



UNIVERSIDADE
DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE
DE
DIREITO

NÚMERO

4

ISSN 0104 - 0367

1996 PUBLICAÇÃO ANUAL
RIO DE JANEIRO

RENOVAR

revista
DA FACULDADE DE
DIREITO

REVISTA
DA
FACULDADE DE DIREITO

RENOVAR

Todos os direitos reservados à
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.
MATRIZ: Rua da Assembléia 10/2.421 — Centro
CEP 20111-000 — Tels.: (021) 531-2205 / 531-1618 — Fax: (021) 531-2135
LIVRARIA: Rua da Assembléia, 10 - loja E — Centro — RJ
CEP: 20011-000 — Tels.: (021) 531-1316 / 531-1338 — Fax: (021) 531-2135
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 — São Cristóvão — RJ
CEP: 20940-010 — Tel s.: (021) 589-1863 / 580-8596 — Fax: (021) 589-1962
FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 331 a 347 — loja 10 — Bela Vista — SP
— CEP: 01315-001

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sussekind — Presidente
Carlos Alberto Menezes Direito
Caio Tácito
Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.
Celso de Albuquerque Mello
Ricardo Pereira Lira
Ricardo Lobo Torres

Revisão tipográfica

Paulo Gomes
Maria da Glória S. de Carvalho

Capa

Julio Cesar Gomes

Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

UERJ

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO



REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO

CCS/C REDE SIRUS / UERJ

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO. V.1-
N.4- 1994- Rio de Janeiro: UERJ,
1996
V.Anual

1.
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito.

CDU 34 (05)

ISSN 0104-0367

Proibida a reprodução (Lei nº 5.988/73)
Impresso no Brasil
Printed in Brazil

| | | | | |
|----------------------------|-------------------|------|-------------|------|
| Rev. da Fac. de Direito | Rio de Janeiro | N. 4 | P. 1-418 | 1996 |
|----------------------------|-------------------|------|-------------|------|

DIRETORA
Wanda Vianna Direito

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Celso Alves Pereira
Gustavo José Mendes Tepedino
Heloisa Helena Barbosa
João Marcello de Araújo Júnior
José Carlos Barbosa Moreira
Paulo Cesar Pinheiro Carneiro
Ricardo Cesar Pereira Lira
Ricardo Lobo Torres
Wanda Vianna Direito

Os artigos publicados nesta Revista são de inteira responsabilidade dos seus autores, cujos direitos autorais foram outorgados pelos mesmos à UERJ.

FACULDADE DE DIREITO DA UERJ
Rua São Francisco Xavier, 524 - 7º andar
20.559-900 - Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Fax: (021) 284-0447

Reitor - Prof. Antônio Celso Alves Pereira
Vice-reitora - Prof^a Nilcéa Freire
Sub-reitor de Graduação - Prof. Ricardo Vieira Alves de Castro
Sub-reitor de Pós-graduação e Pesquisa - Prof. Reinaldo Guimarães
Sub-reitora de Extensão e Cultura - Prof^a Maria Therezinha Nóbrega da Silva
Editora da UERJ - Prof. Ivo Barbieri
Coordenador de Publicações - Renato Casimiro

FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Gustavo José Mendes Tepedino

VICE-DIRETOR
Ricardo Lobo Torres

SUMÁRIO

Antonio Evaristo de Moraes Filho (Reminiscências de um irmão, amigo e compadre)

Ricardo Pereira Lira 1

Um Ano sem Amilcar Paranhos

Marlan de Moraes Marinho Jr. 7

DOCTRINA

Direito Civil e Internacional Privado

O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade

Eduardo de Oliveira Leite 9

Questões Controvertidas sobre o Contrato de Corretagem

Gustavo Tepedino 33

Extinção das Obrigações. Teoria do Pagamento

Simão Isaac Benjó 53

Clausole Vessatorie

Vincenzo Roppo 73

Direito do Estado

Poder Judiciário: Problemas, Propostas e Controle Externo.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes 109

A Universidade Pública e o Professor Estrangeiro

Caio Tácito 149

Mandado de Injunção — Limitação da Taxa de Juros — Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas — Considerações acerca do art. 192, § 3º, da Constituição Federal

Carlos Roberto Siqueira Castro 155

A Constituição e o Conflito de Normas no Espaço. Direito Constitucional Internacional

Luís Roberto Barroso 201

Perfil Constitucional da Alienação Fiduciária em Garantia

Maria Cristina de Cicco 231

Contribuições Sociais

Ricardo Lobo Torres 261

Direito Penal

Aspectos da Responsabilidade Penal do Médico
Antonio Evaristo de Moraes Filho 289

Argumento Analógico em Matéria Penal
Luiz Regis Prado 299

Responsabilidade Penal em Questão. A Inimputabilidade do Adolescente:
Flagelo ou Impunidade?
Rosângela Martins Alcantara Zagaglia 309

Direito Processual

As Reformas do Código de Processo Civil: Condições de uma Avaliação
Objetiva
José Carlos Barbosa Moreira 317

O Sentido Moral da Responsabilidade Civil
Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho 329

Disciplinas Básicas

Globalização Econômica e Financeira na América Latina. A Inserção das
Economias Latino-Americanas na Nova Ordem Econômica
Angela Moulin S. Penalva Santos 339

O Processo de Globalização e a Economia Brasileira
João Paulo de Almeida Magalhães 363

Responsabilidade e Teoria da Justiça Contemporânea
Vicente Barretto 377

Marx e a Epistemologia Jurídica Crítica
Willis Santiago Guerra Filho 387

DISCURSOS/CONFERÊNCIAS

O Profissional do Direito e a Superação da Crise Ética
Discurso de Paraninfo da Turma Weber Martins Baptista da Faculdade de
Direito da UERJ (julho de 1994)
Gustavo Tepedino 395

O Professor de Direito
Discurso na Posse dos Novos Professores Titulares da Faculdade de Direito
da UERJ (maio de 1996)
Ricardo Lobo Torres 403

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO
(Reminiscências de um irmão, amigo e compadre)

RICARDO PEREIRA LIRA

1. Faleceu em 28 de março de 1997, às vésperas de completar 64 anos em 9 de abril, Antonio Evaristo de Moraes Filho, Professor de Direito Penal em nossa Faculdade de Direito da UERJ, querido de seus alunos, pelas suas excelentes qualidades humanas e pelas notáveis aulas ministradas, marcadas pela profundidade dos conceitos, pelo entusiasmo e clareza de exposição.

Suas aulas eram uma lição de vida. Por força disso, Evaristo, em breve vida acadêmica, foi paraninfo e patrono várias vezes.

Dizia-me que o magistério estava entre as mais recentes paixões de sua vida. Só a gravidade da doença que heroicamente ocultou, justifica seu prematuro afastamento das salas de aula.

2. Meu amigo há 48 anos. Ingressamos juntos nesta Casa, então Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, na velha Rua do Catete.

Submetemo-nos ao mesmo vestibular, atualmente impessoal e frio, mas que naquele tempo já vinha cercado do calor e carinho que nos esperava. Fomos examinados pelos que viriam a ser nossos proventos mestres, como MATOS PEIXOTO, HOMERO PIRES, EDGAR SANCHES, meu saudoso pai JOSÉ PEREIRA LIRA, e tantos outros.

Aluno brilhante, estimado pelos colegas, exerceu na vida acadêmica intensa atividade político-universitária, jovem atento, sempre endereçado às posições comprometidas com os ideais de democracia, liberdade e justiça social.

Evaristo era um socialista, cristão.

Àquele tempo, o Centro Acadêmico Luiz Carpenter — CALC era a miniatura de uma república federativa em que as cinco turmas seriadas representavam as unidades federadas, governadas por três poderes, harmônicos e independentes: uma Comissão Executiva, um Conselho de Representantes, detendo o poder legislativo, e um Tribunal Universitário, dirimindo as contendas eleitorais.

O nosso Evaristo, integrando a representação de turma, era o líder da maioria, o “speaker”. Seu discurso — sereno, quando necessário, enérgico, quando se impunha — indicava o norte e o sentido das votações, deliberadas pela nossa corrente.

Antecipando suas qualidades de jornalista, que veio a desenvolver, ainda estudante, fazendo reportagens forenses no jornal “Última Hora”, era o diretor de “O Século”, órgão oficial da nossa entidade estudantil.

Encerrou o Curso recebendo o prêmio “Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal”, instituído pelo Professor Roberto Lyra, outorgado ao bacharelado portador da média mais alta em Direito Penal.

Matriculamo-nos em 1950, encerrando o Curso em 1955.

Colamos grau, no Teatro Municipal, no dia 19 de dezembro de 1955.

A Turma de Bacharéis recebeu o nome do pai de Evaristo — TURMA EVARISTO DE MORAES —, de que eu dizia na solenidade de colação:

“EVARISTO DE MORAES — o nosso patrono — é a síntese perfeita do advogado e do jurista.

O sofrimento e a miséria das classes oprimidas confrangeram a sua índole cristã, e fizeram dele, ao lado de outros, um dos pioneiros do nosso direito social.

Um enamorado do Direito, uma voz constante e nunca omissa na tribuna de defesa, o orador eloquente, com a elegância da frase, a precisão dos conceitos, a bravura dos crentes, EVARISTO nasceu para nosso PATRONO. Contra tudo, contra todos, contra as próprias convicções ideológicas, ele jamais se omitiu no cumprimento dos deveres, jamais cedeu aos desígnios da superexcitação coletiva ocasional — drama dos criminalistas célebres. Prova-o a causa Mendes Tavares, um partidário extremado da corrente hermista, contra a qual EVARISTO, infenso às imposições militares, opusera o seu talento peregrino! E EVARISTO DE MORAES não negou o concurso da sua inigualável eficiência profissional ao adversário de ontem. E a efígie do “eterno advogado” recebe em nossas praças públicas a aragem mansa da natureza, como uma homenagem popular ao brilho da sua inteligência, significando que o povo não deseja réus indefesos. O monólogo da acusação é o dealbar funesto das arremetidas liberticidas”.

O nosso Evaristo, em vida, foi a imagem do velho Evaristo que minhas palavras cinzelaram naquela oportunidade.

3. Assim que nos formamos, Evaristo convidou-me para termos em conjunto um escritório de advocacia.

Alugamos uma pequena e modesta sala na Rua Almirante Barroso, nº 9, sala 911, no Centro. Compramos, a módicas prestações, o mobiliário essencial, em uma loja da Rua do Catete, da propriedade de um comerciante chamado Senhor Purim.

Durante anos, apenas sócios de despesas, ali praticamos a advocacia, já agora tendo como companheiro um amigo, Dr. Luiz Felipe Machado Duarte. Evaristo na advocacia criminal, os demais na advocacia cível. Um pouco mais tarde, juntou-se a nós o Dr. Fernando Strachmann, especialista em direito comercial, que havia sido nosso colega de faculdade, e também integrante da diretoria do Centro Acadêmico, que faleceu muito jovem.

Algum tempo depois, Evaristo e eu compramos um modesto conjunto de três salas na Rua México nº 90, salas 401/403.

Evaristo, que já começara brilhantemente sua vida de advogado de júri aos 20 anos de idade, levado pelas mãos amigas de Evandro Lins e Silva, seu mestre e grande incentivador, pratica, então, os primeiros passos para a construção de uma das mais importantes e respeitadas bancas da advocacia criminal do país.

Sempre apenas sócios de despesas, que me lembre atuamos, Evaristo e eu, conjuntamente, em um só caso: na ação criminal decorrente do desabamento de um prédio da Caixa Econômica Federal, na Rua do Rosário, nesta Cidade, evento no qual faleceram inúmeras pessoas, com imensos danos materiais que, de seu lado, determinaram várias ações de ressarcimento.

O cliente era um subempreiteiro, que trabalhava no canteiro de obras contíguo ao prédio sinistrado, incumbido da construção do muro de arrimo destinado a sustentar as sapatas excêntricas desse prédio, e encarregado de realizar o rebaixamento do lençol freático, enquanto se realizavam as obras laterais.

Insistia o cliente, juntamente com o empreiteiro geral das obras laterais, em que o prédio ruína por circunstâncias a ele inerentes, sobretudo em razão da sobrecarga nele existente. Essa tese não serviria nem para a absolvição no juízo penal, nem para a declaração de improcedência nos procedimentos cíveis.

As formalidades processuais nos permitiram tempo para um estudo profundo da questão, e conseqüente elaboração de uma tese, que embora contrariando o cliente engenheiro, conduziu à isenção de sua culpa, civil e penal.

Ambos solteiros, à época, Evaristo e eu, durante seis meses, caminhávamos pelas noites das Ruas Senador Vergueiro e Tucumã, nesta Cidade, imaginando a solução.

O primeiro julgamento ocorreu em um dos feitos cíveis, na 10ª Vara Cível desta Comarca. Como o juiz fosse também artista plástico, que se entediava

com a monotonia das audiências de instrução e julgamento, requeremos ao magistrado que, como diretor de prova, admitisse se fizesse, na assentada, na sala de julgamento, a reprodução em escala do desabamento, através de uma maquete envolvendo o prédio desabado e o canteiro lateral de obras, demonstrando-se assim a dinâmica do evento. O juiz admitiu a produção da prova, para perplexidade e irresignação dos advogados adversos. Como a nossa tese fosse a de que a causa do desabamento teria sido a escavação excessiva do canteiro pelo empreiteiro geral, e a não vedação dos interstícios entre as estacas do muro de arrimo, o que era também da incumbência do mesmo empreiteiro geral, na medida em que, na maquete, em escala, se fazia a escavação, o prédio vergava e terminava desabando.

Renovamos o desabamento no julgamento criminal, na 15ª Vara Criminal, perante o Juiz, Dr. Hamilton Moraes e Barros, que havia sido nosso Professor de Direito Comercial, na Faculdade, onde o cliente foi igualmente bem sucedido.

Esse caso ficou indelével em minha lembrança, como espécie de indispensável articulação entre o profissional da advocacia civil e da advocacia penal, na demonstração de uma mesma tese.

E Evaristo tinha essa imensa e rara virtude, a de saber participar de uma articulação conjunta, com eficiência e modéstia.

4. Muito jovem, tornou-se ele um dos maiores advogados criminais do país.

Dedicava-se de corpo e alma às causas que lhe eram entregues, respirando sem cessar os problemas e soluções, aos quais emprestava, por inteiro, sua inteligência, seu talento e sua cultura.

Durante a ditadura militar, defendeu centenas de presos políticos, e, a exemplo de seu pai, jamais recebeu honorários. Considerava que a defesa de um caso político era um dever de cidadania, cujo cumprimento lhe fazia bem à alma. Em razão disso, Evaristo acabou preso por uma primeira vez, por alguns dias. Liberado em um sábado, já na segunda-feira seguinte estava na tribuna de defesa, na auditoria militar, em defesa de um preso político.

Foi preso uma segunda vez, encapuzado, quando a Revolução tentou intimidar os criminalistas atuantes nessa área. O nosso Evaristo jamais se intimidou.

Patrocinou a defesa de quatro Presidentes da República: Juscelino Kubitschek, Jânio Quadros, Fernando Collor e Fernando Henrique, então professor de sociologia da USP, assistente de Florestan Fernandes, também cliente.

Ao defender o Presidente Fernando Collor, de quem não era adepto, Evaristo sofreu críticas veladas, inclusive de amigos e colegas, que não atentavam para a vocação de advogado integral, que ele era.

