAURIENTE E SUMÁRIA: SEGURANÇA VERSUS EFETIVIDADE*

André de Albuquerque Cavalcanti Abudd
Aluno do Curso de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente estudo trata do conflito estabelecido entre os princípios da segurança jurídica e da efetividade, sempre que se ache diante da opção entre modalidades de procedimentos fundados em cognição exauriente e cognição sumária. A tensão entre princípios exige harmonização, sem que se opte pela aplicação de um em desprezo ao outro. Nessa tarefa, o operador do direito conta com as balizas impostas pelo legislador, bem como com regras de calibração presentes no sistema.

Abstract:

The present study treats about the conflict between the principles of juridical safety and effectiveness that arises from the choice of the procedures based in exhaustive or summary cognition. The tension between those two principles demands harmonization, without the possibility to choose one of them over the other. In this task, the law operator counts on the guidelines imposed by the legislation, as well as the "calibration rules" presented in the system.

Unitermos: cognição exauriente e sumária; segurança e efetividade; conflito entre princípios.

"À boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora" (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 232)

* Monografia vencedora do Prêmio Departamento de Direito Processual, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2001, quando o autor cursava o quarto ano da graduação.

A cognição e a tutela jurisdicional diferenciada

Constitui truísmo, hoje em dia, apontar a efetividade do processo como síntese das preocupações metodológicas dos seus operadores. Essa busca tem raízes na própria natureza instrumental do processo civil moderno, que procura, na clássica expressão de Chiovenda, proporcionar a quem tenha razão, até o limite do praticamente possível, “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir”¹

O processo só terá cumprido sua função instrumental, portanto, na medida em que seja apto a conceder uma tutela adequada e efetiva, isto é, aquela que permita uma aproximação máxima entre o direito subjetivo concedido no plano do direito material e o seu reconhecimento em sede processual, culminando com a concreta oferta do bem ou situação jurídica ao titular da pretensão.^{2 3}

Dentre os inúmeros mecanismos adotados pelo sistema, ou preconizados pela doutrina, com vistas a atingir esse amplo objetivo de efetividade, sobressaem as tutelas diferenciadas, importante instrumento de ajuste da tutela jurisdicional às peculiaridades inerentes a cada relação de direito material. Essa diferenciação pode ser entendida em dois sentidos diversos, de acordo com Proto Pisani⁴: um deles abarca aqueles procedimentos de cognição plena e exauriente, modelados de acordo com as particularidades de cada situação substancial controversa; o segundo refere-se às formas típicas de tutela sumária, calçadas em cognição não-exauriente, cujo objetivo é evitar os males que o tempo pode causar sobre o processo e seus resultados.

Emerge a cognição, portanto, em suas diversas modalidades, como técnica central de adaptação do processo às especificidades dos direitos. Este conjunto de atividades intelectuais⁵ pode ser visto em dois planos distintos, um relativo à sua

1. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in *Rivista del diritto commerciale*, v. 9, parte 1, 1911, p. 110.

2 Este é o problema central da efetividade do processo, na visão de WATANABE (*Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2000, p. 21). A síntese da amplitude do tema está na definição de DINAMARCO, para quem essa expressão resume a “idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais” (*A instrumentalidade do processo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 270).

3 Cf., sobre o tema da correspondência entre direito material e direito processual, BEDAQUE, *Direito e processo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, *passim*.

4 *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1979, p. 538.

5 Na definição de WATANABE, a cognição é “prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (*Da cognição cit.*, p. 58).

extensão (*plano horizontal*), outro à sua profundidade (*plano vertical*). Tomada horizontalmente, a cognição pode ser plena ou parcial (*limitada*), de acordo com os limites autorizados de sua abrangência. Já sob o plano vertical, a cognição pode ser classificada em exauriente ou sumária, em correspondência ao grau de profundidade adotado. São as combinações dessas diversas modalidades de cognição que possibilitam a concepção de processos com procedimentos diferenciados.⁶

Para os fins a que predisposto o presente estudo, interessa mais de perto a classificação da cognição em *exauriente e sumária*.

De fato, a sumarização da cognição é técnica destinada a garantir o resultado útil do processo, na medida em que permite a concessão de tutelas jurisdicionais com celeridade, fulcradas em juízos de probabilidade e verossimilhança,⁷ nos casos em que a cognição plena se afigura desnecessária, ou até mesmo danosa ao direito a ser tutelado.⁸

Dentre as várias espécies⁹ de tutela sumária, duas vêm assumindo notável destaque no sistema processual: as antecipações de tutela e as medidas cautelares.¹⁰ Em razão dessa importância, portanto, elas concentrarão as atenções deste trabalho.

O que difere, basicamente, ambas essas modalidades de tutela é o fato de que as primeiras visam a tutelar o próprio direito postulado, influenciando diretamente a vida das pessoas, ao passo que as cautelares pretendem garantir os meios exteriores que podem ser úteis ao processo, para o correto exercício da jurisdição. Enquanto as tutelas antecipadas conferem, imediatamente, o bem da vida pretendido a quem

6 Cf. WATANABE, *Da cognição* cit., pp. 111 e ss.

7 Cf. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, trad. port. de C. R. A. Bassi, *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, Campinas, Servanda, 2000, p. 99.

8 Manifestando-se sobre o tema, WATANABE afirma que “em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina” (*Da cognição* cit., p. 128).

9 Todas, no dizer de PROTO PISANI, objetivando (a) evitar os custos do processo de cognição exauriente quando presumivelmente não há contestação plausível (p. ex., processo monitorio); (b) assegurar a efetividade da tutela jurisdicional nas situações, de caráter não exclusivamente patrimonial, que sofreriam prejuízo irreparável diante do decurso do tempo (tutela sumária antecipada, p. ex.); ou (c) evitar o abuso do direito de defesa (p. ex., antecipação da tutela prevista no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil) (*La tutela sommaria*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari, Cacucci, 1982, p. 322 *apud* CRUZ E TUCCI, *Ação monitoria*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 15).

10 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 24.

provavelmente tem razão, as medidas cautelares, apenas em um segundo momento, produzem resultados que afetam a órbita jurídico-material das pessoas.¹¹

De todo modo, como acentua DINAMARCO,¹² muito mais decisivos do que as diferenças¹³ entre essas duas espécies, são os laços teleológicos e estruturais que as unem, fazendo-as convergir para um mesmo gênero: o das medidas urgentes. Realmente, ambas têm o objetivo maior de evitar que o decurso do tempo comprometa o resultado da função jurisdicional.¹⁴ O reconhecimento dessa natureza comum entre as tutelas cautelar e antecipada ganhou impulso legislativo com o novo § 7º, acrescido ao art. 273 do Código de Processo Civil, portador da regra da *fungibilidade*¹⁵ entre essas *medidas urgentes*.¹⁶

2 - Cognição e efetividade

A preocupação com os efeitos do tempo sobre o processo constitui apenas um dos aspectos inerentes à problemática da efetividade.¹⁷⁻¹⁸ Esta, tomada em toda sua abrangência, constitui problema alheio ao presente propósito.¹⁹

11 Cf. DINAMARCO, *O regime jurídico das medidas urgentes*, in RF 356, p. 33.

12 Cf. DINAMARCO, ob. cit., p. 33.

13 Um rol exaustivo das diferenças estruturais entre essas duas medidas pode ser encontrado em ARRUDA ALVIM, *Tutela antecipatória – algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*, in WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 42.

14 É ainda DINAMARCO quem lembra que o Código de Processo Civil italiano corrobora a natureza precípua comum entre ambos os institutos, ao destinar a norma do artigo 700 às medidas de urgência atípicas (ob. cit., p. 33).

15 Cf. DINAMARCO, *A reforma da reforma*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 91.

16 *In verbis*: “se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

17 Para se ter uma idéia da amplitude do tema, cf. BARBOSA MOREIRA, *Notas sobre o problema da “efetividade” do processo*, in GRINOVER et al., *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 203-204. Cf. também, do mesmo autor, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in *Temas de direito processual*, 2ª série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 21-29.

18 CAPPELLETTI considera a duração excessiva do processo apenas um dentre sete óbices genéricos ao acesso efetivo à justiça (em colaboração com GARTH, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1978, trad. port. de E. G. Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988, pp. 15-28).

19 É preciso ter sempre em mente o alerta de DINAMARCO, para quem “a temática da efetividade do processo é, na realidade, muito complexa. A quem muito se empenha nela, desavisadamente, ocorre o

Não há que se falar em tutela jurisdicional efetiva, se esta estiver desprovida do atributo da tempestividade.²⁰ O decurso do tempo pode trazer graves danos ao litigante que, apesar de ver reconhecido seu direito no plano processual, não chega a perceber os efeitos do provimento concedido em seu favor, seja porque o processo não dispõe mais de meios para produzir um resultado útil, seja porque o próprio direito material já pereceu.

DINAMARCO²¹ enuncia três hipóteses em que o extenso lapso temporal pode ser nocivo. A primeira delas é a do processo cujo provimento de mérito só é concedido quando o direito reconhecido já feneceu; a segunda é representada pela tutela que só chega após muito tempo, mediante “muito sofrimento do titular de direitos”; a terceira, por fim, abrange os casos em que o processo perde os meios externos inerentes ao bom exercício da função jurisdicional. Essa função estatal, aliás, fica prejudicada em qualquer das hipóteses acima, uma vez que a tutela por ela outorgada será, respectivamente, inexistente, intempestiva e, em todos os casos, injusta. “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”, advertiu RUI BARBOSA nos albores do século XX.²²

Nesse sentido, bastante simbólica a expressão de CARNELUTTI,²³ para quem o tempo é um “inimigo” do processo, “contra o qual o juiz deve lutar sem descanso”

Não há quem negue o caráter pernicioso do tempo no processo, nos casos em que este tem uma duração patológica e excessiva. A espera razoável pela tutela jurisdicional é mesmo corolário do devido processo legal.²⁴

O fato é que a própria duração ordinária do processo de conhecimento pode constituir ameaça à plena realização dos direitos. Esse prejuízo costuma ser

risco de perder-se na extensão e enveredar por toda a área do direito processual -, o que certamente diluiria as observações fundamentais no cipoal de tantos institutos e problemas específicos, minando-lhes a utilidade” (*A instrumentalidade* cit., p. 273).

20 No pitoresco enfoque de CALAMANDREI, as medidas ‘cautelares’ visam a “impedir que a soberania do Estado, na sua mais alta expressão que é a da justiça, se reduza a uma tardia e inútil expressão verbal, uma vã ostentação de um lento mecanismo, destinado, como os guardas da ópera burlesca, a chegar sempre demasiado tarde” (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, p. 144, apud Ovídio BAPTISTA, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 104).

21 *O regime jurídico* cit., p. 32.

22 *Oração aos moços*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 1997, p. 74.

23 *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958, n. 232, p. 354.

24 Cf. CRUZ E TUCCI, *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*, in *Repro* 66, pp. 72 e ss..

chamado pela doutrina de *dano marginal*²⁵ representado pelo custo inerente à caminhada processual, provocado àquele que dela precisou para ver satisfeita sua pretensão. Nesses casos, o resultado do processo afasta-se do ideal chiovendiano de que “a necessidade de utilizar-se do processo por quem tem razão não pode reverter em dano a quem dele precisou para obtê-la”²⁶

E são muitos os meios de que o sistema lança mão para defender o processo dos males do tempo. A execução provisória, por exemplo, antecipa alguns atos de invasão patrimonial previamente à cristalização dos efeitos da sentença condenatória. A atribuição do caráter de título executivo a certos documentos, de outra parte, permite a supressão de toda a espera inerente ao processo de conhecimento. Com esse fim, ainda, a suspensão da prescrição pela citação válida (CPC, art. 219) e a reestruturação da organização judiciária, com vistas à otimização de seu trabalho.²⁷

Dentre eles, no entanto, as formas de *cognição sumária* aparecem como o instrumento mais incisivo de combate aos malefícios do tempo.²⁸ Em certas situações, para que se garanta a efetividade da tutela é necessário que se concedam provimentos baseados em cognição não aprofundada.²⁹ Nesses casos, a urgência não se concilia com o tempo necessário à completa produção probatória,³⁰ antes da emissão da tutela.³¹

As formalidades inerentes ao processo de conhecimento, seja ordinário

25 A expressão é de ENRICO FINZI, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, n. II, p. 50, *apud* CALAMANDREI, *Introduzione allo studio cit.*, p. 37.

26 CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, v. I, Napoli, Jovene, 2ª ed., 1935, p. 147 *apud* CALAMANDREI, *ob. cit.*, p. 41.

27 Todos os exemplos são de BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada cit.*, p. 19, exceto o último, formulado por CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar*, in *Ajuris* n. 61, p. 175, e WATANABE, *Da cognição cit.*, p. 144.

28 CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA chega a atribuir à liminar o caráter de “principal, senão o único, instrumento do sistema jurídico brasileiro capaz de dar uma solução rápida e expedita para o conflito, em presença da possibilidade de dano à situação material a antes da certeza decorrente da declaração definitiva do Direito” (*Efetividade e processo cautelar cit.*, p. 176). Para THEODORO JÚNIOR, a introdução do instituto da tutela antecipada foi “o maior passo dado pela reforma de nosso direito processual civil em busca do ideal da efetividade da prestação jurisdicional” (*O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 227).

29 Cf. ARMELIN, *Tutela jurisdicional diferenciada*, in *Repro* 65, pp. 50-51.

30 Cf. MARINONI, *Novidades sobre a tutela antecipatória*, in *Repro* 69, p. 105.

31 Daí falar-se na antecipação de atos como “*modificazione della disciplina temporale di un determinato procedimento*” (TOMMASEO, *I provvedimenti d’urgenza – struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, Cedam, 1983, p. 16).

ou sumário,³² imperativas da busca da certeza quanto à situação controvertida, não se coadunam com aquelas situações que exigem maior celeridade na prestação jurisdicional.³³ É necessário, então, que o sistema lance mão de medidas protetoras dos direitos, ainda que provisórias.

E essas medidas urgentes, aptas a proteger o resultado do processo, encontram justificativa na garantia constitucional do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV). É este dispositivo que contém a promessa de uma tutela *efetiva, adequada e tempestiva*, sem a qual nenhuma justiça é obtida.³⁴ Realmente, o acesso à *ordem jurídica justa*³⁵ só é conquistado na medida em que as tutelas sejam adaptadas às particulares necessidades de cada relação jurídica. Estando esta ameaçada pelo decurso do tempo, a tutela só será efetiva na medida em que a guarneça. Essa a primordial função da *cognição sumária*.

3 Cognição e segurança

O processo, como síntese de atos realizados mediante progressão (procedimento) e de desenvolvimento da relação entre seus sujeitos (relação processual),³⁶ tem necessariamente uma duração.

Isso porque o “processo judiciário, como instrumento de composição da lide (em âmbito extrapenal) ou resolutório de conflitos de interesses de alta relevância social (no campo penal), reclama, em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica, o respeito a uma série de garantias das partes (*due process of law*), cuja observância se faz incompatível com a precipitação”³⁷

32 O procedimento sumário, apesar do nome, não se funda em cognição sumária. Caracteriza-se “apenas pela abreviação do *iter* procedimental, em nada interferindo com a cognição”. (WATANABE, *Da cognição* cit., p. 115).

33 Cf. MARINONI, *Tutelas diferenciadas e realidade social*, in RODRIGUES (org.), *Lições alternativas de direito processual*, São Paulo, Acadêmica, 1995, p. 134.

34 A verbalização desses três predicados da tutela jurisdicional deve-se a WATANABE, para quem o “inciso XXXV do art. 5º não procura assegurar apenas o mero acesso nominal à Justiça, mas sim um acesso que propicie um tutela efetiva, adequada e tempestiva de direitos” (*Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer*, in *Revista especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 1, 1999, p. 49).

35 Também essa sintética e densa expressão é da lavra de WATANABE.

36 Cf. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 282-283.

37 CRUZ e TUCCI, *Garantia da prestação jurisdicional* cit., pp. 72-73.

Atento a isso, CARNELUTTI³⁸ aponta para o caráter contraditório da idéia de uma justiça rápida e segura: “*se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura*”. Alegoricamente, “*il seme della verità mette degli anni, perfino dei secoli, per diventare una spiga (veritas filia temporis)*”

A Constituição Federal garante às partes, no processo, a observância do devido processo legal, com todos os corolários a ele inerentes (CF, art. 5º, inc. LIV). Dentre esses, assumem vital relevância o contraditório³⁹ e a ampla defesa⁴⁰ (CF, art. 5º, inc. LV), destinados a impedir toda sorte de surpresas e segredos, inadmissíveis num processo que se pretenda democrático.⁴¹

O resultado da atividade jurisdicional só terá cumprido fielmente seu objetivo instrumental na medida em que faculte às partes a ampla participação nos seus destinos. A todo momento, devem elas ter a possibilidade de debater as questões envolvidas na causa, podendo reagir às afirmações feitas pela parte contrária.⁴² O sistema processual deve oferecer aos litigantes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para “participar pedindo, participar alegando e participar provando”⁴³

Mas não só às partes se endereça o contraditório. O juiz também deve participar ativamente das atividades desenvolvidas no processo,⁴⁴ de modo que tenha o mais intenso contato com os elementos constantes dos autos, indispensáveis à correta formação de seu convencimento.⁴⁵

38 *Diritto e processo* cit., p. 154.

39 Esta garantia, na completa visão de BARBOSA MOREIRA, “significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se dão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas: seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova de que pretende valer-se. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados” (*O princípio do contraditório na atividade de instrução*, in *RePro* 35, p. 232-243).

40 Sobre o tema, v. GRINOVER, *O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo*, in *O processo em sua unidade – II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, pp. 56-69.

41 Cf. PORTANOVA, *Princípios do processo civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995, p. 161.

42 Cf. CARLOS ALBERTO ÁLVARO OLIVEIRA, *Garantia do contraditório*, in CRUZ e TUCCI (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, esp. p. 144.

43 DINAMARCO, *O princípio do contraditório e sua dupla destinação*, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 3ª ed., t. I, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 125.

44 Essa conduta decorre da moderna perspectiva do *ativismo judicial*. “A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de direção, de prova e de diálogo. A lei impõe ao juiz, entre seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente” (DINAMARCO, ob. cit., p. 131).

45 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada* cit., p. 86. Cf. também NERY JÚNIOR, *Princípios do processo civil na constituição federal*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 129-130.

As tutelas calcadas em *cognição exauriente* e plena, portanto, na medida em que resultam de vasta dilação probatória, bem como de ampla discussão e valoração dos seus resultados, aparecem como instrumento por excelência do princípio da *segurança jurídica*. De acordo com ele, só se permite a invasão na esfera de direitos do sujeito após ter tido ele franca possibilidade de alegar suas razões, produzindo as provas tendentes a confirmá-las.⁴⁶

4 – O conflito

4.1 – Delineamento

Feitas as observações precedentes, salta aos olhos o conflito estabelecido entre a exigência de *efetividade*, a demandar em alguns casos o recurso às formas de *cognição sumária*, e a necessidade de *segurança*, apenas prestigiada por meio de uma *cognição exauriente*.

Na condição de expressões que designam princípios, os termos *segurança* e *efetividade* são bastante vagos e ambíguos.⁴⁷ Tanto assim é que alguns autores afirmam serem as medidas urgentes imperativo da *segurança jurídica* do direito ameaçado.⁴⁸ Do mesmo modo, sustenta-se que a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, com ampla dilação probatória, visa à *efetividade da tutela jurisdicional*, vez que a tutela corresponderá mais proximamente à verdade real.⁴⁹ Como já se notou, o sentido empregado a tais expressões no presente estudo, em correspondência ao tema proposto, é o contrário. A opção por uma ou outra nomenclatura advém de mera convenção.⁵⁰

46 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*, in WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 85.

47 “Os problemas em torno da ambigüidade diferenciam-se, em parte, das questões sobre a vagueza, pois a incerteza que pretendem indicar refere-se não ao desconhecimento dos objetos ou situações aos quais se pode aplicar o rótulo, mas sim por não possuírem uma clareza paracontextual sobre os diferentes critérios designativos articuláveis ao termo. Em suma, dizemos que um termo é ambíguo quando temos dúvidas sobre qual a classe a que rótulo se aplica. Especificada a classe, pode surgir a dúvida em torno de sua extensão. Estaremos, então, frente a um problema de vagueza” (WARAT, *O direito e sua linguagem*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, pp. 78-79).

48 Cf. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar* cit., p. 177; CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, *Segurança jurídica e jurisprudência – um enfoque filosófico-jurídico*, São Paulo, Letras Trabalhistas, 1996, p. 18.

49 Cf. BARBOSA MOREIRA, *Notas sobre o problema da “efetividade”* cit., p. 203.

50 “Las dificultades prácticas pueden superarse si tomamos la precaución de precisar, en todos los casos de posible duda, el sentido con que hemos empleado tal o cual palabra o expresión” (CARRÍO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, p. 28).

Ambos os valores são extremamente caros ao ordenamento, dada sua natureza constitucional, já apontada alhures. O devido processo legal, de um lado, impõe seja observado, durante todo o curso processual, o pleno contraditório, com as formalidades a ele ligadas, previstas em lei, para que só então o vencido seja privado de seus direitos. De outra parte, o devido processo legal, por meio de seu corolário do acesso à justiça, consubstancia a promessa, feita pelo Estado, de que ao titular de direitos será concedida a respectiva tutela.⁵¹⁻⁵² E esta, por vezes, deverá adequar-se às necessidades de urgência da relação material, sob pena de nem ser tutela.

Depara o aplicador do direito com duas situações merecedoras de atenção, ambas tendo por eixo comum o fator *tempo*. De um lado, este é essencial para que o processo seja realizado com todas as suas garantias, em prestígio ao valor da segurança jurídica; de outro, o tempo é o maior inimigo da tutela que precisa ser urgente, diante do risco de perecimento do direito, e portanto de total inefetividade da jurisdição.⁵³

Diante de tal antagonismo, tem o operador duas difíceis opções: ou penaliza o autor, impondo-lhe todo o custo do tempo necessário para que o processo chegue ao seu termo, até mesmo correndo o risco de que a tutela se torne ao final inútil; ou confere a determinadas situações medidas tendentes a garantir a efetividade da tutela, atribuindo ao réu o ônus de ter contra si uma decisão cuja correção e justiça são discutíveis.⁵⁴

O conflito entre esses valores exige harmonização, uma vez que ambos são indispensáveis dentro do sistema, e possuem igual peso diante da ordem constitucional. O que não pode ser feito, em hipótese alguma, é optar por um em total desprezo ao outro,⁵⁵ sob pena de dar-se à situação concreta solução inconstitucional.⁵⁶

51 Cf. CRUZ E TUCCI, *Garantia da prestação jurisdicional* cit., p. 76.

52 Como se vê, certo está DINAMARCO quando afirma que a garantia do devido processo legal “tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, numa fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma”. (*Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 243).

53 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação de tutela e colisão* cit., p. 87.

54 Cf. OVIDIO BAPTISTA, A “plenitude de defesa” no processo civil, in SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (org.), *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 155.

55 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada* cit., p. 87.

56 Afinal, “el Derecho no quedará justificado sino en la medida en que cumpla las exigencias de tales valores (jurídicos) hasta donde sea humanamente posible” (RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973, p. 296).

A coordenação entre a efetividade e a segurança, como de resto entre quaisquer valores,⁵⁷ demanda, em cada caso, o abrandamento de algum deles em prol do outro.⁵⁸ Daí afirmar-se que nenhum valor é absoluto,⁵⁹ dado que sofrem comumente restrições impostas uns aos outros. Essas limitações podem vir escritas na Constituição,⁶⁰ ou advirem do próprio sistema, sempre que se ache diante da necessidade prática de harmonizar princípios colidentes.⁶¹

Na tentativa de empreender essa conciliação, um dos mecanismos encontrados pelo sistema é a adoção das tutelas provisórias, fundadas em cognição sumária. Protege-se imediatamente a relação ameaçada, diante do risco de ulterior inefetividade do resultado do processo, mas deixa-se a solução definitiva na dependência de uma cognição mais ponderada, baseada em gama maior de elementos.

No entender de CALAMANDREI,⁶² referindo-se às medidas cautelares, as exigências contrastantes de “celeridade” e “ponderação” estariam conciliadas: “entre o fazer depressa mas mal, e o fazer bem feito mas devagar, os procedimentos cautelares objetivam antes de tudo a celeridade, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do procedimento, seja resolvido sucessivamente com a necessária ponderação nas repousadas formas do processo ordinário”

De fato, as medidas urgentes parecem surgir como técnica de convivência entre os valores da segurança e da efetividade. Por meio delas, o contraditório fica

57 Sobre o tema, v. CANOTILHO, *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1992, pp. 195 e ss., LARENZ, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 1991, trad. port. de J. Lamego, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997, esp. p. 574 e ss., e BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993. p. 251.

58 Nas palavras de LARENZ, “em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si” (*Methodenlehre* cit., p. 575).

59 BARBOSA MOREIRA, manifestando-se sobre o assunto, assinala “que os princípios informativos do processo não são, como tais, absolutos. (...) O princípio do contraditório expressa valores dignos da maior reverência; mas não é pouco freqüente, no direito processual – e no direito *tout court* – que primeiro o legislador, e depois o intérprete e o aplicador da lei se defrontem com situações em que a um valor se contrapõe outro também merecedor de tutela, e se vejam na impossibilidade de conciliá-los de tal modo que nenhum deles sofra o mínimo detrimento. Impõe-se, nesses casos, uma opção, que há de ser guiada pela regra do ‘mal menor’”. (*A garantia do contraditório* cit., p. 238).

60 É o caso, por exemplo, do sigilo das comunicações telefônicas, cuja violação é permitida com autorização judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, inc. XII). Aqui, o interesse público na adequada apuração de um crime sobrepõe-se à esfera de liberdade privada do indivíduo.

61 Exemplo de conflito prático entre princípios é o estabelecido, muitas vezes, entre o direito à privacidade e o interesse social na vida dos homens públicos.

62 *Introduzione allo studio* cit., pp. 39-40.

diferido, não abandonado,⁶³ para que se atenda a situação de emergência ameaçadora da efetividade. Também a inexistência de coisa julgada material impede a solidificação dos efeitos da decisão, até que se obtenha a necessária segurança sobre a relação controvertida.⁶⁴

Mais do que isso, as tutelas provisórias calcadas em cognição sumária operam a favor do mandamento de igualdade, visto que resgatam a idéia de que o tempo do processo não pode ser um ônus suportado exclusivamente pelo autor.⁶⁵ Não fosse assim, o devido processo legal seria um “privilégio processual” conferido somente ao réu, e negado ao autor, na medida em que este se veria impedido de obter a efetiva realização prática de seus direitos.⁶⁶

Essa foi a orientação que guiou o legislador, na previsão das diversas hipóteses de medidas urgentes típicas. Muitas estão contidas no Livro III do Código de Processo Civil,⁶⁷ assim como em inúmeros procedimentos diferenciados, dentro⁶⁸ e fora⁶⁹ do diploma processual, que expressamente prevêm a possibilidade de antecipação da tutela. Mesmo que assim não fosse, o “poder geral de cautela e antecipação” concedido ao juiz autoriza, diante de situação de absoluta urgência, em que o direito afirmado seja verossímil, a emissão de provimentos sumários não previstos em lei, quer tenham natureza cautelar (CPC, art. 798), quer sejam antecipatórios (CPC, art. 273).

O legislador processual, portanto, pretendeu criar um modelo de solução para o conflito entre segurança e efetividade, prevendo alguns limites dentro dos quais a concessão de medidas urgentes é possibilitada. Foram estabelecidos os mecanismos para a convivência entre esses valores, quando estiverem em rota de colisão.⁷⁰

63 Cf. MARCATO, *O processo monitorio brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 30-31.

64 “È una logica conseguenza di queste caratteristiche l’impossibilità di attribuire alla decisione del giudice l’autorità della cosa giudicata” (LIEBMAN, *Unità del procedimento cautelare*, in *Problemi del processo civile*, Milano, Morano, 1962, p. 109).

65 Cf. MARINONI, *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 19, para quem a tutela antecipada é uma “técnica de distribuição do ônus do tempo do processo”.

66 Cf. OVÍDIO BAPTISTA, *A “plenitude de defesa”* cit., p. 154.

67 O arresto e o seqüestro, por exemplo.

68 Nas possessórias e na nunciação de obra nova, por exemplo (CRUZ E TUCCI, *Ação monitoria* cit., p. 16). Também no processo dos embargos de terceiro, e na demanda para cumprimento específico de obrigações de fazer e não fazer (WATANABE, *Da cognição* cit., p. 133).

69 É o caso da ação civil pública, ação popular, ação de desapropriação, mandado de segurança, dentre outros exemplos, também de WATANABE, ob. cit., p. 133.

70 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., pp. 87-88.

As técnicas previstas pelo legislador, entretanto, operam no plano abstrato, não dando conta, muitas vezes, da multiplicidade de situações postas diante do juiz, no caso concreto, que podem levar a um sem número de relações conflituosas. Outra não é a razão de se atribuir, ao juiz, o “poder geral de cautela ou antecipação” que intenta exatamente aplicar-se às situações não imaginadas pelo legislador, quando da elaboração das medidas típicas.⁷¹

Ao juiz cabe, portanto, enorme parcela da responsabilidade de encontrar, caso a caso, a solução prática para as exigências antagônicas de segurança e efetividade.⁷²

4.2 – Segurança versus efetividade: critérios de solução

Não há dúvidas de que os valores da segurança e da efetividade são igualmente caros ao ordenamento. Ambos são acolhidos em sede constitucional, sem qualquer desnível hierárquico,⁷³ merecendo igual atenção do operador do direito.⁷⁴

A garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV) contém a solene promessa de que àquele que tiver razão será concedida a tutela apta a proporcionar-lhe o pleno exercício do seu direito (*supra*, n. 2). E a consecução desse escopo só se torna possível na medida em que as formas de tutela sejam adaptadas às particulares necessidades das relações substanciais.⁷⁵

Por outro lado, o princípio da segurança jurídica, no que condiz com o problema da cognição,⁷⁶ está por trás das garantias do contraditório e da ampla defesa,

71 Cf. ZAVASCKI, ob. cit., pp. 87.

72 “(...) verificados os pressupostos descritos nas regras mencionadas, significa que o conflito entre segurança e efetividade está presente. Cabe ao juiz encontrar a solução mais adequada para solucioná-lo, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo legislador”. (BEDAQUE, *Tutela antecipada e tutela cautelar* cit., p. 87).

73 A hierarquia potencial, ou “possibilidade de ordenação ou graduação preferencial”, é uma das características típicas dos valores, considerados dentro de sociedade determinada, conforme ensina REALE, *Filosofia do direito*, v. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1962, p. 171.

74 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., p. 83.

75 “(...) seja em termos de procedimentos de cognição plena e exauriente ajustados às peculiaridades das situações substanciais controvertidas, seja em forma de procedimentos de *cognição sumária*, que atendam aos reclamos de extrema rapidez na concessão do provimento jurisdicional!” (WATANABE, *Da cognição* cit., p. 145).

76 Essa restrição é aqui feita em virtude da amplitude da segurança jurídica, enquanto princípio constitucional. É ela que está por trás das garantias da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, por exemplo. (Cf. CARLOS AURÉLIO MOTA DE SOUZA, *Segurança jurídica e jurisprudência* cit., p.76)..

corolários do devido processo legal (CF, art. 5º, incs. LIV e LV) (*supra*, n. 3). A todos deve ser concedida a oportunidade de defender-se e demonstrar suas razões no processo, por mais inverossímeis que pareçam ser. Só assim se legitima a invasão na esfera de bens ou direitos do sujeito processual.

As modalidades de tutela fundadas em cognição sumária, como já apontado alhures, emergem como mecanismos tendentes a solucionar a tensão entre ambos esses direitos fundamentais.

Toda colisão de princípios, para ser resolvida no caso concreto, exige o abrandamento de um em benefício do outro.⁷⁷ Isso não significa que aquele postulado que sofreu prejuízo seja declarado nulo ou sua aplicação seja excepcionada.⁷⁸⁻⁷⁹

Ocorre que, tomado o caso concreto, um dos princípios deve ter maior prevalência, da mesma forma que em situação diversa resultado contrário pode ser obtido.⁸⁰ Com isto se quer dizer que em cada relação, concretamente considerada, os princípios têm um peso diferente, e que o de maior quilate deve preponderar.⁸¹

Na tentativa de harmonizar o “momento de tensão” entre princípios, portanto, o operador do direito deve destinar especial atenção às singulares circunstâncias da situação concreta, atribuindo a cada um seu peso particular *in casu*.⁸²

Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, seu postulado está por trás das regras de todos os incisos entre o XXXVI e o LXXIII, do art. 5º da Constituição Federal (*Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 126). Na relação com os graus de cognição, entretanto, a segurança relaciona-se mais de perto com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

77 “Os princípios processuais não são absolutos, até porque não são raras as situações em que a atuação de um deles de certo modo conflita ou parece conflitar com a atuação de outro, de tal maneira que é necessário compatibilizá-los com o mínimo de sacrifício para ambos, mas às vezes, inevitavelmente, com algum sacrifício (grifos nossos)” (Cf. BARBOSA MOREIRA, *Os princípios do direito processual civil na constituição de 1988*, in TUBENCHLAK e BUSTAMANTE (org.), *Livro de estudos jurídicos*, v. 4, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992, p. 244).

78 Cf. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional cit.*, p. 251.

79 O princípio abrandado não é eliminado do sistema exatamente porque da incompatibilidade estabelecida entre princípios não resulta uma antinomia jurídica (GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 100).

80 Esse é o quadro dos *jogos de princípios*, no dizer de GRAU (ob. cit., p. 200).

81 Essa atividade do intérprete é tornada possível porque “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (...), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um” (DWORKIN, *Taking rights seriously*, 1978, trad. port. de N. Boeira, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 42). Cf. também ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 79, *apud* BONAVIDES, *Curso de direito constitucional cit.*, p. 251.

82 Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional cit.*, p. 196.

Nesse contexto, a doutrina conferiu algumas ferramentas ao exegeta, chamadas princípios de solução, que visam a reduzir ao máximo o prejuízo eventualmente sentido a algum dos pólos colidentes, legitimando a opção pela prevalência do outro. Esquemáticamente, tem-se (a) o *princípio da necessidade*,⁸³ de acordo com o qual a limitação a direito fundamental só será viável quando não houver possibilidade, efetivamente, de convivência irrestrita com outros; (b) o *princípio da menor restrição possível*,⁸⁴ associado ao *princípio da proporcionalidade*,⁸⁵ segundo o qual a limitação a direito fundamental não poderá ir além do estritamente necessário para que se opere a harmonização pretendida; e (c) o *princípio da salvaguarda do núcleo essencial*,⁸⁶ cujo teor inviabiliza a solução que represente eliminação de um dos pólos conflitantes, ou supressão de seu postulado elementar. Este último princípio, aliás, vem positivado no art. 19, (2), da Lei Fundamental da Alemanha.⁸⁷

Impõe-se trazer a questão para o âmbito específico do conflito entre segurança e efetividade, verificado sempre que se ache diante da opção entre uma modalidade de tutela calcada em cognição exauriente e outra sumarizada (urgente).

O legislador, ao prever inúmeras hipóteses para a concessão de medidas urgentes, cuidou de traçar certos *limites*, dentro dos quais a restrição à segurança jurídica é a menor possível.⁸⁸ Criou, assim, um arcabouço teórico tendente a tornar efetivos os ditames dos princípios de solução acima expostos. São as aqui denominadas *balizas*, que tornam legítima a concessão de provimentos de urgência.

E são várias as contribuições legislativas para a conciliação das exigências contrapostas de segurança e efetividade.⁸⁹

83 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 63.

84 Cf. LARENZ, *Methodenlehre* cit., p. 578, *apud* ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 84.

85 Sobre o tema, cf. SUZANA DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996. LARENZ recomenda o emprego desse princípio sempre que “o problema consista em determinar onde se situa o limite da satisfação lícita de um interesse à custa de outro (...) também digno de tutela” (*ob. cit.*, *apud* ARAGÃO, *Medidas cautelares inominadas*, in *Revista brasileira de direito processual*, v. 57, p. 44).

86 Cf. CANOTILHO, *ob. cit.*, p. 630, *apud* ZAVASCKI, *ob. cit.*, p. 84.

87 Segundo consta da Lei, “em nenhum caso pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial” (trad. livre).

88 A definição desses limites passou a ser o problema central das tutelas antecipadas, de acordo com BOTELHO DE MESQUITA (*Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*, in *Revista brasileira de Direito Processual*, v. 56, p. 43).

89 Além, é claro, da própria previsão legal da possibilidade de concessão das medidas urgentes, esta mesma o primeiro mecanismo legislativo de solução do conflito (*supra* 4.1).

Em primeiro lugar, tem-se que as medidas urgentes são *provisórias*⁹⁰ (CPC, arts. 273, §§ 3º e 4º e 807). A decisão que as concede tem “reduzido nível de imunidade”,⁹¹ podendo ser revista a qualquer tempo pelo órgão prolator. Seus efeitos têm duração limitada,⁹² cujo termo final é outro provimento, de caráter definitivo (sentença), que pode confirmar ou contrariar o quanto foi antes decidido liminarmente.⁹³

Assim, se no curso da instrução processual, operada posteriormente à concessão da tutela de urgência, o quadro fático-jurídico resultar contrário ao que antes parecia corresponder à verdade, nada obsta a que aquela decisão inicialmente concedida seja reformada.

Na esteira dessa primeira baliza, a execução da medida urgente (de natureza condenatória) seguirá os moldes da execução provisória, com todos os seus limites,⁹⁴ estabelecidos em respeito à inexistência de certeza sobre o direito exequendo, o que só se obterá por meio da ulterior cognição exauriente (segurança jurídica).

O segundo requisito é o da *excepcionalidade*.⁹⁵ De fato, as medidas urgentes são exceção ao sistema de cognição exauriente, vez que destinadas a tutelar aquelas situações que se encontrem diante de perigo concreto, atual e grave,⁹⁶ impositivo de um risco à própria efetividade ulterior da tutela (*periculum in mora*). Ao mesmo tempo, somente as relações que, por meio de simples cognição superficial ou sumária,

90 Há quem reserve a expressão *provisoriedade* para as antecipações de tutela, preferindo falar em *temporiedade* no trato das medidas cautelares (OVIDIO BAPTISTA, *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 86 e ss.). A distinção entre as denominações deve-se a CALAMANDREI, para quem “o conceito de provisoriedade é um pouco diferente, e mais restrito, que aquele de temporaneidade. Temporâneo é, simplesmente, aquilo que não dura sempre, aquilo que, independentemente da superveniência de outro evento, tem por si mesmo duração limitada; provisório é, por sua vez, aquilo que é estabelecido para durar até quando não sobrevenha um evento sucessivo, em vista e na espera do qual o estado de provisoriedade permanece no *interim*” (*Introduzione allo studio* cit., pp. 25-26).

91 Cf. DINAMARCO, *A reforma do código de processo civil*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 146.

92 Cf. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio* cit., esp. p. 25.

93 A doutrina costuma negar o caráter provisório de algumas medidas cautelares (produção antecipada de provas, p. ex.). De todo modo, essa constatação não infirma a provisoriedade como característica predominante em tais provimentos.

94 Exigência de caução, responsabilidade objetiva do exequente pelos danos derivados do processo executivo, vedação à realização de atos que importem alienação de domínio, etc..

95 “Somente em casos absolutamente excepcionais deve o sistema permitir a resolução da situação de direito substancial pela via do processo de cognição sumária. Toda vez que isso ocorre, tem-se a amputação de garantias constitucionais da parte contrária, privada do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, enfim”. (BEDAQUE, *Tutela antecipada e tutela cautelar*, cit., p. 77).

96 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., p. 91.

afiguem-se prováveis (no caso das cautelares, verossimilhantes),⁹⁷ autorizam a concessão da medida.

O “abuso do direito de defesa” ou o “manifesto intuito protelatório do réu”, ainda, integram o caráter excepcional das medidas urgentes, especificamente no tocante à modalidade prevista no art. 273, inc. II, do Código de Processo Civil.⁹⁸

A terceira baliza legitimadora é a da *reversibilidade* dos efeitos⁹⁹ da tutela, requisito necessário para que se concedam medidas urgentes (CPC, art. 273, § 2º, *a contrario sensu*). Da própria inexistência de certeza sobre o direito postulado decorre a necessidade de que, ao menor sinal de contrariedade ao que antes se pensava provável, possa-se reconduzir as coisas ao seu estado anterior.¹⁰⁰ Fosse de outro modo, os efeitos da tutela “provisória” seriam perenes sobre a esfera de direitos do réu, e eventual equívoco na emissão do provimento não poderia ser retificado.

Como se nota, esse requisito tem estreita ligação com o da provisoriidade. Se a situação criada pela emissão da tutela pudesse ser irreversível, a decisão que a concedeu seria materialmente definitiva.

Também a *responsabilidade objetiva* (CPC, art. 811, aplicável analogicamente às antecipações) do requerente da tutela pelos danos causados à outra parte¹⁰¹ é elemento legitimador de sua concessão. Uma vez que baseadas em cognição sumária, as medidas urgentes trazem em seu bojo um potencial danoso. Realizada a

97 A distinção terminológica entre possibilidade, verossimilhança e probabilidade não é pacífica na doutrina. O sistema brasileiro parece ter adotado a classificação de CALAMANDREI, para quem o juízo de probabilidade (exigido para as antecipações) aproxima-se mais da certeza do que o juízo de verossimilhança (requisito das cautelares) (*Diritto processuale civile*, trad. port. de L. Abezia e S. D. F. Barbery, *Direito Processual Civil*, v. III, Campinas, Bookseller, 1999, p. 276).

98 Para uma análise específica dessa hipótese de medida antecipatória, v. MARINONI, *Observações sobre a tutela antecipatória*, in *Repro* 79/104, esp. p. 114 e ss..

99 É DINAMARCO quem lembra que “(...) não é da irreversibilidade do provimento que se cogita. A superveniência da sentença final, ou eventual reconsideração pelo juiz, ou o julgamento de algum agravo, podem reverter o provimento mas nem sempre eliminarão do mundo dos fatos e das relações entre as pessoas os efeitos já produzidos” (*A reforma do código de processo civil*, p. 148, nota 12). Nessa esteira, CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA sugere a alteração do texto do art. 273, § 2º, para “perigo de irreversibilidade *dos efeitos* do provimento a ser antecipado” (*Comentários ao código de processo civil*, 3ª ed., v. VIII, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1988, n. 3, p. 6).

100 Manifestando-se sobre o tema, ARRUDA ALVIM atesta que “a reversibilidade é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da CF, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado ‘sem o devido processo legal’, e, ainda, teria sido esse alguém, privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa ‘com os meios e recursos a ela inerentes’ (CF, art. 5º, LV)” (*Tutela antecipatória cit.*, p. 30).

101 Sobre o tema, v. ARMELIN, *Responsabilidade objetiva no código de processo civil*, in CRUZ E TUCCI (org.), *Processo civil – evolução – 20 anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 109-116.

instrução completa e constatado que o que antes parecia improvável corresponde à verdade, nada mais natural que o requerente e beneficiário da tutela provisória arque com os prejuízos daí decorrentes.¹⁰²

A exigência de *caução* (CPC, art. 804, também aplicável às antecipações¹⁰³), por fim, é também uma baliza legitimadora. Consiste em “garantia contra os danos que o requerido possa vir a sofrer em virtude da liminar”¹⁰⁴ Por outro lado, reforça a reversibilidade da medida urgente, que fica favorecida ou até mesmo assegurada se a caução for prestada e com isso se puder retornar ao estado anterior caso o autor não tenha razão afinal.¹⁰⁵

O rol acima exposto não tem a pretensão de ser exaustivo. O sistema processual dispõe de outros mecanismos que, apesar de desempenharem suas funções perante a generalidade da ordem jurídica, podem ser usados com bastante eficiência para a harmonização do conflito segurança-efetividade.

O melhor exemplo reside no ágil instrumento do mandado de segurança, que confere adaptabilidade ao sistema, na medida em que permite a revisão, pelo tribunal, do provimento liminar do juiz.¹⁰⁶ Desse modo, eventuais desacertos ou excessos na decisão de primeira instância podem ser desfeitos velozmente pelo órgão judiciário superior.¹⁰⁷ Resultado semelhante pode ser obtido pela via do agravo de instrumento, com pedido de suspensão dos efeitos da decisão recorrida.

Há situações, contudo, em que a aplicação das balizas não se presta a solucionar convenientemente o choque entre efetividade e segurança. Nesses casos, o conflito de interesses das partes é tão profundo que a opção por um deles implica o

102 Cf. DINAMARCO, *O regime jurídico* cit., p. 43.

103 É DINAMARCO quem defende a exigência de caução, nas tutelas antecipadas, fora das hipóteses em que a decisão tiver natureza condenatória (para esses casos há o art. 588, inc. I, do CPC) (ob. cit., p. 44).

104 GALENO LACERDA, *Comentários ao código de processo civil*, 4ª ed., v. VIII, t. 1, Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 194.

105 Cf. DINAMARCO, ob. cit., p. 44.

106 “(...)podendo, a sua vez, este provimento liminar (do mandado de segurança) ser revisto pelo órgão Colegiado na próxima sessão, sujeitando-se a decisão dele emanada ao controle dos Tribunais Superiores, por meio de recurso especial ou extraordinário, acoplando-se-lhe medida cautelar com pedido de liminar” (CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar* cit., pp. 178-179).

107 “Faculta-se, destarte, um autêntico contraditório imediato, não apenas o diferido mencionado pela doutrina europeia, como também e sobretudo pronto controle por pelo menos duas instâncias sucessivas superiores. Essa circunstância, além de se prestar à fiscalização externa (...) dos interesses contrapostos, reprime os eventuais abusos, adequando o instrumento à sua finalidade essencial”. (CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, ob. cit., p. 179).

total sacrifício do segundo. São os chamados casos extremos, ou limite, em que a salvação de qualquer das pretensões conflitantes provoca, necessariamente, o abandono da outra.

Um bom exemplo é o do poder público que pretende dizimar rebanhos sobre os quais recai forte suspeita de transmitirem doença letal ao homem. Sua intenção encontra resistência nos interesses dos proprietários dos animais. Aqui, a concessão liminar da tutela pedida pelo primeiro compromete definitivamente o direito à segurança jurídica dos demandados. Afinal, uma vez sacrificadas as rezes, já não há razão para se discutir sua viabilidade. De outra parte, o indeferimento da medida pleiteada aniquila a pretensão à efetividade do processo, já que, transmitida a enfermidade, eventual provimento favorável ao poder público seria inútil.

Como se nota, nessas hipóteses os efeitos do provimento judicial tornam-se irreversíveis, qualquer que seja seu teor. E isso advém não da vontade do juiz, mas da própria natureza das coisas.¹⁰⁸ Nesses casos, “o perigo de irreversibilidade dos efeitos práticos do provimento não pode servir de empeco à concessão da tutela antecipatória urgente”¹⁰⁹

Apesar da estranheza que pode causar, à primeira vista, a idéia de um prejuízo irreparável provocado pela tutela urgente, essa é a única solução lógica para esses casos-limite.¹¹⁰ Não se contraria aqui a anteriormente apontada baliza da reversibilidade, mas essas situações excepcionais reclamam, para a salvaguarda de um direito, a destruição do outro, com ele colidente. A se exigir a reversibilidade, nesses casos, imporia-se sempre o prejuízo definitivo ao autor, sem perquirir sequer da probabilidade de sua pretensão.¹¹¹

108 Cf. ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., p. 101.

109 MARINONI, *Novidades sobre a tutela* cit., p. 106. CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA cita, como exemplo de situação potencialmente irreversível, os alimentos provisionais do art. 852, do estatuto processual (*Comentários* cit., p. 6).

110 “Nos casos limites, (...) embora o possível efeito danoso ao interesse do demandado, não se configura um emprego abusivo da cautela, se efetivamente presentes os pressupostos indispensáveis à sua concessão” (CARLOS ALBERTO ÁLVARO DE OLIVEIRA, *Efetividade e processo cautelar* cit., p. 177).

111 Como bem lembra LUCON, “se a denegação da tutela antecipada puder provocar dano irreparável ou de difícil reparação ao autor, muito superior àquele suportado pelo réu no caso de eventual concessão, a antecipação (...) deve ocorrer. A irreversibilidade deve ser sempre analisada por mais de um ângulo, pois o processo não tem por finalidade tutelar os interesses de apenas um dos sujeitos processuais”. (*Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, pp. 268-269). A esse propósito, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “a exigência da irreversibilidade (...) não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória (sic) não cumprir a excelsa missão a que se destina” (2ª Turma, Resp n. 144.656-ES, rel. Min. ADHEMAR MACIEL, j. 6.10.97, DJU 27.10.97).

A razão para a concessão de medidas urgentes, nessas hipóteses, é fornecida por TOMMASEO:¹¹² “*se non vi è altro modo per evitare un pregiudizio irreparabile a un diritto soggettivo che appaia probabile, si deve ammettere che il giudice possa provocare un pregiudizio anche irreparabile al diritto che gli paia improbabile*”

A opção do julgador, portanto, tende a favorecer aquele direito que se assemelha provável, em detrimento completo daquele que parece inverossímil. E isso só se justifica ante a necessidade irretorquível de se optar por um deles apenas.

Novamente cabível a observação de TOMMASEO,¹¹³ que de tão expressiva não pode ser parafraseada: “(...) *il legislatore preferisce sia evitato un pregiudizio irreparabile a un diritto la cui esistenza appaia probabile anche al prezzo di provocare un danno irreversibile a un diritto che, in sede di concessione della misura cautelare, appaia invece improbabile: in altri termini, il diritto probabile prevale sul diritto improbabile*” (grifos nossos).

Essa difícil escolha, cabível ao juiz da causa, requer deste um exame bastante ponderado dos interesses periclitantes.¹¹⁴ São redobrados o fardo e a responsabilidade de dar a palavra final sobre o conflito efetividade-segurança, nesses casos em que o provimento judicial, baseado apenas em cognição sumária, produzirá efeitos irreversíveis sobre a esfera de direitos de um dos indivíduos.

Nessa tarefa, novamente dispõe o aplicador de mecanismos objetivos úteis. Deve o juiz valer-se de certas regras, que não compõem o ordenamento jurídico-positivo, mas integram o sistema (regras estruturais), ajustando-o conforme as necessidades do caso. Utilizando-nos da nomenclatura de FERRAZ JÚNIOR,¹¹⁵ são *regras de calibração* ou de *ajustamento* do sistema.

A primeira dessas regras é o *juízo do mal maior*, cuja formulação se

112 Intervento no “Colloquio Internazionale”, in *Les mesures provisoires en procédure civile*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 307, *apud* MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 126.

113 *I provvedimenti d’urgenza* cit., p. 155 *apud* MARINONI, *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, ob. cit., p. 126.

114 “Caberá ao juiz, com redobrada prudência, ponderar adequadamente os bens e valores colidentes e tomar a decisão em favor dos que, em cada caso, puderem ser considerados prevalentes à luz do direito. A decisão que tomar, em tais circunstâncias, é mais que antecipação provisória; é concessão ou denegação da tutela em caráter definitivo” (ZAVASCKI, *Antecipação da tutela e colisão* cit., pp. 101-102).

115 *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1994, esp. p. 190.

deve a DINAMARCO.¹¹⁶⁻¹¹⁷ O juiz deve apreciar, em perspectiva, os males produzidos ao pleiteante da medida, caso a tutela seja denegada, assim como os males acarretados à outra parte, na hipótese de concessão. Esse raciocínio deve considerar, ainda, a probabilidade da ocorrência do dano para cada um dos lados, para aferir onde estão os maiores riscos (*juízo do mal mais provável*).¹¹⁸ Aliam-se o juízo do mal maior e do mais provável ao *juízo do direito mais forte*,¹¹⁹ por meio do qual é posto em contraste o peso jurídico representado pelas pretensões de uma e de outra parte.

Dessa forma, a solução a ser encontrada pelo julgador deve tender a evitar, a todo custo, prejuízo irremediável ao interesse que lhe pareça mais valoroso, levando-se em conta, sempre, o grau de probabilidade dos direitos em jogo.

Um exemplo torna fácil a demonstração da utilidade que possuem esses juízos, ante um conflito que exija o sacrifício de um dos interesses envolvidos. É o do beneficiário de um contrato de seguro-saúde que, diante da recusa da empresa-seguradora em custear um tratamento médico necessário à manutenção de sua vida, pretende seja ela compelida a tanto, por meio de uma liminar. A companhia, a seu turno, alega que os efeitos da tutela concedida em favor do segurado seriam irreversíveis, frente à pobreza crônica deste, impeditiva da devolução do valor pago. Entre o efeito irreversível que a antecipação da tutela provocaria sobre o patrimônio da empresa, e a consequência igualmente irreversível que a denegação da medida traria à vida do segurado, a opção deve tender, obviamente, a preservar este último interesse.

É claro que as *regras de calibração* permeiam a atividade jurisdicional em qualquer hipótese em que se ache diante do conflito segurança-efetividade, e não só nos casos-limite.¹²⁰ Isso porque tratando-se de cognição sumária, e portanto de juízo de probabilidade, sempre há um risco¹²¹ inerente à função do juiz. Ocorre, todavia,

116 *O regime jurídico* cit., p. 35.

117 No direito português, como anota LUCON, há uma regra consubstanciadora do juízo do mal maior, segundo a qual “a providência pode, não obstante, ser recusada pelo tribunal, quando o prejuízo resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar” (Código de Processo Civil, art. 387, n. 2 *apud Eficácia das decisões* cit., p. 268).

118 Cf. LUCON, ob. cit., p. 269.

119 Cf. DINAMARCO, ob. cit., p. 35.

120 Afinal, “é evidente que, mesmo observando estes princípios (os princípios de solução elencados no início deste item), fica ainda uma margem muito ampla para uma valoração judicial pessoal” (LARENZ, *Methodenlehre* cit., p. 586). É sobre esse espaço interpretativo que atuam as *regras de calibração*.

121 “O risco assumido (...) reside na hipótese de, produzido o restante da prova, (...) vir o juiz a constatar que aquilo que entendera verossímil, na realidade, total ou parcialmente, não traduzia a real situação, que veio a revelar diferente, ulteriormente” (ARRUDA ALVIM, *Tutela antecipatória* cit., p. 38). “(...) esses riscos não de ser calculadamente aceitos, desde que constituam o custo aceitável de outras vantagens certas” (DINAMARCO, *A instrumentalidade* cit., p. 251).

que seu uso assume vital importância para a resolução dos chamados casos extremos, acima apontados, dada sua especial gravidade sobre a órbita jurídica dos sujeitos processuais.¹²²

O sistema, portanto, dispõe de uma série de mecanismos, postos ao alcance do aplicador do direito, aptos a solucionar o conflito entre os princípios da segurança e da efetividade, no âmbito das tutelas urgentes (cognição sumária). Ao legislador coube a construção de todo um modelo teórico, composto pelos requisitos ordinários das medidas urgentes e pelas balizas legitimadoras da concessão destas. Sem embargo disso, o sistema oferece também algumas *regras de calibração* ou *ajustamento*, por meio das quais é possível a resolução até mesmo dos casos considerados limítrofes.

5 – Conclusão

De acordo com CASTELLS, as últimas décadas do século XX presenciaram a consolidação de uma economia global, dotada da “capacidade de funcionar como uma unidade em tempo real, em escala planetária” A movimentação do capital é administrada em mercados integrados por todo o mundo, funcionando em tempo real pela primeira vez na história. O tempo ainda é acelerado dentro das empresas: “formas flexíveis de gerenciamento, utilização contínua de capital fixo, desempenho intensificado de trabalhadores, alianças estratégicas e conexões interorganizacionais, tudo isso promove a compressão do tempo de cada operação e a aceleração da movimentação de recursos”¹²³

Vivemos em uma sociedade urbana de massas, cujo anseio por bens materiais amplia-se constantemente.¹²⁴ As exigências são cada vez mais diferenciadas,¹²⁵

122 É decorrência lógica do “princípio da proporcionalidade: quanto mais grave for a interferência do provimento na esfera do peticionado, tanto mais rigoroso tem de ser o exame do direito e tanto mais severas hão de ser as exigências a impor a quem cabe tornar críveis as alegações” (BAUR, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, trad. port. de A. E. Laux, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1985, p. 51).

123 *The rise of the network society*, 1996, trad. port. de R. V. Majer, *A sociedade em rede*, 3ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000, pp. 111 e 464.

124 Cf. OVÍDIO BAPTISTA, *Democracia moderna e processo civil* in GRINOVER, DINAMARCO e WATANABE (org.), *Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 102.

125 MARINONI exemplifica com o crescimento exacerbado do setor terciário nas economias modernas, o que levou à multiplicação dos litígios envolvendo obrigações de fazer e não-fazer (*Tutelas diferenciadas* cit., p. 139). Esses conflitos, no entender de BARBOSA MOREIRA, são alguns dos que põem à prova o sistema tradicional de proteção aos direitos, exigindo tutelas preventivas (*Tutela sancionatória* cit., p. 23).

e seu atendimento demanda, com freqüência, uma velocidade nunca antes vista.¹²⁶ Com esse contexto não se coaduna a morosidade tradicional do procedimento ordinário.¹²⁷

Nessa esteira, o problema da concessão de tutelas calcadas em cognição sumária vem assumindo enorme relevo. Presenciamos uma notável expansão do seu campo de aplicabilidade, frente às novas e peculiares necessidades da sociedade contemporânea.¹²⁸

As implicações dessa evolução no campo do processo civil são imensas.¹²⁹ O tempo necessário a uma cognição exauriente e plena antes de qualquer provimento tornou-se um inconveniente, ante as novas necessidades das relações de direito material.¹³⁰ Daí a expansão do uso das tutelas urgentes, como técnica de sumarização apta a afastar o mal causado pela demora da prestação jurisdicional.¹³¹

A ampliação do recurso à cognição sumária atende à necessidade de adaptação dos procedimentos às vicissitudes dos direitos materiais, que é, de resto, a justificativa para a adoção das tutelas diferenciadas em geral.

Essa disseminação do uso das medidas de urgência torna essencial, ao jurista, o equacionamento do problema relativo ao binômio efetividade-segurança. Esse foi o propósito a que orientado o presente estudo. Sempre que se ache diante da possibilidade de concessão de uma medida dessa natureza, presente estará o conflito entre esses princípios, tão caros à ordem jurídica.¹³² A busca de mecanismos de solução

126 Sobre o tema da velocidade das relações econômicas e suas implicações no mundo do direito v. MACEDO JÚNIOR, *Sociologia jurídica e teoria do direito: a teoria relacional e a experiência contratual*, tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1997, esp. pp. 105-121).

127 "A redescoberta das tutelas sumárias (...), portanto, decorre da não adaptação de um sistema de distribuição de justiça à evolução da sociedade". (MARINONI, *Tutelas diferenciadas* cit., p. 136).

128 "Seu âmbito de aplicação amplia-se constantemente: vai desde a proteção à honra e à personalidade, da proteção à empresa industrial e aos direitos referentes a bens imateriais, contra a concorrência desleal, desde a imposição de compromissos concernentes aos preços na distribuição de produtos do mercado, à obstrução de mudança anticontratural de local de trabalho, à regulação de disputas políticas ou científicas, até a condenação a pagamentos provisionais no direito alimentar ou no da reparação do dano. Frente a este campo 'moderno' de aplicação da medida cautelar, as controvérsias, muitas vezes de fundo emocional, entre vizinhos e entre senhorios e inquilinos, passam para o segundo plano; a Economia e a Política descobriram a medida cautelar e a elegeram para um dos seus meios de combate" (BLAIR, ob. cit., p. 13).

129 Cf. OVÍDIO BAPTISTA, *Democracia moderna* cit., p. 103.

130 Cf. BEDAQUE, *Direito e processo* cit., p. 113.

131 Cf. BEDAQUE, *Tutela cautelar e tutela antecipada* cit., p. 357.

132 Cf. BEDAQUE, ob. cit., p. 87.

deve pautar as preocupações do operador do direito, atento que esteja às necessidades do sistema processual.

Essa tarefa, contudo, exige dele exacerbada prudência.¹³³ Nunca é demais lembrar que do outro lado do conflito estão as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, indispensáveis para que o resultado do processo seja justo. A ânsia pela efetividade do acesso à justiça, tendente a constituir “procedimentos modernos e eficientes” traz sempre o perigo de que as demais garantias processuais sejam abandonadas.¹³⁴⁻¹³⁵

Jamais se deve perder de vista que as modalidades de procedimento tradicionais, fundadas em cognição plena e exauriente, constituíram-se, ao longo de séculos de esforços, para prevenir abusos e arbitrariedades. Muito embora as vias ordinárias estejam bem longe do funcionamento ideal, especialmente face às novas premências da sociedade contemporânea, elas não deixam de desempenhar alguns importantes objetivos, que não podem ser esquecidos.¹³⁶

Essas considerações devem informar a atividade do aplicador do direito. Em cada caso, a harmonização do conflito entre segurança e efetividade deve preservar, em grau máximo, todos os ditames do devido processo legal, em igualdade de condições a ambas as partes.

O que está em jogo não é só o interesse individual dos sujeitos processuais, apesar de ser ele o imediato e precípuo responsável pelos cuidados que permeiam a atividade jurisdicional. Ao lado disso, está o risco assumido pelo próprio sistema processual, que pode ver seu resultado largamente prejudicado. Quer porque inútil, quer porque injusto, o provimento estaria deixando de cumprir sua função instrumental, na medida em que inepto à consecução dos escopos do processo, sociais, políticos, e jurídico.¹³⁷

133 ARRUDA ALVIM faz o apelo para que o juiz atenda a esse “velho e nunca desgastado valor”, que é “uma das mais relevantes virtudes que pode ter um juiz, a informar a sua atividade jurisdicional”. (*Tutela antecipatória* cit., p. 23).

134 Cf. CAPPELLETTI e GARTH, *Access to justice* cit., p. 163.

135 BEDAQUE sintetiza o dilema: “adequar o sistema processual às necessidades do direito material, que requer soluções cada dia mais rápidas, sem que isso implique, todavia, sacrifício indevido da posição de um dos sujeitos parciais da relação processual”. (*Garantia da amplitude de produção probatória*, in CRUZ E TUCCI (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 165).

136 Cf. CAPPELLETTI e GARTH, ob. cit., p. 164.

137 Sobre o tema, sempre, DINAMARCO, *A instrumentalidade* cit., esp. pp. 149-223.

Nunca se disse ser fácil a tarefa do juiz. “Nessas situações em vias de transformação, ou já transformadas, altera-se inevitável e profundamente a missão do juiz e conseqüentemente, os componentes, as peculiaridades e as estruturas de seu raciocínio. Além disso, nesse mundo globalizado é inevitável que o juiz se veja ao centro de muitos problemas novos e no ponto de encontro de tendências diferentes e conflitantes (...). Em uma palavra: o juiz não tem mais à sua disposição uma imagem simples e ordenada do mundo, à qual possa reportar-se como *pano-de-fundo* de seus raciocínios”¹³⁸

Dáí a importância, frise-se, do labor em torno do aprimoramento e sistematização das técnicas¹³⁹ tendentes a solucionar a tensão do binômio efetividade-segurança, estabelecida em face da opção entre um procedimento de cognição sumária e outro de cognição exauriente. É o equacionamento dessas exigências opostas,¹⁴⁰ facilitado em larga escala pela identificação dos limites dentro dos quais a tutela sumária deve ser concedida, que permitirá ser a tutela jurisdicional apta a cumprir fiel e integralmente todas as suas funções perante o direito, o Estado e a sociedade, especialmente seu primordial escopo perante esta última: eliminar conflitos segundo os ditames da justiça.

São Paulo, maio de 2003.

138 TARUFFO, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Curitiba, IBEJ, 2001, pp. 39-40.

139 Técnica processual essa bem entendida em seu sentido teleológico. É preciso sempre manter acesa a “consciência de que ela está posta e há de ser empregada empiricamente a serviço dos diversos escopos predeterminados (do processo)” (DINAMARCO, ob. cit., p. 226).

140 “Essas exigências opostas ligam-se a dois diferentes escopos do processo e o equilíbrio que se pretende constitui reflexo do entrosamento harmonioso que a ordem positiva há de dar à necessidade de atuar a vontade da lei e ao interesse social em pacificar, eliminando o conflito” (DINAMARCO, ob. cit., p. 232).

6 – Bibliografia

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz, *Medidas cautelares inominadas*, in *Revista brasileira de direito processual*, 57/33.

ARMELIN, Donaldo, *Tutela jurisdicional diferenciada*, in *RePro* 65/45.

_____. *Responsabilidade objetiva no código de processo civil*, in J. R. Cruz e Tucci (org.), *Processo civil – evolução – 20 anos de vigência*, São Paulo, Saraiva, 1995.

ARRUDA ALVIM, José Manuel, *Tutela antecipatória – algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas*, in T. A. A. WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

BARBOSA, Rui, *Oração aos moços*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Ediouro, 1997.

BARROS, Suzana de Toledo, *O princípio de proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996.

BAUR, Fritz, *Studien zum einstweiligen Rechtsschutz*, 1967, trad. port. de A. E. Laux, *Tutela jurídica mediante medidas cautelares*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1985.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e processo (influência do direito material sobre o processo)*, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____. *Garantia da amplitude de produção probatória*, in J. R. Cruz e Tucci (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, São Paulo, Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio, *Limites ao poder do juiz nas cautelares antecipatórias*, in *Revista brasileira de direito processual*, 56/45.

CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, 1936, trad. port. de C. R. A. Bassi, *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*, Campinas, Servanda, 2000.

_____. *Diritto processuale civile*, trad. port. de L. Abezia e S. D. F. Barbery, *Direito Processual Civil*, v. III, Campinas, Bookseller, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, MAURO e GARTH, Bryant, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1978, trad. port. de E. G. Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

- CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e processo*, Napoli, Morano, 1958.
- CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973.
- CASTELLS, Manuel, *The rise of the network society*, 1996, trad. port. de R. V. Majer, *A sociedade em rede*, 3ª ed., São Paulo, Paz e Terra, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Ação monitoria*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*, in *Repro* 66/72.
- DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do processo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. *A reforma da reforma*, São Paulo, Malheiros, 2002.
- _____. *A reforma do código de processo civil*, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*, 3ª ed., t. I, São Paulo, Malheiros, 2000.
- _____. *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Malheiros, 2001.
- _____. *O regime jurídico das medidas urgentes*, in *RF* 356/29.
- _____, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e GRINOVER, Ada Pellegrini, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, 1978, trad. port. de N. Boeira, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*, São Paulo, Atlas, 1994.
- GARTH, Bryant e CAPPELLETTI, Mauro, *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*, 1978, trad. port. de E. G. Northfleet, *Acesso à justiça*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.
- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *O princípio da ampla defesa no processo civil, penal e administrativo*, in *O processo em sua unidade – II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- _____, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.
- LACERDA, Galeno, *Comentários ao código de processo civil*, 4ª ed., v. VIII, t. I, Rio de Janeiro, Forense, 1992.
- LARENZ, Karl, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 1991, trad. port. de J. Lamego, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Unità del procedimento cautelare*, in *Problemi del processo civile*, Milano, Morano, 1962.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, *Eficácia das decisões e execução provisória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto, *Sociologia jurídica e teoria do direito: a teoria relacional e a experiência contratual*, tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 1997.

MARCATO, Antonio Carlos, *O processo monitorio brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme, *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*, São Paulo, Malheiros, 1995.

_____ *Novidades sobre a tutela antecipatória*, in *Repro* 69/105.

_____ *Observações sobre a tutela antecipatória*, in *Repro* 79/104.

_____ *Tutela cautelar e tutela antecipatória*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

_____ *Tutelas diferenciadas e realidade social*, in H. W. Rodrigues (org.), *Lições alternativas de direito processual*, São Paulo, Acadêmica, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, in *RePro* 35/231.

_____ *Notas sobre o problema da "efetividade" do processo*, in A. P. Grinover et al., *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário*, São Paulo, Saraiva, 1982.

_____ *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, in *Temas de direito processual*, 2ª série, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

_____ *Os princípios do direito processual civil na constituição de 1988*, in J. Tubenchlak e R. Bustamante (org.), *Livro de estudos jurídicos*, v. 4, Rio de Janeiro, Instituto de Estudos Jurídicos, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do processo civil na constituição federal*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de, *Efetividade e processo cautelar*, in *Ajuris* 61/175.

_____ *Comentários ao código de processo civil*, 3ª ed., v. VIII, t. II, Rio de Janeiro, Forense, 1988.

_____ *Garantia do contraditório*, in J. R. Cruz e Tucci (org.), *Garantias constitucionais do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

PORTANOVA, Rui, *Princípios do processo civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

PROTO PISANI, Andréa, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1979.

REALE, Miguel, *Filosofia do direito*, v. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1962.

SICHES, Luis Recaséns, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973.

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

_____ *Do processo cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

_____ A "plenitude de defesa" no processo civil, in S. de F. Teixeira (org.), *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993.

_____ *Democracia moderna e processo civil*, in A. P. Grinover, C. R. Dinamarco e K. Watanabe (org.), *Participação e processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de, *Segurança jurídica e jurisprudência – um enfoque filosófico-jurídico*, São Paulo, Letras Trabalhistas, 1996.

TARUFFO, Michele, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Curitiba, IBEJ, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *O processo civil brasileiro no limiar do novo século*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

TOMMASEO, Ferruccio, *I provvedimenti d'urgenza – struttura e limiti della tutela anticipatoria*, Padova, Cedam, 1983.

WARAT, Luis Alberto, *O direito e sua linguagem*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo, *Da cognição no processo civil*, 2ª ed., Campinas, Bookseller, 2000.

_____ *Tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer*, in *Revista especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, v. 1, 1997.

ZAVASKI, Teori Albino, *Antecipação da tutela*, São Paulo, Saraiva, 2000.

_____ *Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais*, in T. A. A. WAMBIER (org.), *Repertório de doutrina e jurisprudência sobre liminares*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

COISA JULGADA E JUSTIÇA DAS DECISÕES¹

Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes

Mestrando em Direito Processual Civil na Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo.

Advogado em São Paulo.

Resumo:

O instituto da coisa julgada, instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, não pode ser interpretado isoladamente, sem atentar-se para outros princípios e garantias constitucionais, em especial a de *acesso à ordem jurídica justa*. A concepção de que a coisa julgada *facit de nigro album et de albo nigrum* cede ante situações nas quais haja séria violação à Constituição, com a imposição ao mundo da vida de uma situação absurda e incompreensível ao homem comum.

Abstract:

The institute of the *res judicata* is an instrument in the act or rendering effective the principle of judicial safety; it can not be interpreted separately, without attention being paid to other constitutional principals and warranties, especially *the access to fair judicial order*. The idea that the *res judicata facit de nigro album et de albo nigrum* yield before situations where serious violations of the Constitution occur, with the imposition to the world of a life of an absurd and incomprehensible situation to the ordinary man.

Unitermos: Justiça; coisa julgada; segurança jurídica; princípios e garantias constitucionais; relativização da coisa julgada.

“Na vida da ciência – da ciência jurídica ou de qualquer outra – não há, nem pode haver, ponto de repouso definitivo. O que antes se tiver virado do avesso pode sempre, a todo tempo, ser revirado: não no sentido de dar marcha à ré, de abrir mão do avanço consumado, de desprezar as recentes conquistas; mas no de averiguar se, com a ajuda das novas lentes, porventura não se obtêm, olhando noutra direção, quiçá no sentido contrário, imagens também novas e igualmente enriquecedoras”

(José Carlos Barbosa Moreira, A Justiça e nós, p. 3)

1. Trabalho vencedor do “Prêmio do Departamento de Direito Processual” da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no ano de 2001. E-mail para contato: bvl@dinamarco.com.br.

1. Introdução.

Em 1904, ao discorrer sobre a coisa julgada, Giuseppe Chiovenda iniciou seu texto com estas palavras: “*della cosa giudicata dirò poche cose ed assai brevemente; perchè sul vatissimo tema poco ormai resta a dire, che non sia inutile*” (destaque nosso).²

O grande número de estudos desenvolvidos sobre esse instituto no decorrer do século passado demonstraram o erro de tal assertiva. Muitas foram as transformações no modo como a natureza, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, entre outros aspectos, são interpretados pela doutrina e aplicados ao caso concreto.

O presente estudo, na esteira de recentes trabalhos doutrinários e manifestações da Jurisprudência, busca interpretar o instituto de modo sistemático, em consonância com os demais princípios e institutos integrantes do ordenamento jurídico pátrio, em especial com a garantia constitucional do *acesso à ordem jurídica justa* (CF, art. 5º, inc. XXXV).³

Nessa linha, serão tecidas primeiramente algumas considerações acerca do conceito de Justiça e da sua aplicação ao caso concreto. Adiante, após uma análise dos elementos estruturais da coisa julgada e dos preconceitos da doutrina tradicional acerca de seu caráter absoluto, buscar-se-á conciliar a coisa julgada com os demais princípios fundamentais informadores de nosso sistema jurídico.

2. O Conceito de Justiça.

A eterna busca por um conceito de Justiça reflete o anseio dos juristas por um parâmetro, um “*código doador de sentido*”⁴ capaz de avaliar a legitimidade do Direito Positivo. Um sentido que permaneça firme perante a mutabilidade da ordem social e da vontade dos governantes.⁵

2. *Sulla cosa giudicata*, p. 399.

3. Tal expressão, já corrente nos estudos de direito processual, é atribuída a Kasuo Watanabe, cfr. *Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas*, p. 161. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, ela significa a “*abertura de caminhos para obter soluções justas para conflitos e eliminação de estados de insatisfação – justas porque conformes com os padrões éticos e sociais da nação*” (*Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa*, p. 251).

4. Cfr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 350.

5. Cfr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, pp. 350-351. Em interessante ensaio acerca da gênese do sentimento de Justiça no ser humano, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR considera-a, entre outros aspectos, como reflexo de um sentimento anterior, a inveja. Da inveja de um indivíduo em face da condição de outro emergiria a vontade de equiparação e, como decorrência, o sentimento de justiça. Cfr. *Justiça como retribuição – da razão e da emoção na construção do conceito de justiça*, pp. 385-389.

A palavra justo remete a proporção, exata medida, harmonia, adequação.⁶ Nessa linha, é o conceito de Justiça fornecido pelo livro I, título I, das Institutas de Justiniano: “*justiça é a vontade constante e perpétua de dar o seu direito a cada um*”⁷ Tal conceito é reafirmado no título I, parágrafo 3º ao serem enunciados os preceitos jurídicos que devem informar a vida de todos os seres humanos: “*viver honestamente, não ofender a outrem, dar a cada um o que é seu*”⁸

Na História do conceito de Justiça, tal fórmula une-se à amplamente difundida concepção aristotélica. Para o filósofo grego, a Justiça pode ser vista sob duas perspectivas distintas, a Justiça comutativa, “*que obedece relação absoluta, numérica ou aritmética*”⁹ e a Justiça distributiva, “*de caráter corretivo, destinada a reger, proporcionalmente, as relações sociais em função do devido a cada um segundo seus méritos ou responsabilidades*”¹⁰ Essa última seria a Justiça das relações sociais, a Justiça do Direito, por meio da qual seria implementada a igualdade entre os seres humanos.¹¹

Não-obstante as inúmeras divergências entre as diversas teorias formuladas sobre o tema, as clássicas idéias do dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*), e do tratar os iguais na medida de suas desigualdades constituem cerne fixo de quase todas elas. A diferença básica entre os diversos conceitos de Justiça consiste no preenchimento do espaço deixado por essas fórmulas, nos parâmetros determinadores do que é o de cada um e na delimitação das desigualdades relevantes¹². Nas palavras

6. Cfr. GOFFREDO TELLES JÚNIOR, *A folha dobrada*, p. 153. “*La justicia lo mismo en un sentido restringido, que en una acepción lata -, es entendida casi siempre como una armonia, como una igualdad proporcional, como una medida armónica de cambio y de distribución*” (LUIS RECASÉNS SICHES, *Estudios de filosofía del derecho*, p. 385).

7. SPENCER VAMPRE, *Institutas do imperador Justiniano*, p. 3.

8. SPENCER VAMPRE, *Institutas do imperador Justiniano*, p. 4.

9. MIGUEL REALE, *Nova fase do direito moderno*, p. 10.

10. MIGUEL REALE, *Nova fase do direito moderno*, p. 10. Como bem observado por Rui Barbosa, “*a regra da igualdade não coexiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam*” (*Oração aos moços*, p. 418).

11. Cfr. GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, pp. 159-162.

12. “*As discussões modernas sobre a justiça costumam encarar-la sob dois aspectos que poderíamos classificar da seguinte maneira. No seu aspecto formal, ela aparece como um valor ético-social de proporcionalidade em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas, se exige a atribuição a alguém daquilo que lhe é devido. Trata-se da idéia clássica do suum cuique tribuere, que reclama, porém, num segundo aspecto, a determinação daquilo que é devido a cada um. A conformidade ou não com critérios sobre o que e a quem é devido é o problema do aspecto material da justiça*” (TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 351). Para Luis Recaséns Siches, concepções de Justiça alicerçadas nas fórmulas aventadas trazem

de Luis Recaséns Siches: “*el problema capital sobre la justicia no radica en la teoría de ella, sino el la medida de estimación que ella postula*”¹³

Na tentativa de enunciar critérios para resolver tal problema, Goffredo Telles Júnior concebe duas modalidades de Justiça, o justo por convenção, que “*é aquilo que é tido como justo porque assim se convencionou*”¹⁴ e o justo por natureza, que deflui da “*simples natureza das coisas*”¹⁵ No entanto, à medida que essas concepções podem oferecer soluções distintas, de nada adianta traçar a diferenciação sem optar pela prevalência de alguma delas. Tal é o cerne da infundável disputa entre jusnaturalistas e positivistas, esses pregando a prevalência do justo por convenção, aqueles do justo por natureza.

No Brasil, país de tradição essencialmente positivista, um grupo de juízes, pertencentes na sua maioria à região sul do país, passou a apregoar que o justo por natureza deve prevalecer a qualquer custo, devendo-se desprezar a lei quando a solução nela contida revelar-se insatisfatória. A tal movimento, que deita raízes na *Escola do Direito Livre*, nascente na Alemanha no início do século passado,¹⁶ denominou-se *Escola do Direito Alternativo*.¹⁷

diferentes resultados porque “*la mera idea de la igualdad o proporcionalidad no nos suministra el criterio de medida, el principio para apreciar y promover esa armonía; esto es, no nos suministra el punto de vista desde el cual se deba atender a la igualación*” (*Estudios de filosofía del derecho*, p. 387). Segundo Herbert L. A. Hart, “*embora ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes’ seja um elemento central na ideia de justiça, ele é em si mesmo incompleto e, até ser complementado, não permite nenhum guia determinado para a conduta. Tal sucede assim porque, em qualquer conjunto de seres humanos, eles assemelham-se entre si em alguns aspectos e diferem entre si noutros e, até que estejam estabelecidas que semelhanças e que diferenças são relevantes ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’ permanecerá uma fórmula vazia*” (*The concept of law*, pp. 173-174). Por fim, para Miguel Reale, “*o suum cuique tribuere, longe de ser uma solução, é antes um enunciado de problemas, pois fica sempre de pé saber o que é seu de cada um, em sua individualidade concreta; como é possível atribuir algo a cada um sem se levar em conta o atribuível proporcionalmente aos demais; e, finalmente, como é que a atribuição pode e deve ser feita em razão das circunstâncias ocorrentes. Cada um desses elementos não implica apenas distintos critérios formais, mas também ‘variáveis conjunturais’ dependentes de lugar e de tempo, duas coordenadas insuprimíveis da experiência*” (*Nova fase do direito moderno*, p. 41).

13. *Estudios de filosofía del derecho*, p. 387.

14. *A folha dobrada*, p. 155.

15. *A folha dobrada*, p. 156. Quanto ao justo por natureza, como observa Goffredo Telles Júnior, problema maior que sua diferenciação do justo por convenção consiste em encontrar sua substância, aquilo que verdadeiramente constitui a essência das coisas: “*como é difícil saber, muitas vezes, o que é seu verdadeiramente! O que sabemos, sim, com segurança, é o que é seu por convenção*” (*A folha dobrada*, p. 157).

16. Cfr. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 77-83.

17. Apesar de ter encontrado inúmeros adeptos pelo País afora, tal escola recebeu inúmeras críticas, dentre elas a de Goffredo Telles Júnior: “*o poder não fundado na lei, o poder contra a lei, é o poder discricionário. É e xatamente, o poder que odiamos, porque é o poder dos ditadores e dos tiranos. É o*

Em contrapartida, para Hans Kelsen, “o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade”¹⁸ Como o alcance da felicidade pelos seres humanos não é proporcionado pelos mesmos bens da vida, a Justiça seria um valor relativo, dependente da concepção particular de cada indivíduo, o que impediria a construção de uma ordem social considerada justa por todos.¹⁹ Dentre os diversos valores que informam a conduta humana em busca da felicidade, alguns são eleitos pelo legislador como fundamentais. Tais valores são consubstanciados em normas jurídicas positivas, as quais, para o jurista austríaco, são o único parâmetro de que se dispõe para avaliar de modo objetivo e seguro a Justiça de um evento.²⁰ Sob esse prisma, “o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem”²¹ Sendo o direito posto o parâmetro para a aferição do justo, a única solução injusta seria aquela que afastasse a aplicação do direito positivo.

Na obra de Gustav Radbruch encontra-se solução que, de certa forma, concilia as vertentes expostas. Segundo o célebre jurista alemão, o estabelecimento dos parâmetros substanciais do conceito de Justiça é realizado pelos princípios fundamentais que informam certa ordem social, os quais variarão de acordo com o momento histórico e com os fins a que a sociedade almeja alcançar. Em conjunto com as idéias de Justiça e de finalidade, diante da mutabilidade dos fins passíveis de serem eleitos, assoma a idéia de segurança, a qual, tendo como instrumento o direito positivo, estabiliza e torna objetivos os fins a serem perseguidos pela sociedade. Ou seja, a Justiça ganha um sentido concreto à medida que balizada por valores abarcados pelo Direito Positivo. Para Gustav Radbruch, essa seria a coordenação normal entre Justiça, fim e segurança. No entanto, tal sincronia não é absoluta. Em situações excepcionais, nas quais o respeito a essa ordem provoca grande ofensa a um desses prismas, especialmente nos casos de grave ofensa à Justiça, ela pode ser momentaneamente quebrada.²²

poder que odiamos, mesmo quando esse poder esteja nas mãos de juízes. Sim, é certo, situações de injustiça social existem, por toda a parte. E não há dúvida que a justiça humana é imperfeita. Mas, ainda mais imperfeita e tornará, se ela for entregue ao arbítrio dos juizes” (A folha dobrada, p. 162).

18. HANS KELSEN, *What is justice?*, p. 2.

19. HANS KELSEN, *What is justice?*, pp. 2-5. Cfr., ainda, HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 39; EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, p. 39.

20. HANS KELSEN, *What is justice?*, pp. 3-4.

21. HANS KELSEN, *What is justice?*, p. 4.

22. *Rechtsphilosophie*, pp. 159-168.

A partir do pensamento de Gustav Radbruch, no capítulo seguinte, ao se falar da Justiça aplicada ao caso concreto, expor-se-á uma proposta de balanceamento entre o justo por natureza e o justo por convenção.

3. A Justiça aplicada ao Caso Concreto.

Após ter violentado uma jovem donzela, um dos cavaleiros do rei Artur foi submetido ao julgamento da rainha e de suas damas. Elas resolveram poupar a vida do cavaleiro caso ele encontrasse no prazo de um ano e um dia a resposta para esta pergunta: “*o que é que quase todas as mulheres mais desejam?*” Passado um ano, chega o último dia e o cavaleiro dirige-se em direção ao castelo da rainha sem ter encontrado resposta alguma. No caminho, o cavaleiro defronta-se com “*uma bruxa tão feia quanto a imaginação possa inventar*”, a qual, após saber do apuro em que o cavaleiro se encontra, diz conhecer a resposta para a questão, mas que apenas a revelará caso o cavaleiro dê sua palavra de que “*seja qual for a coisa que eu vos peça em seguida, a fareis se estiver ao vosso alcance*” Posto mais uma vez diante de duas alternativas (ser degolado a mando da rainha ou o desejo da bruxa, fosse qual fosse), o cavaleiro escolhe a segunda, e fica então conhecendo o segredo: “*quase todas as mulheres desejam ser soberanas e governar acima de seus maridos e impor o seu modo de amar*” Satisfeitas a rainha e as damas da corte com a resposta, a bruxa exige do cavaleiro que ele case com ela. Na noite de núpcias, a bruxa volta a propor duas alternativas ao cavaleiro: “*ou a aceita tão feia como é, e ela será uma esposa fiel e obediente toda a sua vida, ou transformar-se numa jovem e formosa donzela mas nunca lhe será fiel*”. Após ponderar algum tempo entre as duas alternativas, o cavaleiro não escolhe nem uma nem outra, mas se recusa a escolher. Nesse instante, a bruxa transforma-se numa bela jovem e também numa esposa fiel e obediente.²³

Tal é o dilema para o qual positivistas e jusnaturalistas ofertam soluções salomônicas. Diante da possível oposição entre a norma jurídica positiva e o justo por natureza, essas duas correntes filosóficas adotaram posicionamentos extremos. O ideal é a conciliação de ambos os valores. Diante de determinado caso concreto, não deve o juiz optar entre a beleza e a fidelidade, entre o justo e o direito positivo, seu dever é buscar nos lindes do Direito Positivo uma solução justa, aplicar o Direito Positivo com Justiça.