Dizia ele: “Tive medo de ser acusado de mercenário, de estar ali por dinheiro. Tive que vencer preconceitos meus. Afinal eu não era Collor, não

tinha votado nele. Eu era contra ele.” Esses sentimentos ele deixou escapar após a absolvição do Presidente acusado de corrupção passiva. Realmente, Evaristo era filiado ao Partido Socialista Brasileiro, oposto ao PRN de Collor. Nesse momento, o nosso Evaristo viveu dificuldades idênticas àquelas por que passou seu pai, o velho Evaristo, na causa de Mendes Tavares.

Evaristo não era cúvido, não era mercenário, não advogava por dinheiro. Advogava para realizar o seu destino. Advogava para cumprir o que lhe fora “pré-escrito”.

Já consagrado, exclusivamente profissional liberal, precisava ter ele algum investimento, alguma reserva, para provisão futura de suas necessidades e de sua família. Adquiriu conseqüentemente, no mesmo pavimento de nosso conjunto, um outro conjunto de salas. Durante longo tempo, mostrando seu desapego às coisas materiais, ao invés de ampliar o espaço material de sua banca de advocacia, sofisticando-a e requintando-a materialmente, ele deu, em comodato, ditas salas para sede do Diretório Central do Partido Socialista Brasileiro.

Atuou nas causas mais importantes de seu tempo, além das já elencadas, todas relevantíssimas do ponto de vista político-institucional.

Defendeu, ainda muito jovem, um dos acusados no Atentado da Rua Toneleiros contra o jornalista e deputado Carlos Lacerda e em que perdeu a vida o major da Aeronáutica Rubem Vaz, foi advogado dos engenheiros do Estado incumbidos da fiscalização das obras do Elevado Paulo de Frontin, que ruiu, esteve à frente do patrocínio dos donos do Bateau Mouche, que naufragou, em dezembro de 1988, matando 55 pessoas; não era vocação sua aceitar a acusação, mas foi assistente do Ministério Público no libelo contra Doca Street, que matou Angela Diniz, em Búzios. Ultimamente vinha sendo convocado para exercer o seu ofício na área do Direito Penal Econômico, e, dessa forma, ao falecer era o advogado criminal da família Magalhães Pinto, no processo do Banco Nacional. Tratou dos interesses de Paulo de Oliveira Figueiredo, filho do então Presidente Figueiredo, no Caso Capemi, cuidou da situação do terrorista argentino Mário Firmenich, que estava foragido no Brasil. Inúmeros outros casos poderiam ser referidos.

Toda essa atividade não o impedia de pensar na *res publica*.

Foi integrante da Comissão Fernando Lyra, responsável pela remoção do entulho autoritário do ordenamento jurídico brasileiro, participando também da elaboração de um ante-projeto de Lei de Defesa do Estado de Direito Democrático, que serviu de modelo para modificação do sistema legal de proteção da Segurança Nacional.

Deixa Evaristo uma significativa produção científica, em ensaios, artigos, teses em conferências nacionais da OAB, comunicações em revistas técnicas, consubstanciando valioso acervo a ser coligido e publicado. Fica a sugestão

para os monitores, estagiários e professores de Direito Penal, da Faculdade de Direito da UERJ.

Antonio Evaristo de Moraes Filho sobreviverá em nossa memória, sempre lembrado por suas raras qualidades humanas, sempre presente pelas virtudes do grande mestre e amigo que soube ser.

Rio de Janeiro, 10 de abril de 1997.

UM ANO SEM AMILCAR PARANHOS

MARLAN DE MORAES MARINHO JR.*

No Distrito de Évora, em Portugal, fica a chamada “Capela dos Ossos”, templo cuja singularidade está no material empregue na sua construção. Ao invés das pedras e tijolos comuns, as paredes desta orada são feitas com ossos humanos. São os restos mortais daqueles que, ali tendo oficiado em vida, destinam à edificação e conservação da capela os despojos de seu corpo inerte, ligando-se assim eternamente e por laços físicos à causa de sua adoração.

A Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro sente a falta do Senhor Professor Doutor Amilcar Paranhos, de quem nos separamos há um ano, e, nas linhas que se seguem, faz-lhe uma celebração de vida.

AMILCAR PARANHOS DA SILVA VELOSO nasceu em 03 de junho de 1932. Foi aluno desta Casa, voltando logo depois de graduado ao Casarão do Catete, agora como Professor de Direito Civil.

Era advogado militante, tendo sido Conselheiro da Ordem, e Procurador do Estado, funções que exerceu até o fim de sua vida com o brilhantismo que lhe foi sempre reconhecido.

No Magistério, também exercido nas Faculdades Integradas Cândido Mendes, atingiu o ápice de sua carreira em 30 de novembro de 1988, quando foi aprovado em concurso público de Livre Docência com a tese “Contrato com Pessoa a Declarar”. Chegou, assim, a Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil, do qual também foi chefe.

O passamento do Professor Amilcar Paranhos deixou-nos mais pobres e mais tristes. São órfãos os seus alunos, uma legião de seguidores que nele via um homem dedicado ao ensino e sempre preocupado em fazer com que os bacharelados em Direito compreendessem que as teorias só são úteis quando, uma vez aplicadas, são capazes de resolver o problema do cidadão.

* Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra. Professor Assistente da Faculdade de Direito da UERJ.

Sempre interessado na busca de soluções para questões do momento, como que arrastava seus alunos às elocubrações da iniciação científica, pois acreditava o Mestre que o Direito não se ensina, sendo antes logo que se descobre. Sabia o Mestre que o professor universitário não é mais do que um farol, um indicativo do caminho a ser seguido pelo estudante. E ele o era, sempre com um sorriso largo, pronto ao auxílio dos estudantes que várias vezes o homenagearam em cerimônias de formatura.

Mas são os colegas que sentem mais falta, privados que estamos de sua habitual presença. Faz muita falta aos mais novos, como eu, a quem proibia tratá-lo por “senhor” ou “professor”. Havia-se sempre com uma cordialidade franciscana; tinha sempre um estímulo para que enfrentássemos as vicissitudes da carreira com altivez. Dono de vasto saber, era sempre chamado a opinar sobre os assuntos mais diversos do Departamento ao qual pertencia. E sempre fê-lo bem, com a humildade que caracteriza os espíritos superiores.

No passado houve tempos em que a família se reunia diariamente em volta do fogo sagrado para reverenciar seus entes já desaparecidos. Embora infelizmente a insanidade quotidiana da vida moderna não permita mais isso, ninguém se esquece daquele que perdemos e carregamos em cada um de nós o fogo sagrado, a chama da amizade.

É bem possível que não nos detenhamos a chorar a perda por não termos nela ainda acreditado, estando os professores, alunos e servidores da Casa à espera do retorno do querido Amilcar Paranhos.

As homenagens são prestadas em sua memória e em honra de sua família, mas também são como que unguentos aplicados por nós mesmos para alívio da dor sentida.

Todos aqueles que honram em vida a nossa Casa, nela hão de permanecer eternamente. Tal qual os monges daquela capela em Évora, que, com sua abnegação, em vida e na morte, dão continuidade ao seu templo, os restos mortais do Professor Amilcar Paranhos estão definitivamente incrustados nas paredes da sua Faculdade de Direito da UERJ. Sempre!

O DIREITO DO EMBRIÃO HUMANO: MITO OU REALIDADE?

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE*

I. Introdução

A questão que decidimos abordar não é atual, como se poderia imaginar, mas sempre preocupou o homem na medida em que o mistério da origem da vida no seio da mulher provoca não só curiosidade, mas perplexidade e admiração, ao mesmo tempo que gera problemas comportamentais concretos.

Hoje, porém, mais que no passado, as indagações em torno do embrião humano adquiriram uma atualidade crescente, cada vez mais visível e tangível, dado o papel que ele passa a representar no interior de nossa sociedade e de nossa cultura: o desenvolvimento inimaginável da medicina e, em particular, da biotecnologia conduz-nos a interrogar sobre sua posição no mundo ético-jurídico, a nos questionarmos sobre o estatuto que ele tem — ou deve ter — entre nós.

Se a questão foi constantemente invocada, hoje ela se manifesta de maneira infinitamente mais imperativa e urgente, graças ao progresso extraordinário dos conhecimentos e das possibilidades técnicas adquiridas pela humanidade. Basta, para tanto, pensar nas procriações artificiais, e na infinidade de possibilidades daí surgidas, para se poder avaliar a atualidade da problemática.

O embrião humano — fonte e origem da vida — até então escondido no seio da mulher, protegido pelos segredos da natureza que não permitiam o acesso indiscreto da curiosidade humana, passa a ser examinado, estudado e analisado cada vez melhor, desde a concepção, de modo que o “mistério” antigo é revelado com uma precisão técnica que nos permite ver o caminho e o desenvolvimento no organismo materno. Os progressos espetaculares da tec-

* Professor Titular de Direito Civil no Paraná.

nologia, materializados no aperfeiçoamento de procedimentos quase infalíveis, nos permitem ver o embrião, tocá-lo, avaliá-lo, agindo sobre ele com profundidade inesperada.

O antes mistério da vida se revela dado técnico e o ventre feminino, envolto em nebulosa, torna-se transparente.

Depois de ter ficado “milênios escondido em uma espécie de mistério inacessível, o embrião humano tende, de todas as formas, a assumir, no meio da sociedade dos humanos, um lugar novo e original. Um lugar onde, tornando-se visível, tangível e acessível a todos, ele gera toda uma série de novos problemas”¹

É possível se reconhecer a existência de um estatuto do embrião humano? Caso positivo, que estatuto reconhecer ou atribuir a este embrião humano reduzido, na sua origem, a esta minúscula célula suspensa no seio da mulher ou em um tubo de ensaio, expulsa naturalmente e perdida sem retorno? Como o situar entre nós e no meio de nós?

As questões se sobrepõem ao infinito. E a origem do questionamento parece radicar de duas ordens de razões; de um lado, a curiosidade legítima de saber de onde viemos, o que nós fomos, e como se “farão” os novos homens que nós desejamos no futuro; de outro, as preocupações éticas intensas, preocupados que estamos — diante das possibilidades de ação e de intervenção cada vez mais numerosas que nos oferece a ciência — de discernir entre o bem e o mal, entre aquilo que é razoável, em nome da construção autêntica do Humano, e o que é criticável, porque provoca riscos demais perigosos para a humanidade.

Por isso, nunca uma questão suscitou tanta indagação quanto esta gerada pelo embrião humano, a partir das tentativas desenvolvidas com vistas a contornar a infertilidade.

Inicialmente restrita aos meros aspectos médicos e biológicos (de natureza científica, portanto) a questão ganhou todos os terrenos do conhecimento humano e causa perplexidade de natureza antropológica, filosófica, ética e jurídica. Exatamente porque o embrião é humano, e porque da sua viabilidade decorre a viabilidade da espécie humana, em outras palavras, porque ele é humano e se inscreve, quer na sua origem, quer no seu destino, no interior de uma história especificamente humana, o estatuto do embrião humano nunca foi tão debatido, tão questionado e tão contestado como no momento atual.

O que fazer em relação ao embrião humano? Como protegê-lo? Como devemos nos comportar em relação a ele? Como definir, neste terreno, os limites entre justo e injusto, entre o bem e o mal?

¹ ROLLIN, Francis — Présentation des questions. In: “Colloque du statut de l’embryon humain au sein de la communauté concrète des hommes”, p. 10.

Questões graves. Questões difíceis, porque, como se sabe, as respostas apresentadas dependerão diretamente das posições que adotarmos em relação ao estatuto do embrião humano. Ou melhor, revelar-se-ão como consequência natural das posturas, inicialmente, assumidas.

II. As diversas concepções de embrião humano

A problemática criada pelo embrião humano está longe da desejada unanimidade e, ao contrário, se manifesta pela diversidade e pela pluralidade de posições, que levou Jean Carbonnier a visualizar aí uma verdadeira “divisão de consciências”, não só entre os diversos segmentos afetados, mas no interior mesmo de cada uma de nossas consciências individuais, na medida em que hesitamos quando se trata de avaliar os argumentos e reconhecemos que não dominamos as respostas com a evidência absoluta que desejaríamos possuir.

Relativamente ao estatuto do embrião humano, três são as posições fundamentais detectáveis na atualidade: duas radicais (ou extremistas) e uma terceira, avançada, que procura o justo equilíbrio nos excessos.

Para uma primeira corrente, o embrião humano deve ser considerado como “pessoa humana”, desde o primeiro momento da concepção. A corrente oposta não visualiza “pessoa” no embrião humano, entendendo que, inicialmente, o embrião nada mais é que um amontoado de células, não possuindo qualquer estatuto de pessoa. A terceira, que se situa entre as duas precedentes, imagina o embrião em termos de “potencialidade” real de “pessoa”, destinada a se tornar tal durante seu desenvolvimento progressivo.

III. O embrião humano como pessoa

Para a teoria concepcionista o embrião humano é, desde o primeiro instante de sua concepção, uma “pessoa humana”, inteira, exatamente igual a qualquer outro indivíduo da coletividade.

A teoria concepcionista, que certamente influencia bastante o mundo jurídico, admite ser o embrião, desde a fecundação, algo distinto da mãe e com uma autonomia genético-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta.

A propósito, é o entendimento que permite aos adeptos desta posição inserir, “ab initio”, esta realidade embrionária em uma categoria nítida e bem conhecida: a de “pessoa”, que cada um de nós é.

A nível vocabular, os representantes desta corrente se recusam a empregar expressões do tipo “potencialidade de pessoa” ou “pessoa potencial” (que, precisamente, sugerem a distância e o caminho a percorrer entre o embrião e o

homem no qual ele se transformará) para empregar, de forma bastante significativa, a expressão “pessoa” ou “pessoa humana” com um potencial.

É nesta perspectiva que o Código Civil brasileiro fala em nascituro, quando no art. 4º dispõe que: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”²

“Desde a concepção...” logo o embrião humano goza de proteção jurídica desde o início de sua existência (quer seja *in utero*, quer *in vitro*). Isto é, o conceito é considerado sujeito de direito reconhecendo-se-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação.

Entre os direitos que lhe são reconhecidos se inscreve, certamente, o direito à existência, no sentido de que, assim como ninguém, em nenhuma circunstância, não pode interromper a vida de um indivíduo, da mesma forma e pela mesma razão, ninguém tem o direito de interromper, direta e voluntariamente, a vida de um embrião humano, desde sua concepção e desde que ele começou a existir.

A posição é radical e não admite outras interpretações, de forma que, quaisquer que forem as razões invocadas ou as circunstâncias apresentadas, a postura é extremamente clara: a interrupção desta vida é homicídio, passível de reparação penal.

Evidentemente, os adeptos desta posição reprovam todas as formas de fecundação artificial, já que o recurso artificial à fecundação atinge a dignidade pessoal do embrião. “Dignidade” porque as práticas reduzem o embrião a nível de objeto de uma tecnologia científica, expondo-o a situações inadmissíveis tais como “ser congelado e conservado no frio”, “ser utilizado a fins científicos ou terapêuticos”, ou “ser destruído”. Todas as possibilidades invocadas atingiriam frontalmente os direitos fundamentais da pessoa humana.