23. Cfr. PAUL WATZLAWICK – JANET HELMICK BEAVIN – DON D. JACKSON, *Pragmatics of human communication – A study of interactional patterns, pathologies, and paradoxes*, pp. 209-210.

Observemos a questão à luz da teoria de Hans Kelsen acerca da interpretação da norma jurídica. Para esse jurista, a norma pode ser vista como uma moldura, na qual podem ser enquadrados diversos posicionamentos, diferentes soluções para o caso concreto. Diante da natureza fundamentalmente relativa da Justiça, qualquer decisão que se encaixe na moldura seria conforme o Direito, sendo impossível demonstrar cientificamente ser outro o enquadramento justo, correto.²⁴

A imagem da norma jurídica como uma moldura é interessante e de grande utilidade pois, diante (i) da linguagem não científica utilizada pelo legislador,²⁵ (ii) da existência de termos jurídicos de conteúdo indeterminado no seio do texto normativo,²⁶ (iii) da necessidade de recorrer-se ao senso comum, à ciência e à experiência pessoal e coletiva como fonte para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, o reconhecimento do fatos relevantes para o deslinde da demanda²⁷ e a correta motivação das decisões judiciais,²⁸ e, principalmente, (iv) do dever do juiz de interpretar as normas jurídicas sob os diversos prismas hermenêuticos (teleológico, sistemático, histórico e gramatical), o ordenamento jurídico, na grande maioria dos casos, expõe diferentes soluções para o caso concreto. Não-obstante, ao contrário do defendido por Hans Kelsen, nem todas as soluções encontradas no processo hermenêutico são satisfatórias. Como já observado, uma interpretação conjunta dos valores subjacentes ao Direito Natural e ao Direito Positivo implica considerar que, diante do caso concreto, deve o juiz buscar nas normas jurídicas, nos princípios constitucionais, no ordenamento jurídico como um todo,²⁹ a solução que se revele mais justa.³⁰

24. *Reine Rechtslehre*, pp. 465-467.

25. Conforme expõe Paulo de Barros Carvalho, enquanto o cientista do direito exprime-se em linguagem científica, precisa, o legislador exprime-se em linguagem técnica, com forte assento no discurso natural mas aproveitando diversos termos advindos da linguagem científica, cfr. *Curso de direito tributário*, pp. 4-8.

26. Acerca dos termos jurídicos indeterminados e de sua diferenciação dos atos discricionários, cfr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*, pp. 605-622; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Discricionariedade judicial*, pp. 187-195; EROS ROBERTO GRAU, *O direito posto e o direito pressuposto*, pp. 141-166.

27. "A apreciação da prova está condicionada a um grau de subjetividade tão alto, que esta razão por si só exclui toda possibilidade de calcular antecipadamente com certeza o resultado de casos em que existam fatos controvertidos" (ALF ROSS, *On law and justice*, pp. 69-70).

28. Cfr. MICHELLE TARUFFO, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, pp. 101-118.

29. O ordenamento jurídico é aplicado como um todo ao caso concreto, como uma totalidade sistematicamente estruturada dentro da qual deve se buscar a solução mais justa. Cfr. DAVID SCHNAID, *A interpretação jurídica constitucional (e legal)*, p. 32-35.

30. "Uma coisa é o respeito à lei, devido por parte do juiz não menos que por parte de todos os membros da comunidade; outra, bem distinta, é o fetichismo do texto legal. Afigura-se bastante, em

O juiz não pode prostrar-se diante do caso concreto como uma máquina insensível.³¹ Sua atividade desenvolve-se com o objetivo de *pacificar com Justiça* o conflito de interesses submetido a sua apreciação.³² Para tanto, não pode o julgador acomodar-se. Sob os influxos da *lógica de lo razonable*,³³ o juiz moderno é desafiado

geral, o espaço deixado por este ao trabalho hermenêutico; e por via de interpretação não raro se chega a resultado suscetível de conjugar em casamento harmonioso legalidade e justiça. Atente o juiz, como é mister, no mandamento do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil; aplique a lei com os olhos postos nos fins sociais a que ela se dirige e nas exigências do bem comum – e o dilema, na esmagadora maioria dos casos, se mostrará mais aparente que real. Minha experiência pessoal de julgador, por quinze anos, no Tribunal de Justiça de meu Estado, persuadiu-me de que, quando supunha defrontar-me com a angustiada necessidade de escolher entre solução injusta e solução ilegal, a raiz do problema quase nunca se situava na realidade, mas em meu próprio espírito: era eu que não estava sabendo dar à lei interpretação correta – nem, portanto, equacionar devidamente a questão. Refazendo os passos do raciocínio, não se tornava difícil, em regra, achar saída que me livrasse da terrível opção” (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O juiz e a cultura da transgressão*, p. 260). “Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (a mens legis nem sempre corresponde à mens legislatoris); deve ‘pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça’ e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol da justiça é que deve conformar-se” (ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA – ADA PELEGRINI GRINOVER – CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 35). Cfr., ainda, LUIS RECASÉNS SICHES, *Tratado general de filosofía del derecho*, pp. 660-661; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, p. 161; DAVID SCHNAID, *A interpretação jurídica constitucional (e legal)*, p. 30; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Embargos à execução contra a fazenda pública – extensão da matéria argüível – princípios constitucionais em conflito – proporcionalidade ou razoabilidade – coisa julgada e justa indenização – princípio de justiça e moralidade*, pp. 122-124. Essas são as razões que levaram FRANCESCO CARNELUTTI considerar ser preferível a um povo ter leis injustas e bons juízes do que maus juízes e leis justas. Cfr. LUIS RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, p. 130.

31. “*La función valoradora no está reservada exclusivamente al legislador. Por el contrario, la función valoradora penetra, permea e impregna todos los grados en la producción del Derecho. La función del juez en este sentido, aun manteniéndose, como debe hacerlo, dentro de la obediencia al Derecho positivo válido y vigente, es siempre creadora; pues se alimenta de un rico complejo de valoraciones particulares sobre los puntos singulares”* (LUIS RECASÉNS SICHES, *Introducción al estudio del derecho*, p. 260). “*O magistrado não é amanuense da lei, com mera função de conferir fatos com significções legais, aplicando textos com a insensibilidade das máquinas. A própria lei confere função singular ao magistrado, quando estabelece que, na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Em outras palavras, a lei deve ser, nas mãos de seu aplicador, um instrumento de realização do bem social, porque o rigorismo da interpretação dos textos legais pode, muitas vezes, nos conduzir ao descompasso com a realidade, o que significaria o primeiro passo para uma injustiça”* (STJ, 4ª Turma, Resp. n. 299/RJ, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, j. 28.8.89, v.u., in *Revista do Superior Tribunal de Justiça* 4 (1989), p. 1.559).

32. A atividade jurisdicional está submetida ao alcance de escopos jurídicos, políticos e sociais. Dentre eles destaca-se a *pacificação com justiça*, finalidade última para a qual deve o processo dirigir-se. Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, pp. 159-162.

33. Tal é o método de raciocínio de grande utilidade proposto por LUIS RECASÉNS SICHES. Eis sua características: (i) é profundamente influenciado pela realidade concreta do mundo em que opera; (ii) está impregnado de valorações, de critérios axiológicos, os quais se referem a uma situação humana real, concreta, e constituem base de apoio para a formulação de fins para a atividade jurisdicional; (iii) tais

a assumir cada vez mais um papel ativo e criativo na interpretação da lei, adaptando-a, em nome da Justiça, aos princípios e valores de seu tempo.³⁴

No limite dessas questões encontra-se a hipótese em que, após todo o labor hermenêutico do aplicador da lei, não foi possível encontrar amparo para a solução que no seu sentir é a mais justa. Nesse caso, diante da necessária busca de conciliação entre os valores segurança e Justiça, deve em regra, como última ratio, a decisão injusta mas conforme o direito prevalecer.³⁵ No entanto, excepcionalmente, em hipóteses de

fins não se apóiam somente em valorações, mas também nas possibilidades oferecidas pela realidade humana concreta; (iv) está regido por razões de adequação entre (a) a realidade social e os valores, (b) entre os valores e os fins, (c) entre os fins e a realidade social concreta, (d) entre os fins e os meios predispostos para o alcance desses fins, a adequação dos meios, sua correção ética e sua eficácia; (v) por fim, a *lógica de lo razonable* está orientada pela experiência de vida humana e pela experiência histórica e se desenvolve instruída por essa experiência. Cfr. *Introducción al estudio del derecho*, pp. 258-259.

34. Cfr. MICHELLE TARUFFO, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, p. 118. Ao analisar o caso concreto, deve o juiz ater-se aos interesses substanciais em jogo, sem se perder em conceitualismos. Tal é a tônica da *jurisprudência dos interesses*, em contraposição ao defasado e retrógrado prisma metodológico da *jurisprudência dos conceitos*. Cfr. KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, pp. 63-77; CELSO LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos*, pp. 57-58; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito – introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*, pp. 379-382; MIGUEL REALE, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, p. 15.

35. “Toda vez que o magistrado se defronta com uma controvérsia, com um interesse resistido, deve idealizar a solução mais justa para o caso concreto. Ele deve partir para a fixação do desiderato, inicialmente, de acordo com a formação humanística que possui e, somente após, já fixado o desiderato desejável para o caso, partir para a dogmática e, aí, tentar buscar, na dogmática, o apoio para a conclusão a que chegou inicialmente. Encontrando esse apoio, como quer o Direito, torna translúcido o Direito no provimento judicial. Não encontrando, aí sim, lamenta e conclui de forma diametralmente oposta à solução idealizada” (STF, 2ª Turma, Rext. n. 111.787/GO, rel. Min. MARCO AURÉLIO DE MELLO, v.m., j. 16.4.91, in *Revista trimestral de jurisprudência* 136 (1991), p. 1295). “O juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem” (EDUARDO JUAN COUTURE, *Introducción al estudio del derecho procesal civil*, p. 58). “Que o juiz não se limita a utilizar normas pré-fabricadas, mas desempenha também a uma função criadora, é coisa que ninguém mais duvida. O juiz simples ‘boca da lei’, sonhado por antiga doutrina, se alguma vez existiu, é defunto de longa data sepultado. Há limites, contudo, para semelhante criação. O juiz cria nos interstícios da rede normativa; não se lhe permite sobrepor a ela sua fantasia, sorvida que seja nas fontes mais puras e alimentada pelas mais santas intenções. Falece ao juiz legitimação política para irrogar-se com amplitude o papel de legislador. Se, de acordo com a lei, tal ou qual comportamento é proibido, não compete ao juiz pôr de lado, sem mais aquela, a proibição, para conceder suas bênçãos a quem a infringiu. Errará se puser a decisão em termos estritamente relacionados com a espécie sub *judice*; e mais gravemente errará se enunciar, à guisa de fundamentação da sentença, princípio tendente a absolver aquilo que a lei condena” (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O juiz e a cultura da transgressão*, pp. 259-260). Cfr., ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, pp. 294-295; ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA – ADA PELEGRINI GRINOVER – CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 35; TJSP, 4ª Câmara Cível, Ap. n. 61.395-1, rel. Des. ALVES BRAGA, j. 3.10.85, v.u., in *Revista dos Tribunais* 604 (1986), p. 43; STF, 1ª Turma, Rext. n. 93.701-3/MG, rel. Min. OSCAR CORRÊA, j. 24.9.85, v.m., in *Revista brasileira de direito processual* 50 (1986), p. 168.

grande injustiça, em que valores básicos e fundamentais dos seres humanos são violados,³⁶ o respeito à segurança, ao Direito Positivo, perde o sentido, a relevância, devendo esse ser posto de lado e ser aplicada ao caso concreto a solução justa.³⁷

No próximo capítulo discorrer-se-á sobre a coisa julgada e o modo como ela é tradicionalmente interpretada pela doutrina.

4. A Coisa Julgada e a Segurança das Decisões Judiciais.

Seguindo os passos de Enrico Tullio Liebman, a doutrina nacional majoritária afirma ser a coisa julgada material uma especial qualidade que incide sobre os efeitos substanciais das sentenças de mérito, tornando-os imutáveis; a imunização³⁸ desses efeitos contra discussões futuras.³⁹

36. É o caso dos direitos fundamentais da pessoa humana. Derivados de atributos inerentes à condição humana, tais direitos desenvolveram-se no decorrer da história tendo como fundamento “a consciência ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais” (FÁBIO KONDER COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 47). Caso a aplicação da lei ao caso concreto ofenda esses direitos, o direito positivo deve ser afastado, prevalecendo a solução justa.

37. Cfr. KARL ENGISCH, *Einführung in das Juristische Denken*, p. 320; GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, pp. 415-418. Como observa TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR: “de modo geral, a justiça, enquanto código das mensagens jurídicas e políticas, constitui uma espécie de razão de ordem superior, totalizadora e unificadora, e que confere um sentido não adaptativo às mensagens. Enquanto normas jurídicas e regras políticas são mensagens que admitem adaptações a mudanças ocorridas no universo das necessidades sociais (a lei muda, o programa político muda, mudam os interesses), a justiça assegura uma espécie de resistência à mera mudança, posto que, entre todos os códigos, ela confere ao universo das ações humanas um sentido persistente e dominante. Embora o código da justiça não seja o único a codificá-las, é certo que nenhum homem pode sobreviver numa situação em que a justiça, enquanto sentido unificador de seu universo, foi destruída, pois a carência de sentido torna a vida insuportável (diante de uma injustiça, ou o homem sucumbe e perde sua dignidade, ou luta e se torna um revolucionário)” (*Estudos de filosofia do direito – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*, p. 235).

38. Acerca do conceito de imunização, cfr. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*, p. 106.

39. Cfr. ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, pp. 1-6; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 29; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, pp. 96-101; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, pp. 12-13. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “caracterizada como um estado de segurança jurídica quanto às relações entre os que litigaram no processo, a coisa julgada material incide sobre os efeitos da sentença de mérito e não é um efeito dela. Nos efeitos da sentença reside a fórmula de convivência não encontrada pelos sujeitos de modo amigável e pacífico, tanto que precisaram valer-se do processo e do exercício da jurisdição pelo Estado-juiz. A sentença estabelece essa fórmula, lançando-os para fora do processo e tendo uma natural tendência a impor-se na vida comum dos sujeitos. A coisa julgada é somente uma capa protetora que imuniza esses efeitos e protege-

Ao lado da coisa julgada material, a doutrina identifica a coisa julgada formal, a qual determina a imutabilidade da sentença no âmbito do processo em que proferida, a impossibilidade de interposição de qualquer recurso contra a decisão que põe termo ao processo.⁴⁰

Para a presente investigação interessa a coisa julgada material. Tal instituto insere-se no ordenamento jurídico como um instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica. Não é conveniente à sociedade que as decisões judiciais sejam permanentemente instáveis,⁴¹ sendo necessário, em nome da segurança jurídica, definir um momento a partir do qual a sentença e os efeitos que ela projeta sobre o mundo da vida tornem-se imutáveis.⁴² É a coisa julgada um instituto de finalidade essencialmente prática, de utilidade social, destinado a “assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado”⁴³

*os contra as neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse. Poderia o legislador vir a reger de modo diferente as relações jurídico-materiais entre os sujeitos que litigaram, fazendo cair no nada o que o juiz decidira. Poderia o vencido desconsiderar o julgado, comportando-se de modo diferente ao que fora decidido, ou levantar novos fundamentos contra a decisão, tentando demolir a situação criada ou declarada em sentença. E poderiam os juizes, quando provocados, rever as decisões do próprio Poder Judiciário. Para que nada disso aconteça e assim os efeitos da sentença resistam a todas essas possíveis pressões, é que a Constituição Federal garante a auctoritas rei judicatae e o Código de Processo Civil lhe dá disciplina técnico-processual. Não se trata de acrescentar efeitos à sentença, portanto, mas de imunizar os que elas tem” (Instituições de direito processual civil, v. III, pp. 303-304). JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, na tentativa de aprimorar a concepção de ENRICO TULLIO LIEBMAN, defende que tal qualidade não incide sobre os efeitos da sentença, mais sim sobre o conteúdo dessa. Cfr. *Ainda e sempre a coisa julgada*, p. 142. Para uma crítica à concepção de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, cfr. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, p. 98.*

40. Cfr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*, p. 142; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 13.

41. Para Cândido Rangel Dinamarco, a certeza decorrente do trânsito em julgado de uma decisão judicial é importante passo a ser percorrido rumo ao escopo primordial do processo, a *pacificação com justiça*. Cfr. *A instrumentalidade do processo*, p. 162. A relevância do princípio da segurança jurídica foi ressaltada por Antônio de Sampaio Dória: “*ter-se-á atingido o máximo em organização política, quando for tão perfeita a segurança, que a todos pareça, como as chuvas que caem do céu, natural e espontânea” (Os direitos do homem, p. 572).*

42. “*A garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos das sentenças” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Relativizar a coisa julgada material, p. 11).*

43. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Ainda e sempre a coisa julgada*, p. 135. Nas palavras de GIUSEPPE CHIOVENDA, “*Sono ragioni d’opportunità, riguardi d’utilità sociale, che fanno porre un termine alla indagine giudiziaria, e trattare la sentenza come legge irrevocabile pel caso concreto” (Sulla cosa giudicata, p. 400).* Nesse sentido, cfr., ainda, GIUSEPPE CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, p. 370; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 37; EDUARDO JUAN COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 407; ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, p. 39; JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, pp. 97-

Por se tratar de uma qualidade dos efeitos da sentença, a extensão e conformação da coisa julgada material sofre profunda influência da situação de direito substancial sobre a qual ela incide.⁴⁴ Essa é a razão pela qual José Roberto dos Santos Bedaque indica situar-se tal instituto nos limites divisórios entre o direito processual e o material.⁴⁵

Diante da suprema importância dada à segurança jurídica pela doutrina em geral, a coisa julgada é e sempre foi sacralizada. Conforme entendimento até pouco tempo atrás pacífico na doutrina e na Jurisprudência, entende-se que após a imunização da situação de direito substancial pela coisa julgada material, passado o prazo para a propositura de ação rescisória, a imutabilidade persiste independentemente da gravidade do vício acobertado pela coisa julgada (*Res judicata facit de nigro album et de albo nigrum*). Nessa linha, Eduardo Juan Couture faz menção ao famoso dístico de Scassia: “*la cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera os lazos de la sangre y cambia lo falso en verdadero*”.⁴⁶

No capítulo seguinte, analisar-se-á a interpretação tradicional da coisa julgada em face dos princípios informadores do processo civil moderno, do processo civil de resultados, do escopo de decidir-se de modo justo e equo o conflito de interesses deduzido perante o Poder Judiciário.

98; WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*, pp. 244-249. Conforme bem observado por WALTER J. HABSCHIED, contrariando a concepção de JAMES GOLDSCHMIDT, a coisa julgada não é o “fim último do processo civil”. Os escopos do processo (sociais, políticos e jurídicos) são munidos de substância, de conteúdo material, e desse modo fornecem pautas de ação para o jurista. A coisa julgada é unicamente o meio técnico de fazer respeitar uma decisão em outro processo. Cfr. WALTER J. HABSCHIED, *As bases do direito processual civil*, p. 122.

44. “A coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Intervenção de terceiros*, p. 13).

45. Cfr. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, p. 93. A coisa julgada é um instituto bifronte, uma das “pontes de passagem entre o direito e o processo, ou seja, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 44). Contrariando esse posicionamento alude JOSÉ FREDERICO MARQUES que “a coisa julgada material é instituto de direito processual. Ela torna imutável a vontade concreta da lei que promana da sentença, criando, assim, vínculos de ordem puramente processual que impedem reexame do mérito da questão decidida por qualquer outro órgão investido do poder jurisdicional” (*Instituições de direito processual civil*, v. V, p. 46).

46. *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 405. Alcides Mendonça Lima expressa bem esse ponto de vista: “*justa, ou injusta, legal ou ilegal, a sentença, de mérito, que se tornou res judicata, é intocável*” (*O processo como garantia das instituições sociais*, p. 151).

5. A Coisa Julgada e a Justiça das Decisões.

Nos ordenamentos jurídicos modernos, a tarefa de delinear os princípios fundamentais que informam a ordem jurídica como um todo é conferida à Constituição.⁴⁷ É nessa sede que estão enunciados os valores eleitos pela sociedade como fundamentais, os princípios que objetivamente dimensionarão o justo. Tais princípios, uma vez insertos na constituição, transformam-se na “*chave de todo o sistema normativo*”⁴⁸ Eles configuram o modo de ser de todo o sistema jurídico, determinando o viés a ser seguido pelo intérprete na tomada de decisões⁴⁹

Como a ordem jurídica é formada de modo lento e gradual, encontrando-se na evolução histórica influência de correntes axiológicas diversas e conflitantes, os princípios básicos do ordenamento jurídico podem entrar em conflito quando analisados perante uma situação concreta⁵⁰

Sendo da essência dos princípios que eles entrem freqüentemente em conflito entre si, cumpre ao intérprete “encontrar um compromisso, pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação”⁵¹ Diante do conflito entre princípios, não se deve de modo algum tentar eliminar algum deles. A missão do intérprete é buscar uma solução conciliadora, definir a área de atuação de cada um dos princípios⁵²

47. Cfr. KONRAD HESSE, *Die normative Kraft der Verfassung*, p. 21.

48. PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 231.

49. “O intérprete ao realizar a sua função deve sempre iniciá-la pelos princípios constitucionais, é dizer, deve-se sempre partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando-se em seguida para o mais genérico, depois o mais específico, até encontrar-se a regra concreta que vai orientar a espécie” (CELSO BASTOS, *As modernas formas de interpretação constitucional*, p. 45).

50. Cfr. KARL ENGISCH, *Einführung in das Juristische Denken*, pp. 318-319. Tal fenômeno ocorre com freqüência pois os princípios não disciplinam cada um deles uma situação isolada. Diversos princípios de vertentes axiológicas distintas exercem influência sobre um mesmo caso concreto. Como adverte Carlos Maximiliano: “*não se encontra um princípio isolado em ciência alguma; acha-se cada um em conexão íntima com outros. O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma em seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais deduzem conlários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos*” (*Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 128).

51. CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 205.

52. CLAUDIUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, p. 206. Em interessante análise sobre a questão, Robert Alexy considera que o jurista deve realizar uma *ponderação* entre os diversos princípios constitucionais em busca da solução mais justa, cfr. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito*, pp. 67-79.

Nessa ordem de idéias, PAULO BONAVIDES aduz não haver uma única solução para o conflito entre princípios jurídicos. Prevalecerá sempre aquele que, especificamente no caso concreto, tiver maior força⁵³. Tal prevalência não implica restrição em abstrato da força impositiva do princípio afastado. Em outras circunstâncias, diante de novos fatores relevantes, o princípio antes afastado está pronto para ser aplicado⁵⁴.

Exemplo típico dessa oposição são as hipóteses de choque entre os princípios da Justiça e da segurança jurídica⁵⁵. No processo, exige-se que tais princípios sejam coordenados com vistas ao alcance de seu escopo magno: a *pacificação social com Justiça, o acesso à ordem jurídica justa*.

Para atingir esse escopo, equilibrando as exigências de Justiça e segurança, deve o jurista concentrar-se nos resultados a serem alcançados mediante o processo⁵⁶. O processo não se esgota nas suas formas, no culto ao procedimento como um fim em si mesmo⁵⁷. O processo é um instrumento de tutela do direito justo, e a interpretação dos princípios que o informam deve ser realizada em conformidade com essa perspectiva.⁵⁸ Nesse sentido, a observação de Eduardo Juan Couture: “*todos*

53. Cfr. PAULO BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 251; NIKLAS LUHMANN, *Rechtssoziologie*, v. I, pp. 103-104.

54. No mesmo sentido dessa análise, acerca dos princípios e da possível oposição entre eles, cfr. PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUÇON, *Garantia do tratamento paritário das partes*, p. 92-95.

55. Nas palavras de Karl Engisch: “*a justiça exige uma grande ‘concretização’, quer dizer, uma consideração das circunstâncias individuais da pessoa e da situação. A segurança jurídica, pelo contrário, exige uma grande abstração destas circunstâncias, tal como, designadamente, precisos limites de idade, prazos determinados, tarifas exactas*” (*Einführung in das Juristische Denken*, pp. 319-320).

56. Tal é a tônica do *processo civil de resultados*, cfr. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, pp. 15-16.

57. “*As formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação*” (ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, v. I, p. 258).

58. “*Fala-se muito em interesse público na preservação do rito, do due process of law, como um valor absoluto e abstrato, para justificar as devastações concretas que a injustiça de um decreto de nulidade, de uma falsa preclusão, da frieza de um presunção processual desumana, causam à parte inerte. Não. Não é isto fazer justiça. Não é para isso que existe o processo. Esquecem os que assim pensam e agem, que os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença de interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser*” (GALENO LACERDA, *O código e o formalismo processual*, p. 10). Analisando a questão sob a perspectiva do *substantive due process of law*, Luigi Paolo Comoglio tece estas considerações: “*imponere di considerare come dovuto (e cioè: come due, devido o dovuto) non già qualunque processo che si limiti ad essere estrinsecamente*

estamos habituados a manejar as formas do processo, seus prazos, suas condições, como se fossem fins em si mesmos. Esse ramo do direito, pois, nos surge, em sua aparência, como a forma solene, como o cerimonial da Justiça. A experiência, contudo, nos ensina que isso é unicamente o invólucro do fenômeno. Por debaixo da formas existe um conteúdo profundo e angustioso, que necessita aflorar à superfície”.⁵⁹

Ora, como já esboçado no item anterior, enquanto instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica, a coisa julgada é instituto fundamental para assegurar a *pacificação social com Justiça*, o efetivo *acesso à ordem jurídica justa*. Essa, no entanto, é apenas uma face da questão. Outros princípios têm grande importância para o alcance dos escopos do processo e da ordem jurídica como um todo. Diante do conflito entre o princípio da segurança jurídica e outros princípios de grande relevância, é necessário analisar, de acordo com as particularidades do caso concreto,⁶⁰ qual princípio tem maior importância para a concretização desses escopos.⁶¹ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco: *“nenhum princípio ético ou político tem valor absoluto no universo dos valores e atividades de uma nação ou da própria Humanidade, nem valor suficiente para impor-se invariavelmente sobre outros princípios e sobre todas as legítimas necessidades de uma convivência bem organizada. O culto exagerado a determinado princípio ou idéia fundamental resolve-se em fetichismo e presta-se a aniquilar outros princípios ou idéias fundamentais de igual ou*

*fuir (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul piano formale, secondo la law of the land), bensì un processo che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione. Da qui traggono origine le postulazioni teoriche, ormai quasi dovunque condivise, per la promulgazione e l'adozione di solenni atti legislativi (nazionali od internazionali) che riconoscano a tutti, in termini effettivi e senza irrazionali discriminazioni, il diritto fondamentale ad un processo equo e giusto, quale nucleo essenziale del più ampio diritto ad un ordinamento giuridico giusto” (Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ – modelli a confronto, p. 105-106). Cfr., ainda, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA – ADA PELEGRINI GRINOVER – CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, pp. 41-42.*

59. *Introducción al estudio del derecho procesal civil*, p. 3.

60. *“A veces, la urgencia de seguridad choca con el deseo de una mejor justicia. Tales conflictos entre seguridad y justicia se resuelven según las características del caso concreto, unas veces en favor de la seguridad y otras veces sacrificando ésta en aras de la justicia” (LUIS RECASÉNS SICHES, Nueva filosofía de la interpretación del derecho, p. 294).*

61. Conforme exposto por Luis Recaséns Siches: *“la seguridad, si bien es el valor funcional del Derecho, aquel valor que todo Derecho trata de cumplir por el mero hecho de su existencia, no es de modo alguno el valor supremo en el que el Derecho debe inspirarse; pues resulta evidente que los valores más altos hacia los que el Derecho debe tender son la justicia, y el séquito de valores por ésta implicados, tales como la dignidad y la libertad de la persona humana, el bienestar social, etcétera” (Nueva filosofía de la interpretación del derecho, p. 293).*

até maior relevância científica ou social, a dano de valores que clamam por zelo e preservação”⁶²

Nesse sentido, sensibilizados com uma interpretação integral dos princípios informadores do ordenamento jurídico, juristas de renome vêm propondo a relativização da coisa julgada. Tal instituto não pode ser interpretado de modo extremado, transformar o branco em preto e a mentira em verdade. A coisa julgada “deve ser posta em equilíbrio com as demais garantias constitucionais e com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil”⁶³ Isso porque “o valor segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da Justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à Justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV)”⁶⁴

62. Súmulas vinculantes, p. 52. “Os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, v. I, p. 249). “Os grande princípios constitucionais do processo são em si mesmo perenes mas nem por isso devem ser cultuados como fetiches, nem sua leitura há de ser estanque no tempo” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Aceleração dos procedimentos*, p. 905). “Muitos dos princípios processuais, por exemplo, se levados às últimas conseqüências, sem considerar a realidade fática sobre que irão incidir, podem tornar-se verdadeiros óbices aos escopos do processo. Necessário, pois, ‘relativizá-los’, isto é, considerar os princípios processuais sempre como meios para obtenção de uma justiça rápida e eficiente. Sua aplicação jamais pode desconsiderar o litígio, sob pena de se construir um modelo processual inadequado ao seu objeto” (JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, p. 50). “O nosso Direito atual, é infenso ao superado fetichismo de regras processuais que pudessem consagrar a injustiça, a imoralidade e a ilegalidade, contra a evidência dos fatos e com a execrável prevalência de uma verdade meramente formal, diante da inocultável verdade material, única com a qual o ideal de justiça, ínsito na garantia do due process of law, se acha comprometido (CF, art. 5º, LIV)” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Embargos à execução contra a fazenda pública – extensão da matéria argüível – princípios constitucionais em conflito – proporcionalidade ou razoabilidade – coisa julgada e justa indenização – princípio de justiça e moralidade*, p.134).

63. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 12.

64. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 14. Nesse ensaio encontra-se uma minuciosa análise do posicionamento de doutrina e jurisprudência sobre a questão, incluindo as lições de Humberto Theodoro Júnior, Hugo Nigro Mazzili, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, José Augusto Delgado, Eduardo Juan Couture, Juan Carlos Hitters, Jorge Miranda, Ada Pellegrini Grinover, da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Jurisprudência e doutrina norte-americana. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, após analisar as razões de conveniência prática da coisa julgada, ressalva que “em certos casos, entretanto, a natureza do vício causador da injustiça é de tal ordem, que apresenta inconveniente maior do que o da instabilidade do julgado” (*Da ação rescisória dos julgados*, p. 16). Cfr., ainda, CELSO BASTOS – IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 201-202; ÓSCAR. A. ZORZOLI, *Cosa juzgada – mutabilidad*, pp. 150-155; FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, pp. 34-42. Em meados do século passado, Eduardo Juan Couture já se indignava com certas situações que a coisa julgada poderia provocar: “la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que triunfe la verdad. La cosa

Na esteira do pensamento de Gustav Radbruch, cumpre ressaltar que a concepção da coisa julgada como um valor absoluto pode contrariar até mesmo o próprio princípio da segurança jurídica. A primeira e mais substancial instância em que esse princípio ganha concretização é na criação do Direito Positivo. À medida que a decisão imunizada pela *autoritas rei judicatae* contrarie de modo frontal e indiscutível disposições do direito positivo, a coisa julgada, instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica no processo, estaria atentando contra esse mesmo princípio.⁶⁵

Contra o posicionamento acima exposto, poder-se-ia objetar que o processo civil contenta-se com a *verdade formal*, cabendo unicamente ao processo penal a busca da *verdade real*. Ora, “dizer que o processo penal persegue a chamada ‘verdade real’, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada ‘verdade formal’ é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas”⁶⁶ Se por um pensamento superficial costuma-se dizer que as decisões do processo civil afetam unicamente o patrimônio, enquanto as do processo penal afetam a liberdade pessoal, uma análise mais atenta mostra “que no âmbito civil se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também no processo penal pode igualmente estar em jogo apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa”⁶⁷

juzgada no es de razón natural. Antes bien, la razón natural parecería aconsejar lo contrario: que el escrúpulo de verdad sea más fuerte que el escrúpulo de certeza; y que siempre, en presencia de una nueva prueba o de un novo hecho fundamental antes desconocido, pudiera recorreerse de nuevo el camino andado para restablecer el imperio de la justicia” (Fundamentos del derecho procesal civil, p. 406). Em recente trabalho, José Augusto Delgado ressalta que “a grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção da cidadania” (Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais, p. 20). Por fim, Hugo de Brito Machado, analisando a questão da oposição entre a coisa julgada e outros princípios constitucionais de maior relevância, conclui que “se um dispositivo da própria constituição alcança situação objeto da coisa julgada, a garantia constitucional estará excepcionalmente afastada” (Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais, p. 22). Cfr., no mesmo sentido, STF, 1ª T., Rext. n. 140.894-4, rel. Min. ILMAR GALVÃO, v.u., j. 10.5.96, DJU 9.8.96, p. 27.102. Em sentido contrário, abordando exclusivamente a questão da reforma constitucional, José Afonso da Silva considera não ser possível qualquer limitação aos princípios do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada por uma emenda à Constituição. Cfr. Poder constituinte e poder popular – estudos sobre a Constituição, pp. 221-233.

65. *Rechtsphilosophie*, pp. 345-346.

66. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, p. 118.

67. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, p. 118. No mesmo sentido, a advertência de ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA – ADA PELEGRINI GRINOVER – CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à verdade formal” (*Teoria Geral do Processo*, p. 65).

Em suma, quando, no caso concreto, a coisa julgada viole princípio fundamental inserido na Constituição Federal que possua maior relevância para o alcance dos escopos do processo e da ordem jurídica como um todo, estaremos diante de uma *coisa julgada inconstitucional*,⁶⁸ devendo o Poder Judiciário declará-la ineficaz quando provocado.

Nessas hipóteses, ao contrário do identificado pela maioria da doutrina que analisou a questão, há a formação normal da coisa julgada. A coisa julgada material opera toda vez que a sentença traga pronunciamento acerca do mérito da demanda, que a sentença se destine a produzir efeitos substanciais. No entanto, como dito anteriormente, diante da oposição entre a coisa julgada e algum outro princípio de maior relevância no caso concreto, a coisa julgada pode não prevalecer, ser ineficaz.⁶⁹

Expostas essas premissas, no capítulo seguinte abordaremos os princípios constitucionais que vem sendo considerados pela doutrina e Jurisprudência como ensejadores da relativização da coisa julgada.

68. Em obra pioneira sobre o tema, Otto Bachof delineou a possibilidade da existência de normas constitucionais inconstitucionais, à medida que seja ofendido princípio fundamental de uma constituição. Cfr. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, pp. 54-59. Cfr., ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 25; FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, pp. 40-41.

69. Partindo da premissa adotada por esse estudo, de que a coisa julgada não é um valor absoluto, existindo outros valores fundamentais que se sobrepõe a esse instituto, os autores que se propuseram a analisar a questão optaram por ditar a solução, talvez equivocada, de que a coisa julgada não incidiria sobre a disposição de mérito da sentença quando ela atentasse contra princípios fundamentais que possuam maior relevância no caso concreto: “*onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material – porque, como sempre, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídica constitucional*” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 27). “*O Texto Constitucional assegura a coisa julgada contra atentados que possa sofrer, inclusive provindos da própria lei. Mas ela não afirma que toda decisão com trânsito em julgado constitui coisa julgada. Isto faz com que necessariamente caiba à lei, à doutrina e à própria jurisprudência o dirimir em cada caso concreto se há ou não coisa julgada*” (CELSO BASTOS – IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º v., p. 201). “*A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado*” (JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, p. 20). Cfr., no mesmo sentido, FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, p. 41; BELMIRO PEDRO WEITER, *Coisa julgada na investigação de paternidade*, pp. 23-25. Ora, se a proposta é de relativização da coisa julgada material, o foco da questão não pode ser alterado para os efeitos substanciais da decisão imunizada, determinando-se que nos casos em que os efeitos atentem contra princípios fundamentais não opere a coisa julgada. Sempre que a decisão que põe fim ao processo decidir acerca do mérito da demanda, a coisa julgada incidirá. No entanto, nos termos do exposto neste texto, diante da colisão entre a coisa julgada formada e outros princípios constitucionais fundamentais, a coisa julgada pode não prevalecer no caso concreto.

6. Princípios Constitucionais determinadores da Relativização da Coisa Julgada.

Mediante a consciência de que “*a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios*”,⁷⁰ doutrina e Jurisprudência identificaram alguns princípios que podem prevalecer no caso concreto em face da coisa julgada material.

Tais são os princípios da proporcionalidade (ou razoabilidade),⁷¹ da democracia,⁷² da hierarquia das normas,⁷³ da legalidade,⁷⁴ da isonomia,⁷⁵ da separação de poderes,⁷⁶ da moralidade pública,⁷⁷ da dignidade da pessoa

70. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 31.

71. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Embargos à execução contra a fazenda pública – extensão da matéria argüível – princípios constitucionais em conflito – proporcionalidade ou razoabilidade – coisa julgada e justa indenização – princípio de justiça e moralidade*, pp. 133-135; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 2f; PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, *Devido processo legal substancial*, cap. 4, n. 1, letra d. Nos termos de manifestação do Min. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, o princípio da proporcionalidade possui assento na ordem constitucional brasileira no princípio do *due process of law* (CF, art. 5º, inc. LIV). Cfr. STF, ADIN n. 966-4, rel. Min. MARCO AURÉLIO DE MELLO, v.m., j. 11.5.94.

72. Cfr. FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, pp. 36-37.

73. Cfr. FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, p. 36.

74. Cfr. FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, pp. 37-38.

75. Cfr. FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, p. 38; HUGO DE BRITO MACHADO, *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*, pp. 24-26.

76. Cfr. FRANCISCO BARROS DIAS, *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, p. 38.

77. “*Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. Esse meu posicionamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes. Pelo contrário. A sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via dos tributos pagos, a máquina estatal*” (STJ, 1ª T., Resp. n. 240.712/SP, rel. Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, v.u., j. 15.2.00, DJU 24.4.00). “*O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador e que vá de encontro à realidade dos fatos. A moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ele é comando com força maior e de cunho imperativo, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada*” (JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, p. 11). Cfr., ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 21; HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Embargos à execução contra a fazenda pública – extensão da matéria argüível – princípios constitucionais em conflito – proporcionalidade ou razoabilidade – coisa julgada e justa indenização – princípio de justiça e moralidade*, pp. 133-135. Acerca da grande relevância constitucional do princípio da moralidade pública, cfr. SÉRGIO FERRAZ, *Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa*, pp. 364-365; CAIO TÁCITO, *Moralidade administrativa*, pp. 1-10.

humana,⁷⁸ do meio ambiente ecologicamente equilibrado,⁷⁹ “do acesso à ordem jurídica justa, que repele a perenização de julgados aberrantemente discrepantes dos ditames da justiça e da equidade”,⁸⁰ do repúdio à fraude e ao erro grosseiro,⁸¹ entre outros princípios.

Questão de grande controvérsia na jurisprudência pátria diz respeito às ações de investigação de paternidade, propostas antes do advento dos modernos e precisos testes destinados a provar os laços familiares entre determinados indivíduos (DNA e HLA), cujas sentenças, acobertadas pela autoridade da coisa julgada material, não refletem as reais relações de parentesco.⁸²

78. Cfr. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 21. Segundo José Afonso da Silva, “a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, de democracia e do direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional” (*Poder constituinte e poder popular – estudos sobre a Constituição*, p. 147).

79. Cfr. HUGO NIGRO MAZZILLI, A defesa dos interesses difusos em juízo, pp. 171-172; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 21.

80. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 21.

81. “Nunca há de ser admitido, como culto constante à democracia e aos valores que ela apregoa, ser a coisa julgada utilizada para a prática de estelionatos pelas vias processuais, desconhecendo-se os princípios éticos presentes em qualquer tipo de relação” (JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, p. 36). Cfr., ainda, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 21; ÂNGELA ESTER LEDESMA, *La revisión de la cosa juzgada írrita y el fraude procesal*, pp. 465-482. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi analisada demanda na qual figuravam no pólo ativo inúmeras pessoas, caracterizando um litisconsórcio multitudinário. Sem atentar para a ilegitimidade ativa de alguns dos litisconsortes, foi proferida sentença, transitada em julgado, concedendo o provimento jurisdicional a pessoas que não se enquadravam na situação pressuposta para a procedência da demanda. No caso, atenuando o caráter absoluto conferido à coisa julgada material, os julgadores consideraram possível analisar a legitimidade ativa *ad causam* no seio do processo de execução, não-obstante o direito reconhecido na sentença de mérito transitada em julgado. Cfr. TJSP, 7ª Câm. de Direito Público, AI n. 52.139.5/8, rel. Des. SÉRGIO PITOMBO, v.m., j. 15.12.97, in Bol. AASP 2059 (1998), p. 603-j.