Embora esta postura tenha sido determinadora da posição legislativa do Código Civil (art. 4º), acima invocada, e apresente a grande vantagem da clareza e robustez capaz de solucionar todos os problemas práticos encontrados atualmente (aborto, fecundação artificial, experiências, diagnóstico pré-natal, etc...) ela apresenta aspectos frágeis que precisam ser considerados, sob risco de se faltar com a honestidade exigida pela ciência.

A primeira crítica que se pode levantar à concepção é de ordem “científica”, ou seja: o fato das primeiras células embrionárias possuírem um patrimônio

2 No Brasil são adeptos da corrente concepcionista Teixeira de Freitas (Consolidação das Leis Cíveis); Pontes de Miranda (Tratado de Direito Privado, Parte Geral, tomo 1); Rubens Limongi França (Manual de Direito Civil); Anacleto de Faria e André Franco Montoro (Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro); Ives Gandra da Silva Martins (Fundamentos do Direito Natural à Vida — RT 623); Francisco dos Santos Amaral Neto (O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do Direito Português — RBDC, vol. 8) e Silmara J. A. Chinelato e Almeida (O Nascituro no Código Civil e no nosso Direito Constituinte, In: O Direito de Família e a Constituição de 1988 — coord. Carlos Alberto Bittar).

genético humano é suficiente, por si só, para concluir que elas já constituem uma “pessoa” no sentido mais amplo do termo? Mas não é só. A consistência própria e o papel do “tornar-se embrionário” (de embrião em pessoa humana) são suficientemente levados em consideração? Não bastassem estes questionamentos, resta a considerar que o fato de valorizar e direcionar a atenção, quase exclusivamente, sobre o embrião, nos faz esquecer e negligenciar outra categoria de interesses — igualmente verdadeiros e nobres — que são os interesses da mãe e da família, mesmo nos casos trágicos onde ocorre conflito entre uns e outros.

A rigidez da postura não abre possibilidade de exceção: ou bem se prioriza o embrião, ou bem, a mãe, ou a família. Ora, o desconhecimento destes conflitos de valores revela-se dificilmente admissível.

IV. O embrião humano como um amontoado de células

Para a teoria genético-desenvolvimentista o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto. O embrião humano, ao menos nos primeiros tempos de sua existência não pode ser reconhecido como uma pessoa humana, mas sim, um mero “amontoado de células”; células humanas, certamente, mas como são igualmente humanas as células do sangue ou os gametas elaborados pelo organismo humano, uma espécie de material biológico, ainda informe.

Os defensores desta teoria visualizam no embrião um “antes” e um “depois” na aquisição da dignidade humana, o que é difícil de aceitar no mundo jurídico.³

Nesse sentido nos encontramos aqui em posição diametralmente oposta à precedente, pois, enquanto naquela há uma lógica de identificação máxima (já que a realidade da criança que vai nascer é projetada, por antecipação sobre a realidade embrionária inicial), nesta ocorre uma lógica de diferenciação máxima entre o embrião e a criança que daí eventualmente surgirá. Enquanto na primeira, visualiza-se a criança, o ser, através do embrião, nesta o embrião é “coisificado”, porque ainda não se tornou uma “pessoa”.

As conseqüências que daí decorrem são, certamente, contrárias à postura que vê no embrião uma “pessoa”. Assim, para a teoria desenvolvimentista é muito difícil aceitar a noção de “direitos do embrião” já que, na qualidade de embrião — isto é, conjunto desorganizado de células — não há pessoa propriamente dita, mas antes, projeto de pessoa, ou massa inerte potencialmente apta a se tornar pessoa.

3 Ver, neste sentido, nosso trabalho, “Procriações artificiais e o Direito”, São Paulo, R. T., 1995.

Como poderia se imaginar que este embrião ou esta “morula” que desce lentamente nas trompas da mulher em direção ao seu útero tem “direitos” capazes de se opor àqueles da mãe ou mesmo contrários aos das pessoas que o cercam?

Para os desenvolvimentistas antes de se falar em pessoa há uma seqüência de fases ou etapas que, de tão elementares, não geram qualquer possibilidade ou prerrogativa capaz de gerar direitos. Assim, antes da pessoa há o zigoto, morula, embrião e feto.⁴

Vale lembrar que, para esta corrente, o fato de afirmar a ausência de direitos do embrião não implica em desconhecê-los numa dimensão ética. Ou seja, os desenvolvimentistas estão preocupados com os direitos da “criança a nascer”. E se, efetivamente, esta criança deve nascer, esta corrente não aceita qualquer gesto ou ato, durante a gestação, que possa comprometer o futuro humano da criança que é, naturalmente, o termo da longa gestação.

Mas é igualmente em nome desta convicção dos direitos prioritários da criança a nascer que eles afirmarão, sem vacilar, a legitimidade e o dever moral de interromper um desenvolvimento embrionário que não assegurasse a esta criança a perfeição mínima que se espera para sua sobrevivência e desenvolvimento normais.

Assim, enquanto a postura concepcionista não aceita, sob qualquer hipótese (mesmo de anomalia congênita) a interrupção da gravidez, priorizando a noção de direito, em detrimento de uma dignidade contestável (qual a dignidade de um monstro, ou de uma criança sem cérebro?) a postura desenvolvimentista favorece o direito da criança a nascer e, por isso, legítima toda e qualquer interferência médica que, atuando sobre o embrião (material biológico), garante a viabilidade da criança. Nesta ótica, uma vez assegurados os direitos da criança a nascer, as diferentes práticas possíveis, relativas ao embrião, sobre o plano ético, são perfeitamente aceitáveis.

Não é sem razão que a postura desenvolvimentista (ou genético-desenvolvimentista, como pretendem alguns) sempre foi a mais aceita pelo corpo médico e, igualmente, adotada pelo célebre Relatório Warnock, na Grã-Bretanha.⁵

4 Zigoto (é o óvulo que acaba de ser fecundado por um espermatozóide); morula (quando no zigoto se processa um certo número de divisões celulares que, através de segmentações sucessivas cria a “morula”); embrião (quando existe um botão embrionário, isto é, todo o desenvolvimento situado entre o aparecimento do botão embrionário e o término do surgimento de todas as partes do corpo, no final do segundo mês) e, finalmente, feto, da fase antecedente (2º mês) até o parto (9º mês).

5 A Comissão Warnock considera embrião o ser que se desenvolve da data da fecundação até o 14º dia, ou seja, duas semanas. Este prazo, certamente, foi fixado em função de certos imperativos de pesquisa e temendo que as experiências se tornassem impossíveis, se não se admitisse um prazo durante o qual se pudesse agir. Logo, tem uma conotação eminentemente médica.

Embora esta postura seja antagônica à precedente, as críticas que lhe podem ser endereçadas são praticamente as mesmas, ou seja, tudo gira em torno da questão do discernimento: “Até que momento, nesta hipótese, pode-se considerar o embrião humano como um simples conjunto de células? A partir de que momento deve-se considerar o embrião já próximo do estatuto da pessoa? De acordo com que critérios e definidos por quem? E a partir deste momento, o que fazer? Que comportamentos adotar em relação ao embrião?”, são as questões colocadas por Rollin⁶ e que, ainda não foram respondidas, conduzindo-nos, então, à apreciação da terceira postura.

V. O embrião como potencialidade de pessoa

Os representantes desta terceira corrente, embora reconhecendo aspectos de verdade em cada uma das posições anteriores, entendem que elas são insuficientes quando afirmadas isoladamente. Dentro de uma linha eclética, esta tendência procura recompor e completar os pontos que lhes parecem contraditórios naquelas duas posições, sem incorrer nos erros, ou equívocos, que se lhes revelam graves.

Sem classificar o embrião na categoria “humana”, nem tampouco negar sua possibilidade de tornar-se “humano”, a terceira tendência visualiza no embrião um estatuto específico e irredutível que lhe é próprio. O embrião humano é dotado, desde o primeiro momento de sua existência, de autonomia, mas que não é “humana”, como pretende a corrente concepcionista, nem “biológica”, como querem os desenvolvimentistas, mas uma autonomia “embrionária”.

Na ótica desta corrente eclética o embrião, enquanto categoria original, não pode se confundir nem com a característica humana (que implica na ocorrência de um ser dotado de personalidade), nem com a meramente celular (na medida em que seu desenvolvimento conduz, inexoravelmente, à categoria “humana”). Enquanto embrião, o início da vida embrionária é “vizinha do nada”, mesmo se, efetivamente, esta vida embrionária adquire progressivamente — durante a evolução uterina — um estatuto especificamente humano que o embrião não possui, originalmente.

Por isso, evitando a tendência que consiste em transportar às origens o que só existirá mais tarde (como doutrinam os desenvolvimentistas) os adeptos desta corrente preferem falar de “ser humano potencial”, ou de “potencialidade da pessoa”, para designar o estatuto específico do embrião.

6 ROLLIN, F. Obra citada, p. 18.

A corrente favorece enormemente a evolução uterina do embrião, mas não na ótica concepcionista que a encara em bloco, de forma abstrata, entendendo que a identidade “humana” se sobrepõe a tudo, desde o início. A evolução constitui uma dimensão essencial deste ser embrionário que, potencialmente em vias de tornar-se homem (desde o início de sua existência), na origem corresponde ao nada; que só sendo potencialmente viável não é ainda inteiramente o que vai se tornar.

Igualmente contrária à tendência da corrente desenvolvimentista, que vê na capacidade meramente física (biológica) do embrião a capacidade de, através de diversas etapas, tornar-se “ser humano”, esta corrente minoriza os aspectos meramente biológicos da evolução e “responsabiliza” igualmente a mãe (num primeiro momento) e o pai (logo em seguida) pelas chamadas “prestações múltiplas” que tanto quanto as biológicas, garantem a plena evolução do embrião.

Estas “prestações múltiplas” que serão fornecidas pela mãe, durante os nove meses da gestação, garantem que a existência do embrião que só se desenvolverá sob a condição de ser inteiramente “inscrita” e “envolvida” na própria existência da mãe, “incluída” nela e “carregada” por ela.

Inscrita, envolvida, incluída e carregada pela mãe. Palavras chaves que imprimem uma nova dimensão ao embrião, priorizando o processo de gravidez como determinante da “humanidade” que tanto se procura no embrião e que a lei visualiza como algo imanente no “conjunto de células”, “ab initio”, quando, na realidade, o caráter “humano” é adquirido pelo doar-se constante da mãe, durante a gravidez.

Nove meses de existências conjuntas e de imanência mútua durante os quais a mãe “faz” este novo ser, tanto quanto ele “se faz” a si próprio.

Aí reside, aos adeptos desta corrente, o papel de responsabilidade específica da mãe, e de forma mais ampla, dos pais, na gênese progressiva deste novo ser. E que nos levou a reafirmar, em diversas oportunidades, a necessidade de priorizar, na procriação, o “projeto parental”.⁷ Um papel, reafirme-se, que,

7 Ver, nesse sentido, nosso trabalho “Procriações artificiais e o Direito”: “a criança deve se desenvolver na atmosfera familiar com um pai e uma mãe (...) deseja-se crianças felizes, não se pode pensar em crianças decorrentes de famílias monoparentais, onde, desde o início, só há um representante, o pai, ou a mãe (...) o interesse de criança impõe seu nascimento num lar, onde existe uma relação heterossexual estável e afetuosa; em consequência, a concepção de uma criança por uma mulher ou homem que não participa de tal relação é moralmente psicologicamente condenável” (p. 140); “Toda a criança tem direito a um pai e a uma mãe (...) É fácil reconhecer nelas uma vocação natural e legítima de ter pai e mãe e, por elas ser educada (p. 150) (...) Se a família que o legislador tem interesse de garantir à criança é formada por pai e mãe, a possibilidade de mulheres solteiras recorrerem à procriação artificial fica excluída (p. 151).

independente de ser um simples instrumento da natureza, revela-se na plenitude de sua dimensão “pró-criadora”, envolvendo pai e mãe quer no aspecto espiritual quanto no corporal.

Papel e responsabilidade “procriadora”, no sentido mais intenso da palavra, que não se esgota na mera concepção (como quer a corrente concepcionista), nem na gênese biológica deste novo ser humano (como pretendem) os desenvolvimentistas, mas que se aperfeiçoa no direito e no dever de “gerar” o embrião de forma autenticamente responsável.

Pode-se imaginar o quanto tal concepção valoriza e prioriza o papel dos pais. Não se trata mais, de afirmar, como fizeram alguns juristas, que “no colo das mães se forjam os homens de amanhã” (como se a responsabilidade materna fosse exclusiva e unilateral) mas sim, de reafirmar que, no útero materno, o amor de pai e mãe decide a existência de um ser em formação.

Frenal já afirmara que “Em oposição à maternidade, que é uma experiência sensorial, a paternidade resulta de um processo de pensamento” (Moisés e o monoteísmo). A paternidade é uma operação mental e sua aquisição é independente do processo de nascimento. O acesso à paternidade (e isto o Direito tem dificuldade de apreender) não se faz através de um registro de nascimento, mas pelo processo de adoção pelo pai do seu próprio filho. Adoção que pode começar muito antes do nascimento. Quando o filho em potencial ainda é mero embrião. Adoção que se manifesta (concretamente) nas palavras ou nas canções que banham a vida uterina do embrião ou os primeiros tempos de sua vida aérea. Adoção que se expressa no toque (carregado de sensações) do ventre feminino e que para a criança significam “É a tua pequena mão, eu sinto tua cabeça...”. Adoção que evita a brutal ruptura da passagem do mundo líquido para o meio aéreo, se existe uma continuidade de informações sensoriais.⁸

O estudo do desenvolvimento dos processos interativos mãe-criança na vida intra-uterina desencadeou toda uma investigação científica⁹ tendente a valorar este relacionamento.

8 Querleau demonstrou que os bebês recém-nascidos reagem especificamente à voz de sua mãe diferenciando-a de outras vozes femininas, e assim agem só recorrendo à condição, como única fonte de informação (Congrès de psycho-pophylaxie obstétricale. Paris, novembro de 1983). A tese exclui a hipótese de precocidade de um aprendizado neonatal e reforça a hipótese das aquisições pré-natais, ou da ocorrência de uma sensorialidade pré-natal.

9 A título de exemplo citaríamos os trabalhos de MARSHALL H. KLAUS e JOHN H. KENNEL, que centraram suas pesquisas sobre a importância, toda especial, dos primeiros momentos que se seguem ao nascimento (Maternal-Infant Bonding: “The impact of early separation or Loss on family development” — Saint Louis, Mosby, 1976), de W. S. Condon e L. W. Sander, para quem a palavra da mãe determina e ritma os movimentos do recém-nascido (“Neonatal movement is synchronized with adult speech: interactional participation and language acquisition” — Science, 1974, 183, 99-101) e ainda o trabalho de A. N. Meltzoff e M. K.

A partir desta perspectiva, centrada sobre a responsabilidade dos pais, não há mais que se falar em “direitos do embrião”, mas antes de “direitos” específicos, adaptados ao estatuto do ser embrionário.

O agigantamento da responsabilidade parental nos conduz a encarar diferentemente as situações problemáticas que podem surgir neste terreno: “O que pensar — em uma perspectiva de responsabilidade mútua — de um processo de procriação que se iniciasse contra a vontade profunda da mulher (estupro ou seus equivalentes morais e psicológicos)? O que fazer se, iniciada uma gravidez, percebe-se que por uma ou outra razão (risco vital, físico ou psíquico) o custo “risco” é desmesurado para a mãe, ou para a família já constituída? O que fazer se, iniciada a gravidez, revela-se claramente que o processo desencadeado não atingirá o resultado esperado (caso de monstruosidade ou de anomalia irreversível)? O que fazer diante de um embrião “in vitro” que, por uma ou outra razão, não se encontra mais inscrito em um projeto parental concreto? Que articulações estabelecer entre a responsabilidade dos pais, a dos médicos e pesquisadores e a da sociedade? O fato de um processo embrionário ter começado é suficiente — por si próprio e independentemente de qualquer vontade humana — para torná-lo humana e moralmente irreversível? Ele é suficiente para criar a obrigação moral de, custe o que custar, e quaisquer que forem as conseqüências, levá-lo a seu termo?”¹⁰ São as questões que, acertadamente, Rollin levanta em sua indagação.

A responsabilidade mútua dos pais, bem como daqueles que cercam o casal (médicas, pediátricas, etc.), dá condições de levar em consideração as diferentes hipóteses da situação trágica na qual eles se encontram, dando-lhes oportunidade de apreciar todos os aspectos do conflito de valores diante do qual eles se encontram. Uma coisa é certa, esta responsabilidade face ao embrião (potencialmente pessoa) permite-lhes adentrar na via de um discernimento ético que não coincide totalmente nem com a inflexibilidade da corrente concepcionista (primeira posição), nem tampouco com a extrema liberdade da concepção genético-desenvolvimentista (segunda posição). Neste sentido é possível afirmar, sem margem de erro, que esta terceira posição dentro de um ecletismo abrandado procura o meio termo e evita as soluções radicais.

Esta posição, tanto quanto as demais, suscita igualmente interrogações que geram dúvida e perplexidade.

Moore, segundo os quais, através de uma metodologia rigorosa, comprovaram que os recém-nascidos, com apenas 12 e 21 dias, são capazes de reproduzir as mímicas feitas pelos seus pais (“Imitation of Facial and Manual Gestures by human Noenates” — *Science*, 1977, 198, 75 - 78).

¹⁰ ROLLIN, F. Obra citada, p. 20.

Assim, como conceituar um estatuto que se situaria a meio caminho do “objeto” e da “pessoa”? A relativa flexibilidade das decisões e dos comportamentos aos quais a posição pode conduzir não corre o risco de abrir brechas nas quais poderiam se lançar os menos bem intencionados provocando toda sorte de abusos graves?

Como decidir entre o “simples material biológico” (conjunto de células) e a “pessoa humana potencial”? O corpo médico escapou deste dilema se apoiando sobre a distinção entre embrião e feto. E, por isso, o Relatório Warnock, sem vacilar, admite toda e qualquer experiência sobre o embrião até o 14º dia (conjunto de células), vedando tal possibilidade a partir daquela data.

A idéia, francamente aceita no mundo da ciência médica, não abre margem a qualquer vacilação: durante as duas primeiras semanas, embora possuindo sua identidade genética, o embrião não é um indivíduo, logo, não é uma pessoa, no sentido inequívoco do termo. “De outro lado”, conclui Lefevre, “a presença da identidade genética revela-se como a de um ‘programa’, filosoficamente semelhante como a de uma ‘potencialidade’, que espera e chama, para passar ao ato (mesmo sob uma forma ainda latente) um desenvolvimento orgânico suficiente”.¹¹

Que há vida, e uma vida organizada, capaz de reprodução (isto é, de divisão celular) todos estão de acordo. O problema continua sendo o de saber a partir de que momento há “estatuto pessoal”. É aí que a idéia de gradualidade ou de potencialidade humana se impõe já que, no início, o que há é um conjunto de células que são ainda totipotentes, mas, certamente, não se trata de um “ser estruturado”, e é apenas, progressivamente, que ele vai adquirir esta “estrutura”.

Em que momento pode-se considerar esta “estrutura” suficientemente desenvolvida para que exista — ainda que de maneira latente — pessoa humana? 14 dias respondeu o corpo médico, posição reafirmada por Lefevre nos debates do Colóquio sobre o estatuto do embrião humano: “... nós dispomos de um certo número de dados que nos proíbem — ou, ao menos, nos desaconselham — supor esta ‘personalidade’ enquanto o zigoto não se tornou um indivíduo. Pois, para que haja ‘personalidade’ é necessário que, ao menos, nele haja ‘individualidade’. Ora, esta última não pode se constituir enquanto os fenômenos gemelares e de fusão embrionária podem ainda ocorrer. Há aí, para mim, uma indicação de ordem negativa, que me impede de pensar que possa aí ocorrer uma ‘individualidade’ e pois, com mais forte razão, uma pessoa”.¹²

¹¹ LEFEVRE, Charles. Le constitutif de la personne humaine. In: “Colloque du statut de l’embryon humain au sein de la communauté concrète des hommes”, p. 37.

¹² LEFEVRE, Charles. Obra citada, p. 55.

VI. A postura jurídica

A análise das diversas posições a respeito do embrião humano nos conduz a um dilema sem solução: se o embrião não é uma pessoa, mesmo potencial, tudo é permitido e não há nenhuma necessidade da lei se referir ao seu estatuto, assim como redundaria ilógico proclamar que ele não é isto ou aquilo. Se, ao contrário, o embrião é uma pessoa, sujeito de direito, nada é possível, a lei mesma sendo impotente para autorizar o comércio e a destruição do ser humano.

O dilema evoca um conflito de valores entre o interesse médico de um projeto de pesquisa e o respeito do embrião, como “ser”, como “pessoa”, passível de toda a proteção.

Por isso, a Comissão Warnock, através de uma tendência que Meulders-Klein chamou de “pragmatismo controlado”,¹³ admitiu que um embrião humano possa ser utilizado como sujeito de pesquisa até o 14º dia após a fecundação (porque, antes desta data, não há nem elaboração do sistema nervoso, nem inteligência, nem sensações), mas somente sob autorização e vigilância do organismo oficial de controle criado pelo legislador. Fora destas condições, todo emprego do embrião para fins de pesquisa constituiria um delito. O rigorismo inicial previsto pela Comissão não nos deve iludir pois a própria Comissão acabou admitindo a possibilidade de criação de embriões, especificamente, com vistas à pesquisa e à fecundação entre espécies.

Quando a Comissão assim agiu, abstendo o conceito utilitarista de pré-embrião (da fecundação até o 14º dia) tinha em vista facilitar a pesquisa sobre o mesmo, revelando a ligação entre a qualificação e a utilização.¹⁴

Apesar da posição bastante clara (e literal) da Grã-Bretanha na delicada matéria, os argumentos que mais se ouvem, como afirma Mémeteau,¹⁵ são que “nós estamos na presença de seres completos”, que “a criança não deve ser tratada como um produto, como um objeto...”, que “o essencial é proteger o embrião”, que “não se pode dizer que o embrião começa sendo um objeto para se tornar um sujeito”.

13 MEULDERS-KLEIN, Marie — Thérèse. Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistés — In: Revue trimestrielle de Droit Civil, 1988, p. 661.

14 O conceito de “pré-embrião” parece proceder das reflexões do comitê de ética da AMERICAN FERTILITY SOCIETY (sept. 1986, § 26 s, 45, 53, 56) Cf. LABRUSSE — RIOU — “Servitude, servitudes”, in: “L'homme, la nature et le droit, C. Bourgeois, 1988, p. 332. Sobre as pesquisas relativas ao pré-embrião ver as recomendações de FIGO, in: Gynécologie internationale, 2/10 déc, 1993, 322... e art. 15 do projeto de Convenção Ética do Conselho da Europa (júlho:1994).

15 MÉMETEAU, Gérard L'embryon législatif. In: Recueil Dalloz Sirey, 1994, 44 cahier, p. 361.

Ainda que a conclusão nos cause incômodo — e daí decorre a principal razão da acirrada discussão em torno do tema — sempre somos compelidos a concluir que o embrião desde sua concepção é uma pessoa humana; desde o seu surgimento ele é, potencialmente, um indivíduo e, um dia, se tornará um ser humano completo cujo destino biológico encontra-se inscrito no ADN.

“Quando um espermatozóide humano fecunda um óvulo humano há, certamente, potencialidade de pessoa, mas, sobretudo, surgimento indiscutível de uma vida humana porque este óvulo fecundado não conduzira a outra coisa, senão, a um ser humano. Esta vida, porque ela é humana, é eminentemente respeitável e deve ser protegida desde o seu começo”.¹⁶

Não há como fugir desta evidência incontestável.

As correntes que procuram num verdadeiro “tour de force” convencer que a “pessoa” se constrói com o passar do tempo, ou com a vida social, confundem, e equivocadamente, dois níveis distintos da realidade: a personalidade (que, com efeito, se “constrói”) e a pessoa (que existe, ou não existe, mas não pode se “tornar”, ou “devenir”).

Como apreciou com aguda sensibilidade Silmara Chinelato e Almeida, “O desenvolvimento do nascituro, em qualquer dos estágios — zigoto, mórula, blástula, pré-embrião, embrião e feto — representa apenas um “continuum” do mesmo ser que não se modificará depois do nascimento, mas apenas cumprirá as etapas posteriores do desenvolvimento, passando de criança a adolescente, e de adolescente a adulto”.¹⁷

Por isso, quando o Código Civil brasileiro distingue as duas realidades, pessoa e personalidade, deixa bem claro e de maneira precisa que a “personalidade civil” do homem começa do nascimento com vida, mas que a lei “põe a salvo” (isto é, protege, atribui juridicidade) desde a concepção os direitos do nascituro. Se a lei atribui direitos ao nascituro “desde a concepção” é porque aí visualizou ocorrência de pessoalidade.

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno (*in anima nobile*), “à qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido no ventre materno e ainda não ter sido dado à luz”.¹⁸

Diante desta constatação duas hipóteses restam a examinar já que, ambas, decorrem diretamente da existência do embrião: a relativa aos embriões excidentes e a do aborto.

16 MÉMETEAU, G. Obra citada, p. 362.

17 ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direitos da personalidade do nascituro. In: Revista do Advogado, dez/92, nº 38, p. 26.

18 ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Obra citada, p. 24.

VII. Embriões excedentes e aborto

O processo de fecundação “in vitro” acaba criando, por razões de ordem técnica, mais embriões do que é necessário, para satisfazer os pedidos dos casais estéreis. Chegado o momento de transplantar os embriões na mulher, duas situações podem se apresentar: a) ou há apenas um só embrião apto a ser transplantado; b) ou há diversos embriões disponíveis, o que garante à mulher melhores chances de ficar grávida. A segunda hipótese gera o grave problema dos embriões excedentes, ou “supranumerários”.¹⁹ Como a prática médica tende a não transplantar, simultaneamente, mais de três embriões, para limitar o risco de gravidezes múltiplas, dispõe-se, regularmente, de embriões excedentes. A constatação de que a técnica atual da fecundação “in vitro” produz, necessariamente, a existência de embriões excedentes nos obriga a encarar a questão destes embriões.

Que destino dar a estes embriões? Quando a fecundação “in vitro” é coroada de êxito, o que fazer dos embriões restantes? Guardá-los para uma nova gravidez do mesmo casal? Destruí-los, em nome do respeito que se deve a estas pessoas “potenciais”, a estes seres humanos dos quais não se tem mais necessidade? Utilizá-los em proveito de outros casais estéreis? Servir-se deles para experiências destinadas a fazer progredir a pesquisa sobre o tratamento da esterilidade, as doenças genéticas ou o câncer?

Qualquer que for a dificuldade daí decorrente é impossível contornar este problema sem resolvê-lo inicialmente. A partir do momento em que duas células germinais fusionam começa a se desenvolver um processo contínuo — que não mais se presta à definição, sobre bases de um critério científico — de início da vida humana.

Do ponto de vista estritamente ético, em nenhum dos estágios de uma vida “in vitro” o embrião pode ser tratado como uma coisa (como pretendem as legislações mais liberais). Ao contrário, a partir do momento em que duas células se encontram e passam a se multiplicar, quer queiramos ou não, já nos encontramos diante de um novo ser, diante de uma nova vida. É esta vida que a ética pretende proteger; é esta vida que, independente de qualquer consideração meramente científica, o Direito sente vocação e obrigação de proteger.

“A produção de embriões em número superior às possibilidades médicas ou aos desejos parentais de transplantação com vistas ao nascimento de crianças coloca de forma aguda e imediata o problema da transformação destes embriões e de sua eventual utilização. Esta, pode assumir diversas formas: transplante

¹⁹ Ver, nesse sentido, nosso trabalho “Procriações artificiais e o Direito”, especialmente capítulo I (Aspectos médicos) e IV (Aspectos éticos).

com vistas a um segundo projeto parental; doação a um outro casal a fim de lhe possibilitar a realização de seu desejo de ter filhos; enfim, utilização para pesquisas”.²⁰

Se o embrião é um ser humano em formação, ou melhor, um ser vivo em projeto, protegido pelo Direito desde sua concepção, não pode ser tratado como coisa. Daí decorre um primeiro primado ético com intensa repercussão na ordem jurídica: a utilização industrial e comercial dos embriões “in vitro” deve ser terminantemente proibida. A proibição, para surtir efeito, precisa ser prevista em lei e o desrespeito a norma legal deve ser sancionado penalmente.

A utilização de embriões para fins de pesquisa comporta uma dupla resposta: se se trata de pesquisa capaz de provocar progressos do diagnóstico ou da terapêutica, a negativa não pode se impor sob risco de negarmos a evolução da ciência médica; se, ao contrário, os embriões são provocados sem objetivo terapêutico, tal prática revelar-se-ia contrária à deontologia.

A retirada de embriões de uma mulher fecundada, bem como a fecundação artificial de embriões que não fossem destinados a uma futura implantação com vistas a um nascimento constituiriam um atentado à integridade física da paciente e, portanto, sem fim terapêutico, contrárias à ética e ao Direito.

Como o embrião representa, em toda sua expressão, uma pessoa humana potencial, ficariam proibidas todas as experiências suscetíveis de atingir uma modificação artificial do genoma humano²¹ transmissível à descendência, bem como as pesquisas científica e moralmente condenáveis, como por exemplo, a realização de uma gestação completa “in vitro” (ectogênese), a partenogênese e a produção de organismos anormais. O objetivo desta proibição absoluta não é somente de salvaguardar a espécie humana contra práticas que a colocariam em perigo, mas também de proteger um processo de vida contra agressões inaceitáveis.

O não controle destas atividades certamente permitiria o domínio indesejável do processo de reprodução e a aparição da vida, permitiria modificar e manipular os dados desta vida, quer se trate de um indivíduo ou da espécie.

A total permissibilidade — como pretendem alguns cientistas — é inadmissível, pois ela redundaria, apesar dos escrúpulos de consciência de alguns pesquisadores, na idéia que é possível realizar qualquer experiência sobre o embrião, em qualquer condição. Ou seja, o embrião passaria a ser tratado como uma coisa.

Para não incorrer neste equívoco impor-se-ia a necessidade de um efetivo controle, já existente na Europa atualmente, através do regime de autorização

²⁰ De l'éthique au Droit. Etude du Conseil d'Etat, p. 81.

²¹ Genoma — conjunto dos gens dos cromossomas que contém informações genéticas. O genoma da espécie humana compreende 23 cromossomas.

concedida por uma Comissão Nacional de Ética. As opiniões emitidas pela Comissão diante de cada caso concreto reafirmariam a finalidade básica do sistema: proteger o indivíduo e a espécie humana. Dentro dessa ótica, todo projeto de pesquisa sobre o embrião deveria ser necessariamente submetido à Comissão Nacional de Ética. Não existiria nenhuma possibilidade de escapar do parecer da Comissão, situando sua pesquisa numa categoria ao invés de outra menos favorável. Toda e qualquer pesquisa seria avaliada e acompanhada por um comitê de ética.