82. Eis os termos de interessante caso narrado por Eduardo Juan Couture: “un hombre de sólida fortuna, propietario rural, había tenido un hijo natural como fruto de sus relaciones íntimas con una persona de su servicio. Procurando hacer desaparecer las consecuencias jurídicas y económicas de aquel hecho, logró que la madre del menor diera mandato a una persona de confianza del padre, la que aceptó la consigna de promover un juicio de investigación de la paternidad contra el padre. Bajo la dirección, no aparente, de la misma persona, el padre compareció a defenderse, negando la verdad de los hechos relatados en la demanda. Abierto el juicio a prueba, el apoderado de la madre dejó transcurrir deliberadamente sin producir prueba alguna. La sentencia, forzosamente, rechazó la demanda de investigación de la paternidad. Muchos años después, llegado el hijo a la mayoría de edad, promovió

Escudadas em pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, mediante a concepção de que “*seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada*”⁸³ grande parte da jurisprudência não vinha admitindo a revisão dessas sentenças após passado o prazo para a propositura de ação rescisória.⁸⁴

Diante das premissas expostas nesse estudo, parece não ser essa a solução mais apropriada. Tal entendimento não se coaduna com a promessa constitucional do *acesso à ordem jurídica justa* e muito menos com os princípios informadores da família, e da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º inc. III e arts. 226 a 230). Até pouco tempo atrás, foram poucos os julgados que desconsideraram a coisa julgada nessa hipótese, destacando-se manifestação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal na qual restou consignado que “*a segurança jurídica cede ante valores mais altos, seja o de o filho saber quem é seu pai, seja o de que os registros públicos devem espelhar a verdade real*” e, concluindo, “*a lei não poder tirar o direito de a pessoa saber se realmente a outra é seu ancestral*”⁸⁵

demanda de investigación de la paternidad contra su padre u contra ella se opuso la excepción de cosa juzgada” (*Revocación de los actos procesales fraudulentos*, p. 388). Em uma situação como essa, passado o prazo para a propositura de ação rescisória, poderia o Poder Judiciário ignorar a verdade, a justiça, e esconder-se sob o manto da coisa julgada? Os escopos da jurisdição respondem negativamente à questão.

83. STJ, 3ª T., Resp n. 107.248/SP, rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, v.u., j. 7.5.98, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça* (1999), p. 217.

84. Cfr., nesse sentido, TJSC, 1ª Câm. Cível, Ap. n. 99.017063-2, rel. Des. N. TRISOTO, v.u., j. 28.3.00; TJRS, 7ª Câm. Cível, AI n. 70000218313, rel. Des. J. C. TEIXEIRA GIORGIS, j. 10.11.99; TJRS, 8ª Câm. Cível, AI n. 597185123, rel. Des. A. C. STANGLER PEREIRA, j. 11.12.97.

85. TJDF, 1ª T., Ag. n. 19980020024464, rel. Des. VALTER XAVIER, v.m., j. 12.4.99, DJU 30.6.99, p. 33. Cfr., no mesmo sentido, TJDF, 1ª T., AC n. 46.600, rel. Des. VALTER XAVIER, DJU 22.4.98, in *Revista Jurídica* 248 (1998), p. 98; TJDF, 5ª T., Ap. Civ. n. 19990910029102, rel. Des. H. SAMPAIO, v.u., j. 14.9.00, DJU 22.11.00, p. 42. Acerca da possibilidade de revisão da coisa julgada em decorrência da evolução de técnicas científicas, cfr. ÓSCAR A. ZORZOLI, *Cosa juzgada – mutabilidad*, pp. 154-155. Discorrendo sobre o tema, R. PEREIRA E SILVA considera conveniente, nas ações de estado, que a coisa julgada opere *secundum eventum litis*, não ocorrendo sua incidência quando a sentença for desfavorável aos interesses da filiação. Cfr. *O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica*, pp. 79-80. Com solução um pouco diversa mas na mesma linha, Belmiro Pedro Welter aduz somente ocorrer “*coisa julgada material na ação de investigação de paternidade quando produzidas todas as provas, documental, testemunhal e pericial, tendo em vista esse superdireito natural, constitucional e indisponível de personalidade, o qual, segundo já nos manifestamos, é inegociável, imprescritível, impenhorável, personalíssimo, indeclinável, absoluto, vitalício, indispensável, oponível contra todos, intransmissível, constituído de manifesto interesse público e essencial ao ser humano*” (*Cosa julgada na investigação de paternidade*, pp. 23-24). Como já exposto anteriormente neste estudo, nessas hipóteses a coisa julgada opera normalmente. A proposta é de relativização da coisa julgada e não de delimitação dos efeitos sobre os quais ela incide. Desde que a sentença seja proferida com predisposição a produzir efeitos substanciais, afora os casos expressamente previstos em lei de incidência *secundum eventum litis* da coisa

Essa inovadora orientação da jurisprudência foi recentemente acolhida no Superior Tribunal de Justiça, em julgado do qual foi relator o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira: “*não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido... A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada modus in rebus. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem justiça não há liberdade*”⁸⁶

Como já exposto anteriormente, o processo, seus institutos, são instrumentos voltados à efetivação do direito material, ao *acesso à ordem jurídica justa*, à *pacificação social com Justiça*. A coisa julgada não pode acobertar o engodo, a mentira, a fraude, não pode transformar a mentira em verdade.⁸⁷ Nas palavras de

julgada, esse instituto opera normalmente. No entanto, diante da colisão entre a coisa julgada formada e outros princípios e garantias fundamentais, sua eficácia pode ser tolhida, prevalecendo uma solução diversa. De outra parte, não é conveniente e consentâneo com os princípios informadores do ordenamento jurídico pátrio que, nas ações de estado, a coisa julgada apenas incida quando a sentença for favorável àquele que pleiteia o reconhecimento da condição de filho. É também de grande relevância o interesse do suposto pai, na hipótese de sentença que de modo errôneo o declare pai, em desvincular-se da pessoa que comprovadamente não é seu filho.

86. STJ, 4ª T., Resp n. 226.436/PR, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, v.u., j. 28.6.01, in *Revista do Superior Tribunal de Justiça* (2002), p. 403.

87. “*A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse ‘poder’ absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza é de cunho negativo. A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, em exame de DNA comprove o contrário*” (JOSÉ AUGUSTO DELGADO, *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, p. 21).

Cândido Rangel Dinamarco, o jurista nunca convenceria o *uomo della strada*,⁸⁸ “de que o não-pai deva figurar como pai no registro civil, só porque ao tempo da ação de investigação de paternidade que lhe foi movida, inexistiam os testes imunológicos de hoje e o juiz decidiu com base na prova testemunhal. Nem o contrário: não convenceríamos o homem da rua de que o filho deva ficar privado de ter um pai, porque ao tempo da ação movida inexistiam aquelas provas e a demanda foi julgada improcedente, passando inexoravelmente em julgado”⁸⁹

Outra questão de grande relevância prática diz respeito ao conflito entre a coisa julgada e a garantia constitucional da justa indenização.⁹⁰

Em recente acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo restou consignada de forma expressa a prevalência da garantia da justa indenização perante a coisa julgada. O desembargador Sérgio Pitombo, revisor nessa oportunidade, após analisar extensamente a questão da oposição entre a coisa julgada e outros princípios constitucionais de maior grandeza, teceu esta conclusão: “o ato decisório definitivo, não mais sujeito a recurso, que exiba injustiça enorme – absurdos, fraudes, inconstitucionalidades e outras disfunções manifestas -, faz coisa julgada, tão só, de autoridade relativa – coisa julgada formal; preclusão máxima-. O valor Justiça não se há de abandonar, em prol da certeza e da segurança, com esquecimento da liberdade jurídica. A aludida derrelição implica perigoso afastamento de necessária crítica da razão prática”⁹¹

Sem qualquer pretensão de esgotar as hipóteses em que a coisa julgada deva ser relativizada, esses são alguns princípios e situações, dentre outros fundamentais,

88. “O homem simples, ingênuo e destituído de conhecimentos jurídicos, mas capaz de distinguir entre o bem e o mal, o sensato e o insensato, o justo e o injusto, segundo a imagem criada por Piero Calamandrei” (CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 28).

89. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, p. 28.

90. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a justa indenização prevista no art. 5º, inc. XXIV, da Constituição Federal, “é aquela que corresponde real e efetivamente ao valor do bem expropriado, ou seja, aquela cuja importância deixe o expropriado absolutamente indene, sem prejuízo algum em seu patrimônio. Indenização justa é a que se consubstancia em importância que habilita o proprietário a adquirir outro bem perfeitamente equivalente e o exime de qualquer detrimento” (*Curso de direito administrativo*, p. 538).

91. TJSP, 7ª Câm. de Direito Público, Ap. n. 058.377-5/7, rel. Des. TORRES DE CARVALHO, v. u., j. 26.3.01. Cfr., ainda, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, *Embargos à execução contra a fazenda pública – extensão da matéria argüível – princípios constitucionais em conflito – proporcionalidade ou razoabilidade – coisa julgada e justa indenização – princípio de justiça e moralidade*, pp. 133-135; CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Relativizar a coisa julgada material*, pp. 25-27; LAERTE NORDI, *Das indenizações ambientais milionárias*, p. 108; STF, 1ª T., Rext. n. 93.412/SC, rel. Min. RAFAEL MAYER, v.m., j. 4.5.82; STF, 1ª T., Rext. n. 105.012/RN, rel. Min. NERI DA SILVEIRA, v.m., j. 9.2.88; STJ, 6ª T., Resp. n. 35.105-8/RJ, rel. Min. LUIS VICENTE CERNICHIARO, v.u., j. 31.5.93, DJU 28.6.93-b.

que merecem especial atenção do jurista, mesmo quando diante de sentença transitada em julgado.

Na prática processual, em ocorrendo violação a princípio fundamental pela coisa julgada, passado o prazo para propositura de ação rescisória, é cabível demanda declaratória cujo objeto será a declaração de que a coisa julgada não prevalece, a declaração de sua ineficácia, ou então a propositura de demanda com outro objeto e pedido *incidenter tantum* de declaração da ineficácia da coisa julgada.

7. Conclusão.

Ao concluir este estudo, é necessário realizar uma importante ressalva a tudo o que foi dito. A solução alvitrada é excepcional, extraordinária, cabível somente em situações teratológicas, nas quais realmente não faça sentido e seja de extrema inconveniência à sociedade o respeito à coisa julgada.⁹²

Na ponderação com outros princípios e garantias que informam o ordenamento jurídico pátrio, a segurança das decisões judiciais, consubstanciada na coisa julgada, dificilmente irá ser posta de lado ou ter sua influência demasiadamente reduzida. Como regra geral, a coisa julgada é um importante instrumento para o alcance dos escopos processuais, em especial o escopo maior, a *pacificação social com Justiça*.

No entanto, caso ocorra uma situação excepcional, na qual princípios e garantias fundamentais de nosso ordenamento jurídico sejam frontal e seriamente violados, perdendo todo e qualquer sentido o respeito à *auctoritas rei judicatae*, a coisa julgada deve ser relativizada, não podendo o Poder Judiciário acomodar-se sob o seu manto.

São Paulo, março de 2003.

92. No mesmo sentido as considerações de Cândido Rangel Dinamarco, ao concluir seu estudo sobre o tema: “a linha proposta não vai ao ponto insensato de minar imprudentemente a *auctoritas rei judicate* ou transgredir sistematicamente o que a seu respeito assegura a Constituição Federal e dispõe a lei. Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral” (*Relativizar a coisa julgada material*, pp. 31-32). Uma disciplina demasiadamente flexível da questão poderia dar azo a repetição dos abusos ocorridos na Alemanha nazista. Nessa oportunidade, em 15 de julho de 1941, foi promulgada lei concedendo ao Procurador-Geral do Reich, com o claro propósito de conformar as decisões do Poder Judiciário com os ideais nazistas, a faculdade de requerer a revisão, no prazo de um ano, de todas as decisões transitadas em julgado, caso existam “*graves dúvidas fáticas ou jurídicas contra a correção da decisão e considerada necessária a renovação do processo em razão do seu significado especial para comunidade popular*” (GUSTAV BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, v. I, pp. 98-99).

Bibliografia

ALEXU, Robert. trad. port. de Luís Afonso Heck, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*, in *Revista de direito administrativo* 217 (1999), pp. 67-79.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral – uma perspectiva luso-brasileira*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

BACHOF, Otto. *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, 1951, trad. port. de José Manoel M. Cardoso da Costa, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Coimbra, Almedina, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*, in *Discursos, orações e conferências*, 4ª ed., São Paulo, Edigraf, 1972.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in *Temas de direito processual*, 6ª Série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 107-123.

- *Ainda e sempre a coisa julgada*, in *Direito processual civil – Ensaios e pareceres*, Rio de Janeiro, Borsóí, 1971, pp. 133-146.

- *A Justiça e nós*, in *Temas de direito processual*, 6ª série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 1-16.

O juiz e a cultura da transgressão, in *Temas de direito processual*, 7ª série, São Paulo, Saraiva, 2001.

Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Orlando Gomes*, Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 605-622.

BASTOS, Celso – Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, v.II, São Paulo, Saraiva, 1989.

- *As modernas formas de interpretação constitucional*, in *Cadernos de direito constitucional e ciência política* 24 (1998), pp. 45-50.

BEAVIN, Janet Helmick Watzlawick, Paul Jackson, Don. D.. *Pragmatics of human communication – A study of interactional patterns, pathologies, and paradoxes*, 1967, trad. port. de Álvaro Cabral, *Pragmática da comunicação humana – Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*, São Paulo, Cultrix, s.a..

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

Discretionariedade judicial, in *Revista Forense* 354 (2001), pp. 187-195.

BOEHMER, Gustav. *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, v. I, 1950, apud Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1983, trad. port. de A. Menezes de Cordeiro, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 2ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*, s. a., trad. port. de J. Guimarães Menegale, *Instituições de direito processual civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1969.

- *Sulla cosa giudicata*, in *Saggi di diritto processuale civile*, v. 2, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 399-409.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo – Grinover, Ada Pellegrini – Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e 'giusto processo' – modelli a confronto*, in *Revista de processo* 90 (1998), pp. 95-150.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo, Saraiva, 1999.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1997.

Introducción al estudio del derecho procesal civil, s. a., trad. port. de Mozart Victor Russomano, *Introdução ao estudo do processo civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

- *Revocación de los actos procesales fraudulentos*, in *Estudios de derecho procesal civil*, t. III, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1978.

DELGADO, José Augusto. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas – efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*, in *Revista de processo* 103 (2001), pp. 9-36.

DIAS, Francisco Barros. *Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional*, in *Revista dos Tribunais* 758 (1998), pp.34-42.

DINAMARCO, Cândido Rangel - Grinover, Ada Pellegrini – Cintra, Antônio Carlos de Araújo, *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

- *A instrumentalidade do processo*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

Aceleração dos procedimentos, in *Fundamentos do processo civil moderno*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

Instituições de direito processual civil, v. I e III, São Paulo, Malheiros, 2001.

Intervenção de terceiros, São Paulo, Malheiros, 1997.

- *Relativizar a coisa julgada material*, in *Revista forense* 358 (2001), pp. 11-32.

Súmulas vinculantes, in *Revista Forense* 347 (1999), pp. 51-65.

- *Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa*, in Sálvio de Figueiredo Teixeira (org.), *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1991, pp. 249-258.

ENGISCH, Karl. *Einführung in das Juristische Denken*, 1983, trad. port. de J. Baptista Machado, *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*, São Paulo, Atlas, 2002.

- *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994.

- *Justiça como retribuição – da razão e da emoção na construção do conceito de justiça*, in *Revista brasileira de filosofia* XLIV (1998), pp. 369-389.

Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

FERRAZ, Sérgio. *Aspectos processuais na lei sobre improbidade administrativa*, in Cassio Scarpinella Bueno – Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (org.), *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 364-365.

GRAU, EROS. *O direito posto e o direito pressuposto*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini – Cintra, Antônio Carlos de Araújo – Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Reflexões a respeito da natureza da coisa julgada como problema filosófico*, in *Revista de processo* 58 (1990), pp. 244-249

HABSCHIED, Walter J.. trad. port. de Arruda Alvim, *As bases do direito processual civil*, in *Revista de processo* 11-12 (1978), pp. 117-145.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*, 1961, trad. port. de A. Ribeiro Mendes, *O conceito de direito*, 2ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1996.

HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*, s.a., trad. port. de Gilmar Ferreira Mendes, *A força normativa da constituição*, Porto Alegre, Fabris, 1991.

JACKSON, Don. D. Watzlawick, Paul – Beavin, Janet Helmick. *Pragmatics of human communication – A study of interactional patterns, pathologies, and paradoxes*, 1967, trad. port. de Álvaro Cabral, *Pragmática da comunicação humana – Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*, São Paulo, Cultrix, s.a..

KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1960, trad. port. de J. Baptista Machado, *Teoria pura do direito*, 6ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1984.

- *What is justice?*, 1957, trad. port. de Luís Carlos Borges, *O que é justiça? – A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Galeno. *O código e o formalismo processual*, in *Ajuris* 28, pp. 7-14.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, São Paulo, Companhia das Letras, 1999.

LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1991, trad. port. de J. Lamego, *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1997.

LEDESMA, Ángela Ester. *La revisión de la cosa juzgada írrita y el fraude procesal*, in *Revista peruana de derecho procesal* II (1998), pp. 465-482.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Efficacia ed autorità della sentenza*, 1962, trad. port. de Alfredo Buzaid – Benvindo Aires, *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1981.

Manuale di diritto processuale civile, v. I, 1983, trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco, *Manual de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1986.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*, in José Rogério Cruz e Tucci (org.), *Garantias constitucionais, do processo civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 91-131.

Devido processo legal substancial, obra inédita.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*, v. I, 1972, trad. port. de Gustavo Bayer, *Sociologia do direito*, v. I, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direito adquirido e coisa julgada como garantias constitucionais*, in *Revista dos Tribunais* 714 (1995), pp. 19-26.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*, v. V, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1963.

MARTINS, Ives Gandra da Silva - Bastos, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. II, São Paulo, Saraiva, 1989.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

MÁYNEZ, Eduardo García. *Algunos aspectos de la doctrina kelseniana*, México, Porrúa, 1978.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *O processo como garantia das instituições sociais*, in *Revista de processo* 13 (1979), pp. 147-158.

NORDI, Laerte. *Das indenizações ambientais milionárias*, in *Revista dos tribunais* 794 (2001), pp. 101-108.

PEREIRA E SILVA, R.. *O exame de DNA e a sua influência na investigação da paternidade biológica*, in *Revista dos tribunais* 783 (2001), pp. 65-84.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*, s.a., trad. port. de L. Cabral de Moncada, *Filosofia do direito*, 6ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1977.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

- *Revogação e anulamento do ato administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1968.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Estudios de filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1936.
- Introducción al estudio del derecho*, 12ª ed., México, Porrúa, 1997
- *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, 2ª ed., México, Porrúa, 1973.
- Tratado general de filosofía del derecho*, 9ª ed., México, Porrúa, 1986.
- ROSS, Alf. *On law and justice*, 1958, trad. esp. de Genaro R. Carrió, *Sobre el derecho y la justicia*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Os direitos do homem*, São Paulo, Nacional, 1942.
- SCHNAID, David. *A interpretação jurídica constitucional (e legal)*, in *Revista dos Tribunais* 733 (1996), pp. 24-52.
- SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular – estudos sobre a Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2000.
- TÁCITO, Caio. *Moralidade administrativa*, in *Revista de direito administrativo* 218 (1999), pp. 1-10.
- TARUFFO, Michelle. trad. port. de Cândido Rangel Dinamarco, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, in *Revista Forense* 355 (2001), pp. 101-118.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *A folha dobrada*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Embargos à execução contra a fazenda pública – extensão da matéria argüível – princípios constitucionais em conflito – proporcionalidade ou razoabilidade – coisa julgada e justa indenização – princípio de justiça e moralidade*, in M. de Aquino – P. Ubiratan Escorel de Azevedo (org.), *Regularização imobiliária de áreas protegidas*, v. II, São Paulo, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 1999, pp. 120-137.
- VAMPRE, Spencer. *Institutas do imperador Justiniano*, São Paulo, s.e., 1915.
- VIDIGAL, Luis Eulalio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*, São Paulo, Saraiva, 1948.
- WATANABE, Kasuo. *Assistência judiciária e o juizado de pequenas causas*, in Kasuo Watanabe (org.), *Juizado especial de pequenas causas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.
- WATZLAWICK, Paul– Beavin, Janet Helmick– Jackson, Don. D.. *Pragmatics of human communication – A study of interaccional patterns, pathologies, and paradoxes*, 1967, trad. port. de Álvaro Cabral, *Pragmática da comunicação humana – Um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*, São Paulo, Cultrix, s.a..
- WEITER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*, in *Revista Jurídica* 256 (1999), pp. 19-25.
- ZORZOLI, Óscar A.. *Cosa juzgada – mutabilidad*, in *Revista peruana de derecho procesal*, II (1998).

DISCURSOS E CONFERÊNCIAS

DISCURSO NO PALÁCIO DOS BANDEIRANTES POR OCASIÃO DA
SESSÃO SOLENE DO CONSELHO UNIVERSITÁRIO NA
COMEMORAÇÃO DOS 70 ANOS DA USP

Antonio Junqueira de Azevedo
Professor Titular do Departamento de Direito
Civil da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Exmo. Sr. Dr. Geraldo Alckmin, Governador do Estado de São Paulo.

Exmo. Sr. Deputado Sidney Beraldo, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

Magnífico Reitor, Prof. Adolpho José Melfi, a quem agradeço a honra de me dar a palavra nesta cerimônia – certamente numa deferência especial à Faculdade de Direito, a mais antiga das unidades da USP.

Exmo. Sr. João Carlos de Souza Meirelles - secretário de Estado da Ciência, Tecnologia, Desenvolvimento Econômico e Turismo.

Exma. Sra. Dra. Cláudia Costin, secretária de Estado da Cultura.

Exmo. Sr. Rui Mesquita, em cuja pessoa reverencio todos fundadores da USP, em especial, Armando de Salles Oliveira (que assinou do Dec. n. 6.283, de 25 de janeiro de 1934) e Julio de Mesquita Filho, que tanto lutou pela sua criação.

Magnífico ex-reitor Prof. Miguel Reale, em que saúdo os demais ex-reitores presentes. Demais autoridades,

Prezados companheiros de USP,
minhas senhoras e meus senhores,

Tratando-se de uma universidade, reunida em sessão solene, em pleno Palácio do Governo, diante das autoridades, a retórica oferece ao orador a tentação de hipostasiar o *Conhecimento* e a *Política*, isto é, de lhes dar substância personalizadas e dizer “cá estamos, o *Saber* diante do *Poder*”

Mas, aos 70 anos, a prudência da idade e, ainda, a noção dessa *terceira grande presença*, que é a do público em geral, impedem os excessos da presunção humana: afinal, nem o saber é tão definitivo – estamos numa universidade – nem o poder é tão permanente – estamos numa República.

Na relatividade das coisas, o próprio povo, aqui chamado como espectador e ouvinte mas, na verdade, o grande *produtor* dos bens e serviços que consumimos, também não se deve deixar levar pelo orgulho na proclamação constitucional de sua soberania; não-somente é ele limitado em suas decisões pelos direitos fundamentais como também as atuais preocupações com o meio ambiente (em cujas pesquisas, vale dizer desde logo, a USP tem-se dedicado com intensidade) devem levá-lo a se conscientizar de suas responsabilidades para com as gerações futuras, e, vejam todos, essas gerações não têm representantes nas assembléias e parlamentos. É o que salienta Hans Jonas em livro sobre a nova ética, “*Le principe responsabilité*” (na tradução francesa).

Georges Dumizil atribuía aos povos indo-europeus, ora pela concepção de três classes, a dos dirigentes, a dos intelectuais e a dos produtores a nobreza, o clero e o terceiro estado da Idade Média - uma visão triádica do mundo e da sociedade. Ao falar, agora, em poder, saber e produção três funções sociais - não sei se estou a concretizar uma inexorável forma mentis mas, convém, na verdade, nesse momento de avaliação, raciocinar, ainda que superficialmente, sobre o papel, ou a função, da USP na sociedade. É o que faremos.

Esse tema se confunde com a chamada “democratização da universidade” Sem pretensão de expor verdades definitivas, parece-me que “democratização” é a idéia que aqui se presta a exame sob dois aspectos diferentes: a democratização interna e a externa.

A primeira, por sua vez, abrange tanto o relacionamento professor/aluno em sala de aula quanto a escolha dos dirigentes. Parece-me, senhor Governador e senhor Presidente da Assembléia, que a USP, nessas questões, soube caminhar para uma igualdade entre professor e aluno, a ponto de fazer desaparecer a *auctoritas* inerente à função de ensinar, nem mantivemos um método doutoral, no mal sentido, em que nenhuma palavra é dada ao aluno, até porque não é função do professor universitário ser um mero repetidor de conhecimentos adquiridos. Por outro lado, quanto aos cargos de direção, não caímos também na tentação de sufrágio universal. Nesta questão, como na anterior, o princípio, na USP, a dizer verdade, é antes *republicano* que propriamente democrático: respeita-se a *auctoritas* dos professor, há eleição dos dirigentes, mandatos temporários, rodízio nos cargos.

Talvez, porém, o que mais importa para o Estado e a sociedade seja o aspecto externo da democratização, a função social no sentido próprio. Ora, também sob esse aspecto, o tema se desdobra em dois: o acaso à universidade e o da produção acadêmica, – que melhor se diria o do resultado final das atividades universitárias.

No Decreto de fundação (Dec. n. 6.283 de 25 de janeiro de 1934_ estava determinado: “Art. 2º: São fins da Universidade: a) promover, pela pesquisa, o progresso da ciência; b) transmitir pelo ensino, conhecimentos que enriqueçam ou desenvolvam o espírito, ou sejam úteis á vida; c) formar especialistas em todos os ramos de cultura, e técnica ou artística; d) realizar a obra social de vulgarização das ciências, das letras e das artes, por meio de cursos sintéticos, conferencias, palestras, difusão pelo rádio, filmes científicos e congeneres.

Esses fins; ensino, pesquisa e prestação de serviço à comunidade, – repetidos com palavras semelhantes nos estatutos que se sucederam, têm sido amplamente cumpridos. Os “institutos oficiais” (previstos no art. 3º do Decreto) eram, em 1934, dez: a) quatro já existentes: Faculdade de Direito, Faculdade de Medicina, Escola Politécnica e Escola Superior de Agricultura; b) três, remodelados: Instituto de Educação, Faculdade Farmácia e Odontologia e Escola de Medicina Veterinária; e c) três, a serem criados: Instituto de Ciências Econômicas e Comerciais, Escola de Belas Artes e, finalmente, a faculdade de Filosofia, Ciências e Letras, que foi, sem dúvida, a menina dos olhos do fundação da USP – basta ler o cuidado com que foi prevista no Decreto de fundação. São, hoje, as faculdades, escolas e institutos, em número de 36.

A quantidade de aluno tem aumentado constantemente - são hoje mas de 70.000 – merecendo referência especial o esforço para aumento de vagas nos cursos noturnos e, nos últimos 30 anos a enorme evolução da pós-graduação. Sobre a pesquisa, a difusão de seus resultados e a prestação de serviços, tendo em vista o provável fornecimento de dados mais concretos, na manifestação do Magnífico Reitor, limito-me a repetir o dado dos jornais de que 25% da ciência brasileira é feita na USP. Parecem, assim, sem triunfalismo, razoavelmente cumpridas as finalidade de sua fundação.

Entre parêntesis, considerando o que lemos em jornais destes dias, vale dizer que a afirmação de alguns autores de que os traços iniciais da USP “foram moldados pela reação da elite local às derrotas da Revolução de 30 e 32” (Carlos Lessa, *in* F.S.P. de 23 de jan. de 2004) ou que os fundadores “tinham, noção clara do que queriam: formar uma elite que repusesse São Paulo, depois da derrota da Revolução de 32, em posição hegemônica” (FHC *in* F.S.P. de 23/1/2004), *não* expressam a verdade, já que o movimento pela universidade vinha de muito antes. Transcreveremos Fernando de Azevedo, em textos esclarecedores (“Ensaio Paulistas”, Ed. Anhembi, São Paulo, 1958, pg. 216 e ss.) “antes dessa iniciativa do governo provisório em 1931, e mesmo antes da criação da Universidade de Minas Gerais, em 1927, e da do Rio de Janeiro em 1920, já nos batíamos em São Paulo por uma Universidade que tivesse como eixo

do gravitação de todo o sistema, uma Faculdade destinada a ser um centro de cultura filosófica e literárias e foco poderoso de atividades científicas” E mais adiante: *“O que, pois, se pretendeu promover, com a criação da Universidade, era importante mudança de orientação, uma pequena revolução intelectual. Parecia-nos que já podia ser aspiração oportuna a que antes se afigurava a todos projetos ambicioso. Mas seria preciso ou ao menos conveniente, para erguê-la sobre sólidos alicerces, proceder a uma larga sondagem, em debate público, e preparar a opinião, ainda totalmente desinteressada do problema universitário como, de modo geral, que questões referentes à educação. Daí o inquérito que, para “O Estado de São Paulo” me solicitou em 1926 Júlio de Mesquita Filho, em que, por sua devoção os progressos da cultura e pela clara inteligência do papel das Universidades no conjunto das instituições democráticas, encontrava a idéia universitária um dos lidadores mas tenazes de sua propaganda e um de seus mais antigos e fiéis propugnadores”* No mesmo sentido, Ernesto de Souza Campos, no cuidadoso livro sobre a histórica da USP, escrita por ocasião do 4º Centenário de São Paulo (1954). Vale lembrar, finalmente, que, em 1927, os próprios estudantes da Faculdade de Direito representaram ao Congresso Nacional, pedindo a criação de uma universidade paulista; o texto tem a assinatura de J.B. de Arruda Sampaio, Oscar Pedroso Horta, Mercado Jr., Affonso Augusto Netto, José de Aguiar Pupo e Soares Lara.

Por essas citações, vê-se bem, pois, que o que lemos nesses dias, sobre a USP como *“revanche”* de 32, não expressa a verdade, ou toda a verdade.

Se o saldo da produção acadêmica é positivo, passemos, finalmente, à questão do acesso à Universidade. É tema aberto, ainda não definitivamente resolvido, eis que estamos todos, uspianos, cientes, nesse ponto, de uma evolução indesejável que consiste, de uns quinze anos para cá, no aumento constante de ingressantes promovidos de escolas particulares, e não, de escolas públicas. Isto não contribui para melhor distribuição de renda. Aqui se apresenta também a polêmica questão das quotas para negros. Respeito as opiniões contrárias mas há mais de dez anos, quando o tema ainda não propunha tão intensamente, já defendia eu a política de quotas. Sei que o assunto é contravertido mas considerando que os argumentos se repetem de lado a lado, não posso deixar passar a oportunidade de me referir a um ponto, do qual pouco se fala, e é este: a maior presença de alunos negros em sala de aula é um chamado eloqüente da atenção de professores e estudantes para o Brasil real. Esse apelo à concretude é pedagógico, visa o futuro, é capaz de levar à modificação de currículos e idéias, abrindo caminho para um Brasil melhor.

Finalmente, dignas autoridades, uma palavra somente sobre as relações entre a Universidade e o Estado: minha impressão, após mais de 36 anos de Universidade, é a de que essas relações nos últimos quinze anos, melhoraram muito. Penso que se pode dizer de forma otimista que essas relações são, hoje, como devem ser: a Universidade, diante do Governo, é autônoma mas age com harmonia. Assim, para finalizar, se me perguntassem como *devem ser* essas relações, ousaria repetir as palavras que, em outro contexto, usou o Papa Clemente XIII, “*sint ut sunt*”, isto é, “*que sejam como já são*”

Muito obrigado!!

São Paulo, 25 de janeiro de 2004.



Professor Titular Antonio Junqueira de Azevedo

DISCURSO DE AGRADECIMENTO PELA MEDALHA TEIXEIRA DE FREITAS

Eros Roberto Grau

Professor Titular do Departamento de Direito
Econômico-Financeiro da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Sr. Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. Ivan Alckmin;

Ilustres membros da mesa;

Minhas Senhoras, meus Senhores;

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições — palavras pronunciadas por Paulo Bonavides, aqui neste mesmo salão, ao receber a Medalha Teixeira de Freitas de 1998.

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer.

Ontem, no século XIX, os Códigos.

Teixeira de Freitas era um homem do seu tempo, com a visão, entretanto, aguçadamente voltada para o futuro. Por isso viveu conflitos, intensamente, ora privilegiando o respeito ao Estado de direito - como se deu na polêmica com Caetano Alberto Soares, aqui no IAB¹ - ora deixando prevalecer a sua rebeldia - quando, por exemplo, na Consolidação das Leis Cívicas², anotou: “*Cumprer advertir que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção que lamentamos, e que já está condemnado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos tambem uma excepção,*

1. SÍLVIO MEIRA, *Teixeira de Freitas - o juriconsulto do Império*, Livraria José Olympio Editora, Brasília, 1978, pp. 85 e ss.

2. Cito a edição de 1857, Typographia Universal de Laemmert, Rio de Janeiro, XI; refiro de ora por diante às páginas da Introdução pelos números romanos.

um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade; fique o estado de liberdade - sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão o nosso - Código Negro”;

E, após, no Esboço do Código Civil³: *“Para nós, para a civilização atual, todo homem é pessoa (...) Sabe-se que neste Projeto prescindindo da escravidão dos negros, reservada para um projeto especial de lei; mas não se creia que terei de considerar os escravos como coisas. Por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam pessoas”*

A coerência de Teixeira de Freitas, em convicções e atitudes e dela a expressão mais marcante encontramos no rompimento do contrato que celebrara com o Governo Imperial em 1859 - essa coerência fez dele, na dicção de João Baptista Villela⁴, um “estranho no ninho”

E isso de modo tal que podemos afirmar que - ainda que não conhecesse a obra de von Jhering, como é admissível supormos⁵ - Teixeira de Freitas concebia a afirmação do direito não apenas como um dever do indivíduo para consigo mesmo, mas também para com a sociedade⁶

O Estado de direito era então conformado apenas pelas leis, a serem codificadas. Mas Teixeira ia além, de modo que encontro em palavras suas o mote proposto por Paulo Bonavides, do qual me aproprio, tomando-o como guia deste meu discurso: ontem, os Códigos; hoje, as Constituições.

Dizia ele⁷: *“A legislação civil é sempre dominada pela organização política. Uma legislação moldada para uma Monarchia absoluta, sob o predomínio de outras idéas, deve em muitos casos repugnar ás condições do systema representativo. Quantas leis entre nós não incorrêrão desde logo em virtual e necessaria revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se achão inutilizadas, ou modificadas, só por effeito das leis novas?”*

3. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Rio de Janeiro, 1952, comentário ao art. 21, p. 24.

4. Registro comentário verbal do Professor Villela, em conversa pessoal que tivemos em novembro de 2002.

5. V. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, a cura di Sandro Schipani, Cedam, Padova, 1988, p. 39.

6. *Der Kampf um's Recht*, Vierte Auflage, Manz'schen Buchhandlung, Wien, 1874, p. 46.

7. *Consolidação das Leis Civis*, cit. VIII.

A citação nos permite compreender - como anotou Miguel Reale⁸ que Teixeira de Freitas apreciava as leis por seu conteúdo variável e não por seu fixo enunciado verbal.

É que, por formação filosófica, era um juspositivista, embora humanista/realista⁹. A realidade da vida é por ele apreendida como o substrato do direito.

Os fatos são a causa produtora de direitos, diz ele no *Esboço*¹⁰ completando: “*Sem fatos que engendrem direitos (...) não pode existir direito algum (...)*”

Na *Consolidação*¹¹, cogitando dos direitos civis, repudia os quiméricos estados de coisas que evocam tradições do Direito Romano, reproduzem más teorias do direito francês, mas nada tem de semelhante com a realidade da nossa vida civil. E prossegue: “*São aberrações, como diz Savigny, á que sempre conduz uma aplicação inhabil de factos historicos mal comprehendidos*”

Por isso mesmo a fase que mais deve interessar ao legislador, segundo o nosso Teixeira¹², é a da violação dos direitos: “*O que seria do direito, se a sanção da lei não assegurasse o seu livre desenvolvimento? Não partimos de um estado negativo, ou de injustiça, mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade de violação do direito reclama uma serie de instituições protectoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inutil*”

Eis aí a antecipação de caminhos explorados pela sociologia do direito no século XX, sem os quais não passaríamos de meros leguleios. O direito, para ele, é bem mais do que um jogo de vidrilhos que se olha contra o sol, como hoje podem supor os que fazem leituras pedestres e/ou de segunda mão da obra de Kelsen.

Teixeira buscava fazer a “ciência do direito” sim e obstinadamente, preso a rigores metodológicos bem delineados - mas sem afastá-la do mundo da vida.

Diz ele¹³: “*Examinar as leis em seus proprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com*

8. *Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, cit., p. 46.

9. REALE, ob. cit., pp. 46-47 e NELSON SALDANHA, *História e sistema em Teixeira de Freitas*, in *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, cit., p. 59.

10. Ob. cit., comentário ao art. 431 p. 231.

11. Ob. cit., CXIX-CXXIX.

12. *Consolidação*, cit., CLXIII.

13. *Consolidação*, cit., X.

precisão o alcance e consequências de umas e outras, eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da Legislação”.

Essa substância viva é composta pela realidade - em rigor, é parcela da própria realidade - à luz da qual os enunciados dos textos assumem diversos conteúdos normativos.

Teixeira era, seguramente, um homem do seu tempo, cujos olhos, não obstante, estiveram voltados para o futuro. O trecho, na *Consolidação*¹⁴, no qual trata das “relações econômicas”, dá conta de sua percepção da transformação desencadeada pelo capitalismo, embora não tivesse a sua disposição, na realidade nacional, fatos suficientemente expressivos da instalação, entre nós, desse modo de produção social: “*A civilização moderna, que tanto se distingue por seus admiráveis progressos na carreira dos melhoramentos materiais, alimenta-se com a livre circulação dos capitais, reclama imperiosamente o movimento constante de toda a sorte de valores*”

Essas primeiras anotações sobre a obra de Teixeira de Freitas - e quantas vezes ainda pronunciarei o seu nome esta noite! - essas primeiras anotações prestam-se bem a iluminar a análise da opção, por ele assumida, pela unificação do direito civil e do direito mercantil.

Nada digo, nem direi, de novo. O tempo me ensinou que tudo já terá sido dito. Há sempre um grego, ou um romano que, em matéria jurídica, refletiu antes de nós sobre todas as idéias novas que pensamos produzir. E se não o disseram gregos ou romanos, tê-lo-á dito Tullio Ascarelli ou outro jurista de seu porte. Desta feita é Orlando de Carvalho quem antecipa boa parte do que direi.

Não obstante, o tema há de ser enfrentado. Primeiro, porque esta noite celebramos Teixeira de Freitas; em seguida, porque aí está o nosso novo Código Civil (aliás gestado no ventre da ditadura), cujas qualidades - estou certo disso - guardadas as circunstâncias e as relações temporais, ficam muito aquém das do Esboço.

Já na carta que em 10 de julho de 1854¹⁵ enviou ao então Ministro da Justiça, Nabuco de Araújo, anterior a sua contratação para elaborar a *Consolidação*, aludindo ao Código Civil que o § 18 do art. 179 da Constituição do Império prometera, Teixeira de Freitas afirmou que: “*Não se pode separar impunemente as partes de um corpo que deve ser homogêneo; o Código do Comércio, e o do Processo Civil, são o mesmo Código Civil; são partes integrantes dele*”

14. Ob. cit., CLXXIII.

15. O texto da carta está transcrito em SÍLVIO MEIRA, ob. cit., pp. 98-100.

O Código Comercial, dizia¹⁶ “*é abundante, invadiu os domínios do Código Civil, e nós ou havemos de repetir ociosamente o que já está legislado, e mal legislado, ou havemos de omitir, e fazer um Código Civil incompleto. Se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeituoso, melhor é que não façamos nada*”

Seu pensamento unificante era desde logo declarado.

E, na *Consolidação*¹⁷ observava que dela excluía “*as disposições excepcionaes cujo complexo fórma hoje o Direito Commercial*”

O Código Comercial, segundo ele¹⁸ “*não achando apoio na defectiva legislação civil que temos, contém muitas materias de Direito Commum, que não lhe pertencem*”

Note-se que Teixeira de Freitas¹⁹ pretendia estabelecer um Código Geral que, propedeuticamente, encerrasse noções preliminares que servem para a interpretação de todas as leis e todas as definições necessárias à determinação de “*força obrigatória para a significação das palavras do legislador, sobretudo das palavras técnicas*”, sem o que não haveria lei boa e reinaria permanente incerteza na administração da justiça. “*No Código Geral - dizia - as leis que ensinam, nos outros códigos as leis que mandam. O Código Geral para os homens de ciência, os outros códigos para o povo*”

Assim como em afirmação da atualidade de Teixeira, sua proposta foi recentissimamente acolhida no Projeto argentino de Código Civil unificado com o Código de Comércio, de 1998²⁰

Desejava a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial porque concebia este último como um direito de exceção e favor que, na dicção de Orlando de Carvalho²¹ “*privilegiando a fortuna mais duvidosa e inescrupulosa - a ‘res mobilis, res vilis’ a circulação sobre o consumo -, constituía uma afronta para as verdadeiras sedes da riqueza, que permaneciam esquecidas pelo direito do seu tempo*”

16. Idem, p. 99.

17. Ob. cit., XII.

18. Idem, ibidem, nota de rodapé.

19. Carta de 20 de setembro de 1867 ao ministro da Justiça, Martim Francisco Ribeiro de Andrade, in MEIRA, ob. cit., p. 376.

20. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, autores Héctor Alegria, Jorge Alterini, Atilio Alterini, Maria J. Méndez Costa, Julio Rivera y Horacio Roitman, Ed. Ministerio de Justicia de la Nación Argentina, Buenos Aires, 1999.

21. *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, in Augusto Teixeira de Freitas e il *Diritto Latinoamericano*, a cura di Sandro Schipani, Cedam, Padova, 1988, p. 116.

Tem razão Orlando de Carvalho²² quando sugere que, ao rigidamente vincular-se a certos dogmas, qual o da oposição “pessoal/real”, nosso codificador fazia uma escolha metódica inspirada no desígnio de lutar pela propriedade da terra, pelo Brasil do interior contra o Brasil litorâneo.

É que Teixeira de Freitas acreditava na força transformadora do direito, capaz de reconformar a realidade²³. e estava convencido de que as “*excepções, favores, e liberdades, em favor do commercio*”²⁴ veiculadas pelo Código Comercial menosprezavam as atividades agrícolas, que caracterizavam a economia brasileira²⁵ “*Nosso paiz é agricola - dizia*²⁶ - *e o desenvolvimento de seus grandes recursos naturaes, a mobilisação do seu solo, a circulação de immensos valores que elle encerra, eis o mais importante problema á resolver*”

Dir-se-ia dele, à primeira vista, ter sofrido forte influência dos fisiocratas - concebia os imóveis como a “propriedade por excelência”²⁷ - sendo-lhe profundamente antipática a influência de uma burguesia cidadina, que “de algum modo continua a especulação colonialista”²⁸. Lembro, a esta altura, o episódio, ainda envolto em névoas, da sua participação na “Sabinada”²⁹ cuja feição nacionalista é significativa³⁰

Em verdade, contudo, o que pretendia Teixeira era - ainda nas palavras de Orlando de Carvalho³¹ - a atribuição à agricultura de meios de desenvolvimento que lhe permitissem recuperar a posição de primazia no plano macroeconômico. Daí a observação de Miguel Reale³²: “*No testamento de Teixeira de Freitas prevalece a idéia de desenvolvimento aliada à de ordem*” Era, no quadro e nos limites do seu tempo, um desenvolvimentista *avant la lettre*.