Uma avaliação confiável e permanente seria sempre realizada. Um censo permanente do que se estaria fazendo tornar-se-ia possível e favoreceria o estabelecimento de uma reflexão ética profunda permitindo estabelecer um balanço após determinado tempo.

Se os riscos e abusos excedessem às previsões seria, talvez, necessário estender o campo das proibições parciais ou mesmo se orientar por uma proibição mais ampla.

Não devemos, porém, esquecer, como bem realçou Rubellin-Devichi²² que a proibição, pura e simples, de qualquer pesquisa pode gerar inquietude, na medida em que tal proibição pode entrar os progressos científicos de forma não negligenciável.

Segundo a jurista francesa: “o fato dos embriões estarem disponíveis de maneira incidente, ou que eles sejam concebidos para a pesquisa, tem pouca importância, pois, nos dois casos, eles não têm nenhuma oportunidade de vida, já que não mais destinados a serem transplantados no útero”. A pesquisa, segundo esta jurista, “é indispensável para conhecer os mecanismos da fecundação, a formação de anomalias, e mesmo, para obter informações sobre o câncer, e talvez até para conhecer as causas dos abortos espontâneos”.²³

É a postura assumida, no Brasil, pela Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina que, relativamente à criopreservação de gametas ou pré-embriões, assim se manifestou:

V. 2. “O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído.

2. No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

Como se depreende da leitura da Resolução num primeiro momento, proíbe-se o descarte e a destruição dos embriões excedentes para, em seguida, atribuir-se ao casal a prerrogativa de decidir sobre o “destino” dos mesmos. Estranho raciocínio daquele legislador.

Se o direito à integridade física é do nascituro, como ressaltou sem vacilações Silmara Chinelato e Almeida, e não da mãe, “não é lícito a ela opor-se a tal direito, (...) não cabe à mãe dispor do direito à saúde que não é seu, mas sim, do filho nascituro”.²⁴ Logo, não há que se falar em manifestação de vontade da mãe, ou do casal (como quer a Resolução brasileira). O ovo humano, fecundado ou não, “não pertence a ninguém, e também não é propriedade de seus pais; o indivíduo tem o poder de utilizar suas faculdades procriadoras, conforme a natureza lhe permite; é uma liberalidade fundamental do ser humano, de dar ou de não dar a vida. (...) Se os gametas são, no plano jurídico, forças genéticas do indivíduo, eles não podem ser objeto nem de uma doação, nem de uma venda; e eles escapam da vontade individual: o mesmo ocorre com o ovo humano fecundado, quer se trate de uma doação com vistas à pesquisa ou a um outro casal estéril”.²⁵

A quem caberia, pois, a determinação do destino dos embriões excedentes: Parece-nos que a solução encontrada por Rubellin-Devichi é a mais plausível: na medida em que o casal confia sua sorte, ou a sorte de sua eventual progenitura, à uma equipe científica competente, ele deve confiar nesta equipe. Cabe aos médicos do centro de reprodução decidir o que fazer dos embriões excedentes. Se a equipe considera necessário ouvir a opinião dos pais, esta é uma excelente regra ética que só os honra, mas, tudo indica, que não lhes deve ser imposta. Mesmo porque pareceria estranho, se não cruel, colocar a mãe (ou o casal) face à alternativa de destruição, ou da doação, de uma criança já existente e biologicamente do casal. Além disso, pareceria sempre paradoxal considerar que o interesse maior da criança conduzisse a suprimir a existência da mesma (talvez por isso, na seção V, nº 2, a Resolução vedou a possibilidade de descarte ou de destruição do embrião).

Quanto à possibilidade de utilizar os embriões excedentes em experiências, as posições se dividem de forma radical e inconciliável. Se o ovo fecundado não é, “ab initio”, uma pessoa passível de proteção jurídica (conforme se viu), esta atitude permitiria, sem incoerência, escolher o momento a partir do qual não mais seria possível fazer experiências sobre o embrião, não mais em função do respeito e da dignidade da pessoa humana, mas em função dos sofrimentos que se poderia infligir a um ser vivo.²⁶

22 RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline. Les procéations assistées: état des questions. In: Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1987, nº 3, p. 457-497.

23 RUBELLIN-DEVICHI, J. Obra citada, p. 474.

24 ALMEIDA, Silmara J. A. C. e. Obra citada, p. 27.

25 RUBELLIN-DEVICHI, J. Obra citada, p. 476.

26 Ver, nesse sentido, a postura de G. R. Dunstan: “We have to choose. Uterine life must be

Os direitos do nascituro são tutelados desde a concepção, logo, o embrião, ainda que “in vitro”, também se insere nesta proteção; isto é, o conceito é considerado sujeito de direito reconhecendo-se-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação.

Mas a questão não é pacífica.

Para as modernas escolas médicas a gravidez iniciar-se-ia com a nidação, ou seja, com a implantação do zigoto (ou ovo) no útero materno.²⁷

Contrariamente à tendência rebateu o Prof. Nilson Sant’Anna, no 1º Congresso Brasileiro de Medicina Legal, com o seguinte argumento: “Então, os dois gametas, as células germinativas do homem e da mulher se fundem e a este ovo resultante dessa fecundação, com esta vida própria, não se pode chamar de humana? Seria então o quê? Inumana? Animal? Vegetal? De que falamos então? Que entendem eles quando diferenciam as duas vidas? É a primeira realmente diferente da segunda?”²⁸

A determinação do início da gravidez é fundamental para caracterização do aborto. Para a teoria concepcionista o crime de aborto se configuraria em qualquer fase do desenvolvimento da gravidez, desde a fecundação (e não a partir da nidação do ovo) até o parto. Igualmente ocorreria crime de aborto na destruição dos embriões excedentes da fertilização “in vitro”.

Já para a teoria genético-desenvolvimentista inexistente crime de aborto na fertilização “in vitro”, quer porque o embrião é retirado antes da nidação (portanto, em fase anterior à gravidez, na ótica de seus defensores) quer porque a gravidez só existe em organismo vivo, não se podendo atribuir tal estado fora dele.

A lei penal brasileira²⁹ pune o aborto provocado mas não o define. A doutrina dominante, entretanto, entende haver aborto (etimologicamente: AB

protected at some point. If we put that point too early, forbidding observation and experimental use of pre-implantation embryos in the early stages of cell division, we shall inhibit much useful research of potential human benefit, including the improvement of the chances of successful pregnancy for lack of which many extra embryos are sacrificed at present”. (“The moral status of the human embryo: a tradition recalled”, In: Journal of medical ethics, 1984, 1, 38-44).

27 Ver, nesse sentido: NAHOUM e BARCELLOS. Placenta. Cordão umbilical. Sistema Amniótico. In: J. Rezende. Obstetrícia, p. 1.020; CALANDRA, F. C. e AMARAL, I. b. d. Obstetrícia, p. 917, entre os penalistas, endossam a mesma posição, Celso DELMANTO, Código Penal Comentado, p. 651 e Heleno FRAGOSO, Lições de Direito Penal, vol. I, p. 615.

28 SANT’ANNA N. de A. Os contraceptivos sob o ponto de vista médico-legal. In: Anais do 1º Congresso Brasileiro de Medicina Legal, p. 1.823.

29 “Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque”.

“Art. 125. Provocar aborto sem o consentimento da gestante”.

“Art 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante”.

= privação + ORTUS = nascimento) onde ocorre interrupção da gravidez com a morte do concepto.³⁰

Com efeito, a gestação é processo que só ocorre em organismo vivo, não podendo ser reconhecida em tubo de ensaio. Levando o raciocínio às últimas conseqüências, concluir-se-ia que, de acordo com o conceito médico-legal clássico “a destruição voluntária do concepto ‘in vitro’ não configuraria o delito em questão por ausência de tipicidade, em que pese ficar reconhecido no agente o *animus necandi* para com o embrião”.³¹

Mas, conclui Gonçalves em sua tese, “no tocante à objetividade jurídica do crime de aborto, não se pode recusar, contudo, que o concepto seja (...) pelo menos uma *spes personae*. Extrai-se destes ensinamentos que se a ocisão voluntária do concepto ‘in vitro’ não chega a transgredir uma norma jurídica, pelo menos colide frontalmente com a norma social”.³²

Embora Heleno Fragoso entenda que o aborto só ocorre após o início legal da gestação, ou seja, após a nidação do ovo (o aborto é a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero até o início do parto³³), não é este o entendimento dominante na doutrina penalista.

Assim, Nelson Hungria entende que o concepto, como *spes personae* já pode ser objeto do crime de aborto. Diz o consagrado penalista: “Quem pratica um aborto não opera *in materiam brutam*, mas contra um homem na ante-sala da vida. O concepto é uma pessoa virtual, um cidadão em germe. É um homem *in spem*.”³⁴

A posição de Hungria nega, com ênfase, a teoria genético-desenvolvimentista na medida em que encara a vida como um fenômeno único, que não comporta gradações, nem fases. Assim sendo, a destruição de um embrião, quer no útero materno, quer fora dele, exatamente porque é vida, importa em destruição de uma vida humana, passível de sanção.

Ouçamos a doutrina penal sobre o aborto.

Para Mirabete, “aborto é a interrupção com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses) não implicando necessariamente sua expulsão”.³⁵

30 Ver, nesse sentido, Damásio E. de Jesus. Direito Penal, vol. 2, p. 111; Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. 2, p. 75 e E. Magalhães Noronha, Direito Penal, vol. 2, p. 59.

31 GONÇALVES, N. J. R. Obra citada, p. 65.

32 GONÇALVES, N. J. R. Idem, ibidem.

33 FRAGOSO, H. Lições de Direito Penal. Parte Especial, vol. I, p. 615.

34 HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. 6, p. 499.

35 MIRABETE, J. F. Obra citada, p. 75.

Afastando qualquer hipótese de que o aborto só ocorreria após a nidação do ovo, o penalista afirma — sem vacilações — que o crime se configura quer em relação ao ovo, quer em relação ao embrião, quer em relação ao feto. Já era esta a posição doutrinária de Magalhães Noronha, “... aborto é a interrupção da gravidez com destruição do produto da concepção. É a morte do ovo, embrião ou feto”.³⁶

Não satisfeito em conceituar o aborto, Mirabete, referindo-se à objetividade jurídica, assim se expressa: “Tutela-se nos artigos em estudo a vida humana em formação, a chamada vida intra-uterina, uma vez que desde a concepção (fecundação do óvulo) existe um ser em germe, que cresce, se aperfeiçoa, assimila substâncias, tem metabolismo orgânico exclusivo e, ao menos nos últimos meses da gravidez, se movimenta e revela uma atividade cardíaca, executando funções típicas da vida”.³⁷

Ou seja, desvincula a caracterização do crime à ocorrência de gravidez (nidação do ovo) e reafirma que a tutela do Direito Penal direciona-se à chamada vida intra-uterina, “desde a concepção”.

Referindo-se ao tipo objetivo, sem temer a redundância, mas cioso em visualizar a vida como um fenômeno único, reafirma: “O objeto material do delito é o produto da fecundação (ovo, embrião ou feto). Segundo a doutrina, a vida intra-uterina se inicia com a fecundação ou constituição do ovo, ou seja, a concepção”.³⁸ E conclui: “A morte do produto da concepção pode ocorrer no útero ou fora dele”.³⁹

A afirmação final do penalista paulista não abre espaço para dúvidas: a destruição de um embrião excedente (fora do útero) também configura crime de aborto. Por isso, é plenamente defensável a conclusão de Nilo Gonçalves: “É incontestável portanto que a ocisão dolosa do concepto, ainda que ‘in vitro’ representa um ato contra a vida, bem máximo tutelado pelo nosso Código Penal”.⁴⁰

E porque o embrião constitui uma vida em formação ou elaboração, porque ali existe uma vida em germe — quer a chamemos de vida intra-uterina, biológica, fetal ou feto-placental — o Direito Civil põe a salvo os direitos do nascituro e o Direito Penal pune quem a interrompe.

A vida humana “em seu infinito mistério merece respeito, mesmo quando a ordem jurídica se encontra em presença, não apenas de um homem (pessoa)

36 NORONHA, E. M. Obra citada, p. 59.

37 MIRABETE, J. F. Obra citada, p. 76.

38 MIRABETE, J. F. Obra citada, p. 76.

39 MIRABETE, J. F. Idem, p. 77.

40 GONÇALVES, N. J. R. Obra citada, p. 66.

mas de uma *spes hominis*⁴¹... Existindo vida intra-uterina, pouco importa a capacidade de o feto atingir a maturação; ele é protegido por ser um embrião de vida humana”.⁴²

A evolução da ciência médica, com todos seus lances espetaculares e conquistas inimagináveis, ainda não conseguiu gerar vida. “Não há notícias de que se tenha conseguido um ‘nascimento’ em laboratório. A gestação ‘in vitro’, ao que se sabe, não foi ainda realizada. Embora sem condições de completar seu desenvolvimento, os embriões pertencem à espécie humana e por essa qualidade impõe-se sua proteção”.⁴³

É notório que a supressão do concepto, ainda que “in vitro” como examinamos, representa um ato contra a vida passível de punibilidade. Como não se encontra previsto no Código Penal é fundamental a revisão do conceito médico-legal clássico do aborto. Sem esta adaptação da lei às novas situações geradas pela procriação assistida, o atentado contra a vida do concepto “in vitro” “permanecerá a descoberto da lei penal por força do princípio do Direito Romano, que adotamos, de que nullum crime, nulla poena sine praevia lege”.⁴⁴

Se o embrião pertence à espécie humana e por isso impõe-se sua proteção, como corretamente conclui Barboza, é evidente que, como pessoa em potencial que é, encontra-se fora do comércio. Daí decorre que o direito dos responsáveis legais não lhes atribui poderes absolutos sobre esta “expectativa” de vida humana. Se as partes de um ser humano encontram-se fora do comércio, com muito mais razão todo um ser humano.

A respeito, Heloisa Barboza indaga: “Não nos parece razoável considerar-se o embrião antes da transferência para o útero materno um nascituro. Porém, se negada a sua qualidade de pessoa, como deveremos qualificá-lo? Será coisa? Pode ser o embrião, não implantado, objeto de direito? Por todas razões aqui expostas, entendemos não ser possível outra resposta senão a negativa. O embrião, ainda que não transferido, é pessoa, e como tal, mesmo que ainda não investido da capacidade jurídica, não pode ser objeto de direito. Ilícitos, portanto, quaisquer atos que impliquem na sua ‘disponibilidade’ a qualquer título. Repugna a idéia de serem utilizados em pesquisas, do aproveitamento de suas células e tecidos para transplantes, pior se especialmente ‘cultivados’ para tanto.