Observara que o crédito é o poderoso motor da rotação contínua que

22. Ob. cit., pp. 120-124.

23. Vide ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., especialmente pp. 117 e ss.

24. *Consolidação*, cit., CLXXVI, nota de rodapé.

25. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 108.

26. *Consolidação*, CLXXV-CLXXVI.

27. *Consolidação*, LI.

28. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, ob. cit., p. 109.

29. Vide SÍLVIO MEIRA, ob. cit., pp. 64 e ss.

30. Vide WANDERLEY PINHO, *História Geral da Civilização Brasileira Tomo II - O Brasil Monárquico* (org. Sérgio Buarque de Holanda e Pedro Moacyr Campos), 2^o v., 6a ed., Rio de Janeiro, 1995, pp. 282-284.

31. Ob. cit., p. 116, nota 37.

32. Ob. cit., p. 43.

distribui os instrumentos da produção por todos os ramos de atividade, permitindo que os capitais se aproximem a todas as necessidades. “*Com o seu impulso — diz³³ — os capitaes fixos transformar-se-ão em capitaes rolantes, e o commercio e industria reproduzem quotidianamente suas forças*”

Eu ousaria afirmar que Teixeira não se opunha à existência das exceções e favores que o Direito Comercial instrumentava; o que molestava terrivelmente o seu espírito era a exclusão da propriedade imobiliária vale dizer, da produção agrícola desse regime de exceções e favores. Desejava a extensão das vantagens do direito de exceção, generalizando-o, às atividades agrícolas.

Lembre-se que o Regulamento n. 737³⁴ não incluía na atividade de mercancia essa modalidade de exploração econômica. Entre parênteses: o novo Código Civil³⁵ não vai muito além, apenas permitindo que o empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão requeira inscrição no Registro das Empresas da respectiva sede... O fato é que ele não é novo, até porque não responde às exigências, de hoje, da circulação mercantil e do mercado.

O Direito Comercial nasce como um direito de classe. Já me queixei, anteriormente, de Ascarelli. Vejam, na medida em que reproduzo uma de suas lições, como fui justo em meu inconformismo: “... *um direito fruto dos costumes dos mercadores, que disciplina os negócios, ligado a um processo judicial que assume formas simples e expeditas (processos sumários e sumaríssimos, como se diz) em jurisdições especiais. O fenômeno da jurisdição especial liga-se, na verdade, estreitamente ao do direito especial. É a jurisdição especial, com seu processo próprio, que permite o desenvolvimento do direito comercial e lhe reforça a autonomia em confronto com o direito comum. Trata-se de um direito que podemos dizer de classe, tendo em vista quer a sua fonte, quer a sua aplicação, quer a sua jurisdição; e que encontra, aliás, paralelismo na frequência dos direitos de classe e jurisdições especiais na Idade Média*”³⁶

33. *Consolidação*, cit., CLXXIV.

34. Dispunha o art. 19 do Regulamento 737: “*Considera-se mercancia: § 1º - A compra e venda ou troca de efeitos moveis, ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso; § 2º - As operações de cambio, banco, e corretagem; § 3º - As empresas de fabricas; de comissões; de depositos; de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos; § 4º - Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contractos relativos ao commercio marítimo; § 5º - A armação e expedição de navios*”

35. Art. 971.

36. ASCARELLI, *Corso di Diritto Commerciale - Introduzione e Teoria dell'Impresa*, 3ª ed., Giuffrè, Milano, p. 21; utilizo a tradução de Fábio Comparato, em apostila para o curso de graduação na Faculdade de Direito da USP.

Direito especial ou de exceção, segundo Teixeira - ordenando normativamente os negócios mercantis, isto é, em substância, negócios de intermediação nas trocas³⁷; instrumento jurídico voltado ao aumento da utilidade dos vários bens econômicos³⁸ Teixeira visualizava, já ao seu tempo, ao pretender trazer para o campo da produção e atividade agrícola as vantagens do giro mercantil, a possibilidade da constituição de mercados que hoje são chamados, em mais um barbarismo de linguagem, mercados de “*agrobusiness*”

Pensava corretamente ao classificar o Direito Comercial - melhor seria se o chamássemos de Direito Mercantil - como direito de exceção ou privilégio.

Não percebera completamente, contudo e isso não atribuo a falta de reflexão, mas sim às peculiaridades históricas e econômicas do Brasil no seu tempo - não percebera completamente o que ainda em 1821 não escapara, no quadro de outras circunstâncias, à análise crítica de Émile Vincens³⁹: “*Os princípios de todas as relações entre os cidadãos, de todos os contratos, de todas as transmissões de propriedade, estão no Código Civil. Um Código Comercial é uma lei especial que não substitui o Código Civil no que diz respeito aos comerciantes, mas contém as aplicações particulares que lhes respeitam; ou as derrogações que lhes são próprias. Estas duas leis estão necessariamente ligadas; como lei de aplicação, uma serve de suplemento à outra; como lei de exceção, ela está relacionada às regras gerais, que ela confirma no quanto não as excetue*”

As análises críticas são fundamentais. Elas é que permitem, sobretudo quando iluminadas pelas lentes instaladas pela perspectiva da História, o desvendamento das razões de institutos, instituições e teorias que os justificam. A do ato de comércio, que restringia o âmbito de aplicação do Direito Mercantil⁴⁰ funcionava como uma máscara para o privilégio de pessoas. A objetividade dos atos de comércio atuava como álibi do subjetivo, na reprodução de um discurso que afirmava ser acessível a todos o que, em rigor, era acessível apenas a alguns.

Isso não terá sido perfeitamente apreendido por Teixeira de Freitas, embora tenha permitido que, no correr do tempo, ao primeiro Vivante seguisse um segundo Vivante.

37. Dição de ASCARELLI, ob. cit., p. 8.

38. Idem, p. 22.

39. *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de Commerce*, tome premier, Barrois l'ainé, Paris, 1821, pp X-XI.

40. Reproduzo, aqui, a exposição de ORLANDO DE CARVALHO, cit., p. 132.

O mito unificador, hoje percebemos - apenas disso não se deram conta os autores do novo Código Civil [ou teriam plena consciência disso?] o mito unificador serve, sem dúvida, como observa Orlando de Carvalho⁴¹, “*os interesses da ideologia do sistema de produção, mas não serve os interesses da sua inteligibilidade normativa*”

É uma lástima que, na via inversa de Vélez Sársfield – Sársfield leu Teixeira e tomou seu Esboço como modelo do Código Civil argentino - eles não tenham lido o texto da carta de 18 de dezembro de 1998⁴², de envio ao Ministro da Justiça da Argentina, pela Comissão que o elaborou, entre os quais Horacio Roitman e Atilio Alterini, do Projeto de Código Civil unificado com o Código de Comércio argentino, na qual se afirma que a proposta nele contida não significa a absorção de um pelo outro, mas tão somente a unificação substancial de ambos; não conduz ao desaparecimento nem do Direito Comercial, nem do Direito Civil, como disciplinas típicas.

Ao afirmar⁴³ que não se pode separar impunemente as partes de um corpo que deve ser homogêneo, ao afirmar que o Código do Comércio e o do Processo Civil são partes integrantes do Código Civil, Teixeira de Freitas, nutrido em idealismo, expõe-se à crítica que mereceu de José de Alencar⁴⁴: “*Mudam-se de repente as instituições políticas de um país. Mas a sociedade civil, não há revolução que a altere de um jato. Modifica-se por uma transformação secular*”.

O Código Civil é codificação de preceitos normativos que ordenam relações sociais entre pessoas, simplesmente. Surge quando o Estado deles se apropria, produzindo direito posto.

Além deles, porém, também dos preceitos aplicáveis aos que praticam atos de comércio apropria-se o Estado. Nosso Código Comercial de 1850 era ainda medievo, embora consubstanciasse um tipo de “código aberto”, por cujas frestas penetravam, fecundando-o, os usos e as práticas mercantis.

Desses preceitos - repito - também se apropria o Estado. Mas é certo que o substrato do sistema de Direito Comercial é integrado por dois tipos de normas: [i]

41. Ob. cit., p. 137.

42. *Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, cit., p. 5.

43. Na carta em 10 de julho de 1854 enviada a NABUCO DE ARAÚJO, in SILVIO MEIRA, ob. e loc. citis.

44. Relatório à Assembléia Geral Legislativa, em 15 de maio de 1869; in SILVIO MEIRA, cit., p. 383.

aquelas originárias dos próprios comerciantes, em sua prática, e [ii] aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes⁴⁵

O Estado “recebe” as primeiras, produzindo originariamente as segundas para, ao legitimá-las, compor aquela harmonia sem a qual não há mercados.

Hoje tudo compreendemos com maior nitidez.

Compreendemos que o mercado, tal como o conhecemos no modo de produção capitalista, é uma instituição jurídica, estruturada e conformada pelo direito posto pelo Estado; que o direito existe, no sistema capitalista, para tentar subjugar os determinismos econômicos, para viabilizar a fluência da circulação mercantil; que a sociedade capitalista é essencialmente jurídica e, nela, o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; que essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo.

Tudo isso, e mais, hoje compreendemos.

Compreendemos que o *Terceiro Estado*, a burguesia, apropriou-se do Estado e é a seu serviço que este põe o direito, instrumentando a dominação da sociedade civil pelo mercado⁴⁶

O Estado, que inicialmente regulava a vida econômica da Nação para atender a necessidades ditadas pela suas finanças, desenvolvendo políticas mercantilistas⁴⁷, agora o faz para assegurar o *laissez faire* e, concomitantemente, prover a proteção social, visando à defesa e preservação do sistema⁴⁸

No Brasil de Teixeira de Freitas não se movia ainda o “moinho satânico” produzido pela Revolução Industrial, “moinho satânico” - lanço mão da expressão de Polanyi⁴⁹ - que triturou os homens, transformando-os em massa. Sociedade escravagista, essencialmente agrícola, não fornecia a Teixeira fatos expressivos do modo produção capitalista, que engendrassem direitos adequados a esse modo de produção social. A realidade não lhe permitia compreender que, como observava Marx⁵⁰

45. Vide PAULA FORGIONI, *O contrato de distribuição - função econômica e análise jurídica*, tese de livre-docência na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002, pp. 346-347.

46. Vide KARL POLANYI, *A grande transformação*, 2ª edição, trad. de Fanny Wrobel, Editora Campus, Rio de Janeiro, pp. 92-94.

47 Vide TULLIO ASCARELLI, cit., p. 24.

48 Ai o “duplo movimento” a que refere POLANYI, ob. cit. pp. 163-164.

49 Ob. cit., p.51.

50 *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (Grundrisse) 1857-1859*, volumes I e II, 15ª edição, trad. de Pedro Scaron, Siglo Veintiuno Editores, México, 1987.

contemporaneamente a ele, na sexta década do Século XIX, o capitalismo constitui as forças produtivas adequadas ao seu conceito e, daí, engendra sua dinâmica específica, a busca incessante da acumulação da riqueza abstrata.

A leitura do § 246 dos *Princípios da filosofia do direito*⁵¹ de Hegel onde a alusão a uma determinada sociedade, a sociedade inglesa, que se lança à colonização de outras sociedades, antevista, mais adiante, em face da industrialização de todas as nações, a luta pelo mercado mundial⁵² a leitura desse parágrafo de Hegel tê-lo-ia encantado: “*Por esta sua dialéctica, a sociedade civil burguesa é empurrada para fora e para além de si mesma, sendo primeiro tal sociedade determinada, para ir em seguida procurar fora desta, em outros povos atrasados em relação a ela, quanto a meios - que por seu lado tem em excesso - ou muito simplesmente quanto a engenho técnico, consumidores e, portanto, os meios de subsistência necessários*”⁵³

Ou talvez mais fascínio ainda despertasse nele a leitura da entusiástica descrição do capitalismo feita em um manifesto de 1848⁵⁴, no qual já descrita a epopéia do que hoje designamos “globalização”: a produção e o consumo de todos países tornando-se cosmopolitas mediante a exploração do mercado mundial; a base nacional sendo retirada das indústrias; as indústrias não empregando mais matérias-primas locais, mas matérias-primas provenientes das mais longínquas regiões, e seus produtos acabados não sendo mais consumidos somente *in loco*, mas em todas as partes do mundo, ao mesmo tempo; as antigas necessidades, antes satisfeitas pelos produtos locais, dando lugar a novas necessidades que exigem, para sua satisfação, produtos dos países e dos climas mais remotos; a auto-suficiência e o isolamento regional e nacional de outrora dando lugar a um intercâmbio generalizado, a uma interdependência geral entre as nações; e isso valendo tanto para as produções materiais quanto para as intelectuais; os produtos intelectuais de cada nação tornando-se um bem comum; o espírito nacional tacanho e limitado tornando-se cada dia mais inviável, e da soma das literaturas nacionais e regionais criando-se uma literatura mundial; o rápido desenvolvimento de todos os instrumentos de produção e as comunicações impelindo todas as nações, mesmo as mais bárbaras, para a torrente da civilização.

51 *Principes de la Philosophie du Droit*, seconde édition, trad. par Robert Derathé, J. Vrin, Paris, 1993, p. 252; traduzi.

52 Neste sentido, ERIC WEIL, *Hegel et l'Etat*, 7ª tiragem, J. Vrin, Paris, 1994, p. 99.

53 Adoto a tradução de JOSÉ SARAGAMO (HEGEL, *A sociedade civil burguesa*, Edições Mandacaru, São Paulo, 1989, p. 138).

54. Refiro-me ao *Manifesto do Partido Comunista*.

A tudo isso, e a tanto, cumpre acrescentarmos a circunstância de Teixeira, como observei inicialmente, ter sido um “estranho no ninho” Embora se desse conta das transformações desencadeadas pelo capitalismo, seu pensamento encontrava apoio nos fatos existentes entre nós, dele não se podendo dizer que tivesse “as idéias fora do lugar”. Não pretendia por e repor idéias européias em sentido impróprio⁵⁵, mas integrá-las à realidade brasileira.

Muito do que não compreendeu Teixeira ao seu tempo, hoje podemos compreender. Mas nem todos, nem todos.

Compreendemos, com Natalino Irti⁵⁶, que o mercado é um local de *circulação jurídica*. Mas compreendemos também que nem todos os fenômenos de *circulação jurídica* são fenômenos de mercado.

Muitos não percebem, os autores do novo Código Civil entre estes - eles confundem relações de sociedade civil com relações de mercado - muitos não percebem que o fato de o Direito Comercial ser fruto de formação autônoma, no âmbito de uma classe, permite o seu desenvolvimento no plano internacional, em obediência às suas próprias exigências⁵⁷ Isso nos coloca diante de desafios fascinantes, que contrapõem as idéias de *Lex Mercatoria*, de uma banda, e de *nomos da terra*⁵⁸, lugar e direito [geo-direito]⁵⁹, de outra.

Esse desafio, exacerbado pelo intento evidente, do imperialismo hegemônico global dominado pelos Estados Unidos, de produção de um Estado do sistema capitalista globalizado⁶⁰, esse desafio haveria de ser por ele enfrentado com bem maior brilhantismo e eficiência do que poderiam ousar os que o sucederam nas tarefas de codificação.

Temo que muitos, muitos ainda não percebam que não haveria Marx sem que houvesse Hegel, mas que o idealismo hegeliano abre novas perspectivas de esperança na História. Cada coisa a seu tempo, uma após a outra, como se atribuíssemos

55. Vide ROBERTO SCHWARTZ, *Ao vencedor as batatas*, 5a edição, Livraria Duas Cidades - Editora 34 Ltda., São Paulo, 2.000, pág. 29.

56. L'ordine giuridico del mercato, quarta edizione, Laterza, Roma, 2001, p. 85.

57. Cf. TULLIO ASCARELLI, cit., p. 12.

58. Vide CARL SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, Greven Verlag, Köln, 1950.

59. Por todos, NATALINO IRTI, *Norma e luoghi Problemi di geo-diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

60. Vide ISTVÁN MÉSZÁROS, *O século XXI - socialismo ou barbárie*, trad. de Paulo Cezar Castanheira, Boitempo, São Paulo, 2.003, p. 12.

sentido dialético à série seqüencial dos números: o descobrimento do zero multiplicou as suas virtualidades; não haveria o dois na ausência do número um; nem haveria o trinta e cinco e, após, o infinito, sem que houvesse acontecido o trinta e quatro...

Hegel é acusado de ter empreendido um raciocínio sem qualquer apoio empírico. “*O que é racional é efetivo e o que é efetivo é racional*”. diz ele no Prefácio do *Princípios da filosofia do direito*⁶¹. Leia-se *efetivo*, no entanto, não como o *real*, no sentido de uma realidade dada como objeto de simples verificação empírica, mas como resultado de um *processo* de efetivação do seu sistema, sistema que representa o desenvolvimento completo do Espírito⁶².

Para Hegel, a *Sittlichkeit* - vocábulo de difícil tradução em nosso idioma - *eticidade social*, há de ser vista como um *processo*, no qual se sucedem, dialeticamente, três momentos, *família, sociedade civil e Estado*.

Mas, embora o Estado esteja presente nos dois primeiros momentos da *eticidade social*, a *família* e a *sociedade civil*, apenas ganha *efetividade* quando venha a alcançar o seu desenvolvimento completo, encarnando uma forma concreta. A leitura dos §§ 257 e 258 dos *Princípios da filosofia do direito* seria, neste passo, fundamental.

O que pretendo contudo afirmar é o fato de o Estado hegeliano ultrapassar a verificação empírica da existência real de Estados de classe, cuja ação ainda se determina segundo leis e princípios particulares, ou seja, ainda não universais. O Estado hegeliano - digo-o esperando que o jovem Marx me perdoe - suprassume⁶³ a universalidade abstrata e os particularismos, atingindo a universalidade concreta, ou seja, a efetividade plena.

Lá certamente a humanidade chegará, quando os códigos ordenarem exclusivamente relações sociais de comunhão de escopo, quando todos os homens se referirem aos seus semelhantes simplesmente como “companheiros”

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições.

61. Ob. cit., p. 55.

62. Cf. JEAN-PIERRE LEFEBVRE e PIERRE MACHEREY, *Hegel e a sociedade*, trad. de Thereza Christina Ferreira Stummer e Lygia Araujo Watanabe, Discurso Editorial, São Paulo, 1999, pp. 19-20.

63. *Suprassumir* como “desaparecer conservante”, para traduzir *Aufheben*, no sentido apontado por Paulo Meneses, tradutor de Hegel na *Enciclopédia das Ciências Filosóficas em Compêndio* (Edições Loyola, São Paulo, 1.995, nota do tradutor, pág. 10). Vide MICHAEL INWOOD, Dicionário HEGEL, trad. de Álvaro Cabral, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1.997, págs. 303-304), em especial o seguinte trecho: “*Aufheben* é semelhante à NEGAÇÃO determinada que tem um resultado positivo. O que resulta da suprassunção de algo, por exemplo, o todo em que ele e seu oposto sobrevivem como momentos, é invariavelmente superior ao item, ou à VERDADE do item suprassumido”.

Teixeira de Freitas apreciava as leis por seu conteúdo variável, não por seu fixo enunciado verbal. Esse conteúdo, sabemos agora, varia em razão da realidade, de sorte que os enunciados dos textos normativos assumem diversas significações normativas à luz da realidade.

Eu diria mesmo, diante disso, que Teixeira de Freitas intuíra já, ao seu tempo, a distinção entre *texto* e *norma* apenas ao final do Século XX plenamente discernida - e, seguramente, era consciente de que a hermenêutica do direito compreende a interpretação não somente de textos normativos, mas também dos fatos aos quais hão de ser aplicados e da própria realidade, no seu todo.

Ontem, os Códigos; hoje, as Constituições.

O mote proposto por Paulo Bonavides, do qual me aproprio, tomando-o como guia deste meu discurso, o mote proposto por Paulo Bonavides me conduz à contemporaneidade da Constituição do Brasil.

Sendo a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e, pois, um dinamismo, a Constituição é [deve ser] contemporânea à realidade.

Logo, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza⁶⁴, em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, desde que corresponda à natureza singular do presente⁶⁵, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, deverá ser interpretada/aplicada.

Para que seja assim, para que efetivamente corresponda hoje, aqui e agora à natureza singular do presente, a Constituição do Brasil há de ser interpretada de modo que do seu texto seja extraída a normatividade indispensável à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos; à afirmação da soberania, da cidadania e do valor social do trabalho, bem assim do valor social da livre iniciativa; à realização da Justiça social.

Ao Poder Judiciário, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, incumbe interpretá-la no quadro da realidade presente, atualizando-a, de modo que ela

64. Vide PONTES DE MIRANDA, *Sistema de ciência positiva do direito*, tomo II, Bookseller, Campinas, 2000, pp.151-2.

65. Vide KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 94.

seja conformada a essa realidade, até porque apenas assim poderá manifestar-se a sua plena força normativa. Os fatos produzidos pelo momento histórico que vivemos nos convocam a tanto.

Explico-me.

A *compreensão* escapa ao âmbito da ciência. Compreender é algo existencial; é experiência.

E assim é porque a hermenêutica está ancorada na facticidade e na historicidade, de modo que, entre a linguagem, instrumento necessário de que nos utilizamos para apreender o objeto a ser compreendido - os textos normativos, no caso da interpretação jurídica - e esse objeto, interpõem-se os mundos da cultura e da história.

Por isso, o que se compreende, no caso da interpretação do direito, é algo - um *objeto* - que não pode ser conhecido independentemente de um *sujeito*.

Partindo sempre de uma *precompreensão*, o processo de interpretação dos textos normativos ganha dinamismo, no seu momento seguinte, em um movimento circular, o *círculo hermenêutico*.

O resultado da interpretação a norma é produzido ao final deste percurso.

Mas a interpretação/aplicação do direito, e da Constituição, não é somente interpretação de textos normativos, porém também de fatos - e disso, repito, tivera consciência Teixeira de Freitas.

O que, porém, ora desejo afirmar é a circunstância de o momento histórico que vivemos instalar um novo ponto de partida, um novo horizonte de *precompreensão*, construído e moldado desde a manifestação do sufrágio popular no dia 27 de outubro de 2002. Manifestação do sufrágio democrático e renovador que marca, indelevelmente, a chegada de novos tempos, novos rumos.

Desde esse novo horizonte de *precompreensão* desdobra-se o movimento circular que compõe o *círculo hermenêutico* findo o qual a contemporaneidade da Constituição de 1.988 é afirmada: ela é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora deverá ser interpretada/aplicada.

A Constituição do Brasil fará por nós, pela sociedade brasileira, o que formos capazes de fazer no sentido de conformá-la à natureza singular do presente.

No poema *Buena-dicha geográfica*, de Raul Bopp⁶⁶, uma cigana, em 1926, lê a mão do Brasil. Após ter mencionado o Amazonas, o São Francisco - a linha da inteligência - o Iguazu, a cigana se detém em um risco fundo que atravessa a mão do

66. *Cobra Norato e outros poemas*, 6a edição, Livraria São José, Rio de Janeiro, 1956, p. 115.

Brasil, de baixo para cima, dizendo ser aquela a linha do coração e concluindo: “*Você ainda há de ser muito feliz, menino/Essa linha... é a marcha da Coluna Prestes*”

Glosando o poeta, hoje, aqui e agora direi que mais, muito mais do que parâmetro de apuração da constitucionalidade da legislação infraconstitucional, a Constituição marca profundamente, na palma da mão do Brasil, o desenho do nosso futuro. Um futuro muito feliz.

Alcanço já, em boa hora, o final deste discurso excessivo, mesmo porque determinara a mim mesmo, por instâncias familiares, não fosse ele longo e maçante. Acabou sendo, como me dizem vossos olhares...

Seriam indispensáveis, porém, ainda algumas breves palavras sobre o momento de tensão que vivemos, a paz ameaçada pela estupidez dos poderosos.

Permito-me repetir o quanto disse eu mesmo em outubro de 2001, aqui no Instituto: “*estamos todos convocados a modificar as cores do mundo. A escuridão tenebrosa do terror e os tons acinzentados dos tempos de guerra pelo azul luminoso da serenidade; as cores de sangue derramado inutilmente por um amarelo pleno de pigmentos, escandaloso como o amarelo da gema e do ipê, vigoroso como o amarelo sensual, e seu perfume bergamota, dos junquinhos; quente como o calor do sol, fonte da solidariedade. Cores com os múltiplamente inefáveis tons da harmonia, luzes, sons e perfumes que a anunciem, a paz. Vida, alegria, luzes, cores, sons e tons!*”

E, uma vez mais, suplico: a paz, senhores do mundo, em nome dos homens.

Quanto a mim, pouco desejo dizer.

Quero porém lembrar que em outra ocasião observei que no IAB encontro serenidade. Mas não aquela que se expressa em ócio, porém a de que se nutrem os que estão comprometidos com a transformação do mundo e se propõem a torná-lo mais justo - e a redimi-lo.

Tanto quanto o Direito, sempre tive ao meu lado a Poesia - até porque, para os primeiros povos, a língua da religião e das leis era a língua poética⁶⁷ Fiz da Poesia a minha companheira de viagem.

Não obstante, jamais cantei apenas para passar o tempo⁶⁸ Aprendi a sentir e a ouvir a Poesia nas coisas e nas pessoas mais simples. Sei hoje que essa capacidade de sentir e ouvir constrói as almas capazes de fruir o odor de terra molhada pela chuva e o perfume das flores e de mel pelas estradas. Por elas sigo.

67. Cf. VICO, *Origine de la poésie et du droit (De Constantia jurisprudentis)*, trad. Catherine Henri et Annie Henry, Cafe Clima Editeur, Langres, 1983, p. 138.

68. Imagem poética na canção de JEAN FERRAT, *Je ne chante pas pour passer le temps*.

Gostaria de dizer, a respeito de uma crônica de Affonso Romano de Sant'Anna⁶⁹, que “É preciso [eu preciso] não chegarmos a ser completamente adultos, De modo a não dependermos exclusivamente dos netos. Para reeditarmos nosso afeto.”

Aqui no IAB tenho amigos generosos, aos quais devo o privilégio desta noite. Referindo-me ao ministro Evandro Lins. E - que se foi, mas ainda nos guia⁷⁰ agradeço a todos, a todos eles, bem assim a Celso Soares, que me saúda, pródigo em gestos e palavras, como é próprio dos que comungam de inabalável crença no ser humano. Seus contemporâneos nele reconhecem um expoente intelectual da sua geração. Celso acaba de ser unanimemente eleito Patrono do Congresso Estadual dos Advogados Trabalhistas, a realizar-se na próxima semana, aqui no Rio.

Desejo guardar na intimidade os sentimentos e a ternura que me inspiram minha mãe, minha mulher, meus filhos, meus netos, bem assim a felicidade de tê-los, e a amigos queridos se bem que nem a todos junto a mim.

Não-obstante essa reserva de intimidade, gostaria - mais do que isso: dize-lo é essencial neste momento - gostaria também de, apropriando-me de um pedaço de verso de Olegário Mariano⁷¹, gostaria de dizer que esta noite, ao final desta noite, ao adormecer, ouvirei a fala, comovida, do meu pai.

Rio de Janeiro, março de 2003.

69. *Antes que elas cresçam*, in *Fizemos bem em resistir – crônicas selecionadas*, Rocco, Rio de Janeiro, 1994, pp. 41-43.

70. Imagem poética no tango de MORAES e DISCÉPOLO, *Cafetín de Buenos Aires*.

71. *Ao calor da lareira*, in *Toda uma vida de poesia 1911-1995*, 2o v., José Olympio, Rio, 1957, pp. 481-482.

**SAUDAÇÃO AO PROFESSOR SÉRGIO PINTO MARTINS
NA SOLENIDADE DE POSSE NO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO**

Nelson Mannrich

Professor Titular do Departamento de Direito do
Trabalho da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

O Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco está em festa para a posse solene de seu novo Titular de Direito do Trabalho, Professor Sérgio Pinto Martins.

O que significa, para uma tradicional Faculdade de Direito, com quase 200 anos de história, posse solene de um professor titular?

De um lado, significa integrar, de forma solene, a Congregação da Faculdade, com direito a um assento previamente designado, com inscrição do nome do professor, para desempenhar as atribuições estatutárias e usufruir dos privilégios que lhe confere o mais alto posto na carreira docente, junto à Universidade de São Paulo.

Por outro, significa assumir compromissos perante os demais professores, a comunidade acadêmica e a própria Universidade. É o momento em que o novo titular, professando solenemente seus votos, define os objetivos a que se propõe, expondo seus propósitos perante à Congregação, aos alunos e à comunidade.

Daí porque todos aguardamos com ansiedade a manifestação do professor titular Sérgio Pinto Martins, verdadeiro juramento.

Além de professores e alunos, aqui se encontram os familiares do Professor que hoje toma posse. Mais do que ninguém, sua mãe, a Dona Clarice, sabe dos caminhos árduos e difíceis que seu filho percorreu para hoje estar aqui. Seu velho companheiro e pai, o Seu Rubens, de saudosa memória, teria orgulho de poder estar aqui – mas não está? – para testemunhar a trajetória de seu pequeno/grande herói.

Sua mulher, Dra. Márcia, e sua filha, Mariana, também têm justo motivo para ter orgulho do marido e pai que hoje toma posse, pelo companheirismo e lições de vida.

Mas, quem é o Sérgio, esse jovem que até hoje surpreende a todos pela sua carreira fulminante, seja como juiz, seja como professor ou escritor?

Filho único de pais descendentes de italianos e portugueses – ainda garoto, gostava de assistir a jogos de futebol - parece que o sangue italiano foi decisivo na escolha do Palmeiras, seu time preferido. Adorava passar suas férias em Santos.

Bem cedo, aprendeu a disciplina do trabalho, com seu saudoso pai, que lhe transmitiu os segredos do ofício de contador. Com 14 anos, freqüentando de manhã o colégio estadual Professor Antônio Alves Cruz, na parte da tarde ajudava o Sr. Rubens na difícil tarefa de copiar livros diários, fazendo a escrituração contábil dos mais de 100 clientes do escritório de contabilidade. As vezes, levava o serviço para casa, sendo que, não raro, trabalhava nos fins de semana.

Seu contato com o escritório de seu pai influenciou-o, depois, a fazer o Curso Superior de Contabilidade, na Álvares Penteado – hoje FACESP – Faculdade de Ciências Econômicas de São Paulo e o de Ciências Administrativas, na Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas da Universidade Mackenzie. No pós-graduação, obteve título de mestre em Direito Tributário.

Quando aluno na Álvares Penteado, nos seis primeiros meses, cursou no prédio aqui ao lado da Faculdade, no Largo de São Francisco.

Além disso, fez o curso de Direito, na Universidade Mackenzie – tendo concluído Contabilidade em 1984, no curso noturno e, Direito, em 1985, no curso diurno.

Em 1986, concluiu o curso de especialização em Direito Empresarial, no Mackenzie.

Matriculou-se no curso de Pós-Graduação, aqui no Largo de São Francisco, obtendo o título de Mestre em 1992. Em seguida, obteve o título de doutor em Direito do Trabalho, defendendo, em 21.5.1996, a tese “Contribuição Confederativa”. No ano seguinte, em fevereiro de 1997, defendeu a tese “O FGTS em face da Constituição de 1988” que lhe valeu o título de livre-docente, abrindo-lhe as portas para concorrer a professor titular, em maio de 2001, com a tese “O pluralismo do Direito do Trabalho”

Em 10 anos, esse jovem professor fez uma trajetória exemplar, passando de Mestre a professor titular.

Onde o segredo do sucesso dessa carreira? O que moveu esse jovem professor, de forma obstinada e perseverante, a ser o vitorioso que todos admiramos? Ele mesmo responde: é uma questão de oportunidade.

Na sua simplicidade de ver as coisas e enfrentar a vida, tem consciência de que há outros melhores e que o que está em jogo não é o merecimento – apenas soube aproveitar o momento certo: sabia que alguns professores iam se aposentar e,

inevitavelmente, suas vagas deveriam ser preenchidas por candidatos devidamente titulados.

Mas, como aproveitar a oportunidade? “Faço o melhor possível, nas condições que tenho” – e assim esse gigante do Direito do Trabalho expõe sua filosofia de vida.

Gigante não lhe soa bem, pela sua modéstia. Mas, basta ler os repertórios dos tribunais especializados, para se deparar com um número sem fim de sentenças e acórdãos que citam a doutrina do Professor Titular Sérgio Pinto Martins – inclusive acórdãos do Supremo Tribunal Federal, além da doutrina especializada, que se louva em seus ensinamentos.

Nem poderia ser diferente, eis que o nosso professor já publicou 34 livros, versando matérias de Direito do Trabalho, Previdência Social e Direito Tributário, sendo que três deles já beiram à 20ª edição. É autor de mais de 10 obras coletivas. Até junho de 2003, publicou 324 artigos. Conferencista dos mais procurados, até junho desse ano participou de 244 palestras, conferências e discursos.

Onde encontra tempo para escrever? É muito simples: todo material que utiliza para as aulas e palestras, transforma em artigo ou livro. E, como esforçado que é – maior virtude que ostenta, segundo ele mesmo – produziu esse acervo jurídico que poucos conseguiram.

Como consegue conciliar sua vida profissional com sua vida pessoal e familiar? Para o futuro, há muitos projetos, mas a construção de sua felicidade ocorre no dia a dia, a cada momento e se sente feliz por fazer o que gosta – tem orgulho de ser professor e, em especial, de ser juiz.

Com efeito, seu tempo não é dedicado apenas à árdua tarefa de escrever livros e artigos. Dedicou-se ao magistério, desde 1990, iniciando-se na condição de auxiliar de ensino, na Faculdade de Direito onde se formara, onde permanece até hoje. Mas também leciona aqui, nas Arcadas, onde tem orgulho de ser professor, pois, como lembra, “trata-se da escola mais importante do país”

Além de professor, Sérgio Pinto Martins é Juiz do Trabalho, desde 14.9.90. Como nasceu sua vocação para a magistratura?

Talvez da constatação de que as empresas, em geral, não oferecem segurança e, ao menor sinal de crise, livram-se de seus empregados, intranquilidade essa ausente na carreira pública. Aliás, isso lhe ocorreu quando, gerente do departamento jurídico do Banco Sistema, com apenas 26 anos, perdeu o emprego de advogado por

ocasião do Plano Collor, submetendo-se, a partir de então, a concursos, primeiro para Promotor Público, depois, Juiz do Trabalho.

Outras razões o levaram a ser Juiz do Trabalho: no lugar da parcialidade do advogado, que muitas vezes defende seu cliente mesmo sabendo que não tem razão, sente-se mais confortável dizer o direito com imparcialidade.

Mas, como juiz, prefere o acordo à sentença – muitas vezes a sentença não resolve o problema – cria outro – daí porque se empenha no acordo – mesmo que a sentença seja correta do ponto de vista legal, nunca será tão boa a ponto de substituir o acordo.

Como Juiz, às vezes não consegue distinguir quem está em dificuldade – se o empregado ou a empresa – pois a hipossuficiência não é privilégio apenas do trabalhador.

Consciente dos graves problemas enfrentados pela Justiça do Trabalho e convencido da necessidade da reforma do Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins daria às Comissões de Conciliação Prévia caráter de Juizado Especial, integradas na Justiça do Trabalho. Com isso, reduziria custos, teriam tais mecanismos mais credibilidade e, o mais importante, sem prejuízo da atual agilidade, com inevitáveis vantagens na redução de conflitos a serem encaminhados à Justiça do Trabalho.

Mas, antes de enfrentar os efeitos – propõe o Professor Sérgio atacar as causas – excesso de leis, com muitos artigos na CLT de duvidosa vigência – daí sua proposta de faxina, limpando a CLT daqueles artigos que perderam seu fundamento em face da Constituição de 1988 ou em razão das mudanças tecnológicas e de informação, especialmente no que se refere ao Direito Coletivo. Trata-se de tarefa simples, conclui, a ser enfrentada inclusive por meio de Medida Provisória.

Outra proposta, de mais difícil execução, consiste em rever nosso modelo de relações de trabalho, mediante implantação do pluralismo sindical, sem prejuízo de uma contribuição negociada, para sustentar o sistema confederativo.

Na sua visão, a reforma passa, ainda, pela extinção do poder normativo: caberia à Justiça do Trabalho apenas a competência para dizer se a greve foi abusiva ou não. Tem consciência de que não há unanimidade entre seus pares, alguns mais preocupados em manter a Justiça do Trabalho – mas o que a mantém é a arrecadação do INSS, IR, além das custas do processo e, naturalmente, a ampliação de sua competência.

Acredita o Professor Sérgio na arbitragem, pelo seu dinamismo – mas há resistências de ordem cultural – o trabalhador prefere a Justiça do Trabalho.

De qualquer forma, a Justiça do Trabalho deve ser aperfeiçoada, com ampliação de seus quadros e redução de sua burocracia – esse o seu maior desafio, conclui.

Algumas talvez estejam se perguntando: afinal, viemos à posse do Professor Titular Sérgio Pinto Martins, e onde está ele? Porque, ao invés de vir pessoalmente, mandou representante? Não, não estranhem - é ele mesmo que está aqui.

Aliás, essa dificuldade já foi enfrentada muitas vezes pelo nosso homenageado – em geral, diz ele, as pessoas esperam alguém mais velho, já barrigudo e careca. Quando se deparam com esse jovem, simples, direto, de poucas palavras, mas objetivo e franco, ficam surpresos e, às vezes, decepcionados.

Numa conferência na Faculdade de Direito do Sul de Minas, em Pouso Alegre, um aluno, revoltado, volta-se para o coordenador e indaga: “cadê o Sérgio Pinto Martins? Porque mandaram esse moleque para substituí-lo?”

Esse jovem professor, que hoje toma posse como titular de Direito do Trabalho, exhibe um pensamento maduro, não conservador. Aplica as lições de Pound, para quem a ordem jurídica deve ser flexível, ao mesmo tempo que estável.

Professor Titular Sérgio Pinto Martins, bem-vindo!!

**DISCURSO DE POSSE NA TITULARIDADE DO
DEPARTAMENTO DE DIREITO DO TRABALHO**

Sérgio Pinto Martins

Professor Titular do Departamento de Direito do
Trabalho da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Exmo. Sr. Prof. Dr. Guido Fernando Silva Soares,
Digníssimo Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Douta Congregação,
Exmos. Srs. Professores,
Exmos. Srs. Juízes,
Senhoras e senhores.

Hoje, tenho a felicidade de compartilhar esta posse com o professor Antonio Chaves de Camargo, mestre que batalhou para alcançar a titularidade, que luta diante das adversidades da escola pública para torná-la melhor, atingindo o ápice da carreira, procurando ser um paradigma para seus alunos. O meu reconhecimento nesta data ao mestre, principalmente pelo trabalho que tem feito na Comissão de Pós-graduação.

Toda vez que passo pelo pátio e vejo as arcadas, penso na tradição destas paredes. Por essa escola passaram importantes figuras da nossa nação: políticos, poetas, juízes, juristas.

Para mim é uma grande honra ser professor desta escola. Nunca esperei que isso viesse a acontecer, principalmente na condição de professor titular. Daí a importância de se aproveitar os momentos que nos são reservados pelo destino.

Não me considero exatamente um mestre. “Mestre como afirma Guimarães Rosa não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende” Tenho mais aprendido com as pessoas do que ensinado, procurando trazer a minha experiência.

Minha responsabilidade é suceder na cadeira os insígnies professores desta academia: Cesarino Jr. e Amauri Mascaro Nascimento, que, por certo, não é fácil, seja pelas obras de qualidade destes juristas, seja pela cultura dos referidos professores, que eu não tenho.

Fui aluno de vários professores desta casa na graduação. Do professor Pedro Vidal duas vezes, em Teoria Geral do Estado e em Direito do Trabalho e também dos professores: Álvaro Villaça Azevedo, durante quase quatro anos, em Direito Civil; Nelson Mannrich, Giselda Novaes Hironaka, em Direito de Família e do professor Guido Silva Soares, em Direito Internacional Privado.

Na pós-graduação fui aluno dos professores Amauri Mascaro, Annfbal Fernandes, Cassio Mesquita Barros, Pedro Vidal, Octávio Bueno Magano, que foi meu orientador no doutorado; Oris de Oliveira e Wagner Giglio. Infelizmente, esses professores se aposentaram e foi necessário recompor o nosso departamento.

Guardo com carinho as lições de vida e a atenção que o professor Ruy Barbosa Nogueira tinha para comigo, quando fui seu aluno no mestrado em Direito Tributário, que ficaram na minha memória. Uma das frases que ele sempre repetia era: “o homem ocupado é o que tem tempo” Dê, portanto, uma atribuição ao homem ocupado, que ele encontrará tempo. A outra era “escrever é por as idéias em ordem”

A função do professor na universidade, além de ministrar a matéria, é de estimular e orientar o aluno, para que ele siga seu próprio caminho, mas, acima de tudo, para fique motivado e estude.

O professor representa aquele sonho, que começa, a maior parte das vezes, com alguém que acredita em você, “que o puxa, empurra para o próximo estágio, às vezes até o aguilhoando com um bastão profundo chamado verdade”. Agradeço aos meus professores, que foram bons. O aluno, porém, não é grande coisa e precisa melhorar.

Meu compromisso, que devo prestar, por tradição, nesta posse, é de lutar por aquilo que acredito, principalmente pela verdade.

É por isso que penso ser necessário falar da reforma previdenciária, pois cabe ao professor contribuir com sua crítica, mas também dar sugestões para o aperfeiçoamento do nosso Direito.

A reforma previdenciária é necessária por quatro motivos: a- o aumento da expectativa de vida do brasileiro; b- o fato de que as mulheres têm um número menor de filhos, diminuindo a arrecadação da contribuição previdenciária; c- a circunstância de haver um menor número de ativos financiando os inativos; d- o desemprego e a informalidade, em que o trabalhador nada paga para o sistema e, dependendo do caso, usa o seguro-desemprego e o sistema de saúde.

O projeto de emenda constitucional estabelece mesmo é reforma

previdenciária no setor público. Apenas um item é direcionado aos segurados da área privada, elevando o teto das aposentadorias e pensões para R\$ 2.400,00.