41 NORONHA, E. M. Obra citada, p. 61.

42 NORONHA, E. M. Idem, p. 63.

43 BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”, p. 82. O referido trabalho, de leitura obrigatória, pelo ineditismo de suas propostas e pela coragem com que apresenta soluções jurídicas até então incogitadas no direito civil pátrio, foi, originariamente, apresentado como tese de concurso para provimento do cargo de professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

44 GONÇALVES, N. J. R. Obra citada, p. 66.

Forçoso concluir-se não possam os que geraram o embrião 'autorizar' sua destruição ou seu emprego em pesquisa e experimentações".⁴⁵

Nesse sentido, nossa crítica aos artigos 2º e 3º do inciso V da Resolução 1.358/92 (capítulo IV — Aspectos éticos e seção IV — Doação de óvulos) que nos pareceram contraditórios ou dúbios. Mesmo que se procurasse interpretar a expressão da vontade dos cônjuges (ou companheiros) como não podendo optar pelo descarte ou destruição ("in fine" do art. 2º, do inciso V da Resolução), o "destino" que será dado aos pré-embriões, poderia admitir a utilização dos mesmos em experiências, o que se nos revela inviável na espécie.

Nilo Gonçalves chega à mesma conclusão, "... por não poderem dispor da integridade física nem da vida do conceito, não poderão os responsáveis legais, a qualquer pretexto, autorizar a sua destruição ou mesmo cedê-lo para pesquisa ou experimentação".⁴⁶ Igualmente, conclui por ilação o citado autor, "... a simples autorização dos responsáveis legais não é suficiente para que o médico destrua ou utilize seus embriões".⁴⁷

A posição de Nilo Gonçalves reforça nossa tese que os citados artigos insertos na Resolução não resolveram o problema crucial dos embriões excedentes. Se não se admite o descarte, nem a destruição, ou a aplicação em pesquisas ou experimentações, não há que se falar em "expressão da vontade por escrito"; os embriões excedentes só poderão ser doados para satisfação do projeto parental de outro casal estéril.

VIII. À guisa de conclusão

O direito essencial que cabe ao Direito e aos homens preservar é o da criança a nascer que, desde sua concepção, isto é, desde a formação do embrião, possui plenamente, em virtualidade ao menos, todos os atributos da pessoa humana.

Por mais que se discuta sobre a exatidão teórica das expressões "pessoa humana potencial" ou "virtual" a realidade do nascituro como entidade própria e inconfundível sempre se impõe: a criança é naturalmente um ser humano desde sua concepção.

Os direitos do embrião humano não dependem nem dos indivíduos, nem do Estado, eles pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa, em razão do ato criador de onde ela tira sua força.

45 BARBOZA, H. H. Obra citada, p. 83.

46 GONÇALVES, N. J. G. Obra citada, p. 67.

47 GONÇALVES, N. J. G. Obra citada, p. 67.

Se nós aceitássemos a idéia que um Estado pudesse dizer hoje que o embrião é um ser humano, sujeito de Direito, forçosamente teríamos que aceitar que outro Estado pudesse dizer amanhã que ele não é mais um ser humano, e assim inversamente. E constitucionalmente, nada é menos evidente; humanamente falando, nada é mais temerário, pois, à lógica das definições alternativas do embrião, se juntaria aquela das definições alternativas também do homem em estado vegetativo, do homem deficiente, daquele que se precisa e daquele do qual não mais se tem necessidade.

Ora, a proteção do embrião humano é uma realidade porque corresponde à garantia de um direito fundamental: o direito à vida. "O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais do ser humano é o direito à vida. É o primeiro dos direitos naturais que o Direito Positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar".⁴⁸

Ele existe por si só e plana soberano acima dos interesses humanos e das políticas estatais e da ideologia das facções. Como disse Ives Gandra Martins, é um "direito imutável e não circunstancial".

Quando o Estado, através do Direito, protege o direito à vida está tão-somente reconhecendo, no plano jurídico, uma evidência inegável: a permanência e a imutabilidade dos direitos fundamentais e da lei natural.

48 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Fundamentos do direito natural à vida. In: Revista Forense, 623, p. 27.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O CONTRATO DE CORRETAGEM

GUSTAVO TEPEDINO*

1. Notas introdutivas. A atualidade do tema. 2. Corretagem: noção, espécies e características; a aleatoriedade e a forma de remuneração do corretor; a acessoriedade como falsa característica; a imparcialidade do corretor. Modos de extinção. 3. Diferença entre Contrato de Corretagem e (Intermediação e mediação); Mandato, Comissão, Agência e Representação Comercial. A opção dada na compra-e-venda e o contrato de corretagem. 4. A causa no contrato de corretagem. A importância da causalidade na definição da disciplina a ser aplicada no regulamento contratual. O problema das obrigações de meio e de resultado. 5. Controvérsias jurisprudenciais em matéria de corretagem: critérios interpretativos à luz (das conclusões obtidas com a investigação acerca) da causa contratual.

1. Notas introdutivas. A atualidade do tema

O estudo do contrato de corretagem, inteiramente esquecido na sociedade rural em que nasceu o código civil brasileiro, torna-se cada vez mais relevante na medida em que, no contexto industrial e urbano, aumentam-se as distâncias entre as pessoas e já não mais se consegue vender ou comprar objetos através do contato direto entre comprador e vendedor.

A insegurança dos grandes centros urbanos, aliada ao isolamento natural que o cotidiano profissional a todos impõe, invariável, inexorável e indistintamente, intensifica a importância do intermediador de negócios, cuja reputação

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

e confiabilidade se apresentam mais e mais indispensáveis, na exata proporção em que se distanciam as pessoas e se desfaz a possibilidade de selecionar, com as cautelas desejáveis, os próprios parceiros comerciais.

A tudo isso soma-se o florescimento de mercados específicos, notadamente no que concerne aos valores mobiliários e à venda de imóveis, a exigir habilitação técnica especializada e por vezes um controle severo do poder público, de forma a assegurar ao consumidor médio, desconhecedor das particularidades do produto, dos serviços e do mercado, a celebração de um bom negócio.

Daí a importância adquirida pela corretagem, apresentando-se indispensável estabelecer sua conceituação técnica, diferenciando-a de negócios jurídicos afins, especificando-se, em seguida, o conteúdo contratual, a disciplina jurídica e os critérios interpretativos que devem servir para dirimir as inúmeras controvérsias jurisprudenciais a cada dia suscitadas.

2. Corretagem: noção, espécies e características; a aleatoriedade e a forma de remuneração do corretor; a acessoriedade como falsa característica; a imparcialidade do corretor. Modos de extinção.

O Código Comercial brasileiro disciplina o contrato de corretagem em seus arts. 36 a 67, regulando a profissão dos corretores como agentes auxiliares do comércio. Para definir o contrato, no silêncio do Código Civil, mostra-se útil a dicção do art. 722 do Projeto de Código Civil de 1975, que o conceitua como a convenção pela qual uma pessoa, sem qualquer relação de dependência, se obriga, mediante remuneração, a obter para outrem um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas, ou a fornecer-lhe as informações necessárias para a celebração do contrato.

Classificam-se os corretores em duas grandes categorias: oficiais e livres.

O corretor oficial são mediadores destinados a certas operações comerciais. Gozam de fé pública, própria do ofício público que exercem, disciplinado por lei. Há seis classes de corretores oficiais, de acordo com o objeto da corretagem, que pode incidir sobre: a) fundos públicos; b) mercadorias; c) navios; d) operações de câmbio; e) seguros; f) valores¹.

¹ Fugiria aos objetivos do presente trabalho o exame da disciplina aplicável à corretagem oficial. Convém, tão-somente e em síntese estreita, apontar as diversas espécies de corretores oficiais: I) *De fundos públicos*: considerado pela lei n. 354, de 16/12/1895, como titular de ofício público, de número limitado, o corretor tem exclusividade sobre as seguintes operações: a) Compra e venda de qualquer transferência de fundos públicos, nacionais ou estrangeiros; b) Negociações de letras de câmbio; c) Negociações de empréstimos por meio de obrigações; d) Compra e venda de metais preciosos, amoadados ou em barras; e) Negociações de títulos cotados ou suscetíveis de cotação na bolsa. O Decreto-Lei n. 1.344, de 13/06/1939, determina que as

operações com títulos de Bolsa só por intermédio dos corretores oficiais podem ser efetuadas. Atualmente são as Leis ns. 2.146, de 29/12/1953 e 5.601, de 26/08/1970, que lhes regulam as atividades.

II) *De mercadorias*: De acordo com o art. 27 do Decreto-Lei nº 806, de 26/07/1851, são corretores de mercadorias os que se encarregam da compra e venda de qualquer gênero de mercadorias, determinando o valor dos respectivos produtos. Cabe-lhes intervir em todas as convenções, transações e operações mercantis e, ainda, privativamente, nas de mercadorias negociadas em Bolsas, bem como classificar e avaliar mercadorias destinadas à emissão de *warrants* ou de bilhetes de mercadorias.

III) *De navios*: Os corretores de navios possuem várias atribuições: a) Atuam como mediadores nas seguintes operações: 1) Compra e venda de navios; 2) Fretamentos, cotação dos seus preços e carregamentos; 3) Agenciamento dos seguros de navios; b) Servem de intérpretes dos capitães de navios perante as autoridades e alfândegas; c) Traduzem os manifestos e documentos que os capitães de navios estrangeiros devem apresentar para despacho nas alfândegas; d) Podem agenciar nas alfândegas e mesas de renda o que for concernente ao desembaraço e despacho das embarcações.

IV) *De operações de câmbio*: A Lei n. 5.601, de 26/08/1970, regula a interveniência de corretores nas operações de câmbio: Art. 1. Observados os limites e condições estabelecidos pelo CMN, as operações de compra ou venda de câmbio somente poderão ser contratadas com a interveniência de firmas individuais ou sociedades corretoras devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil. Art. 2. Excluem-se expressamente da obrigatoriedade de interveniência, a que se refere o artigo anterior, as transações de compra ou venda de câmbio, por parte da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, das sociedades de economia mista, das autarquias e das entidades paraestatais, excetuadas as operações de câmbio dos bancos oficiais com pessoas físicas ou jurídicas que não se enquadrem nas hipóteses referidas neste artigo.

V) *De seguros*: Definido pelo art. 1. da Lei n. 4.594, de 29/12/1964, que regula a profissão, "seja pessoa física ou jurídica", como "o intermediário legalmente autorizado a angariar e a promover contratos de seguro, admitidos pela legislação vigente, entre as sociedades de seguros e as pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado", o corretor de seguros depende, para o exercício da profissão, de prévia obtenção do título de habilitação e registro na SUSEP, mediante documentação especificada no art. 102 do Decreto n. 60.459, de 13/03/1967, que regulamentou o Decreto-Lei n. 73, de 21/11/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados.

VI) *De valores*: As atividades na Bolsa de Valores estão regidas pelas Leis ns. 4.728/65, 6.385/76, 6.404/76, 7.913/89, 7.940/90, 8.178/91, e sujeitas a Resoluções do Banco Central do Brasil, Instruções do Ministério da Fazenda e da Comissão de Valores Mobiliários. A Lei n. 4.728/65 requer que as sociedades que tenham por objeto qualquer atividade de intermediação na distribuição ou colocação no mercado de títulos ou valores mobiliários estejam previamente registradas no Banco Central (art. 12). A constituição e o funcionamento de sociedade corretora de títulos e valores mobiliários dependerão de autorização do Banco Central. Tal sociedade deverá ser constituída sob a forma de sociedade anônima ou por quotas de responsabilidade limitada (regulamento anexo à Resolução ns. 1655/89 do Banco Central). Para sua admissão como membro da Bolsa de Valores, a sociedade corretora precisa adquirir o respectivo título patrimonial. Cada sociedade corretora pode adquirir apenas um título patrimonial de cada Bolsa de Valores. A sociedade corretora, antes de iniciar suas operações, deve caucionar o seu título patrimonial em favor da Bolsa de Valores. Aprovada a sua admissão e cumprido o disposto no

Os corretores livres, por seu turno, independem de qualquer investidura oficial, tendo como único pressuposto a capacidade civil, além da submissão à legislação corporativa, que regulamenta a profissão, através dos Conselhos Federal e Regionais, habilitando-os para o exercício profissional.

Quanto às suas características fundamentais², cuida-se de contrato bilateral e oneroso, sendo de sua essência a promoção da compra-e-venda, a cargo do corretor, contra o pagamento da remuneração. É consensual, completando-se pelo simples consenso das partes.

Não requer, por outro lado, a corretagem formalidade especial, prevalecendo o princípio da liberdade das formas. Para se provar o contrato, admite-se em princípio qualquer meio de prova, ainda que somente a testemunhal (art. 129,

aludido preceito a sociedade corretora entra em pleno gozo dos direitos de associada da Bolsa de Valores. Importante notar que apenas ao representante da sociedade será permitido operar nos pregões e sistemas da Bolsa de Valores. Tal representante, no pregão ou perante o público, deverá obter aprovação em exame promovido pela Bolsa de Valores em que deva atuar, sob supervisão da Comissão de Valores Mobiliários, de modo a demonstrar domínio das matérias concernentes a valores mobiliários e à respectiva legislação e regulamentação. A sociedade corretora deverá ter por objeto social: operar em recinto ou em sistema mantido por Bolsa de Valores; subscrever, isoladamente ou em consórcio com outras sociedades autorizadas, emissões de títulos e valores mobiliários para revenda; intermediar oferta pública e distribuição de títulos e valores mobiliários por conta própria e de terceiros, observada regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil nas suas respectivas áreas de competência; encarregar-se da administração de carteiras e da custódia de títulos e valores mobiliários; incumbir-se da subscrição, da transferência e da autenticação de endossos, de desdobramento de cautelas de recebimento e pagamento de resgates, juros e outros proventos de títulos e valores mobiliários; exercer funções de agente fiduciário; instituir, organizar e administrar fundos e clubes de investimento; constituir sociedade de investimentos-capital estrangeiro e administrar a respectiva carteira de títulos e valores mobiliários; exercer as funções de agente emissor de certificados e manter serviços de ações escriturais; emitir certificados de depósito de ações e cédulas pignoratícias de debêntures; intermediar operações de câmbio; praticar não só operações no mercado de câmbio de taxas flutuantes, mas também operações de conta-margem, regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários; realizar operações compromissadas; praticar operações de compra e venda de metais preciosos, no mercado físico, por conta própria e de terceiros, nos termos da regulamentação baixada pelo Banco Central do Brasil, operar em bolsas de mercadorias e de futuros por conta própria e de terceiros, observada regulamentação baixada pela Comissão de Valores Mobiliários e Banco Central do Brasil nas suas respectivas áreas de competência; prestar serviços de intermediação e de assessoria ou assistência técnica, em operações e atividades nos mercados financeiro e de capitais; exercer outras atividades expressamente autorizadas, em conjunto, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários (Regulamento anexo à Res. n. 1.655/89 do Banco Central, art. 2).

2 Sobre as características do contrato de corretagem, v., por todos, MARIA HELENA DINIZ, *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, p. 309 e ss. Cf., também, ANTONIO CHAVES, *Corretagem*, p. 1, para quem o contrato é também inominado, por não se encontrar regulado na legislação civil.

C. Civil: A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir).

Discute-se, todavia, sobre a aceitabilidade da prova exclusivamente testemunhal quando o valor da operação superar o limite previsto no art. 401 do CPC (“A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados”)³.

A matéria, de grande interesse prático, agita os Tribunais, sujeitando-se a orientações conflitantes. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão unânime proferido em 17 de dezembro de 1991, entendeu que “no caso de contrato de corretagem cujo valor excede o limite previsto em lei, não se admite, para prová-lo, a prova exclusivamente testemunhal”, invocando o art. 401 do Código de Processo Civil⁴.