O teto vai implicar que o sistema arrecade mais num primeiro momento, pois as pessoas irão querer recolher sobre o novo teto para ter direito a um benefício maior, mas não irão se aposentar com valores superiores aos atuais, mas com base no fator previdenciário, que adota a média de 80% das maiores contribuições a partir de julho de 1994 em diante. No início da sua vida laboral o segurado contribui com valores inferiores aos do teto e, muitas vezes, sobre um salário mínimo.

A reforma transfere o problema para daqui a alguns anos, quando certas pessoas terão condições de se aposentar com valores próximos ao novo teto. Desaparece o propalado déficit do INSS com uma penada, pois praticamente nada está sendo feito para modificar o sistema na área privada.

O estabelecimento do novo teto para futuros servidores públicos importa que o governo vai arrecadar valor inferior da contribuição do servidor, porém vai pagar os antigos funcionários pelo valor do último salário. Isso já mostra que, num primeiro momento, haverá déficit no sistema.

O limite de idade de sessenta anos para o homem e 55 para a mulher existe no setor público, mas não tem correspondente no setor privado, mostrando desigualdade.

Descabido o argumento de que deve existir solidariedade dos aposentados com os demais segurados do sistema, pois se a pessoa já recolheu o suficiente para ter direito ao benefício, não há como se solidarizar a outras pessoas para que estas tenham direito à prestação.

Incabível a assertiva de que os inativos financiem também os seus próprios benefícios, porque nesse caso não temos contribuição, mas imposto, que é geral, pois o contribuinte nenhuma vantagem tem com o pagamento. Sua aposentadoria não vai ser melhorada com a contribuição vertida após o jubramento, nem vai ser concedida outra aposentadoria. Não há direito a pecúlio, com a devolução do que já pagou após se aposentar, quando a pessoa parar de trabalhar.

Estabelecer contribuição para o inativo é a mesma coisa que pagar um bem em prestações, quitar a última parcela e continuar a pagar o bem ou então estabelecer contribuição para financiar a aposentadoria da outra encarnação. Não há lógica alguma nisso.

Estranha-se haver contribuição do funcionário público inativo e não ocorrer o mesmo na área privada. Existe, portanto, outra desigualdade.

O fundamento para se exigir um desconto de 30% para o cálculo da pensão na área pública e não pagá-la com o valor integral é o fato de que diminuem os gastos na família do segurado com sua morte. Existem, porém, vários tipos de família. Se a família é numerosa, a diminuição de uma pessoa não altera a necessidade de receber a pensão integral, principalmente porque muitos benefícios têm baixo valor. É o que ocorre com famílias de mais de cinco pessoas. As pessoas de idade gastam mais com remédios e com médicos. Parece que o número utilizado tomou por base apenas quanto seria possível economizar com o pagamento da pensão, que seria de 30% do que exceder o novo teto.

A pensão por morte na área privada não tem, contudo, alterações no percentual, mostrando mais uma desigualdade. O sistema tem sido mal administrado, pois os recursos existem. São provenientes da folha de salários, faturamento, lucro, contribuição dos trabalhadores e a receita de concursos de prognósticos, mas eles desaparecem e são empregados para outros fins, como para construção de grandes obras, de subscrição de capital em empresas estatais, para gerar superávit primário para o FMI etc. Não estão sendo combatidas as causas, mas apenas efeitos periféricos. É o mesmo que mandar o doente fazer fisioterapia para se recuperar e não ministrar antiinflamatório para evitar a infecção.

A aposentadoria e a velhice dignas são formas de preservar o princípio da dignidade da pessoa humana, que não está sendo respeitado na reforma.

O que é mais importante a segurança jurídica das relações ou o aspecto econômico? O aspecto social que tem a previdência social deve preponderar sobre o ideal econômico. Como nada de concreto foi feito para combater as causas, com exceção do aumento da idade, daqui há a alguns anos haverá necessidade de ser feita outra reforma.

É a idéia de Lampedusa de que é preciso fazer alguma coisa, para que elas permaneçam como estão. Vamos, portanto, fazer a reforma para que as coisas permaneçam como sempre estiveram.

Deixou de ser tomada providência concreta para mudar para melhor a previdência. Na verdade, estamos mesmo diante da imprevidência social, em razão de tantas mudanças no curso do período em que o segurado adquire o direito. Não há, muitas vezes, como estabelecer um planejamento do benefício, pois as regras do sistema mudam constantemente.

Como afirma Goethe: é muito mais fácil reconhecer o erro do que encontrar a verdade; aquele está na superfície e por isso é fácil erradicá-lo; esta repousa no fundo, e não é qualquer um que pode investigá-la.

O Direito não é só norma, mas também experiência, como ensina o professor Miguel Reale. Nossa experiência em reformas previdenciárias não tem sido satisfatória, porque elas acabam criando outros problemas. Deveríamos reformar para melhorar, inovando para aperfeiçoar o sistema, visando observar o conteúdo social que a previdência tem.

Por fim, quero agradecer certas pessoas que foram importantes nesta etapa. Ao meu pai, Rubens Martins, que sofreu muito ao falecer de câncer, mas que me deixou exemplos de vida.

O primeiro, da sua insistência para que eu estudasse e me esforçasse para aprender e continuar diariamente me aperfeiçoando. O profissional deve ter a firme determinação de continuar se aprimorando e nunca parar de estudar, imbuindo-se de hábitos metódicos no seu mister. Dizia Dom Quixote àquele lavrador que sonhava com Salamanca: “Tudo na vida é engano, exceto estudar e estudar mais” (Dom Quixote, II, 60). Essa é a determinação que deve ter o profissional, procurando estudar sempre, melhorando suas deficiências, pois “não se pode ter a cabeça erguida sobre os homens, sem antes tê-la baixado sobre os livros”

O segundo, é a persistência no trabalho diário, que não tem hora para terminar e é feito todos os dias. O terceiro, é a perseverança em continuar lutando contra as adversidades para conseguirmos nossos objetivos, porque ele lutou contra os seus problemas até o fim, mesmo que na última vez não o conseguisse.

Se meu pai estivesse aqui presente, estaria contente e emocionado, ao seu modo, como em todos as vezes em que foi nas minhas posses. A minha mãe, Clarice, que também insistiu para que eu estudasse e me deu suporte para fazer o mestrado e o doutorado nesta casa, pelo seu amparo e compreensão nos momentos mais difíceis.

A Marcia, que sofreu comigo em várias oportunidades, inclusive durante o concurso para professor titular, pela sua paciência. Essa vitória também é sua. A Mariana, que sabia de cor muitas passagens da minha tese, O pluralismo do Direito do Trabalho, tantas vezes lhe foram repetidas. Que lhe sirva o exemplo de estudo, para que possa cursar aquilo que desejar e atingir seus objetivos.

A minha sogra, Tereza, que representa minha segunda mãe, tamanha a sua preocupação e consideração em relação à minha pessoa. Agradeço a saudação do professor Mannrich. O homem rico, em inglês. Ele sempre responde: o homem rico de amigos.

Um amigo certo durante a vida já é bastante. Reconhece-se o amigo não só nos bons momentos, mas principalmente nos momentos incertos. “Amigas - portanto

- são aquelas raras pessoas que nos perguntam como estamos e que depois ficam à espera para ouvir a resposta”

Agradeço aos nossos amigos que aqui compareceram esta noite.

São Paulo, dezembro de 2003.



Professor Titular Sérgio Pinto Martins

**DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO
PROFESSOR ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO,
POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE SUA POSSE NO CARGO DE
PROFESSOR TITULAR DE DIREITO PENAL**

Guido Fernando Silva Soares
Professor Titular de Direito Internacional Público e
Vice-Diretor, no exercício da Diretoria.

Na auspiciosa data de hoje, em que a Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo se reúne nesta especial solenidade, a fim de dar posse no honroso cargo de Professor Titular de Direito Penal, ao eminente Professor Doutor Antonio Luis Chaves Camargo, mister se faz recordar o significado histórico desta sessão particular. Na verdade, os grandes momentos na vida do homem em sociedade, sempre foram distinguidos de outros, através de marcas exteriores, que os fazem diferentes dos demais acontecimentos, e, para tanto, são eles cercados de ritos especiais, com a finalidade de deixar clara a importância que se atribui àquele particular instante. Não é por outra razão que o mais alto Colegiado da mais antiga e prestigiada Faculdade de Direito do Brasil se congrega, em toda sua pompa, para confirmar a um dos mais significativos atos acadêmicos, sua importância e sua relevância, para ela mesma, Faculdade de Direito, enquanto tradição, que se exige, e necessidade social, que se postula.

O fato de estarmos numa Faculdade de Direito, que, portanto, deve ser fiel a uma das mais prestigiadas fontes de normas comportamentais, os usos e costumes, reforça a lembrança dos momentos históricos em que a presente solenidade foi instituída. O evento tem origem na Idade Média, por volta do Século XIII, no contexto da criação das universidades, entidades essas que perduram até nossos dias, as quais têm sabido responder aos maiores desafios da história dos tempos modernos e da atualidade. A razão de tal permanência no tempo das universidades, pode ser creditada ao fato de que, até o momento, não se descobriu outra maneira de reunir, de maneira mais eficiente, de um lado, homens de ciência, pensadores de escol, espíritos despegados de valores individuais e dedicados aos superiores valores de relevância para a sociedade e, de outro, uma juventude em formação, a qual deve ser educada na linha da reafirmação dos valores históricos de todos os tempos e na descoberta de valores relevantes para o futuro.

Nascidas à sombra dos mosteiros e conventos medievais, em hipótese alguma as universidades podem relembrar as anteriores formas de educar-se a juventude:

a academia platônica ou o liceu aristotélico. Por serem criaturas originadas no universo medieval, as universidades trazem as marcas de tal período histórico, em particular, naqueles momentos em que as exterioridades se tornam importantes, como neste momento presente. Não estamos reunidos para conferir uma coroa de louros, a um vencedor de um concurso de oratória, ou para alçar aos degraus superiores de um pódio, um vencedor de uma competição, à maneira da Grécia clássica, mas bem, à maneira da Idade Média, para conferir uma cerimônia de investidura de novos poderes, a quem já se provou digno de envergar uma armadura de lutador, em prol da sociedade.

Trata-se, portanto, de uma cerimônia de duplo efeito: o reconhecimento de valores de uma pessoa, que já possuía qualidades especiais para determinadas funções e, ao mesmo tempo, o conferimento a ela, de novos poderes e novas responsabilidades. O agente de tal reconhecimento e de tal atribuição é a própria sociedade, a qual outorgou às universidades o papel da educação e da formação dos futuros cidadãos, e a função de ser o repositório das ciências, tecnologia e das artes e os guardiães dos valores éticos e jurídicos desta mesma sociedade.

Menos como uma particular homenagem a um grande intelectual, que seria devida ao ilustre Professor Doutor Chaves Camargo, devemos considerar a presente sessão da Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como uma cerimônia solene com aquele duplo efeito. Em primeiro lugar, o reconhecimento dos valores éticos, profissionais e como educador, que o ilustre Professor Doutor Chaves Camargo já possuía, e que, por isso mesmo, se torna digno de integrar o Colegiado máximo, neste momento reunido, e, em segundo lugar, a investidura deste ilustre intelectual paulistano, em novos poderes, na panóplia dos poderes que se conferem aos diversos graus universitários.

Se há um traço característico da personalidade e que tem marcado toda atuação ao longo de sua vida do Professor Chaves Camargo, é sua dedicação ao Direito, na sua expressão mais alta e digna, o de ser a expressão da Justiça.

Nascido em São Paulo, Capital, a 25 de julho de 1942, filho do Senhor Francisco de Salles Camargo e de Dona Elisa Silva Chaves Camargo, ainda menor de idade, já servia ao Direito, sob a égide do Poder Judiciário paulista, ao qual iria estar integrado, tão logo terminasse sua formação acadêmica. De 13 de março de 1958, com apenas dezesseis anos de idade, já trabalhava na Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em funções que exerceria até a 17 de outubro de 1960, ao completar dezoito anos de idade.

De 18 de outubro de 1960 a 15 de março de 1962, como acadêmico do

Largo de São Francisco, exerceu as funções de escriturário extranumerário mensalista na Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo, em 1962, prestado concurso público para admissão no quadro do funcionalismo daquele Tribunal.

A partir de 17 de março de 1962, foi nomeado escriturário técnico em Contabilidade do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, até a data de 12 de outubro de 1969, quando pediu exoneração, em virtude de haver sido nomeado juiz substituto, após concurso público.

Portanto, deve ser notado que durante seu Curso de Bacharelado nesta Faculdade de Direito, o qual foi completado em 1968, o Prof. Chaves Camargo já se encontrava comprometido com o Direito e servia diretamente ao Poder Judiciário paulista. Deve, igualmente ser notado, que no período de sua vida profissional, dos inícios de 1969, até 1980, em que o Professor Chaves Camargo esteve longe da Capital paulista, portanto, longe da sombra desta Faculdade de Direito, por motivos do exercício de seu mister de magistrado, no interior do Estado, não pôde buscar o aprimoramento de suas outras qualidades, como futuro professor de Direito. Com efeito, nomeado por concurso público na carreira da Magistratura paulista, em 31 de dezembro de 1968, como jovem magistrado, serviria em Santo André, como juiz substituto para a 2ª Circunscrição Judiciária, com sede em Santo André, tendo iniciado o exercício em 13 de janeiro de 1969.

Nomeado por Decreto de 01 de abril de 1970 juiz de Direito de 1ª Entrância, foi designado para a Comarca de Caconde, onde ficou até 1972, sendo, nessa data, promovido a juiz de Direito de 2ª Entrância, em 20 de novembro de 1972, quando, então, seria transferido para a Comarca de Mogi Guaçu. Em 1973, a partir de 08 de agosto, foi promovido a juiz de 3ª Entrância, e removido como juiz de Direito substituto para a Capital do Estado de São Paulo.

Exerceu as funções de juiz de Direito auxiliar do Júri, na 2ª Vara do Júri da Capital, a partir de 06 de junho de 1975, até a data de 30 de outubro de 1979, quando seria removido para o cargo de juiz de Direito auxiliar da Capital.

Nomeado juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca da Capital, São Paulo, portanto, com sua família em São Paulo, pôde o Professor Chaves Camargo dar azo à realização das potencialidades da outra vertente de sua personalidade e de seus dotes naturais, quais sejam, o gosto pela ciência, pela pesquisa e pelas atividades docentes. Admitido como professor auxiliar de Ensino no Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a 23 de abril de 1981, ao finalizar a primeira etapa de seu Curso de Pós-Graduação na mesma Faculdade de Direito, no dia 10 de outubro de 1981, defende seu Mestrado em Direito Penal, com a

dissertação intitulada *Tipo Penal e Linguagem*, trabalho esse que, pela sua importância para a Ciência Jurídica, seria publicado em 1982, pela Editora Forense do Rio de Janeiro, com idêntica denominação.

A partir de 19 de março de 1981, foi nomeado juiz de Direito da Vara de Menores da Capital. Entrância Especial, tendo sido promovido ao Tribunal de Alçada Criminal, aos 08 de novembro de 1984, Tribunal esse do qual exerceu a Presidência da 6.^a Câmara, pelo período de 08 de janeiro de 1986 a 30 de dezembro de 1986. Este período, sem dúvida o mais elevado na vida de um magistrado, foi para o Professor Doutor Chaves Camargo, igualmente, o mais frutuoso de sua carreira como professor universitário. Aos 06 de dezembro de 1984, defenderia sua Tese de Doutorado em Direito Penal, nesta mesma Faculdade de Direito, com o trabalho *Discurso Jurídico e Direito Penal*, no qual se revelam sua preocupação e seu desvelo para com a doutrina jurídica alemã mais moderna, em particular, o pensamento de Jürgen Habermas.

No que se refere à vida universitária, aos 08 de fevereiro de 1985, é nomeado professor assistente do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP e promovido a professor assistente-doutor, aos 05 de janeiro de 1986. A partir de então, passa a ser o responsável por inúmeras disciplinas do Departamento de Direito Penal, tanto ao nível da Graduação, quanto ao nível de Pós-Graduação, ademais das atividades de acompanhamento individual de pesquisas, orientação de trabalhos de iniciação científica, na graduação e mestrados e doutorados, em nível de Pós-Graduação, tanto na Faculdade de Direito da USP, quanto em outros estabelecimentos universitários de São Paulo.

Aos 03 de fevereiro de 1987, defendeu nessa Faculdade de Direito sua livre-docência em Direito Penal, num concurso de provas escrita, de erudição e de títulos, durante o qual sustentou em sessão pública, a tese sobre o tema: *Dolo: Motivo, Vontade e Intenção*. De posse do título de livre-docente em Direito Penal, foi nomeado professor livre-docente, a 17 de dezembro de 1986 e, a partir de 17 de dezembro de 1986, professor associado do Departamento de Direito Penal, desta Faculdade de Direito.

Com o deferimento de seu pedido de aposentadoria, a 12 de novembro de 1988, já no cargo de juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, o ilustre Professor Doutor Chaves Camargo pôde concentrar suas atividades na Advocacia, em São Paulo, tendo-se inscrito na OAB, seccional de São Paulo, Capital, e, dedicar-se sobretudo, às atividades acadêmicas. Sendo assim, com Bolsa de Estudos de Pós-Doutorado, outorgada pelo Governo alemão, realizou pesquisas de Pós-Doutorado no Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, em Freiburg, na Alemanha, durante os meses de dezembro de 1989 a abril de 1990, sobre o tema

“*Culpabilidade e Reprovação Penal*” De tais pesquisas, resultou o importante livro *Culpabilidade e Reprovação Penal*, da Editora Saraiva, São Paulo, 1994, edição essa que se provou ser das mais relevantes para os estudiosos do Direito Penal no Brasil, tanto assim, que logo se esgotou e, na presente data, ainda se encontra esgotada.

Sua atividade de pesquisador continuaria, em convivência harmoniosa, com seus misteres universitários, como professor associado, tendo conseguido do Governo alemão, nova Bolsa de Estudos de Pós-Doutorado, na Alemanha. De janeiro de 1994 a abril de 1995, realizaria outras pesquisas de Pós-Doutorado no Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, em Freiburg, sobre o tema “*Bioética e Direito Penal*”. Novamente, os resultados de tais pesquisas, num campo novo e polêmico, viriam a lume, com o importante artigo, *Bioética e Direito Penal*, publicado na *Revista Impulso*, editada pela Universidade Metodista de Piracicaba, São Paulo, 1994.

Enfim, para coroar sua vida acadêmica, de 03 a 05 de março do ano corrente de 2003, o Professor Chaves Camargo submeteu-se ao Concurso de Provas e Títulos para o cargo de professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP, com a Tese *Sistema de Penas: Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. Para gáudio de seus Pares da Faculdade de Direito da USP, obteve merecida e almejada aprovação, razão pela qual estamos hoje reunidos para sua investidura formal nas novas dignidades, direitos e deveres que este novo cargo lhe confere. Esta tese, que lhe rendeu o título de Professor Titular, foi publicada com a denominação *Sistema de Penas: Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*, pela Editora Cultural Paulista em julho do corrente ano.

Nos últimos cinco anos, o Professor Chaves Camargo tem ministrado aulas nos 9.º e 10.º semestres do Bacharelado referentes à disciplina Direito Penal Especial IV e V. Trata-se de aulas teóricas, com exposição dos temas relacionados com crimes da *Parte Especial* do Código Penal, bem como referência obrigatória à Parte Geral, para a compreensão do âmbito de abrangência da norma e âmbito de abrangência do tipo. Além das aulas teóricas, são realizados seminários, sobre temas do programa, e debates sobre pontos controvertidos da matéria.

De 1993 a 1999, o Professor Chaves Camargo lecionou no Curso de Pós-Graduação em Mestrado, na Universidade Metodista de Piracicaba, reconhecido pela CAPES, na área de Direito Penal; além de haver ministrado aulas, orientou inúmeros alunos e participou de várias bancas examinadoras de dissertações de Mestrado. Na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, desde a outorga de seu título de doutor em Direito Penal, o Professor Chaves Camargo tem integrado bancas de concurso de

Mestrado e Doutorado na sua especialidade, além de haver integrado bancas de concurso público para a admissão de Professores naquela Pontifícia Universidade.

Segundo os arquivos desta Faculdade de Direito, no ano de 2000, além das aulas mencionadas, foram ministradas aulas para os 5.º e 6.º semestres do Bacharelado nas disciplinas Direito Penal I, e II, relacionadas com a *Parte Especial* do Código Penal, que versam sobre crimes em espécie, bem como a disciplina de Direito Penal III, Parte Especial. Nos 9.º e 10.º semestres, o Professor Chaves Camargo foi o responsável pelas disciplinas Direito Penal IV e V, Parte Especial, de acordo com o programa oficial desta Faculdade de Direito.

Destaquem-se as atividades de atendimento aos alunos da Graduação, durante o ano letivo, no Departamento, para orientação sobre bibliografia, pesquisas e dúvidas. Destaque-se, igualmente, que nos últimos anos, a partir de 2000, tais orientações se têm ampliado, em virtude da apresentação por parte dos acadêmicos do curso de Bacharelado, da Monografia Final do Curso que, embora facultativa até o ano de 2007, muitos alunos se interessaram em apresentá-la, como forma de enriquecer os respectivos *curricula vitae et studiorum*.

Nos Cursos de Pós-Graduação, desde a obtenção do título de Doutor, em 1986, e o seu devido credenciamento pela USP, o Professor Chaves Camargo tem sido o responsável por diversas disciplinas no Departamento de Direito Penal, assim como as relevantes atividades de Professor Orientador em dissertações de Mestrado e teses de Doutorado. Deve-se ressaltar que dois de seus alunos e orientandos na Faculdade de Direito da USP, seriam, em data posterior, admitidos como Professores da mesma Faculdade de Direito: os eminentes Professores Dr. Sérgio Salomão Shecaira e Dr. Renato Mello Jorge Silveira, ambos lotados no Departamento de Direito Penal desta Faculdade de Direito.

É impressionante a atividade produtiva do Professor Chaves Camargo, conforme expressa pelo número de livros, artigos científicos e publicações em revistas altamente especializadas. Como livros, permito-me destacar os seguintes: *Júri – Organização e Jurisprudência*, Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, São Paulo, 1981, (obra esgotada), *O Menor e seus Direitos: audiência interprofissional*, Lex Editora, São Paulo, 1982, *Tipo Penal e Linguagem*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1982 (esgotada), *Reforma Penal* (organização), Editora Saraiva, São Paulo, 1985, *Júri*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, juntamente com co-autores: desembargador Adriano Marrey, desembargador Alberto Silva Franco e juiz Ruy Stoco. (obra esgotada), a mencionada *Culpabilidade e Reprovação Penal*, Editora Saraiva,

São Paulo, 1994 (igualmente esgotada) e *Imputação Objetiva e Direito Penal brasileiro*, editado pela Cultural Editora, em São Paulo, 2001.

Como artigos científicos, permito-me, igualmente, apenas destacar os campos em que o Prof. Chaves Camargo tem brilhado: Direito Penal e suas relações como o Direito Constitucional e os Direitos Humanos, a Proteção do Direito do Menor, temas de Direito Penal e de Direito Processual Penal e a Proteção dos Direitos Humanos. Neste último campo, resalto o relevante artigo para a Ciência do Direito e para a consciência jurídica e ética nacional, do trabalho: *Direitos Humanos e Direito Penal: Limites da Intervenção Estatal no Estado Democrático de Direito*, in: *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (Criminalista do Século)*, São Paulo, Editora Método, 2001.

Deve-se colocar em destaque, a relevante participação do Prof. Dr. Chaves Camargo, em Comissões da Faculdade de Direito da USP e em colegiados dos mais significativos na vida jurídica do Brasil. Assim sendo, o Prof. Chaves Camargo integra, como Membro, a comissão de juristas da Associação de Magistrados Brasileiros, desde 1997. É membro nomeado da Academia Brasileira de Direito Criminal – ABD-Crim. Recebeu da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, a Láurea de Reconhecimento por trabalho realizado. Fez parte da Comissão Editorial da Revista Impulso, da Universidade Metodista de Piracicaba, de 22 de agosto de 1999 até o ano de 2000. Na Faculdade de Direito da USP, além de membro da Congregação da Faculdade de Direito da USP, foi membro de sua Comissão de Graduação e, na atualidade, é o Presidente de sua Comissão de Pós-Graduação. Destaque-se haver o Prof. Dr. Chaves Camargo sido eleito por seus Pares, Chefe do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia desta Faculdade de Direito, no período de junho de 1999 a junho de 2002 e reeleito por ainda mais dois anos.

Difícil, em poucas palavras, descrever o itinerário científico que tem percorrido o eminente Prof. Dr. Chaves Camargo. Uma característica de sua intensa atividade docente, nas suas publicações e nos seus cursos, ministrados nesta Faculdade de Direito, tanto no Bacharelado, quanto no Mestrado e Doutorado em Direito Penal, tem sido a preocupação em analisar e divulgar a evolução da dogmática jurídico-penal da atualidade, com textos que aquele Professor tem produzido, em especial após seus estágios, em nível de pós-doutorado, no *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, de Freiburg, Alemanha. Os esforços de atualização do Professor Chaves Camargo têm sido complementados com insistentes e constantes consultas a novidades jurídicas, como se comprova pelo depoimento de seus alunos

que demonstram ser ele um assíduo navegante da *Internet*.

No pensamento do Professor Chaves Camargo e, por conseguinte, na sua contribuição à Ciência Penal, conforme praticada no Brasil, deve se dar destaque à preocupação em trazer a moderna teoria estrangeira, à discussão intelectual que se processa na Universidade brasileira. Os temas novos das implicações entre a linguagem significativa (Habermas) e o mundo normativo, encontram-se presentes na obra desse penalista brasileiro. É notável o esforço do Professor Chaves Camargo em mostrar as finalidades da pena, num Estado democrático de Direito, em contraste com as metodologias tradicionais, que consideravam o Direito Penal um sistema fechado, que se auto-explicava, dentro de um hermetismo de tipos rígidos e fundamentados numa linguagem abstrata. Propõe aquele Mestre que se considere a metodologia do Direito Penal como um sistema aberto, que sofre a influência de outros ramos da cultura e do Direito, como a Sociologia, a Lingüística, a História e a Psicologia.

Na esteira de pensadores modernos como Hanz Welzel, aquele ilustre Professor, que ora toma posse perante esta Congregação reunida, aponta para os fins do Direito Penal, num Estado Democrático: a proteção de bens jurídicos tutelados pelo sistema jurídico ou, ainda, a reafirmação da vigência de todo ordenamento jurídico, como uma unidade significativa global, dentro da sociedade e, enfim, a “*revalidação dos conceitos valorativos num determinado momento, para um grupo social*” (p. 203 de sua Tese para Professor Titular). Destaca aquele Mestre, que o bem jurídico tutelado, não mais é um conceito apriorístico ou ontológico puro, advindo de definições abstratas, mas antes, é o fruto de um agir comunicativo, tendo como referencial, o conceito valorativo sincrônico, no âmbito do grupo social. A um posicionamento clássico de considerar a atividade de todos quantos se debruçam sobre o Direito Penal e nele vêem uma atividade dogmática e de pura dedução de valores abstratos, o Prof Chaves Camargo propugna pela sua substituição por um modelo finalista, de considerar-se o Direito Penal como uma estrutura de proteção de todo o sistema jurídico, entendido como um conjunto harmonioso.

Destaque-se o cuidado do Prof. Dr. Chaves Camargo, em seu pensamento e em sua obra, de mostrar, no Direito Penal da atualidade, o abandono do posicionamento doutrinário, hermenêutico e legislativo, com fortes componentes moralizantes, do posicionamento de que a pena tem um fim meramente retributório ou de castigo. Na modernidade, a função da repressão penal passa a ser aquela de se constituir num sistema de prevenção geral positiva e de prevenção especial positiva, em relação a qualquer violação dos bens jurídicos relevantes para o grupo social, violação essa que

acarreta a aplicação da pena, considerada como uma reprovação condizente com a ação ou omissão praticadas.

No base de seu pensamento, o Prof. Chaves Camargo propugna pela regra de que os princípios das Leis Magnas, ou seja, das Constituições dos Estados democráticos, sejam aqueles conducentes à, cito: *adoção de um sistema aberto, integrados por categorias valorativas, permite a integração de novos conceitos, decorrentes da definição dos conflitos sociais, e, em consequência, determina a evolução social e o desenvolvimento da ciência jurídico-penal* (citação transcrita de uma das *Conclusões* de sua Tese para Professor Titular).

Dentro de tal pressuposto, numa de suas conclusões na referida tese para Professor Titular, o Professor Doutor Chaves Camargo afirma, *verbis*, que *o sistema de penas, que se caracteriza pela ordenação e unidade, dentro do sistema penal, observa, no Estado Democrático de Direito, os princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade, necessidade e culpabilidade.*

Portanto, a partir da concepção científica do Professor Doutor Chaves Camargo, o Direito Penal nada mais seria do que um sistema de reforço a todo sistema jurídico de uma sociedade, na atualidade, profundamente ancorado nos princípios democráticos que devem ordenar esta mesma sociedade.

É um possuidor de tal sorte de pensamento democrático e de um tal posicionamento jurídico e ético, que a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, neste momento, tem a honra de receber entre seus Pares, na categoria máxima de Professor Titular.

É, assim, com alegria, que os professores, alunos e funcionários da Faculdade de Direito da USP, conferimos ao ilustre Professor Doutor Antonio Luis Chaves Camargo, nesta solene tarde, as insígnias de Professor Titular de Direito Penal, certos de que Sua Excelência continuará a honrar, como sempre fez, sua vocação de bem servir ao Direito e à Justiça.

Tenho dito!!

São Paulo, dezembro de 2003.

***DISCURSO DE POSSE NA TITULARIDADE
DO DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL,
MEDICINA FORENSE E CRIMINOLOGIA***

Antonio Luis Chaves Camargo

Professor Titular do Departamento de Direito Penal
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Exmo. Sr. Professor Titular,

Doutor Guido Fernando da Silva Soares,

DD. Vice-Diretor desta Faculdade de Direito da USP,

Digno Presidente da Mesa

Autoridades:...

Prezados e Eminentíssimos Docentes que compõem esta Colenda Congregação da Faculdade de Direito da USP,

Prezados Senhores,

Agradeço as palavras amáveis e carinhosas do meu amigo e eminente colega, Professor Titular Guido Fernando da Silva Soares, fruto de sua amizade e sensibilidade.

Desejo, também, agradecer o apoio sempre inestimável dos colegas do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, na pessoa de seu chefe atual, Professor Titular Miguel Reale Júnior, pelo apoio constante para que pudéssemos atingir este cargo nesta Faculdade de Direito.

Desejo agradecer, em especial, os eminentes Desembargadores Carlos Renato de Azevedo Ferreira, Digníssimo Presidente da Academia Paulista de Magistrados; Desembargador José Rodrigues de Carvalho Netto e Desembargador Marco Antonio Marques da Silva, que nos deram um apoio inestimável, participando ativamente desta Solenidade, que é organizada pela Direção da Faculdade de Direito da USP.

Cumprimento meu colega, Professor Titular Sérgio Pinto Martins, que nesta oportunidade também toma posse no cargo de professor titular do Departamento de Direito do Trabalho;

E, finalmente, agradeço o apoio que sempre recebi dos alunos do pós-graduação e da graduação, bem como de todos os funcionários desta Faculdade de Direito.

Neste momento, quando tomo posse, somente, no cargo de Professor Titular de Direito Penal, nesta Faculdade de Direito, de renome internacional, sinto a responsabilidade de uma função, que, se é árdua, é, também, confortante.

Árdua, no seu dia-a-dia, na exigência de dedicação e confortante porque tem a vida e energia positiva dos jovens, sempre em busca de um saber que lhes permita uma atividade profissional, nesta complexa sociedade de conhecimento em que vivemos.

Nesta, como é o caso do Brasil, o Direito vive uma crise que nos deixa atônitos e ao mesmo tempo nos leva a buscar caminhos que nos possibilitem encontrar soluções que atendam as reivindicações de cada um, na concretização deste Estado Democrático de Direito. Há, ainda, o sério compromisso de tornarmos realidade a dignidade da pessoa humana, fundamento deste mesmo Estado Democrático de Direito.

Há necessidade de superarmos a metodologia até então aplicada pela nossa ciência jurídica e buscarmos em países mais avançados as inspirações para aplicarmos, de acordo com nossa cultura jurídica, os novos métodos proporcionados pela Filosofia e pela Sociologia Jurídica .

Esta atitude de coragem nos transformará em verdadeiros cientistas do Direito e pesquisadores, alicerces para a construção de um País melhor e adequado aos novos tempos.

Temos que ter consciência de que a sociedade atual é a sociedade do medo, da dúvida do estresse, mas, ao mesmo tempo, há pontos positivos e cabe à educação o poder de transformar as negatividades em fatores de desenvolvimento e crescimento intelectuais

O homem está num processo de busca desenfreada de si mesmo. Não vislumbra no seu horizonte os valores morais que o façam sentir-se digno e os éticos que lhe permita conviver em paz com o próximo.

A violência paira em cada ato, em cada gesto, em cada comunicação, e aqueles que buscam a paz, também não a encontram nos instrumentos jurídicos disponíveis de controle social. Tudo faz parecer um caos.

Entretanto, há esperança, e esta está bem próxima de cada um de nós. Aos docentes é reservada a missão mais importante que é a de ensinar, a formação não-só cultural, mas também moral e ética

• A arte de ensinar demonstra que nenhum mestre atua isoladamente, mas somos dependentes de uma comunicação positiva, que ajude cada ser humano a desenvolver seus valores interiores e a crescer espiritualmente, como única forma de cumprirmos a nossa missão

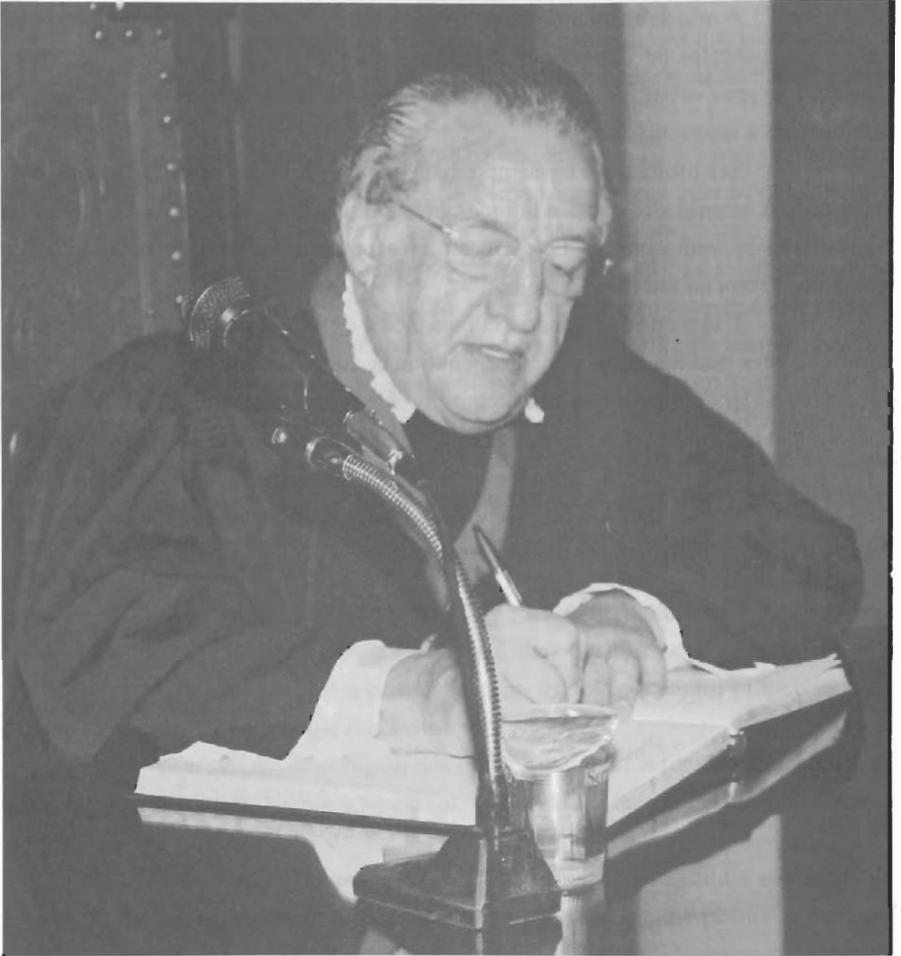
Ser professor é ter sempre palavras de estímulo, de generosidade e de otimismo. A humildade, que é a atitude correta dos sábios, deve ser a constante na transmissão do conhecimento. Este é o esforço e a determinação de cada um para que possamos vivenciar um mundo melhor.

E esta arte de ensinar, o cumprimento da minha missão, da nossa missão, são os valores que me impulsionam a continuar, com entusiasmo, a acreditar nesta juventude e a ter certeza de que atingiremos os objetivos fixados: retribuir com carinho e dedicação tudo que a vida acadêmica nos proporcionou durante estas duas décadas.

Reitero meus agradecimentos a todos que vieram prestigiar esta Solenidade, desejo felicidade ao meu colega titular, Doutor Sérgio Pinto Martins, e espero ter forças para cumprir o que me foi reservado

Muito Obrigado!!

São Paulo, dezembro de 2003.



Professor Titular Antonio Luis Chaves Camargo

CONTRIBUIÇÃO ÀS MEMÓRIAS ACADÊMICAS

MEMÓRIAS DE JÚLIO FRANK

Antonio Augusto Machado de Campos Neto
Chefe do Serviço Técnico de Imprensa da Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo:

Ao lado do jornalista Líbero Badaró, Júlio Frank é uma das personalidades mais amadas do espírito liberal acadêmico da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Poliglota e filósofo, lecionou no Curso Anexo, fundou a Bucha, introduziu a Filosofia alemã no País e deixou um rastro de mistério que envolve, inclusive, seu túmulo, situado no pátio interno da Academia.

Abstract:

Next to the journalist Líbero Badaró, Júlio Frank is one of the most lovely personalities of the academic liberal spirit. Polyglot phylosopher, he teached in Anex Curse founded the called Bucha, introduced the German Physlosophy in your country and a new wave of mistery that involves his cemetery , situated in the intern patio of the Academie.

Unitermos: Júlio Frank; Biografia; Curso Anexo; Bucha.

I. Introdução.

Instalados em 11 de agosto de 1827 os cursos jurídicos em São Paulo e Olinda (depois Recife), o ministro do Império, Fernandes Pinheiro, apresenta a D. Pedro I os nomes do tenente-general José Arouche de Toledo Rendon, paulistano de 71 anos de idade, doutor em leis e em armas, e do professor José Maria de Avelar Brotero para, respectivamente, diretor e lente do primeiro ano dos cursos da Faculdade de Direito de São Paulo. Os nomes foram contemplados pelo imperador.

E eles foram os geniais precursores de um extraordinário elenco de diretores e professores que passaram pela Academia do Largo de São Francisco, iniciado no século retrasado. Na linha de seqüência de diretores, o segundo foi o conselheiro Dr. Carlos Carneiro de Campos (1833-1835). Natural da Bahia, o terceiro Visconde de Caravellas, nasceu em 1º de novembro de 1805 e serviu como cadete no batalhão de D. Pedro I. Atualmente, 2003, passaram pela Academia 38 diretores e centenas de professores.

Por decreto de 24 de dezembro de 1833, foi nomeado Carlos Carneiro de Campos diretor efetivo, tomando posse a 27 do mesmo mês, exercendo o cargo até 05 de novembro de 1835. Em intervalos de tempo entre ser o inspetor geral da Fazenda e diretor da Faculdade, renunciou ao primeiro e, em 13 de janeiro de 1834, volta a ocupar, de novo, a Diretoria interina. O espaço do período foi ocupado pelo padre Maria, da Ordem Franciscana.

Cumprе salientar que a Lei de 11 de agosto criou também um curso preparatório intitulado Curso Anexo. Sua vigência se estendeu até 1896, quando pela Lei Federal n. 429, de 10 de dezembro daquele ano, em seu artigo segundo, parágrafo terceiro, foi extinto.

Em 15 de fevereiro de 1834, Carlos de Campos comunica ao ministro do Império, Antonio Pinto Chichorro da Gama, a efetivação da abertura de concurso para as cadeiras de Inglês, História e Geografia para o Curso Anexo, além de um substituto para a cadeira de Filosofia, cuja criação já havia sido aprovada pelo imperador no ano anterior.

É interessante lembrar que o ex-catedrático de Economia Política, lecionada no quinto ano, ex-deputado e ex-senador por São Paulo, Carlos de Campos, também serviu, interinamente, a função de secretário da Faculdade no período de 17 de fevereiro de 1832 a 19 de agosto de 1833, antes de sua posse como diretor, em 27 de dezembro de 1833.

À cadeira de Filosofia, segundo relatos das atas da Secretaria da Faculdade, *“apareceu um opositor a esta última que vai ser examinado, segundo os estatutos, e um moço, natural da Saxônia, que tem estado a ensinar as primeiras letras em uma das Vilas desta Província, e que se propõe a concorrer às cadeiras de Geografia e de História, oferecendo-se a ensiná-las conjuntamente na cadeira de Inglês, enquanto não se preencher a vaga”*

O opositor mencionado para a cadeira de Filosofia era Joaquim Inácio Ramalho que, examinado, foi aprovado e nomeado substituto do Curso Anexo à Faculdade de Direito por Ato de 9 de julho de 1834, um ano antes de se bacharelar pela Academia. E em 23 de abril de 1836, Joaquim Ramalho foi nomeado professor substituto das Arcadas, ocupando a vaga deixada pelo falecimento do professor catedrático Francisco de Paula e Oliveira.

Já o moço mencionado, natural da Saxônia, é Júlio Franck ou Julius Frank ou, ainda, Júlio Frank, de 25 anos, contemplado para lecionar no intitulado Curso Anexo que, junto a Líbero Badaró, faz desses dois professores uma marca indelével à História Antiga de São Paulo.

Independentemente da excepcional competência profissional, já que Júlio Frank se afirmava como um dos gênios em conhecimento de História e Geografia, além das línguas inglesa, francesa e alemã, com destaque especial para as duas primeiras, uma vez ser de origem alemã, as reminiscências construídas em torno dele nos faz vibrar e apontá-lo como uma das personalidades mais comentadas e reverenciadas, além de amado e respeitado. Uma figura mística, misteriosa e incredivelmente humana.

Finalizando, para se ter a idéia do perfil do Curso Anexo: em parâmetro com os cursos ministrados por lentes na área do Direito, o Anexo era enquadrado como *aulas menores*.

Nos cursos jurídicos, lecionavam-se Direito Natural, Direito Romano, Direito Constitucional e das Gentes, como exemplo; o de *aulas menores* completava-se a grade regida por professores especializados em línguas estrangeiras, Filosofia e Conhecimentos Gerais.

Assim as cadeiras de História, Geografia, Geometria, Filosofia, Inglês e Francês compunham, como exemplo, o currículo do Curso Anexo. Destacaram-se, naquele período do século retrasado: Diogo de Mendonça Pinto (História); cônego Fidélis Sigmaringa de Morais Cordeiro (Retórica); Manuel José Chaves (Filosofia); Mamede José Gomes da Silva (Latim) e Joaquim Antônio Pinto Júnior (Inglês e Francês).

As matérias do Curso Anexo eram consideradas como de aperfeiçoamento com instrução filosófica, de curto prazo e classificadas como *estudos facilimos*, porém entendiam que *cursando-as poderiam viver a vida com mais facilidade*, conforme matéria explanada de autoria de Spencer Vampré, em *Memórias para a História da Academia de São Paulo*. E acredito que estavam corretos!

II. O Mito.

Júlio Frank nasceu em 08 de dezembro de 1808, segundo registro encontrado, pesquisado e localizado na Igreja de Santa Margareth, na cidade de Gotha, Alemanha. Da gravação do seu túmulo, situado no interior do pátio menor das Arcadas, consta o ano de 1809. Cumpre salientar que Gotha, cidade natal de Júlio Frank, era um dos centros mais intelectualizados de toda a Europa, na região da Turíngia.

Descendente de família artesã, seu pai tinha o ofício da encadernação de livros e sua mãe, auxiliando-o em horas disponíveis, dedicava-se à borda de letras dos nomes de autores e títulos dos periódicos em tecidos a serem impressos nas

encadernações. A perfeição era de primazia, uma vez existir capas de tecidos de alto padrão como o gobelino ou, ainda, os de pele de camurça.

Júlio Frank chegou ao Brasil provavelmente em 1831 (alguns historiadores afirmam 1830), no Rio de Janeiro, instalando-se em seguida em Sorocaba, interior de São Paulo, região paulista que já abrigava alemães e italianos vindos do Exterior.

Naquela cidade trabalhou na Fábrica de Ferro Ipanema e se acomodou numa pensão em quarto alugado, cujo dono como profissão credenciada era um boticário. Após o emprego na fábrica, foi caixeiro de vendas.

Naquela pensão, com autorização do proprietário farmacêutico, dava aulas de História, Geografia, Conhecimentos Gerais e até de Inglês aos estudantes do interior de São Paulo que pretendiam vir estudar na Capital que evoluía como uma das cidades mais promissoras do País. A Faculdade de Direito colaborava para essa evolução.

Johann Julius Gottfried Ludwig Frank, nome completo, acabou vindo a São Paulo, mediante contrato de dez anos e remuneração de 600 mil réis; lecionou não-só as matérias mencionadas no Curso Anexo como, também, Latim, Italiano, Francês, Grego, Alemão e Russo, uma vez ser poliglota, incluso a língua portuguesa que dominava fluentemente, narrando-a de forma verbal e escrita como um intelectual nato. Aliás, como ele o era!

Às vezes me refiro a Júlio Frank e lembro-me do filme *Sociedade dos Poetas Mortos* (“*Dead Poets Society*”), de produção norte-americana, dirigido por Peter Weir e protagonizado por Robin Williams, interpretando o professor John Keating, arrebatando aplausos de cinéfilos do mundo inteiro. Como parâmetro, posicionei o filme, protagonista, Keating e Júlio Frank, por ter sido ele o fundador da *Burschenschaft Paulistana*, a Bucha, sociedade secreta que em quase 100 anos dominou o universo acadêmico. As idéias da composição sócio-filosófica da *Burschenschaft* foram trazidas pelo jovem alemão dada a sua vida acadêmica passada na Universidade de Gotha.

III. A Bucha.

A finalidade primordial da sua fundação era a de proteção aos estudantes de família pobre, oferecendo-lhes apostilas gratuitas, livros e até recursos financeiros para a sua manutenção, não-só do próprio estudante como às famílias de baixa renda, à qual o estudante, por ventura, pertencia.

A Casa dos Estudantes, localizada na Avenida São João, por exemplo, foi concebida para abrigar os alunos mais pobres e é inicialmente um projeto dos “associados” da Bucha. O mais incentivador da construção do prédio que hoje os abriga em seus três apartamentos, por andar, distribuídos nos onze andares em terreno doado pela Prefeitura Municipal, foi Cícero Augusto Vieira, presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto no ano de 1936. A inauguração deu-se, durante a gestão de José Antonio Rogê Ferreira na presidência do XI de Agosto, em 09 de março de 1949.

A premissa maior e a mais importante era a de que toda ação se realizasse em segredo, evitando-se a humilhação aos olhos do seu benfeitor. Literalmente Burschenschaft significa sociedade dos jovens. *Bursche* significa jovem e *schaft*, corporação, na língua alemã.

A Bucha, como sempre foi chamada pelos estudantes e professores da Academia, por seu mérito em si, não deixou de ser uma sociedade filantrópica, tendo dela participado, dentre outros, Paulo Duarte, Joaquim Celidônio Filho, José de Molina Quartim Filho, cabendo-se mencionar sobre este último: “*autoridade policial assassinada em Campinas, interior de São Paulo, homem de prestígio e sabedoria, além dos exímios conhecimentos em política social*” ênfase dada pelo ex-diretor da Faculdade de Direito, em 1938, professor Spencer Vampré, ex-catedrático de Direito Romano e de Filosofia do Direito em seus livros de memórias da Academia. Diógenes Ribeiro de Lima e Hugo Celidônio completam o quadro dos mais conhecidos.

A Bucha, além da filantropia, difundia no perfil daquela sociedade idéias liberais, republicanas e abolicionistas. O espírito liberal sempre predominou no seio das Arcadas e segundo o *monstro sagrado* do Direito e da Filosofia, Miguel Reale, “*a liberdade inspirou a fundação da Bucha na Faculdade de Direito*”

Cumpra salientar que a sociedade de per si não tinha o propósito da Loja Maçônica, como muitos relatam; posicionou-se sempre ativa e dela saíram, por terem sido “*associados*”, personalidades políticas como os ex-presidentes civis Affonso Penna, Prudente de Moraes, Campos Salles, Rodrigues Alves e jornalistas, juristas, literatos e historiadores como Barão do Rio Branco, Ruy Barbosa, Afonso Arinos, Júlio de Mesquita Filho, Pinheiro Machado, Bernardino de Campos, Cândido Mota, César Vergueiro, Waldemar Ferreira, Henrique Bayma, Spencer Vampré, Antonio Carlos de Abreu Sodré e Francisco Morato.

Obviamente foram homens importantes pós-Bucha, todavia: envolvidos nos anos seqüenciais daquela sociedade e, enfatiza-se, reverenciavam sempre o seu fundador: Júlio Frank.

Como pinceladas de histórico final: a Burschenschaft foi criada por volta de 1815 nas principais universidades da Alemanha. Tratava-se de uma sociedade extremamente perseguida e arrasada pelo ditador Adolf Hitler, sendo totalmente extinta no período nazista. Todavia, com o término da Segunda Guerra Mundial, resplandeceu com todo o vigor nos *campi* das universidades alemãs.

Relembremos que da Bucha adveio a Festa da Chave, que poucos entendiam o seu significado, após a morte de Júlio Frank. Embora a sociedade secreta de cunho liberal e filantrópico tenha ficado para traz e o corpo do seu fundador tenha sido enterrado nos pátios das Arcadas, o espírito da Bucha permaneceu por muito tempo na Academia.

A Festa da Chave serve de parâmetro; marcava a passagem da chefia da Bucha das mãos de um formando para as de um aluno quartanista. A chave simbólica era enorme, com detalhes esculpindo imitando uma tocha, símbolo da iluminação de letrados. Em 1968, ela foi identificada nos arquivos de aço velhos da secretaria do Centro Acadêmico XI de Agosto, ano da tomada da Faculdade pelos estudantes daquele período que reivindicavam a reforma do ensino. Após invasão da Polícia no Centro Acadêmico, a chave nunca mais foi vista.

A Festa da Chave é fato sempre lembrado pela professora titular Ada Pellegrini Grinover, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O Museu da Faculdade de Direito que pertence à área do Serviço Técnico de Imprensa possui um molho de chaves usado no cerimonial da Festa da Chave, inserido entre os demais objetos de relíquia na mesa de número 01, que acompanha o roteiro intitulado *Momento 1*, integrando a história da Academia. Neste mesmo roteiro, *Momento 1*, mesa 01, do Museu da Faculdade há uma cópia do registro de estrangeiro de Júlio Frank, de 1831, cujo original está arquivado na Seção de Documentação Histórica do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro.

Assim como a Bucha criada na Faculdade de Direito, também existiam concomitante, dada a expansão espiritual, a Bucha da Faculdade de Medicina, intitulada *Jungenschaft* e a da Escola Politécnica, ambas de São Paulo, sendo esta última intitulada *Landsmannschaft*.

O único opositor da Bucha, no País, e conseqüentemente de Júlio Frank, foi o pesquisador e historiador Gustavo Barroso, autor de *História Secreta do Brasil*. O historiador, em pauta, em suas publicações elogiava o nazismo e arrasava a Bucha, cujo propósito maior era o de atingir o jovem alemão.

Gustavo Barroso ainda assevera ter sido Júlio Frank o assassino do escritor Augusto von Kotzebüe, que se comenta logo a seguir.

IV. A personalidade.

O jovem alemão, em uma das atividades pessoais de cidadania, naturalizou-se brasileiro. Ressalto que, por ser estrangeiro, não pôde ser o titular da cadeira de História e Geografia. Apenas conseguiu ser contemplado com um contrato, assinado pelo presidente da Província, Rafael Tobias de Aguiar, de dez anos que, inclusive, também não pôde completá-lo, uma vez ter falecido em 19 de junho de 1841, sendo substituído por um de seus melhores alunos e amigo: Antônio Joaquim Ribas.

Antônio Ribas por aprender a língua alemã com Júlio Frank se tornou o primeiro jurista do País a se fundamentar em fontes do Direito alemão, segundo o filósofo e jurista Miguel Reale.

Júlio Frank morreu de forte gripe mesclada à pneumonia aos 32 anos de idade incompletos.

Ausente o seu nome em capa ou interior, miolo do livro, o que obviamente iria contrariar os pais encadernadores, deixou publicado *História Universal*, de 1839, em dois volumes, encontrados no Departamento de Obras Raras, do Serviço de Biblioteca e Documentação, SBD, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Os livros são em língua portuguesa e consta da *Introdução* que Júlio Frank não tinha nenhuma pretensão de inovação a não ser, exclusivamente, a de realizar uma obra didática para os ensinamentos do Curso Anexo.

Na Alemanha há vários artigos publicados por Júlio Frank, armazenados e encontrados em bibliotecas da capital alemã, Berlim.

Inegavelmente essa figura de mistério que o acompanha desde a sua morte, de personalidade discreta, repleta de segredos, idealista, bondade extremada e filantrópica, de belezas interna e externa continua ainda a ser reverenciada, venerada e cogitada como o mais devotado amigo dos estudantes da História da Academia do século XIX. Assim como foi no século XX o professor Spencer Vampré que conservava um jardim em pedras e cultivava rosas, em sua espiritualidade particular, nos pátios das Arcadas, como dizia o ex-catedrático da Academia e Professor Emérito pela Reitoria da Universidade de São Paulo, Goffredo da Silva Telles Júnior.

Desde a entrada de Júlio Frank no nosso País sempre existiram segredos quanto à sua vida e nada é dito corretamente a seu respeito, incluso antes da sua chegada ao porto do Rio de Janeiro.

Existe versão de que até de nome trocara, talvez por desgosto pessoal. Escusas também são as histórias de sua saída da região da Baviera: por fugir de dívidas contraídas e problemas políticos.

Há relatos de que tivera assassinado o escritor Augusto von Kotzebüe, em março de 1819, conforme comentado anteriormente, por ser Kotzebüe considerado inimigo da Alemanha e espião do Czarismo russo. A hipótese foi descartada, uma vez pesquisadores e historiadores como Brasil Bandecchi confirmarem que, durante a morte do escritor, Júlio Frank tinha apenas oito anos de idade.

Em sua chegada ao Rio de Janeiro, de navio intitulado *Carlota I*, o comandante-do-navio prestou queixa do jovem alemão, acarretando-lhe alguns dias de prisão na Fortaleza do Laje. A queixa, presume-se, foi por ter ele embarcado clandestinamente.

E foi assim o jovem Júlio Frank que teve acentuada influência nos também jovens estudantes brasileiros: organizador e fundador de uma sociedade secreta, de rosto afilado, fronte alta, cabelos enrolados em cachos loiros, lábios carnudos e perfeitos; olhos brilhantemente azuis e estatura elevada, conforme descrição, de 1883, do pesquisador e viajante Koseritz, seu conterrâneo, quando se referiu a ele ao olhar o quadro a óleo que se encontrava na Sala de Leitura da Biblioteca. Segundo Koseritz, conquistava a quem se lhe aproximasse.

V. O Túmulo.

Nos tempos atuais, em visitas monitoradas à Faculdade de Direito insere-se o local de seu túmulo que, até hoje, fica em frente à Sala em que ele lecionava. É construído por plataforma quadrilátera que dá acesso a três degraus, em cujo cume encontra-se um obelisco de cerca de quatro metros.

O túmulo é devidamente cercado por gradil de ferro com lanças nos ângulos a quatro pilastras que são adornadas, internamente, por quatro corujas, o símbolo da *Sabedoria* e quatro tochas, externamente, simbolizando a *Iluminação das Letras*.

Em dias de chuva e até de tempestade, nota-se que as simbólicas corujas não são molhadas e permanecem impecavelmente secas. A história das corujas ou mochos virou lenda e é contada e repassada a todas as turmas das Arcadas!

Cumpra salientar que o mausoléu foi realizado em 1841 graças à iniciativa de acadêmicos que pertenceram à Burschenschaft Paulistana, os quais, inclusive, mandaram pintar o retrato a óleo de Júlio Frank, quadro que se encontrava na Sala de Leitura da Biblioteca, localizada no primeiro andar do prédio histórico.

Spencer Vampré indicou a localização referida do quadro no ano de 1924 em seu livro intitulado *Memórias da Faculdade de Direito*. Nunca mais se soube onde o quadro se encontrava. Assustadoramente sumiu da Academia.

O motivo da inumação no pátio menor das Arcadas foi o de Júlio Frank ser adepto do protestantismo e também porque o bispo de São Paulo, da época, não consentiu que ele fosse enterrado na Igreja. O sepultamento em igrejas, único local conhecido às pessoas notáveis, só se realizava nos templos católicos.

É esse mesmo espaço físico que serve de reunião a todos os estudantes e interessados em participar das récitas realizadas à meia-noite de toda a última sexta-feira do meses pares, promovidas pela Academia de Letras do Centro Acadêmico XI de Agosto. Velas acesas, vinho quente no inverno servem de complemento ao visual noturno que se torna elegante e agradável, dada a espiritualidade do local. Poesias, poemas, contos são declamados e contados por alunos da Escola e convidados, ao som de instrumentos de corda. Era imperdível. Atualmente o lugar tem-se apresentado fechado e as visitas têm de ser monitoradas.

O professor de tipografia Antônio Alexandrino dos Passos Ourique, formado pelo Gabinete Topográfico de São Paulo, instituto criado por lei provincial, na ocasião da morte de Júlio Frank, consternado, é o autor dos versos gravados em *Tradições e Reminiscências*, v. 9, p.18, de autoria de Almeida Nogueira:

*Oh! La Caille, La Borda, Wahl D'Auville,
Las Casas, Kant, Schiller e Buffon,
Herodoto, De Lille;
Tu também Fénelon;
Segunda vez ao túmulo baixastes;
Morreu aquele a quem saber legastes!*

*Ilustre Blumenback, o teu amigo,
O sábio Júlio, o Júlio sem igual,
Existe no jazigo;
E da ciência a estrada, eis sem fanal!
Morreu desconhecido; e do bonzo a fanática virtude
Não quis, compadecida,
Dar-lhe asilo sagrado ao ataúde.*

*Mas, que sepulcro existe mais ditoso
 Que nossos corações?
 Que lugar mais sagrado, mais honroso,
 Que cantos, que aspersões,
 Equivalem ao pranto, aos ais, ao luto!
 E negaram-lhe os homens tal tributo!
 Oh! Não! Que infâmia era,
 Nem os humanos têm alma tão fera!*

*Oh!, tu, Júlio feliz, benquistado Júlio,
 Que desfrutas na plácida mansão,
 De seres virtuoso
 Divinal compensação,
 Acolhe os sentimentos de amizade,*

*De respeito e de amor, com que teu nome
 À sã posteridade
 Há de ser transmitido com renome!*

E em uma das laterais do pedestal de quatro metros há os seguintes dizeres:

*Hic jacet Julius Franck
 In hac Paulopol. Academ. Publ. Prof.
 Nathus Gothae. Ann. MDCCCIX
 Obiit XIX Junii Ann. MDCCCXLI
 Aetate suae XXXII
 Sit ei terra levis.*

VI. Conclusão.

Na Revista *O Onze de Agosto*, de julho de 2001, há um trabalho redatorial, no qual se expressa com muita sensibilidade:

*“Ele se colocou na sociedade paulistana em lugar
 Tão destacado que jamais o seu nome poderá
 Ser olvidado por aqueles que vêm à Faculdade
 aprender a Ciência do Direito”*

O amor à Pátria, para o também *monstro sagrado* do Direito e da Filosofia, Goffredo da Silva Telles Júnior, professor emérito, aposentado e titular de Introdução à Ciência do Direito desta Faculdade de Direito, significa “*simplesmente o amor ao povo, a apaixonada defesa de sua dignidade, dos patrimônios material e espiritual que por direito lhe pertence*”

E Júlio Frank, naturalizado, cumpriu a assertiva do grande mestre de Direito. Foi o introdutor da Filosofia alemã no Brasil. Adotou o País como sua Pátria amada. Foi o introdutor da primeira sociedade que buscou a proteção dos nossos estudantes brasileiros.

Que figura marcante e inesquecível!!!

São Paulo, fevereiro de 2003.



Júlio Frank

VII. Bibliografia.

VAMPRÉ, Spencer, *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, v. I, segunda edição, pp. 165-169 e 260, 1977;

REALE, Miguel, *Memórias*, v. I, pp. 55-56, 1987;

MARTINS, Ana Luísa; / BARBUY, Heloisa, *Arcadas, História da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco*, pp 48 e ss., 1999;

BARROSO, Gustavo; *História Secreta do Brasil*, Parte II, pp. 32-35, 1937;

NASCIMENTO FRANCO, J. *Ainda a, Sombra de Julio Frank...* pp. 1-16, 1998;

NOGUEIRA, Almeida, *Tradições e Reminiscências*, v. 9, pp. 18-19; 1979;

CAMPOS NETO, A.A.M. / BORGES MENDONÇA, Andrey; *A Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 95, p. 200, 2000.

MARCONDES MACHADO JR., Armando, *Centro Acadêmico XI de Agosto, segundo volume*, 2001.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva, in *Spencer Vampré, Revista da Faculdade de Direito*, fasc. LX, 1965.

O CENTENÁRIO DO XI DE AGOSTO: NOTAS SOBRE A DOCUMENTAÇÃO HISTÓRICA

Alessandro Octaviani

Mestrando em Ciência Política pela Universidade de São Paulo. Diretor do Instituto de Direito ao Desenvolvimento de Políticas de Emancipação Social - IDEPES

I. Introdução

1. O presente artigo tem como objetivo mapear questões referentes à importância da documentação histórica sobre a vida política do Centro Acadêmico XI de Agosto, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

2. Serão mencionadas as duas iniciativas mais importantes do gênero ocorridas em função da comemoração do centenário da entidade, neste ano de 2003: (i) a publicação do livro “A Heróica Pancada” e (ii) o enterro da “Arca do Centenário” (com o subsequente descerramento de placa, no Território Livre, junto às outras históricas placas e à Tribuna Livre).

3. Após, serão ventilados alguns problemas de sociologia política que uma adequada documentação da História do Centro Acadêmico XI de Agosto poderia auxiliar a responder:

(i) as concepções políticas dos estudantes (o que iluminaria uma história dos movimentos sociais no Brasil);

(ii) a formação das redes político-jurídicas que se estruturam a partir do XI de Agosto (o que auxiliaria a compreensão da história das elites e burocracias do Brasil) e

(iii) os campos e resultados da socialização jurídica (o que permitiria uma melhor compreensão da disputa de hegemonia política no campo do Direito).

4. Finalmente, serão esboçadas algumas propostas concretas para a viabilização do procedimento de documentação do material historiográfico referente ao Centro Acadêmico XI de Agosto.

II. “A Heróica Pancada” e a “Arca do Centenário”

1. As comemorações do centenário trouxeram consigo específicas ações para a documentação da história da entidade.

2. As duas mais significativas foram a publicação do livro “A Heróica Pancada”¹ e o enterro da “Arca do Centenário”

3. Existe pesquisa e produção a respeito da história do XI, que pode ser encontrada esparsa nos escritos sobre a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco,² nas biografias de algumas importantes personagens³ e no (sempre digno de nota, pelo denodo com que realizado) trabalho do Doutor Armando Marcondes Machado.

4. A gestão do ano de 2003 (grupo “Ruptura”), entendeu ser o caso de, por um lado, condensar a história dos atos políticos do XI em um único volume, e, por outro, oferecer ao historiador do futuro fontes físicas para a compreensão da vida material e simbólica do estudante de Direito do Largo de São Francisco, de hoje.

5. Destas opções nasceram o livro e a arca.

“A heróica pancada”

1. Para a realização do livro, foi contatado o Memojus – Instituto Brasileiro de Memória Jurídica e Social.

2. Com a contribuição, principalmente, Cássio Schubsky, Eunice Nunes, Sandor Resende e Herbert Carvalho, foram mobilizados inúmeros colaboradores, que puderam oferecer relatos orais e documentais sobre a história do XI nas últimas décadas.

3. O resultado é, primeiramente, delicioso.

4. Não há, para qualquer um que tenha se envolvido com quaisquer das atividades do XI ou da Faculdade, em seus tempos de universitário ou depois, como não se reconhecer em algumas daquelas páginas.

5. Além do relato dos fatos mais importantes e indispensáveis, houve também uma opção por privilegiar as ações e eventos realizados pelas *gestões* do Centro Acadêmico, principalmente no período de 1985-2002 (minimizando, por exemplo, a análise das disputas internas que o regem). Esta opção trouxe benefícios e prejuízos.

1. *A heróica pancada: Centro Acadêmico XI de Agosto: 100 anos de lutas*. Coordenação do projeto e edição Cássio Schubsky [pesquisa, reportagem e texto Eunice Nunes, Herbert Abreu Carvalho, Sandor Resende]. São Paulo: Memojus, 2003.

2. Cf., entre outros, Ana Luiza Martins e Heloisa Barbuy, *Arcadas: História da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco*, p. 125. São Paulo: Melhoramentos/Alternativa, 1999. John Dulles, trad. Vanda Andrade, *A Faculdade de Direito de São Paulo e a resistência anti-Vargas*, pp. 15-36. São Paulo: EDUSP; Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984. Teotonio Simões. *Os bacharéis na política – A política dos bacharéis*, parte I, capítulos II,III (o corpo discente), in www.teotonio.org/teses/bach/htm.

3. Cf., entre outros, Goffredo Telles Júnior, *A Folha Dobrada – lembranças de um estudante*. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

6. Entre os benefícios, a possibilidade de fazer um texto corrido, repleto de informações, que demonstraria *algum* sentido de continuidade nas ações do XI, ainda que ocupado por grupos divergentes.⁴

7. Entretanto, ao não adentrar nas disputas internas (para permanecermos no primeiro ponto a ser ressaltado e suprido por pesquisas futuras), muito da história do XI, que é *descontinuidade, conflito, denúncia dos limites dos projetos adversários*, perde-se, fica oculto.

8. Explicitar as divergências, os grupos que as sustentam, os *interesses e concepções profundas* em que tais grupos se ancoram na disputa política pela hegemonia nacional (ainda quando amparados na ideologia da “autonomia”, do “ensinismo/internismo” ou da não-ideologia, por exemplo), como veremos adiante, pode ser um dos caminhos para alcançar uma adequada compreensão da história do XI.

9. Outro pontô a ser ressaltado diz com a própria forma de recolhimento de informações e as conseqüências para a redação.

10. Novamente pontuando em chave positiva a ampla rede de colaboradores manuseada⁵ e a preocupação em ouvir os vários lados da mesma história, demonstrada pelos organizadores do volume, o tempo utilizado para as entrevistas orais, o razoavelmente curto tempo para a redação e a precariedade de grande parte da documentação encontrada (não-organizada, segundo quaisquer padrões científicos) trouxeram alguns problemas, dentre os quais destacamos um, a título de exemplo.

11. Na página 112, quando estão sendo narrados eventos referentes ao ano de 1997, encontra-se o seguinte parágrafo:

“Os professores Dalmo Dallari, Goffredo da Silva Telles Jr., Fábio Konder Comparato e Eros Roberto Grau, além de Celso Antônio Bandeira de Mello, promovem uma ação popular contra a privatização da Vale do Rio Doce, com apoio dos alunos, em ato na Sala dos Estudantes. Desse ato participa também o economista e dirigente petista Aloísio Mercadante.”

4. Já não seria esse um tema para o pesquisador do futuro? As disputas, os textos lançados, comprovaria essa hipótese de “proximidade”? E as redes formadas a partir do XI, confirmariam, rechaçariam ou relativizariam essa proposta? Seria tal convergência apenas aparente, existindo de fato apenas um mesmo *macrocampo discursivo*, aquele instituído na normalidade democrática (da cidadania, dos direitos humanos, dos direitos sociais), permitindo, assim, uma aparente continuidade, que encobriria as diferenças de fato existentes, entre, por exemplo, um *Partido do Máximo Tensionamento* e um *Partido do Não-Tensionamento*? Estaríamos, dentro da ordem democrática, frente a distintas forças em disputa pela hegemonia e conseqüente apropriação do excedente material e simbólico?

5. Rede da qual o autor do presente artigo teve a grande alegria de fazer parte.

12. Estão misturados, neste parágrafo, três eventos distintos entre si:

(i) a lançamento do “Manifesto à Nação”, de crítica ao uso de medidas provisórias pelo Governo Fernando Henrique Cardoso e progressiva erosão das instituições democráticas do país (organizado pelos professores referidos e lido na Sala dos Estudantes, em ato cuja presidência dos trabalhos coube ao XI, gestão “Partido Acadêmico Autônomo”);

(ii) promoção de ação judicial contra a privatização da Companhia Vale do Rio Doce, também organizada pelos referidos professores, com a inclusão de outros nomes;

(iii) ato realizado na Sala dos Estudantes pelo grupo “Rasgando o Verbo” de oposição à então gestão do XI, que contou com a presença do dirigente petista Aloísio Mercadante e do professor Eros Grau, no qual, justamente, criticava-se a gestão do XI (“Partido Acadêmico Autônomo”) por estar imobilizada em face do processo de privatização da Vale do Rio Doce.

13. Pesquisas futuras que contêm base de dados, corretamente catalogada, podem evitar tais imprecisões.

14. De qualquer maneira, mesmo com estas ressalvas, o resultado final de “Heróica Pancada” é extremamente positivo, sendo plenamente corretas as assertivas do representante do Memojus na cerimônia no Salão Nobre da Faculdade no dia 11 de agosto de 2003, de que este era apenas um primeiro passo para que “outras e divergentes histórias do XI pudessem vir a ser contadas”

“A Arca do Centenário”

1. A Arca do Centenário é a outra iniciativa em relação à documentação histórica do XI, articulada em função das comemorações.

2. A Arca é um baú, no qual foram lançados inúmeros objetos escolhidos por alunos e ex-alunos (embalados a vácuo), que pudessem representar os modos de vida material e simbólico do atual estudante do Largo de São Francisco.

3. Segundo o regulamento de seu preenchimento, a Arca há de ser resgatada e aberta no próximo centenário da entidade.

4. A tradição de enterros de arcas ou baús no Largo de São Francisco é já antiga, podendo ser citados pelo menos dois célebres, anteriores aos da “Arca do Centenário”

5. O primeiro é o da “pedra fundamental”, relatado na “Heróica Pancada”

p. 83:

“A pedra fundamental é lançada no final de outubro, em ato na Cidade Universitária. Na madrugada seguinte, mantendo a tradição da canalha acadêmica, estudantes furtam a pedra e a levam para o Largo de São Francisco, onde é enterrada. Na lápide da sepultura, o epitáfio: ‘Quantas pedras forem colocadas, tantas arrancaremos – 30/X/1973’ No sétimo dia, missa.”

6. O segundo é o de um baú contendo a Constituição, assim descrito (idem, pp. 86-7):

“Em 1^o de abril de 1977, lançando mão do AI-5, o general Geisel fecha o Congresso e anuncia um pacote de medidas, incluindo eleições indiretas para um terço do Senado Federal e para o governo dos Estados nas eleições de 1978. Os ‘eleitos’ passam a ser chamados pela oposição de senadores e governadores ‘biônicos’

Todo o lero-lero do general-presidente de que vai promover a abertura política é negado pelos fatos. Hora de reagirem os estudantes do Largo de São Francisco. Na surdina, um punhado de alunos decide promover um ato público para enterrar a Constituição, morta pelo Pacote de Abril.

Arranjam-se vestes escuras, capuzes e tochas. Na falta de caixão, ‘consegue-se’ em um depósito municipal da empresa funerária, revivendo a tradição da canalha acadêmica, que furtara a estátua de José Bonifácio, o Moço, nos anos 30; os perus do professor Mazagão, em 48; a estátua O idílio, em 66; e a pedra fundamental da FDUSP na Cidade Universitária, em 73.

O professor Goffredo é convidado a falar no ato: ‘Nessa noite, fiz um discurso em que disse: Ditadura é ditadura; democracia é democracia. Não confundíamos as duas coisas, que considerávamos distintas e separadas. Éramos pregoeiros incansáveis da democracia’, relembra o mestre, 26 anos depois. Avisada, sem maiores explicações, de que um ato se realizaria no Território Livre, a imprensa aparece. E no dia seguinte divulga o Enterro da Constituição.”

7. Assim, a “Arca do Centenário” veio a se juntar a, no mínimo, outros dois baús, contendo documentos históricos enterrados no Largo.

8. À diferença dos outros dois, entretanto, foi prevista para ser aberta, sendo desde o início concebido como material historiográfico.

III. Interesses na documentação da história do XI

1. Esses dois procedimentos de documentação da história do XI, brevemente comentados acima, permitem iniciar uma reflexão mais ampla: quais são os problemas de sociologia política que tornariam obrigatórios maiores cuidados com a documentação histórica do Centro Acadêmico XI de Agosto?

2. Três âmbitos de problemas poderiam ser apreendidos de um modo muito mais correto, se houvesse uma boa documentação sobre a história do XI: (i) a história dos movimentos sociais no Brasil, particularmente do movimento estudantil; (ii) a história das elites do país (principalmente as redes e burocracias jurídico-políticas) e, numa perspectiva mais profunda, (iii) a partir destes dois esclarecimentos, a própria articulação do Direito à hegemonia política no Brasil.

III. i. História dos movimentos sociais no Brasil: concepções políticas dos estudantes

1. Uma adequada documentação historiográfica do XI poderia tornar muito mais ricas as pesquisas sobre os movimentos sociais no País, permitindo compreender um de seus principais (e ao mesmo tempo mais frágeis) eixos (talvez em função de sua difícil relação com a *continuidade e acúmulo*), que é o movimento estudantil.

2. As formulações, assimilação dos debates travados no País, capacidade de intervenção em contraste com capacidade de proposição e outras questões que intrigam os estudiosos dos movimentos sociais fatalmente sairiam enriquecidas com uma adequada documentação sobre o XI.

3. Durante a década de 90, nas eleições para o Centro Acadêmico, tornou-se prática o lançamento de bem arranjadas cartas-programas, que enunciam princípios gerais, medidas concretas e os nomes dos integrantes das chapas adversárias.

4. As “cartas-programas” são um hábil documento a revelar as concepções em disputa, suas conexões com a política nacional, além do número de estudantes envolvidos.

5. Normalmente trazem uma análise da conjuntura nacional e, quando não o fazem, também esta opção é a de tônico sentido (suprimir a fala sobre algo é sempre dizer muito sobre o assunto...).

6. Para exemplificar a riqueza desse material para o historiador, traremos

uma série de seis manifestações sobre conjuntura nacional, de um mesmo grupo político da Faculdade, que disputou as eleições do XI nos anos de 1992 a 1997.⁶

7. Não será objeto desse artigo a exegese dos textos, a análise de sua articulação ao momento do País ou a vinculação aos interesses e concepções profundas em disputa. A transcrição tem apenas objetivos demonstrativos da riqueza do material historiográfico.

8. O grupo escolhido, “Rasgando o Verbo”, se classificava “de esquerda”

9. Em 1992, a chapa contou com 22 candidatos, assim manifestando-se sobre a conjuntura nacional:

“POLÍTICA – Queremos que um Centro Acadêmico tenha opinião. Que possa, opinando e atuando frente aos temas socialmente relevantes, fomentar o debate político na Faculdade. Neste sentido, defendemos:

- O fortalecimento do XI enquanto entidade participativa da sociedade civil, posicionando-se ao lado dos interesses populares e das camadas menos favorecidas da população;

Acompanhamento atento do Governo Itamar Franco, objetivando a que se garanta: 1.) Respaldo aos anseios populares; 2.) Volta do crescimento econômico, efetivação de uma política de pleno emprego e distribuição de renda; 3.) concretização das reformas estruturais necessárias à construção de uma sociedade mais justa igualitária, incluindo reformas agrária e urbana; 4.) Ensino público, gratuito e de qualidade em todos os níveis; 5.) Apoio à autonomia dos organismos públicos de fomento à pesquisa científica;

- A democratização do Judiciário e do acesso à justiça;

- A democratização dos meios de comunicação;

- Atenção especial será dada à Reforma Constitucional, inclusive no referente ao plebiscito sobre forma e sistema de governo. Fundamental é a definição dos limites da revisão, a fim de que sejam preservadas e aperfeiçoadas todas as garantias democráticas e sociais presentes no texto atual.” (Carta-programa “Rasgando o Verbo – Oposição XI” pp. 3-4)

6. Outras opções poderiam ser tomadas, como a transcrição de concepções, para os mesmos anos, de vários grupos distintos, ou centrar-se em apenas dois grupos. A opção por apenas um grupo em vários anos privilegia a percepção do cambiamento e manutenção de concepções que um mesmo grupo apresenta. De qualquer maneira, trata-se apenas de *um* dos vários manuseios do material disponível ao historiador.

10. Em 93, com 25 candidatos, este é consenso sobre conjuntura nacional:

“CONJUNTURA NACIONAL

O C.A. XI de Agosto não pode se ater aos velhos dogmas do movimento estudantil. Não cabe levantar apenas bandeiras de luta e palavras de ordem como base de atuação política. Não temos o ônus de nos declararmos oposição global a qualquer governo, federal, estadual ou municipal. É muito simples declarar-se contra ou a favor de determinada administração. Devemos nos manifestar quanto à atuação dos governos nas mais diversas áreas, atuando no dia-a-dia das Administrações.

Esta mudança de perspectiva visa evitar atuar numa entidade da sociedade civil como se faria em um partido político. Isto não quer dizer deixar de nos manifestarmos. Estamos ao lado dos econômica e socialmente excluídos, dos que lutam por uma sociedade justa e por uma política de distribuição de renda. Vivemos um período de impasse. A linha econômica adotada pelo Governo Itamar Franco pouco se diferencia daquela trilhada pelo ex-presidente Collor. O processo de privatização desenfreado e sem critérios nítidos continua, as estatais são vendidas a preços bastante inferiores ao valor real, utilizando-se de moedas podres, não contribuindo para a solução dos problemas nacionais. Os índices de desemprego continuam aumentando e a política salarial não atende às mínimas necessidades da população, atendendo à lógica do capitalismo brasileiro, extremamente concentrador de renda.

A desastrosa política educacional adotada pelos governos Itamar, Fleury e Maluf acelera o processo de deterioração das escolas públicas e do ensino, tornando cada vez mais distante o ideal de um ensino público gratuito e de qualidade. É especialmente lamentável o descaso do governo estadual pela questão salarial enfrentada pelos professores da rede pública.

Somos favoráveis à realização de uma ampla reforma agrária e urbana que permita ao Brasil tomar as rédeas de seu desenvolvimento econômico. Defendemos a necessidade de mudanças estruturais. Nos repugna a falta de interesse da classe política brasileira em construir um projeto original para o país.

Preocupação especial com a questão ambiental. A prática de uma política de desenvolvimento sustentado para as áreas ecológicas ameaçadas deve ser um dos principais objetivos de qualquer governo.

Fortalecer a Campanha Contra a Fome, promovida pelo sociólogo Betinho,

através de palestras e arrecadação de alimentos. É essencial encontrarmos uma solução real para o problema da fome e da miséria.” (Carta-programa “Rasgando o Verbo – Oposição XI” pp. 4-5)

8. Na eleição de 94, o grupo apresenta uma chapa com 26 candidatos, manifestando-se nos seguintes termos sobre conjuntura nacional:

“CONJUNTURA NACIONAL

Colocar-se numa postura crítica ou favorável ao governo federal e estadual eleitos em 94 não é uma posição a ser tomada a priori pela Rasgando o Verbo 95. Fiscalizando, buscando transparência e colaborando, a chapa pretende manifestar-se se forem tomadas atitudes econômicas, sociais ou políticas que firam ou passam vir a ferir alguns princípios tais como a justiça social, a idoneidade e a honestidade na administração pública.

Cumpramos continuidade à luta pela democratização dos meios de Comunicação. Através da Rádio XI, que voltou a funcionar em 94, vemos um canal para divulgação dessa campanha.

Vemos também a necessidade de fortalecer a Ação da Cidadania contra a fome e a miséria pela vida, promovida pelo sociólogo Betinho. É fundamental que se encontre uma solução real para o problema da fome sem concordar com uma organização e de difícil acesso da Campanha. Trazer esta preocupação para a Faculdade é fundamental.

Somos radicalmente contra a discriminação racial, social, sexual e econômica (vedadas pela Constituição de 1988, mas cotidianamente praticadas).

Contra a pena de morte, contra o plebiscito sobre a pena de morte.

A questão do aborto envolve princípios éticos, morais, religiosos e uma legislação taxativa passível de ser discutida. Frente a uma conjuntura na qual não há qualquer tipo de planejamento familiar, na qual a desinformação é generalizada e o número de mortes e lesões causadas em decorrência dos numerosos abortos clandestinos, a Rasgando o Verbo aposta na informação e também na descriminalização do aborto sem, contudo, prescindir de debates interdisciplinares.

Reputamos imprescindível a definição legal de usuário e traficante de drogas, distinguindo-os. A reforma da Parte Geral do Código Penal deve ser acompanhada de perto. Posicionamo-nos, criticamente, frente à postura do

Governo quanto à questão ambiental. A prática política de desenvolvimento sustentada para as áreas ecológicas ameaçadas deve ser um dos principais objetivos de qualquer governo.

A moderna concepção da divisão de poderes faz necessária uma análise das funções do Poder Judiciário. É inegável que este tem uma função social a cumprir. No Brasil, este poder não tem se mostrado capaz de solucionar novos conflitos oferecidos pela sociedade. Adotou-se um modelo dogmático, incompatível com a realidade social, cujos moldes são delimitados por um interventor e pela pluralidade de fontes paralelas emanadoras do direito.

A busca de soluções para os conflitos deve garantir uma igualdade real e não meramente formal, assegurada pelos Códigos. O excessivo normativismo deve ser combatido.

Polarizada, a questão do controle externo do Judiciário envolve argumentos plausíveis (já que sabemos que atrás de sua aparente neutralidade se escondem influências políticas efetivas de diversos grupos de pressão) e outros descabidos (como controle sobre a decisão de mérito do juiz). Na ordem do dia, não podemos nos esquivar de discutir essa questão na Sala dos Estudantes.

Também é atual o novo Estatuto da OAB. A Rasgando o Verbo entende necessária a realização de um fórum de debates que questione a conveniência da modificação do estatuto. Mostramos, desde logo, nosso desprezo pelo corporativismo. A Justiça Militar representa, muitas vezes, os conhecidos ‘Tribunais de Exceção’ a justiça ‘comprometida’, ad hoc. Posicionamo-nos pela sua extinção bem como pela desmilitarização da Polícia.

A defesa de uma sociedade justa e de uma política de distribuição de renda faz parte de nossa linha de atuação. Somos favoráveis a uma ampla Reforma Agrária e Urbana que possam assentar a grande massa da população carente de moradia, entre outras coisas. A mudança deve ser estrutural.” (Carta-programa “Rasgando o Verbo – Ousar Lutar, Ousar Vencer” pp. 4-5)

9. Em 1995, a chapa apresenta 31 candidatos, e sua avaliação da conjuntura nacional é a seguinte:

“Conjuntura: O Centro Acadêmico XI de Agosto deve manter sua tradição de lutas posicionando-se sobre os mais variados temas da política nacional. A Revolução de 32, a campanha do ‘Petróleo é nosso’, a luta contra as ditaduras

(a de Getúlio Vargas e a que sucedeu o Golpe de 64), a campanha pela redemocratização do país são feitos que tornaram o XI de Agosto uma importante entidade da sociedade civil.

Atualmente, o XI vem se posicionando claramente contra a impunidade, como em campanhas pelo fim da Justiça Militar e pela responsabilização do Estado pelas mortes e desaparecimentos políticos. Uma entidade que se pretenda atuante deve ter idéias sobre rumos de seu próprio país. Para tanto, estabelecemos projetos a níveis federal, estadual e municipal.

Para a realização de qualquer debate, minimamente sério, é necessário entender os novos marcos mundiais, que representam uma mudança. Vivemos em uma época de profundas transformações.

Globalização, unificação de todos os mercados mundiais, extinção das barreiras econômicas de circulação do capital e de mercadorias em nível mundial, desenvolvimento de novas tecnologias, a reorganização do mundo do trabalho, a conseqüente concentração urbana são as características das mudanças.

E para onde vamos? A idéia da aldeia global se estreita a cada dia. O ritmo do mundo se acelera e as referências de tempo e espaço se comprimem.

O modelo de globalização neoliberal tem sido a alternativa majoritária na América e em alguns países da Europa.