O aresto, que reformou decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de que bastava a prova exclusivamente testemunhal, altera hesitante orientação jurisprudencial fixada pelo Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário relatado pelo Ministro Ribeiro da Costa em 29 de outubro de 1953 e decidido por unanimidade pela 1ª Turma daquela Corte, com a seguinte ementa: “Contrato de corretagem. Feição peculiar, destituída de forma especial. Pode ser provado por todos os meios admissíveis em direito inclusive por testemunhas, ainda que a remuneração seja superior à taxa legal, segundo acentuam numerosos arestos de nossos tribunais. A corretagem, ou mediação, é um contrato de trabalho *sui generis* em que o locador loca ao comitente, não propriamente o seu trabalho, mas o produto útil do mesmo” (RE 24.243, publicado em 2.6.54). Diante da controvérsia, afirma o Ministro Nilson Naves que “o art. 401, ao impor restrição à prova exclusivamente testemunhal, não estabelecesse distinção entre as várias espécies de contrato, daí que, a admitir-se que tal norma não compreende a corretagem ter-se-á de entender-se do mesmo modo em relação a outros contratos, também de feição peculiar. Portanto, não seria um critério seguro, na aplicação da lei”.

Posteriormente, em 14 de dezembro de 1992, a mesma 3ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça reformulou o ponto de vista acima exposto, desta feita por decisão tomada por maioria de votos, sendo relator o Ministro Cláudio Santos, nos seguintes termos: “O art. 401 do CPC não veda a prova exclusivamente testemunhal de contrato verbal de intermediação para a venda de imóveis, ainda que a remuneração tenha valor superior ao limite ali estipulado”⁵.

3 Sobre o ponto, v. MARIA HELENA DINIZ, *Tratado Teórico e Prático*, cit., p. 327 e ss.

4 *RSTJ*, vol. 37, p. 419.

5 R. Esp. n. 13.508-0 — SP, publicado no *DJ* de 8 de março de 1993, tendo sido vencidos os Ministros Nilson Naves e Waldemar Sveiter e vencedores os Ministros Cláudio Santos, Eduardo Ribeiro e Dias Trindade.

A decisão, que se apóia em farta jurisprudência e em sólidas opiniões doutrinárias, distingue, com acerto, a existência do contrato de corretagem, em si considerado, que por ser consensual, e não solene, dispensa a prova escrita, do conteúdo negocial, com suas cláusulas peculiares, as quais, estas sim, devem se sujeitar ao sistema de provas engendrado pelo Código de Processo.

A orientação apresenta-se justa, eis que valoriza o acordo de vontades e evita o enriquecimento sem causa ao mesmo tempo em que sujeita ao art. 401 a disciplina interna dos contratantes, peculiar e individual, cuja prova não poderia se vincular exclusivamente à palavra de uma testemunha. Ao propósito, vale sublinhar interessante trecho do acórdão: “Efetivamente, contrato consensual não solene, sem forma especial, pode ser comprovado por qualquer meio, independentemente do art. 401 do CPC, tanto mais que, *in casu*, o que se provou, testemunhalmente, foi a prestação de um serviço para o qual há uma remuneração estipulada, em percentual, pelo costume. Desacolher-se essa interpretação do art. 401 do CPC será deixar o titular do direito à remuneração sem ação contra o devedor, se outros meios de prova não tiver, além da prova de testemunhas”⁶.

Normalmente apresenta-se como aleatório, embora a álea não se mostre essencial à função negocial, nada impedindo uma remuneração comutativamente ajustada, tanto por tanto, a prescindir da celebração de contrato, como já observado em doutrina⁷.

De toda sorte, deve o intérprete homenagear os usos negociais, e salvo expressa avença em contrário — e desde que não se trate de cláusula abusiva⁸ — é de se presumir que o corretor envida esforços por sua conta e risco,

6 O Acórdão invoca a posição dos Tribunais de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, bem como precedentes do Supremo Tribunal Federal, publicados na *RTJ* 20/146-147 e 111/877-881, este último acórdão relatado pelo Ministro Rafael Mayer, trazendo lições doutrinárias de Arruda Alvim, Amaral Santos e Washington de Barros Monteiro.

7 Esclarece, ao propósito, MARIA HELENA DINIZ, *Tratado Teórico e Prático*, cit., p. 312: “A álea será, em regra, assumida nas operações de títulos e nas transações imobiliárias, em que o corretor poderá fazer esforços inúteis para conseguir certos negócios irrealizáveis. Todavia, poderá haver *comutatividade* ou equivalência das prestações em determinadas corretagens, feitas à base de negócios rotineiros, com efeitos mercantis, e nas praticadas por servidores públicos, como, por ex., por corretores de navios”.

8 V. decisão acertada do TJSP, in *Adcoas*, 1983, n. 90.026: “A inclusão da cláusula de pagamento da comissão pela compradora, na hipótese de desistência, não tem valor jurídico, porque a comissão decorre do contrato de intermediação e é estranha à proposta de compra. Trata-se, mesmo, de praxe considerada imoral, beneficiada com a comissão, por um negócio que efetivamente não se realizou, e visto que o contrato de mediação é um só, a corretora, que continuaria vinculada ao vendedor, voltaria a beneficiar-se novamente, quando consumada finalmente a venda com os compradores efetivos.

condicionando-se a sua remuneração à eventual convergência de vontades. Não se justifica, portanto, em linha de princípio, o entendimento jurisprudencial que, visando a evitar o enriquecimento sem causa, determina o ressarcimento do corretor pelas despesas realizadas na busca de contratação frustrada⁹.

Aliás, a propósito da remuneração do corretor, esta é fixada normalmente em dinheiro, nada impedindo, todavia, que seja pactuada em espécie. De ordinário é fixada com base em percentual sobre o contrato realizado, embora possa se constituir em quantia certa, como acima mencionado, desde que previamente avençada.

Admite-se, ainda, a estipulação com base em *over price*, hipótese em que se remunera o corretor com a quantia excedente a um certo valor, estabelecido pelo vendedor. O que supera tal valor serve a remunerar o corretor.

Ainda quanto às características da corretagem, afirma a doutrina, em uníssono, tratar-se de contrato acessório, vinculado ao contrato que se pretende concluir¹⁰. O atributo, contudo, não parece condizente com a essência do contrato em exame. É que, embora a função econômica da corretagem se vincule ao contrato que o corretor pretende promover, a corretagem subsiste, em sua função sócio-jurídica, mesmo que o negócio almejado não se conclua. Aquele não depende deste, portanto, para existir. A acessoriedade, portanto, embora voz comum na doutrina, deve ser atribuída a íntima ligação econômica entre a corretagem e o contrato por ela perseguido, sendo tecnicamente injustificada: a inconclusão da compra e venda não torna insubsistente a corretagem que lhe antecedeu; e mesmo o pagamento do corretor, concluídas a contento as negociações, deverá ser efetuado a despeito da eventual desistência do negócio por uma das partes (ou por ambas):

Finalmente, costuma-se exigir do corretor a imparcialidade (à exceção de mestre Pontes de Miranda, como se verá adiante, para quem o mediador, imparcial, distingue-se do intermediador, ou corretor, contratado por uma das partes), considerando-se que quando se toma partido se perde a isenção indispensável à boa intermediação.

De fato, a representação mostra-se incompatível com a intermediação, na medida em que o representante defende interesses de um cliente, não podendo estar isento para expor as qualidades e defeitos do bem a ser negociado. A jurisprudência, contudo, tempera tal atributo, ponderando: “O corretor tem por

9 Decisão do TJRJ, in *ADV-COAD*, 12/91, p. 187, assim ementada. “Corretagem — Enriquecimento sem causa. Ausente o consentimento do vendedor não há como se falar em corretagem, nem em intermediação proveitosa, a gerar comissão. A ocorrência da intervenção consentida e útil ainda que sem compromisso, consistente na operação de levar o candidato à compra a visitar a fazenda, justifica o ressarcimento dos respectivos gastos”.

10 V., por todos, ANTONIO CARVALHO NETO, *Contrato de Mediação*, p. 84.

função aproximar os interessados, fazendo-o como pessoa desinteressada e, pois, equidistante das impressões subjetivas que formam o julgamento das partes. Não se lhe exige a imparcialidade do juiz, mas sim a indispensável dose de equilíbrio que lhe permita vencer as arestas existentes nas posições assumidas pelos interessados”¹¹.

Ou ainda: “O profissional que recebe corretagem paga pelo vendedor de imóvel não está impedido de prestar ao comprador serviços que se complementem, especialmente quando a circunstância é conhecida pelos interessados”¹²

Uma palavra, apenas, sobre os modos de extinção do contrato de corretagem. Aplicam-se aqui as regras próprias da teoria geral dos contratos.

De um lado, há de se sublinhar o modo natural de extinção, que se tem com a conclusão do acordo de vontades imediatamente anterior à celebração do contrato. Naquele instante desobriga-se o corretor, fazendo jus à remuneração.

Por outro lado, são também modos terminativos: a) a expiração do prazo, quando for o contrato estipulado a termo; b) distrato; c) caso fortuito ou força maior; d) resilição unilateral de qualquer das partes; e) morte ou incapacidade superveniente de uma das partes; f) falência de um dos contratantes.

3. Diferença entre Contrato de Corretagem e (Intermediação e mediação); Mandato, Comissão, Agência e Representação Comercial. A opção dada na compra-e-venda e o contrato de corretagem.

A doutrina identifica o contrato de corretagem com a mediação, que se caracteriza pela atividade de aproximação de duas ou mais partes com vistas à conclusão de um negócio de compra-e-venda. Uma das partes, o corretor, mediante quantia fixa ou estabelecida segundo percentual sobre a venda, obriga-se a contactar possíveis compradores para o bem que o contratante pretende vender.¹³

11 RT, 594/72.

12 1 TARJ, in *Adcoas*, 1982, n. 76.432.

13 V., por todos, M. H. DINIZ, *Tratado Teórico e Prático*, cit., p. 309 e ss., com ampla bibliografia e referências jurisprudenciais. Contra, sustentando a distinção conceitual da mediação e da corretagem, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol. XLIII, p. 230 e ss., que dedica um longo capítulo à mediação, e outro para o contrato de corretagem, do qual se ocupa das ps. 334 e ss. Para PONTES DE MIRANDA, “o mediador não se confunde com o corretor, porque esse não perde a sua conceituação se aparece no negócio jurídico de que foi incumbido e se, em outros casos, a sua presença é exigida. Não há matrícula de mediador. Há matrícula de corretor. E prossegue: A mediação é inconfundível com a comissão. O comissionário atua no trato e na conclusão do negócio, ao passo que o mediador é estranho ao negócio jurídico, ou a qualquer relação jurídica que dele irradie”. Segundo PONTES DE

Já pelo contrato de comissão obriga-se o comissário a vender ou comprar bens em seu próprio nome, posto que por conta de outrem, designado como comitente, em troca de certa remuneração. A comissão é mandato sem representante. Trata-se de “representação imperfeita”¹⁴.

O comissário age em nome próprio, de molde que, em regra, quem com ele negocia ignora a existência do comitente, bem como o fato de estar ele, o comissário, agindo por conta de outrem.

O representante comercial age por conta e em nome de outro comerciante, administrando seus negócios e concluindo operações segundo instruções recebidas, nos termos da concreta relação contratual. Representante e agente são identificados pela maior parte dos autores. A aproximação conceitual parece ter sido consagrada pela Lei 4.886, de 9 de dezembro de 1965, cujo art. 1º assevera:

Art. 1. “Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a *mediação* para realização de negócios mercantis, *agenciando* propostas ou pedidos, para transmiti-los aos *representados*, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.

O representante conclui o negócio em nome do representado, aproxima-se do comissário para estabelecer as condições dos contratos, age sempre em nome e por conta do representado.

Rubem Requião, embora reconhecendo a sinonímia criada pelo legislador especial, deferencia conceitualmente a representação do contrato de agência, como haviam sido estremados, aliás, no “Esboço de Anteprojeto de Código Comercial de Florêncio de Abreu.” O representante comercial seria aquele que detém poderes para concluir os negócios do representado, ao passo que o agente apenas realizaria atos de comércio peculiares à sua promoção. Assim, os poderes para a conclusão dos negócios — isto é, a faculdade de querer do representante

MIRANDA, portanto, ao que parece, o mediador, como o corretor, é autônomo e não conclui o negócio, ao contrário do comissionário, limitando sua atividade a pôr em contato os negociantes. Ao contrário do corretor, porém, designado como intermediário por PONTES, o mediador não aparece na relação contratual. O mediador seria, por assim dizer, imparcial, agindo sem vínculo com qualquer uma das partes, sem embargo de quem lhe deva pagar a retribuição, o que dependerá dos termos do pacto a ser entabulado. Intermediário ou corretor, ao contrário, agiria segundo relação contratual estabelecida alguma delas, somente em face da qual possui deveres e direitos (v. espec. p. 243).

14 ORLANDO GOMES, *Contratos*, p. 357.

posta à disposição do representado — diferenciam fundamentalmente a figura do representante da do agente comercial”¹⁵.

Também Pontes de Miranda, em longo e aprofundado capítulo do Tratado, leciona: “o representante de empresa é mais do que o agente, por serem diferentes os seus poderes e mais amplos. O agente não representa, posto que lhe possam ser outorgados poderes de representação. E, mais adiante, remata: “O agente que conclui não é simples agente: há um plus da representação, ou da comissão. O agente em senso próprio, intermedeia, sem se encarregar de conclusões de negócios jurídicos”¹⁶”.

A doutrina europeia caracteriza o contrato de agência na obrigação fundamental de “promover a celebração de contratos”, possuindo autonomia conceitual consagrada, de resto, pelo texto da Diretiva 86/653 da União Europeia, paulatinamente regulamentada, por meio de norma de atuação da Diretiva, em cada um dos Estados-membros. O recente Dec.-lei n. 118, de 1993, de Portugal, na esteira do Dec.-lei 178/86, conceitua o contrato de agência, em seu artigo 1º e, significativamente, regulamenta a atividade do “agente com representação”, em seu art. 2º. Assim sendo, segundo a legislação portuguesa, já perfeitamente de acordo com a norma comunitária, o agente é quem tem a obrigação contratual de promover por conta de outrem a celebração de contratos, de modo autônomo e estável, mediante retribuição. A celebração de contratos em nome da outra parte só lhe será consentida mediante poderes conferidos por escrito¹⁷.

O certo é que a uniformização da disciplina retirou, em muito, o interesse prático da distinção, sendo difícil, de toda sorte, imaginar-se um agente comercial sem poderes de representação.

15 RUBEM REQUIÃO, *Do Representante Comercial*, p. 56.

16 *Tratado*, cit., vol. XLIV, p. 32 e 33.

17 ANTONIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, p. 33 e ss. O texto dos artigos mencionados da lei portuguesa (D.L. 178/86, com a redação dada pelo D.L. 118/930), conceitual e analítica, parece oportuno transcrever:

“Art. 1. (Noção e forma) 1- Agência é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autônomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes. 2- Qualquer das partes tem o direito, a que não pode renunciar, de exigir da outra um documento assinado que indique o conteúdo do contrato e de posteriores aditamentos ou modificações.