Esse modelo caracteriza-se pela abertura unilateral das economias, diminuição do papel do Estado com privatizações e redução dos investimentos nas áreas sociais, desregulamentação das relações sociais. Tudo monitorado pelo sabor das regras do mercado.

Para os países subdesenvolvidos, cujas pontencialidades interessam ao mercado mundial, restam duas alternativas: adequar-se a esse modelo, cadastrando-se como sócio-minoritário ou apostar na possibilidade de uma inserção ativa nesse contexto global.

O primeiro caminho implica exclusão social, suplantando o conceito de cidadania pelo de comprador em potencial. Não há lugar para quem não for consumidor e, assim 2/3 da população, que constituem o terceiro mundo (África, América do Sul, parte da Ásia), sofrem os efeitos duros deste processo excludente.

Conjuntura Nacional: A busca de estabilidade econômica está sendo colocada num plano superior ao da resolução dos graves problemas pelos quais passa o país, com corte de investimentos nas áreas sociais, recessão, desemprego e manutenção das altas taxas de juros.

A aliança PSDB-PFL, neste atual contexto, não é absurda, é lógica. Está nítido que não tratava de coligação eleitoral, mas de uma união de forças que aspiram à aplicação de um projeto. É a tentativa de unir os interesses da elite oligárquica agrária do PFL nordestino às exigências do capitalismo mundial, ao qual estão integrados tanto FHC quanto ACM.

Colocar-se numa postura crítica aos governos eleitos será uma postura da Rasgando o Verbo no XI de Agosto. Fiscalizando, exigindo transparência, debatendo e discutindo as iniciativas de cunhos político, econômico e social. Ousamos acreditar que é possível construir o segundo caminho. O país precisa de reformas estruturais, porque precisa eliminar a pobreza, os 32 milhões de miseráveis, aprofundar a democracia e diminuir a violência. A defesa de uma sociedade justa, democrática e cidadã faz parte de nossa linha de atuação.” (Carta-programa “Rasgando o Verbo – transformar a sociedade, transformar o direito” pp. 5-6)

10. Em 1996, o grupo apresenta uma chapa com 44 candidatos, e a seguinte avaliação da conjuntura nacional:

“CONJUNTURA: Compreender a realidade em que vivemos e trabalhar para sua transformação em uma sociedade justa e democrática é papel fundamental de todo estudante de direito.

A educação política no XI de Agosto deve envolver uma visão global e constante da realidade brasileira. É preciso uma atuação cotidiana, séria e corajosa, capaz de envolver os alunos na participação e no debate político.

Ter clareza sobre os projetos propostos hoje para o Brasil, e se posicionar a respeito de suas diversas implicações e conseqüências, deve ser a postura do grupo que deseja estar no XI, construindo a história da entidade e de nosso país.

A atual gestão, infelizmente, não vê as coisas desse modo. Teve uma atuação omissa, apenas tangenciando alguns problemas da realidade brasileira, sem contextualizá-los. A falta de menção à maioria dos pontos que aqui serão levantados revela uma postura apática em relação ao papel do XI de Agosto.

Colocar-se de maneira crítica em relação aos governos será uma postura da Rasgando o Verbo no XI de Agosto, procurando debater e aprofundar as soluções apresentadas.

Conjuntura Nacional: O atual governo reiniciou a implantação do projeto neoliberal no Brasil, caracterizado pela abertura abrupta de nossa economia, pela privatização das estatais, por proposta de desconstitucionalização de direitos e garantias, sempre ancorando-se na estabilidade inflacionária, seu grande trunfo político.

Longe de negar a importância que a manutenção da inflação em taxas baixas pode ter, cabe-nos apontar que o modelo adotado traz consigo graves conseqüências, como o aumento da dívida pública, a desindustrialização e a queda do nível de emprego no país, agravando a crise social que temos atravessado.

O enfrentamento à miséria, à fome, à violência deve passar por uma política de distribuição de renda e geração de empregos, construindo uma sociedade justa e cidadã. Nossa atuação será baseada nos seguintes pontos nacionais:

Reforma agrária é um problema de justiça social e econômica para o país. A violência no campo é fruto da concentração de terras no país. Somos favoráveis à realização de uma ampla Reforma Agrária, que possa assentar a grande massa de população sem terra.

O Judiciário brasileiro deve estar mais próximo dos conflitos em nossa realidade. De um lado, são necessárias medidas que proporcionem um amplo acesso à justiça. De outro, é preciso reduzir o excesso de normativismo, que muitas vezes impede a obtenção de uma solução mais justa. Além disso, pretendemos ampliar a discussão sobre o controle externo.

O Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, proposto pelo governo federal, transfere às 'organizações sociais' entidades de direito privado, as responsabilidades sobre os rumos da saúde e da educação. Ao contrário disso, defendemos um projeto de democratização do Estado e da sociedade, incentivando a participação popular na definição das principais diretrizes.

- A questão da violência precisa ser encarada de frente. Fortalecer os direitos individuais e coletivos, respeitar os Direitos Humanos, combater a exclusão social, o narcotráfico e as organizações paraestatais são ações essenciais para a redução da violência.

Defendemos a democratização dos meios de comunicação, como caminho essencial para a prática da democracia. A barganha política pelas concessões de canais de rádios e TVs precisa acabar, tendo em vista a enorme importância das comunicações na sociedade moderna." (Carta-programa "Rasgando o Verbo – A opção de mudança" pp. 7-8)

11. Em 1997, o grupo lançou uma chapa com 58 candidatos, assim relatando sua opinião sobre a conjuntura nacional:

“XI de Agosto e conjuntura nacional: ‘A racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: é o Estado Democrático de Direito’ (Prof. Eros Grau)

O C.A. XI de Agosto tem um papel histórico no que tange às questões de âmbito nacional; além de trazer o debate para a faculdade e posicionar-se sobre os projetos para o país, deve construir, no cotidiano da faculdade, as condições para que os universitários interfiram no futuro da sociedade brasileira.

A discussão e o posicionamento político claro deve ser a marca da gestão ao longo do ano, e não-somente em determinado evento, campanha, ou fatos escandalosos noticiados pela mídia. É um processo que deve ser construído em nosso dia a dia. ‘Brasil, Mostra tua cara’

Hoje, após alguns anos de implementação do modelo neoliberal de Estado e sociedade pelo governo, podemos analisar com maior clareza algumas de suas conseqüências. Antigos problemas que assolam a nação ainda não foram solucionados, como a desigualdade econômica e social, a reforma agrária e a construção de uma real democracia.

Estamos nos afastando rapidamente do modelo de Estado idealizado pelos constituintes, de 1988, em função do compromisso assumido com um tipo de inserção subordinada ao processo de globalização.

Economicamente, assistimos ao aumento dramático do desemprego, à desindustrialização e à perda do controle de setores estratégicos da economia para investidores externos, públicos ou privados, como demonstrou o caso da Vale do Rio Doce.

Além disso, a racionalidade econômica exigida por este projeto de país não admite alguns ‘empecilhos’ Neste contexto, o Executivo passa a ‘legislar’ através de medidas provisórias, e busca-se a homogeneização ideológica do Judiciário, através da súmula vinculante.

O silêncio eloqüente: dentro deste quadro, devemos nos perguntar a respeito da atuação da atual gestão do XI. Optando por não se posicionar a respeito da maioria das questões aqui elencadas, não contestam o projeto neoliberal, corroborando-o em suas principais linhas. Seu silêncio no caso da Vale, para citar apenas um exemplo, é eloqüente.

Uma gestão realmente preocupada com o país e com os rumos da universidade pública deve posicionar-se politicamente, além de atuar para que o aluno interfira, exercendo seu papel de cidadão, nas principais pautas colocadas.

A alternativa democrática: Papel Histórico do XI

As alternativas ao projeto hoje hegemônico devem passar pela democratização do Estado, por uma política de emprego e por uma alternativa não-subordinada de inserção à globalização. Para tal, o aprofundamento da democracia é essencial, ampliando-se cada vez mais o espaço de debate entre a população e os dirigentes do Estado. É a superação da representação pela participação. É para defender tal projeto em conjunto com os alunos que queremos estar no CA. O nosso XI não pode ficar ausente neste momento da história do país.” (Carta-programa “Rasgando o Verbo – A opção democrática” p. 4).

12. Somente esta amostra de material historiográfico já seria suficiente para iniciar uma série de questionamentos, sobre o diagnóstico que o grupo desenvolveu sobre as políticas econômicas implementadas, sua relação com o Direito; as noções de democracia subjacentes ao discurso; a mudança no tratamento dos governos, etc.

13. Tais problemas ganhariam em riqueza se fossem cruzados dados, por exemplo, referentes ao resultado das eleições, configuração sócio-econômica do alunado da graduação (universo de sócios do XI, lembrando-se que os ex-presidentes da entidade até o ano de 1984 têm direito a voto, sendo que muitos deles o exerceram na década de 90), evolução do quadro eleitoral do município de São Paulo, do Estado e da União.

III.ii. A história das elites do País (principalmente as redes e burocracias jurídico-políticas)

1. Oliveiros Ferreira, em sua herética interpretação do pensamento de Gramsci contida em “Os 45 cavaleiros húngaros” ⁷ afirma que em Marx já havia a percepção de que as elites possuem redes internas.

2. Tal estaria claro no “18 do Brumário de Luís Bonaparte” quando são analisados *os republicanos do Jornal “Nacional”*, no início do descrito movimento de derrocada de toda dignidade política da França e ascensão da borra social, liderada pelo carismático porém degradado sobrinho de Napoleão.

7. Os 45 cavaleiros húngaros – uma leitura dos Cadernos de Gramsci. Brasília/São Paulo: UnB/Hucitec, 1986.

3. Para Oliveiros Ferreira, interessado em afirmar que Marx emprestava grande significado à posição social, mais do que à propriedade, na definição da fração de classe, serão os valores culturais os liames fundamentais entre os membros das redes: *“Não era a comunidade dos interesses derivados das condições de produção que formava a coterie, mas sim o compartilhar as idéias republicanas e o desfrutar um mesmo estilo de vida, que se identifica e determina por aquilo que o grupo considera seu ‘componente típico do destino vital humano condicionado por uma estimação social específica’ (Weber).”*⁸

4. Em Gramsci, de fato, há uma grande preocupação com as elites, seu interno compartilhamento de concepções e projetos, dialeticamente vinculados à apropriação do excedente e à organização da produção material.

5. No campo não-marxista também houve forte desenvolvimento dos estudos sobre as elites e as redes.

6. Uma adequada documentação sobre o XI renderia boas pesquisas sobre o tema no Brasil.

7. As lealdades construídas durante os anos universitários mantêm-se após o curso? Os grupos políticos são um elemento de socialização apto a forjar laços que transcendam os bancos da faculdade? Nos governos, na vida acadêmica, na Magistratura, na Advocacia, no Ministério Público, haveria a confirmação de tais laços? Ainda que existam laços que levem a redes, qual seu fundamento mais forte, amizade, nostalgia ou concepções políticas?

III.iii. Articulação do Direito à hegemonia política no Brasil

1. Bem respondidas as duas ordens de questionamentos acima insinuadas, estaríamos próximos de compreender importantes aspectos da disputa pela hegemonia política no campo jurídico.

2. Identificadas as concepções políticas dos estudantes, os interesses profundos nos quais se ancoram, percebidas as conseqüências das práticas de socialização política em uma expressiva “coterie” de nossas elites, poder-se-iam verificar importantes mecanismos na dialética da hegemonia.

3. Os programas defendidos durante a universidade são assimilados de modo a se contrapor às concepções dominantes? O grupo “Rasgando o Verbo” por

8. Idem, p. 27.

exemplo, forjou estudantes capazes de apresentar outra postura perante o Direito, que não a positivista (em sua versão mais privatista, principalmente) ou a neoliberal? Ainda que tenha formado “estudantes” com tal capacidade, esta formação resistiu a outros processos de socialização jurídica, posteriores? As redes jurídicas formadas após o momento universitário apresentam quais concepções? A quais interesses tais concepções estão vinculadas?

4. Estas questões permitiriam verificar com grande sofisticação os sentidos e a intensidade de força de mudança/conservação apresentados pelo campo jurídico no Brasil.

5. Até se pode revelar que este é um campo apto a ser transformado, por práticas ilustradas e críticas, alterando-se, assim, a própria hegemonia do processo social.

6. Por outro lado, poder-se-ia descobrir que este é um campo insensível ao tipo de prática política levado a cabo pelos grupos sociais pesquisados. Talvez daí resultassem outras hipóteses, cheias de conseqüências práticas, como a autonomia dos sistemas, ou a subordinação do Direito à Economia (o que, no tempo do consumismo como fé coletiva, é hipótese ainda mais dramática).

IV. Proposta de documentação

1. Deste preliminar levantamento de questões, percebe-se a importância da adequada documentação historiográfica do XI de Agosto.

2. O material sobre o XI de Agosto encontra-se em diversos repositórios, tendo sido absolutamente louvável o trabalho do Memojus em sua localização.

Junção de arquivos individuais pretéritos

3. Entretanto, um imenso e rico material sobre o XI pertence aos arquivos pessoais e individuais dos que com ele se envolveram, na rubrica de “recordações pessoais”, “Memórias do Tempo de Faculdade”, etc.

4. Esses arquivos individuais geralmente cobrem somente alguns anos, muitas vezes não chegando a cobrir sequer todos os anos em que o estudante esteve na Faculdade.

5. Seu conteúdo é geralmente composto pelos jornais acadêmicos, textos de ocasião, manifestações sobre fatos contemporâneos, polêmicas internas, etc.

6. A junção de vários desses arquivos cobriria uma extensa área temporal, trazendo um panorama extremamente vivo e detalhado da vida política universitária do período.

Gravações em áudio e vídeo dos eventos da Sala dos Estudantes

7. Para além da sistematização dos arquivos individuais pretéritos, caberia uma estratégia de documentação dos fatos futuros, com coleta periódica e sistemática do material escrito divulgado na Faculdade.

8. Além disso, o registro em áudio e vídeo dos eventos ocorridos na Sala dos Estudantes, com posterior transcrição e arquivamento, é outra medida que tornaria o registro histórico bastante eficaz.

9. Imagine o leitor se pudesse hoje acessar o vídeo com os debates travados durante a Constituinte, na Sala dos Estudantes, ou o pronunciamento do XI de Agosto em favor da candidatura Lula em 1994 (em ato no qual se pronunciaram, além do representante do XI e do candidato Lula, os intelectuais Paulo Freire, Ariano Suassuna, Marilena Chauí, Fábio Konder Comparato, Milton Santos e muitos outros. Imagine o historiador do futuro podendo ver, na Sala dos Estudantes, Zé Celso interpretando o Brasil ou o ministro Sérgio Motta afirmando a realização do programa de privatizações das telecomunicações, mas mantendo o compromisso com as rádios comunitárias...

10. Esses são apenas alguns fatos que, registrados, serviriam de rico material ao pesquisador do futuro. Fatalmente o leitor há de elencar inúmeros outros, muito mais importantes do que estes... O que, felizmente, só realça a necessidade da proposta.

Informação “pública, democrática e de qualidade”

11. Uma iniciativa como esta seria viabilizada, acaso houvesse um adequado concerto entre vários agentes, como antigos alunos, diretoria do XI, diretoria da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professores de história, etc.

12. Garantida a informação “pública, democrática e de qualidade” estariam garantidos também os pressupostos para a pesquisa séria e crítica, comprometida com a revelação das íntimas articulações de nossa história.

São Paulo, setembro de 2003.

HOMENAGEM AO PROFESSOR NEWTON DE LUCCA

Cândido Rangel Dinamarco

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

Prezados amigos meus e do Newton de Lucca. Nesta manifestação muito cordial e avessa a formalismos, não vou saudar advogados, magistrados, ministros, desembargadores, não vou saudar promotores de Justiça, professores ou senhoras e senhores. Saúdo somente, como já fiz ao começar, os nossos amigos.

Vou falar do Newton de Lucca falando também de mim mesmo, falando da nossa Faculdade e falando da figura do professor. Você é um professor completo, porque reúne todos os predicados para sê-lo.

Ser professor é, em primeiro lugar, gostar de dar aulas. Você gosta. Há quanto tempo convivemos na sala dos professores e você sempre aí, entusiasmado com o que faz, discutindo temas, buscando meios de melhor transmitir conhecimentos. Sou também testemunha indireta (indireta, mas testemunha) de seu comportamento em aula, aplicado e disponível para os alunos, disposto a responder, a orientar, a explicar melhor o que não houver sido bem compreendido.

Sou testemunha, porque nos já distantes anos de 1985 e 1986 um de meus filhos foi seu aluno e recebeu de você todas essas atenções e até hoje relembra seu entusiasmo pelos temas que desenvolve em sala. Ele herdou de você, Newton, entre outras coisas, o seu gosto pela teoria dos títulos de crédito e uma sólida formação quanto aos temas básicos de seu Direito Comercial.

Mas não basta gostar. Ser professor é também dar boas aulas. E isso você faz com maestria, com clareza de exposição, com coerência em seus pensamentos, com segurança quanto aos conceitos. Lembra-se, Newton, do Curso de Direito Falimentar que conduzimos juntos em 1990, com a participação do professor Edoardo Ricci, da Universidade de Milão? Ficávamos todos atentos e fascinados pela naturalidade e destreza com que você conduzia suas exposições, depois da exposição do convidado, demonstrando profundo conhecimento do Direito de nosso País e também do sistema concursal italiano, causando nos espectadores um sentimento da mais profunda admiração e esclarecendo dúvidas de Direito Comparado que não seriam bem compreendidas sem o aporte de suas lições.

Mas ser professor é ainda mais do que isso. O mestre-escola que apenas transmite idéias, cumpre também uma missão de grande relevância, mas não é um professor completo. Mas você cria, Newton. Você inova. Você interfere na doutrina dos antepassados e dos seus mestres, propondo idéias novas, modernizando a doutrina. Quem como você se dedica à teoria dos títulos de crédito e quantos se interessam pelo moderníssimo tema Direito e Internet? Ser professor é também ser um desbravador de mares nunca dantes navegados – e você o é, Newton.

Mas o professor que gosta do que faz, que ensina com entusiasmo, que orienta alunos com aplicação, que sabe desenvolver e modernizar pensamentos vindos do passado, que traz propostas novas e coerentes, ainda não será um professor maiúsculo se não tiver persistência. E você persiste, Newton. Há trinta anos você está ali, há trinta anos fazendo exercícios de insistir no que vinha dizendo desde o começo e de rever pensamentos que não mais o convencem. Há trinta anos? Não. Há mais de trinta anos.

Você mesmo gosta de lembrar o tempo em que ainda era estudante do quinto ano da Faculdade e eu um assistente que principiava seus passos na carreira de processo civil. Isso foi em 1971. Levado às primeiras experiências docentes pelas mãos do professor Luís Eulálio de Bueno Vidigal, lá estava eu, ora substituindo algum professor que faltasse, ora realizando seminários, sempre querendo aproveitar bem a oportunidade que me havia sido dada pelo inesquecível mestre.

E você gosta de lembrar sempre aquelas minhas primeiras experiências como jovem professor principiante, inclusive com uma audiência simulada que conseguimos montar em minha residência, então em uma casa no elegante bairro do Brooklin Paulista. Aquilo foi importante para você? Acho que foi, mas tenha a certeza de que foi muito mais importante para mim. A riqueza de nossa Escola reside na capacidade de perenizar-se no tempo, em uma dinâmica incessante que impulsiona jovens idealistas e lhes abre caminho para, de repente, de aluno fazer-se mestre. Nós dois somos frutos dessa dinâmica e dessa capacidade, que a Faculdade do Largo de São Francisco sempre teve, de manter-se viva na vida de seus próprios filhos.

Estou falando da grande utilidade dos docentes voluntários na dinâmica histórica da vida da Faculdade. Por mais que a demagogia irracional dos regimentos burocráticos venha a execrar a figura dos docentes voluntários, eles são um elo entre o passado e o futuro, como nós dois fomos e como foram praticamente todos os grandes mestres da nossa Escola. Assim como o professor Bueno Vidigal me acolheu e estimulou,

um outro grande mestre das Arcadas também sentiu desde logo as luzes do seu talento e da sua vocação.

Foi assim que, ainda recém-formado, já no ano de 1972 você começou a auxiliar o saudoso professor Filomeno Joaquim Costa, o Velho Filó, como carinhosamente ainda nos referimos a ele, o qual chamou aquele menino para auxiliá-lo nas aulas de Direito Comercial. E o menino aqui está, agora crescido e com toda a maturidade de seus trinta anos de docência, com um passado de escritos, de idéias e de talento, mas sempre com o entusiasmo de menino que o impulsionara a principiar.

É por isso que, como disse no início, eu não seria capaz de falar de você sem falar de mim mesmo. Cheguei a ficar surpreso, quando me dei conta de que aquele menino, que de algum modo fora meu “aluno”, acaba de chegar aos seus trinta anos de docência acadêmica. Vejo que, apesar dos dez anos de diferença em nossas idades, nós praticamente principiamos juntos. Somos frutos do mesmo espírito de continuidade da nossa Escola e de sua perene e inextinguível vocação à sobrevivência histórica. Assim como trago sobre os ombros um rico passado representado por Vidigal e Liebman em sua vivência nas Arcadas de São Francisco, você também se confunde com as grandes figuras do Direito Comercial da Casa. Você se insere entre os grandes nomes do presente, no labor de levar adiante a sólida tradição instituída pelos fundadores Waldemar Ferreira e Tullio Ascarelli, passando por Honório Monteiro, Sílvio Marcondes e Filomeno da Costa.

Como anunciei, também, estamos falando da nossa Faculdade. O que ela espera de nós, como professores que pretendem ser mais que meros mestres-escola, é uma visão do passado e do futuro, capaz de nos impulsionar a nos perpetuarmos em nossos discípulos, porque isso é perpetuar as tradições culturais do próprio Largo de São Francisco. Quero proclamar aqui, solenemente, como inúmeras vezes venho proclamando, o meu intuito e o meu empenho, que já são muito antigos e que também são seus, de formar jovens docentes. Essa é uma imensa responsabilidade, que assumimos, quando nos tornamos professor, tendo a consciência de que não exercemos nossas funções para proveito de nossos próprios projetos de vida, ou de nossas vaidades pessoais, mas para produzir algo de interesse de nossas ciências.

E agora comemoemos. Comemoemos a nossa Faculdade, que tem o Newton de Lucca há trinta nos, comemoemos o nosso entusiasmo em lecionar, em criar, em perenizar. Comemoemos também a sua poesia, Newton, que é a linguagem da sua alma e a mensagem que ao mesmo tempo enternece e liga você com a vida que

o cerca e com as pessoas que ama. Comemoremos, afinal, sua capacidade de amar e de ser amado, que é a maior de todas as razões pelas quais aqui estamos, festejando os seus trinta anos de docência acadêmica e a amizade que nos une. Que Deus nos mantenha sempre amigos como hoje somos e conserve a perene estima que lhe dedicam os amigos aqui presentes para homenageá-lo.

DISCURSO PROFERIDO PELO PROFESSOR NEWTON DE LUCCA

Newton De Lucca

Professor Associado do Departamento de Direito
Comercial da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo

Queridos Amigos e Amigas,

Escuso-me de declinar o nome de todas as altas autoridades que me honram com a sua presença, dos presidentes das várias entidades que apoiaram a realização deste evento e de tantos quantos, por razões da mais variada espécie, mereceriam que eu, expressamente, os enunciasse... Todos, na verdade, de fato e de direito, mereceriam que eu o fizesse...

E, por tal razão, todos haverão de perdoar o deslize, pois desejo fazer essa intervenção da forma mais breve possível, não-obstante a extrema inabilidade que tenho para sintetizar as coisas. No meu caso, efetivamente, parece ela beirar os “*limites da perfeição*”...

Peço vênia, pois, para saudar indistintamente a todos os presentes, nas pessoas dos Eminentíssimos Ministros Sidney Sanches, do Supremo Tribunal Federal, e dos Ministros Fontes de Alencar, Ruy Rosado de Aguiar, Jorge Scartezini e Castro Filho, de nosso Superior Tribunal de Justiça, que tanto engrandecem esta noite, propiciando-me a íntima convicção de que Deus pode ter sido extremamente avaro comigo na distribuição das virtudes humanas, mas foi deveras pródigo nas amizades com as quais tão generosamente ter-me-á aquinhoado...

Tentarei, assim, ser bastante singelo... Sobretudo agora, após as cativantes palavras do Eminentíssimo Professor Rangel Dinamarco a quem tenho o privilégio de chamar simplesmente de Cândido, por generoso desígnio de Deus - que, por si sós, não-só repuseram a verdade sobre o significado desta confraternização, mas também resgataram o incontrolável amargor que na alma se instalara, após a infeliz tentativa de conspurcar-se a grandeza do gesto da Comissão Organizadora deste encontro...

Sim, sem dúvida, o mais razoável é tentar conter-me, na medida do possível. Não será fácil, por certo, pois acho que nasci mesmo marcado com esse estigma incontrolável de me emocionar demais com a aventura da vida...

E exatamente por isso, julgo-me no direito e no dever de dar um sentido maior para que tantas pessoas se achem reunidas nesta festa para homenagear uma figura menor, sem nenhuma falsa modéstia...

Penso que a noite de hoje só pode ser interpretada como um gesto de amor... Nada deixei de meritório ou de significativo, na verdade, ao longo desses anos de jurisdicência, que pudesse justificar uma homenagem...

Diz o Livro do Eclesiástico 11:

*“Não te glorie nunca de tuas vestes,
não te engrandeças no dia em que fores homenageado,
pois só as obras do Altíssimo são admiráveis,
dignas de glória, misteriosas e invisíveis.”*

É com esse espírito bíblico que aceitei participar desta noite. Nunca fui e não o sou, deveras - quer uma inteligência fulgurante, quer um lutador incansável, quer um jurista destacado em nossa comunidade, malgrado tantas manifestações que me chegam em sentido contrário, só levadas em conta por mim pelo seu caráter evidentemente carinhoso...

Muito menos, quero crer, posso considerar-me um professor reconhecido na própria Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na qual ora completo trinta anos, apenas percebidos, talvez, pelos velhos amigos dos bancos acadêmicos, a quem, emocionadamente, já pude abraçar e dos quais trago tão doces recordações...

Resta-me o consolo, porém, de que todos esses anos - conquanto insignificantes em si - foram vividos com a mais amorosa e intensa dedicação, ainda que, junto com eles, já tenham soçobrado as derradeiras possibilidades de meu sonho...

Alguns prêmios recebidos, no fundo - que pudessem, eventualmente, se afigurar como algo relevante -, também nada significam. Hoje posso ver, com absoluta clareza, que em nada me engrandecem. Eles foram outorgados por homens e estes são de uma falibilidade que, muita vez, ultrapassa os limites do inverossímil...

É por isso tudo que permito-me repetir esta noite não pode ser considerada outra coisa senão um *ato de amor*...

Esse sublime sentimento - o *Amor* -, por incrível que possa parecer, é absolutamente estranho à Ciência Jurídica. Nossa Constituição Federal, em nenhum de seus comandos, contempla a expressão *amor*. O nosso Código Civil de 2002, prestes a entrar em vigor, retirou a palavra que, no Código de 1916, aparecia uma única vez,

relativamente à gestão de negócios e que se achava empregada de forma absolutamente infeliz, pois “*o amor a seus próprios interesses*” muito mais se aproxima do *egoísmo* do que, propriamente do *amor*, no sentido genuíno e cristão dessa expressão, conforme estou anotando nos comentários ao novo Código Civil, ora em fase de elaboração, outra dívida que tenho pendente, aliás, desta feita com o Eminentíssimo Ministro Sálvio de Figueiredo.

Poderia, quem sabe, a palavra amor ser utilizada, em toda a sua resplandescência, em outras paragens do Direito, quando estivesse em causa, por exemplo, a criança, a família ou a dignidade da pessoa humana... Mas essa é uma tarefa que ficará para os nossos netos, pois não fomos capazes de levá-la adiante pela simples e boa razão de que a nossa sociedade - mergulhada numa espécie de desorientação espiritual sem precedentes na História da Humanidade - deixou-se seduzir irremediavelmente pelo fascínio da razão e da técnica triunfantes, tornando-se axiologicamente cega em relação à condição última do homem...

Estou convencido, por outro lado, de que grande parte das pessoas não deseja o amor banido de seus corações e a realização desta noite é uma prova - esta sim, inequívoca - do que vem a ser o amor... Aliás, nada como aquele *saber das experiências feito*, como diria o grande Camões... Ao apreciar, doravante, os pedidos de tutela antecipada que me chegam a mancheias, passarei a ter presente, não apenas os ensinamentos do querido mestre Cândido Dinamarco, mas um outro conceito do que vem a ser a tal *prova inequívoca*...

É mais do que claro que, ao dizer que se trata de um ato ou de um gesto de amor, não estou diminuindo, nem mesmo remotamente, a grandeza deste encontro. Pelo contrário, ele assume, antes, dimensões infinitamente maiores do que se movido fosse por qualquer outro sentimento... A circunstância de não haver nada de especial para ser comemorado nesta noite, torna-a encantadoramente especial... Por ser um ato de amor, ela parece indefinível... Ou, se definível for, há que sê-lo pela lírica camoniana:

“...um não sei que, que nasce não sei onde
vem não sei como e dói não sei por que...”

Não posso deixar de destacar, entre tantos, alguns gestos - todos eles também cheios de amor - que ficarão para sempre gravados nos porões de minha memória barroca...

Como esquecer-me daquela vinda de um aluno ouvinte de minha disciplina na pós-graduação da Universidade de São Paulo - da qual não posso extrair

nenhum trecho, por questão de recato intelectual - . mas que entrará para o livro autobiográfico, que na paz da montanha, se Deus quiser, ainda hei de escrever... *Esquecer... Quem há de...?* como diria o Poeta...

Obrigado, Meu caro Emerson, a sua carta comoveu-me, como nos comove o canto de um cisne, fazendo-me lembrar daqueles versos de Camões:

*“Não mais, Musa, não mais, que a lira tenho
destemperada e a voz enrouquecida
e não do canto, mas de ver que venho
cantar a gente surda e endurecida.
O favor com que mais se ascende o engenho
Não no dá a Pátria, não, que está metida
no gosto da cobiça e da rudeza
duma austera, apagada e vil tristeza...”*

É no mínimo incrível que uma pessoa que me conheça há tão pouco tempo possa já me conhecer tanto assim... Embora jovem ainda, você, Meu Caro Emerson, já está preparado para viver a grande solidão dos intelectuais... Lembre-se sempre daquela famosa passagem de Sartre:

“Começa para o homem a angústia, e o abandono e os suores de sangue, quando não pode mais ter outra testemunha senão ele próprio.”

Uma outra querida professora da Bahia - que dizia não ter palavras para exprimir o seu carinho, mas queria encontrá-las a todo custo para o meu reconforto da alma -, sabedora de meu gosto por Fernando Pessoa, não resistiu à tentação de me enviar, como sucedâneo, um trecho da 1ª Parte do *Livro do Desassossego*, do qual extraio a seguinte passagem:

“Tenho assistido, incógnito, ao desfalecimento gradual da minha vida, ao soçobro lento de tudo quanto quis ser. Posso dizer, com aquela verdade que não precisa de flores para se saber que está morta, que não há coisas que eu não tenha querido, ou em que tenha posto, um momento que fosse, o sonho só desse momento, que se me não tenha desfeito debaixo das janelas como pó de pedra caído de um vaso de andar alto. Parece, até, que o Destino tem sempre procurado, primeiro, fazer-me amar ou querer aquilo que ele mesmo tinha disposto para que no dia seguinte eu visse que não tinha ou teria.

Espectador irônico de mim mesmo, nunca, porém, desanimei de assistir à vida. E, desde que sei, hoje, por antecipação de cada vaga esperança que ela há-de ser desiludida, sofro o gozo especial de gozar já a desilusão com a esperança, como um amargo com doce, que torna o doce doce contra o amargo. Sou um estratégico sombrio, que, tendo perdido todas as batalhas, traça já, no papel de seus planos, gozando-lhe o esquema, os pormenores da sua retirada fatal, na véspera de cada sua nova batalha.

...

Uns dizem que sem esperança a vida é impossível, outros que com esperança é vazia. Para mim, que hoje não espero nem desespero, ela é um simples quadro externo, que me inclui a mim, e a que assisto como um espetáculo sem enredo, feito só para divertir os olhos – bailado sem nexos, mexer de folhas ao vento, nuvens em que a luz do sol muda de cores, arruamentos antigos, ao acaso, em pontos desconformes da cidade.”

E, malgrado a inevitável increpação dos exageros literários e do excesso de emoção que costumo pôr em tudo aquilo que faço, seja-me permitido ler um trecho da inolvidável carta a mim dirigida pelo Eminentíssimo Presidente do nosso Instituto dos Advogados de São Paulo, Dr. Nelson Kojransky:

“Saiba, outrossim, que para o IASP, constitui motivo de júbilo e de grande orgulho poder contar, dentre os membros desta casa, com a pessoa proeminente de Vossa Excelência, que tanto tem feito em prol da cultura brasileira, não só como jurista, professor, poeta, mas também, como um dos magistrados que mais tem enriquecido o E. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região.”

Bem, sei que é preciso tentar cumprir a difícil promessa, feita no início, de me conter ao máximo. Seria de uma pieguice intolerável ou de um cabotinismo que não combina com a minha alma simples, impor a todos os que me ouvem a repetição das frases que me acalentaram durante esse prolongado período em que me debati na dúvida entre o seguir e o parar...

Como pode um ser, afinal, evaporado pela “*lira insana*” e arrastado pelo “*tropel das paixões*” nos versos imorredouros de Bocage, tentar seguir em frente?...

A bem da verdade, o excesso de emoção fez-me envelhecer mais rápido. E ela deve ter cansado muito aos alunos também. Alguém chegou a dizer, um tanto quanto pitorescamente, que eu seria capaz de fazê-los chorar numa simples aula sobre os

títulos de crédito... Não obstante o tom reprovador de sua observação, temo que esse meu crítico terá sido excessivamente generoso para comigo... Estou muito distante, por certo, de operar tamanho milagre, mormente em se tratando de um tema de natureza técnica.

Mas, se algo de verdade existir nessa dura reprimenda, quantos excessos não estarei cometendo, no dia de hoje, em que pessoas extremamente queridas e em número tão expressivo se reúnem por um gesto de amor: o simples fato de comemorar os trinta anos de minha atividade docente, por certo marcada por graves omissões das quais nem mesmo logrei identificar...

Será que terei o dom de transformar este recinto num verdadeiro “*vale de lágrimas*” como está escrito numa de minhas diárias orações?...

Já não sou mais assim, por certo, tão povoado de emoções... Posso até mesmo dizer que nada mais “acontece em meu coração quando ele cruza a Ipiranga e a Avenida São João”... Tudo o que tinha para acontecer já foi e ficou perdido nas brumas labirínticas do tempo...

Mais uma dúvida æ das tantas com as quais tenho convivido æ parece agora “roer as minhas unhas”: serei eu o vil intérprete dos textos normativos e das lições dos mestres, recheando-os de impressões pessoais capazes de alterar-lhes o significado, passando aos destinatários de minhas preleções algo de errado ou, pelo menos, distorcido?...

Independentemente dessa resposta, é claro, já sei ter soado (e um tanto serodidamente) a hora de parar a longa jornada... Prosseguirei mais algum tempo, é verdade, mas já não mais “feito um cego teimoso” æ como sempre gostei de dizer, recordando-me de um verso de Fernando Pessoa, expresso pela pena de um de seus mais belos heterônimos, Alberto Caciro æ, mas para completar as tarefas de orientação que se acham a meio caminho...

E, como gosto mesmo, a despeito de meus críticos, de misturar literatura com Direito, sempre que pertinente me parecer tal paralelismo, evoco, agora, um princípio de direito penal, segundo o qual a pena não deve nunca ultrapassar a própria pessoa do réu... Fico até um pouco constrangido em falar de direito penal æ disciplina normativa pela qual sempre senti uma espécie de amor platônico æ na presença de alguns queridos amigos e amigas penalistas, tanto lá do Tribunal quanto de fora, que conhecem profundamente esse ramo do Direito.

Confesso já que por ser uma noite de *amor* é também de *confissões* -, igualmente, não captar tantos problemas nas aproximações entre a Poesia e o Direito. Numa dessas minhas manias, observei que o nosso grande Pontes de Miranda, no

prólogo de um de seus livros que nada parece ter de conteúdo jurídico (*Obras Literárias, Poesia/Prosa, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1960, p. 7*) -, com propriedade e encanto, diz: *“Há esquisita delícia em pensar. Na agitação cotidiana da vida, quando nos sentimos em imediato contato com a realidade, ou deixamos que nos avassale a dor das impressões de há pouco, existe sempre um momento em que nos extasiamos e revivemos a vida. Sentir, reviver, pensar: é a mesma coisa. Pensar o que se sentiu é vivê-lo mais uma vez. A própria idéia deve ser a forma espiritual de pedaço de vida que se revive. Também a memória possui sabedoria: atravessamos a vida sem parar, vivendo sempre; mas, ao recordar o que se viveu, ressentimo-lo aos fragmentos, deliciando-nos, escolhendo.”*

Enfim, meus queridos Amigos e Amigas, é hora de encerrar. Não quero que a alma constelada de infinitas decepções lhes transmita, indevidamente, a tristeza e o enfado de seu próprio cansaço... A epígrafe de Valéry - *“Les événements m’ennuyent”* ou, em vernáculo, *“os acontecimentos me aborrecem”* -, constante de um de meus poemas, sempre foi minha eterna companheira e ela aparece agora mais verdadeira do que nunca, embora um momento doce e terno como este constitua uma exceção quase inacreditável que me acompanhará, certamente, para o resto de minha vida... Sobretudo quando penso que esta festa não fui eu quem a fez: foram todos vocês, menos eu, que a fizeram...

Quero, antes, dizer-lhes - mesmo com o receio íntimo de ser acusado, mais uma vez, de pecar pelos excessos literários - que a tragédia de minha vida ainda não se terá consumado de todo e ainda hei de escrevê-la... Espera-me o alto da montanha, onde irei passar meus derradeiros dias, assim que a justiça dos homens reconhecer (quem sabe?) que já trabalhei mais de quarenta anos e que já tenho o direito de me recolher no aconchego do claustro, para que bem longe das vanidades de nossa época falida, possa ter muito ainda o que escrever, o que contar e, sobretudo, o que esquecer e o que lembrar...

Espero, enfim, poder legar alguma coisa, ainda que seja a derradeira utopia de minha vida: a de que terei contribuído, de alguma forma, ainda que mínima, para que estas sete palavras: ódio, inveja, fome, miséria, intolerância, ingratidão e injustiça possam vir a ser estudadas pelos nossos netos, um dia, como sendo apenas simples arcaísmos...

A etimologia da palavra utopia tem tudo, efetivamente, a ver comigo: nunca estou, nem estive em nenhuma parte... E para que servem as utopias? Alguém já respondeu que elas servem para caminhar...

Estou bem ciente de que, apesar de tantas utopias, ficam sempre mais coisas más do que boas... Não é à toa que, na epígrafe de um de meus poemas, evoquei aquela arrepiante passagem de Shakespeare (na peça Júlio César, ato II, fala de Marco Antônio):

“O mal que os homens fazem vive depois deles. O bem que puderam fazer permanece quase sempre enterrado com os seus ossos.”

Não sou homem de fazer grandes perorações, mas termino com o que deve ser terminado, isto é, com os meus mais sinceros agradecimentos, aquecidos com o vinho quente do coração que ora me sobe à cabeça, ainda que “espessa”:

Ao Eminentíssimo Professor e Querido Amigo Cândido Rangel Dinamarco, pelas palavras excessivamente generosas e encantadoras com que me saudou; ao lado de tantas virtudes que expressam, também não me deixam tão-só nos excessos que cometo...

Ao Eminentíssimo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do STJ, não-só pela sua presença neste encontro, que tanto me honra, mas pela forma carinhosa com que aceitou prefaciá-lo meu mais recente trabalho sobre a Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo;

À Academia Paulista dos Magistrados, pela afetuosa homenagem que me foi prestada recentemente;

Aos membros da Comissão Organizadora desta noite: Adalberto Simão Filho, Ilene Patrícia de Noronha, Leslie Amendolara, Ligia Maria Simão, Marcus Elidius de Almeida e Regis Magalhães Soares de Queirós, pelas tantas horas perdidas na preparação desta confraternização que se tornará um momento imprecívél em minha vida...

Por derradeiro o comovido agradecimento à minha família, que tanto sofre com meu quase constante afastamento; ao pai saudoso, que se foi no mesmo dia de minha posse como magistrado no Tribunal e com quem, desde então, só converso por intermédio de minhas orações e da fé cristã; aos amigos todos que colecionei durante a vida, aos meus companheiros da Universidade de São Paulo, do Tribunal, da Justiça Federal, da Academia dos Magistrados, do Instituto dos Advogados, das várias entidades que apoiaram a realização deste evento por certo imerecido alunos e alunas, ex-alunos e ex-alunas, quer de São Paulo, quer de outros Estados de nossa Federação, cuja presença tanto me emociona...

Vocês todos que estão aqui são os meus verdadeiros amigos... Não são

como aqueles que proliferam em nossa época e que mais se assemelham às andorinhas, pois voltam no verão da prosperidade e partem no inverno das aflições, como já se disse algures...

Queridos Amigos e Amigas:

O meu destino, na noite de hoje, parece ter descrito uma curiosa parábola que começou, não propriamente há trinta anos, objeto desta comovida e próxima comemoração, mas há exatos 38 anos, quando, em nome de minha Turma do Curso Clássico do Colégio Rio Branco, fui escolhido para a saudação de despedida e terminei-a com um poema cheio de amor, de nosso Poeta Maior, Carlos Drummond de Andrade. Com aqueles mesmos versos - que outrora me provocaram na medula o mágico arrepio concluo minhas palavras:

*“Amar solenemente as palmas do deserto,
o que é entrega ou adoração expectante,
e amar o inóspito, o cru,
uma vaso sem flor, um chão de ferro,
e o peito inerte, e a rua vista em sonho e uma ave
de rapina.*

*Este o nosso destino: amor sem conta,
distribuído pelas coisas pérfidas ou nulas,
doação ilimitada a uma completa ingratidão.
e na concha vazia do amor a procura medrosa,
paciente, de mais e mais amor.*

*Amar a nossa falta mesma de amor, e na segura nossa
amar a água implícita, e o beijo tácito, e a sede infinita.”*

Muito obrigado a todos, que Deus os abençoe sempre...



Professor Associado Newton De Lucca



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).