Art. 2. (Agente com representação) 1- Sem prejuízo do disposto nos números seguintes, o agente só pode celebrar contratos em nome da outra parte se esta lhe tiver conferido, por escrito, os necessários poderes. 2- Podem ser apresentadas ao agente, porém, as reclamações ou outras declarações respeitantes aos negócios concluídos por seu intermédio. 3- O agente tem legitimidade para requerer as providências urgentes que se mostrem indispensáveis em ordem a acautelar os direitos da outra parte”.

Em síntese estreita, conclui Pontes de Miranda: “O representante de empresa não é subordinado. O comissário intermedeia, em próprio nome e por conta do comitente. O corretor intermedeia, sem concluir o negócio jurídico: corre entre os figurantes e declara a conclusão, que é entre esses”¹⁸.

De outra parte, ao distinguir a mediação da agência, Pontes acrescenta: “No contrato de agência, há estabilidade, permanência e duração intencional da atividade, por conta de outrem. Mesmo se a atividade do agente é só de intermediação, de indicar e aproximar, o agente tem o dever de promover conclusões do contrato dentro de determinada cidade, Estado-membro, ou Município, ou zona. O agente é duradouramente ligado à empresa”¹⁹.

Igualmente Pinto Monteiro, comentando a aludida legislação portuguesa, sublinha: “Não se confunde, assim, a agência com o contrato de mediação, visto que, apesar de em ambos alguém actuar como intermediário, aproximando os contraentes e preparando a conclusão do contrato, o mediador, ao contrário do agente, actua com imparcialidade e só ocasionalmente, quando solicitado para determinado acto concreto”²⁰.

Outra questão tormentosa diz com duas espécies distintas de negócios, cuja conjugação, bastante comum, suscita não raro confusão conceitual: a opção e a corretagem. Em que pese respeitada opinião em contrário, a opção não é negócio jurídico bilateral, não se constituindo, portanto, em contrato preliminar de compra e venda²¹. A opção se constitui em promessa unilateral de alguém que dá preferência a outro para a venda de certo bem, e por certo prazo, mediante

18 PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., vol. XLIV, p. 32, que conclui: “O caixeiro-viajante é salariado, que visita a clientela, deslocando-se. O agente — no sentido de figurante de contrato de agência — não conclui, porque recebe pedidos e faz pedidos, transmite ofertas ao outro figurante ou as ofertas que esse faz. A figura do representante fica entre a figura do comissionário e a do agente, convenhamos; mas seria um grave erro confundí-las. Não é subordinado, como o caixeiro-viajante, nem conclui em nome próprio, nem só medeia”.

19 *Tratado*, cit., vol. XLIII, p. 242, onde PONTES acrescenta: “A imparcialidade, que se apresenta como característica da mediação, não há na atividade do agente. O mediador ajuda ocasionalmente. O agente é colaborador fixo. O mediador pode exigir remuneração aos dois ou mais interessados; o agente, só à empresa de que ele é agente. *O agente está, desde o início da atividade, no mundo jurídico e age dentro dele*” (original não grifado).

20 *Contrato de Agência*, cit., p. 39, com amplas referências doutrinárias e jurisprudenciais. O autor, sempre com base na lei portuguesa, apresenta outra distinção relevante para o sistema positivo brasileiro, sobretudo em face da controvérsia jurisprudencial sobre a remuneração do corretor: “Refira-se, ainda, entre outras diferenças, que a remuneração do mediador é independente do cumprimento do contrato, diversamente do que sucede com o agente, nos termos do artigo 18 deste diploma”.

21 Cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. 49, segundo o qual a opção é contrato preliminar unilateral.

remuneração, obrigando-se o promitente para com quem recebeu a oferta, a concluir o negócio nos termos exatos da declaração (unilateral) de vontade.

Segundo o entendimento ora objetado, “dá-se a opção quando duas pessoas ajustam que uma delas tenha preferência para a realização de um contrato, caso se resolva a celebrá-lo”²². Da definição vê-se que a controvérsia talvez seja terminológica. Se há um ajuste bilateral sobre um contrato futuro a ser celebrado, pré-anunciando-se as condições nas quais ambas as partes se obrigam, tem-se um contrato preliminar — não há dúvida. Se, ao revés, alguém se obriga para com outro a lhe assegurar a opção de compra, ficando este, receptor da promessa, inteiramente livre para contratar ou não, dentro de certo prazo, o negócio jurídico é unilateral, cuida-se de opção.

Registre-se, ainda, a opinião do saudoso mestre O. GOMES, para quem “A promessa unilateral de contrato chama-se, impropriamente, opção. A circunstância de criar obrigação *ex uno latere* não lhe tira a natureza contratual, por evidente que só se torna perfeita pelo acordo de vontades”²³.

Parece, entretanto, que, justamente por se tratar de promessa unilateral, criando obrigação *ex uno latere*, sua natureza jurídica escapa à bilateralidade contratual, sendo tipicamente ato unilateral de vontade, que se completa com a só manifestação do promitente, pouco importando qualquer consenso.

Por tudo isso, talvez, a doutrina italiana²⁴ aceita ambas as hipóteses de opção. Feita como promessa irrevogável, vinculando unicamente o promitente, é ato unilateral. Diversamente, quando celebrada no âmbito de um *patto di opzione*, vinculando ambos os interessados, ainda que somente um deles se mantenha obrigado à conclusão do negócio, tem-se um contrato preliminar unilateral, previsto de resto, no art. 1.331 do Código Civil italiano.

4. A causa no contrato de corretagem. A importância da causalidade na definição da disciplina a ser aplicada no regulamento contratual. O problema das obrigações de meio e de resultado.

Das opiniões doutrinárias passadas em resenha — inda que brevemente — pode-se concluir que o contrato de corretagem, no direito brasileiro, caracteriza-se pela obrigação de interessados no intuito de obter a conclusão de negócios,

22 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. e loc. cit. V., também, MARCO AURÉLIO VIANA, *Curso de Direito Civil*, vol. 5, p. 98, o qual, embora sustentando a mesma posição ora criticada, afirma que na opção, o “comprador não assume qualquer obrigação, ficando vinculado apenas o vendedor”.

23 *Contratos*, cit., p. 138.

24 Cf. ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, p. 607 e ss.; PIETRO RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 693 e ss.

sem que o corretor se responsabilize pelo desfecho positivo da negociação. Nele, por outro lado, também mostram-se essenciais a inexistência de subordinação e a onerosidade.

No contrato de comissão, ao contrário, o que ressalta é que o comissário deve celebrar contratos em nome próprio embora por conta do comitente, assumindo diretamente as obrigações com as pessoas com quem negocia. O contrato também é oneroso e descarta qualquer vínculo de subordinação.

No contrato de agência, por sua vez, o agente age normalmente como representante, embora a representação não lhe seja ontologicamente essencial. Cuida-se de contrato em que uma parte promove os negócios para outra, administrando os seus interesses no sentido de fomentar negócios. É atividade também de intermediação, embora não ocasional²⁵. Liga-se normalmente à certa zona geográfica e a generalidade dos produtos ou serviços pretendidos ou oferecidos pelo agenciador. A permanência e a estabilidade da relação, intrínseca à agência, ao contrário da corretagem, decorrem justamente do fato de que nesta o negócio é celebrado em relação a um bem específico, em um dado momento, enquanto naquela a contratação tem por objeto a expansão das atividades, a abertura de mercados, o desenvolvimento de futuros negócios, genérica e indeterminadamente considerados.

A obrigação essencial do corretor constitui-se, portanto — sendo consentido insistir ainda uma vez —, na obtenção da convergência de vontades com vistas ao negócio. Cumpre com o dever contratual o corretor que apresenta ao vendedor um comprador definitivamente disposto a celebrar o contrato pretendido pelo vendedor nas condições por este estabelecidas.

Daqui decorre o equívoco tanto de quem acredita que o corretor só se desincumbe de seu dever contratual com a celebração efetiva do contrato²⁶; quanto de quem vê na simples apresentação do comprador ao vendedor o conteúdo da prestação devida pelo corretor²⁷.

Aliás, muitas das principais controvérsias que agitam os nossos Tribunais em tema de corretagem devem-se à má compreensão da causa do contrato e do conteúdo das obrigações que lhe são inerentes.

25 V., sobre o ponto, WALDIRIO BULGARELLI, *Contratos Mercantis*, p. 470 e ss.

26 Cf. *RF*, 195/274: “A comissão de corretor de imóveis é devida somente quando o negócio tenha sido efetivamente concluído, com o respectivo instrumento lavrado”.

27 Com razão, *RT*, 187/638: “Não tendo o intermediário conseguido acertar a vontade do comprador à do vendedor, não levando a bom termo a mediação e realizando-se depois a venda sem sua interferência, é indubitável que não lhe assiste razão alguma para reclamar qualquer remuneração”; e, ainda, *RT* 200/142: “Não basta que o intermediário aproxime as partes para fazer jus à comissão. Não tendo conseguido o acordo das mesmas não tem direito à remuneração”.

Embora não prevista pelo Código Civil, não há como se negar a importância da causa nos negócios jurídicos, tomada, na lição de Salvatore Pugliatti, como “síntese dos efeitos jurídicos essenciais”, único meio de se estabelecer as distinções entre contratos e a conseqüente disciplina jurídica a ser aplicada²⁸.

Conforme já se evidenciou na doutrina brasileira, “a causa para isto serve: é através dela que se individualizam os elementos essenciais do contrato e, a partir daí, com tal *constructo*, procede-se à investigação da presença (ou ausência) de tais elementos no concreto regulamento de interesses estabelecidos pelas partes”²⁹.

Com efeito, o contrato de corretagem apresenta sinalagma bem característico, antepondo à remuneração almejada pelo corretor uma obrigação de fazer, consubstanciada não no seu trabalho em si considerado mas no resultado esperado por quem lhe contratou os serviços, expresso na convergência de vontades entre comprador e vendedor.

O objeto do contrato de corretagem não é o serviço do corretor em si mesmo considerado, mas o resultado desse serviço, que, por sua vez, não se reduz à conclusão do negócio pretendido, melhor se identificando como a eliminação, por parte do corretor, de qualquer obstáculo à sua celebração. A obrigação do corretor, portanto, embora não se confunda com a contratação almejada, a cargo do vendedor e do comprador, tampouco pode ser confundida com a gestão que lhe é cometida no sentido de buscar possíveis compradores.

Uma vez identificada, no concreto regulamento negocial, a causa da corretagem, há que se atribuir eficácia ao negócio, seja no que tange à exigibilidade da remuneração devida, seja no que concerne à aplicação da disciplina compatível com o contrato³⁰.

28 SALVATORE PUGLIATTI, *Diritto Civile*, p. 75 e ss.

29 MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *O Procedimento de Qualificação dos Contratos*, p. 35. A autora, em erudito estudo, com ampla bibliografia nacional e estrangeira, apresenta as diversas teorias causalistas e anticausalistas, invocando, sobre o tema, a irônica crítica de Pontes de Miranda aos autores que negam a existência da causa no direito brasileiro em razão da omissão legislativa: “esse agir equivale ao daquele professor de Obstetrícia que, chegando à unidade onde estavam internadas as parturientes, exigiu: que todos os bebês nasçam sem pernas! Na mesma medida, a extirpação do elemento causal resulta inoperante frente ao próprio Código Civil, cujo sistema se encontra fundado naquela noção” (p. 34). V., também, sobre o tema, a contribuição fundamental de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, p. 172 e ss.

30 Observa MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *O Procedimento de Qualificação dos Contratos*, cit., p. 35: “A necessidade de qualificação dos institutos não é apenas um problema de sistematização dogmática. A causa importa quando se tem que saber a qual ato jurídico pertence o efeito que se analisa. Estabelecendo-se o nexo de causalidade entre o efeito e o ato chega-se à disciplina aplicável ao negócio”.

Tais observações permitem enfrentar outro ponto espinhoso em tema de corretagem: há de se indagar se a obrigação característica do contrato é de meio ou de resultado. A matéria é controvertida, afirmando-se não raro, em doutrina, cuidar-se de obrigação de meio, não de resultado. Trata-se de equívoco, contudo.

De fato, a obrigação principal do corretor não se confunde com a efetivação da venda, bastando-lhe a aproximação útil. Entretanto, embora a aproximação das partes, focalizada do ponto de vista da função econômica do contrato, seja um meio para a sua conclusão, do ponto de vista técnico-jurídico consubstancia-se em resultado final — a superação dos obstáculos impeditivos da celebração do negócio:

Não basta, com efeito, a boa gestão do corretor, para que cumpra sua obrigação a contento. É preciso mais, exige-se-lhe o resultado, traduzido pelo consenso das partes em vistas à conclusão da compra-e-venda.

Ora, por diferir o resultado econômico almejado — a compra-e-venda — do resultado (*rectius*, efeito) jurídico que se realiza através da prestação do corretor — o consenso indispensável e imediatamente anterior à celebração da compra-e-venda —, compreende-se a confusão doutrinária acerca da obrigação característica da corretagem.

Tem-se, na verdade, espécie contratual da qual exsurge a obrigação de resultado, sempre que o pagamento do corretor depender da concretização do negócio (resultado útil). Ao revés, predominará a obrigação de meio nas raríssimas avenças em que se determine o pagamento do corretor comutativamente, em razão do seu esforço, independentemente do resultado obtido. Estas hipóteses, todavia, dependerão de pactuação expressa, vez que discrepam dos usos contratuais.

Com razão, portanto, os que identificam na obrigação de resultado, não de meio, a obrigação do corretor. “A obrigação do corretor, sendo de resultado, somente produzirá efeitos em relação ao comitente (proprietário do bem ou cliente), no instante em que o acordo para o negócio se efetivar, em razão da intermediação realizada. Logo, infere-se daí que pouco importará a dedicação e o trabalho do corretor”³¹.

31 MARIA HELENA DINIZ, *Tratado Teórico e Prático*, cit., p. 310 (original não grifado). A autora esclarece, a partir da feliz síntese, o problema do direito à remuneração por parte do corretor: “Assim sendo, o mediador terá direito a uma compensação condicional, que dependerá da execução da obrigação de resultado. Isto porque na mediação o serviço é prometido como meio para a consecução de certa utilidade; o proprietário do bem a ser vendido, ao contratar o corretor, não objetiva o serviço por ele prestado, mas o resultado útil, que é a obtenção da vontade do contratante para a conclusão do negócio. Logo, apenas quando se verifica tal utilidade é que o corretor terá direito à remuneração. O serviço do mediador somente traduzirá valor econômico quando resultar no acordo para a efetivação do contrato, que constitui a finalidade de seu trabalho” (original não grifado).

5. *Controvérsias jurisprudenciais em matéria de corretagem: critérios interpretativos à luz (das conclusões obtidas com a investigação acerca) da causa contratual.*

Muitas são as questões concernentes à corretagem que têm agitado os Tribunais, todas elas, de certa forma, decorrentes da (incorreta) definição na natureza contratual e da causa jurídica do contrato. Sem pretender exaurir o tema, vale enfrentar alguns dos problemas mais recorrentes, com o intuito de fixar critérios interpretativos coerentes com os resultados até aqui obtidos.

Examine-se, por exemplo, a tormentosa divergência relacionada à necessidade de registro profissional do corretor como requisito de exigibilidade do contrato. O tema, em verdade, refere-se à consensualidade (absoluta) do contrato e, por isso mesmo, não pode deixar de merecer do intérprete tratamento que dispense o registro, ao mesmo no que concerne à cobrança da corretagem, desde que esta tenha sido ajustada entre as partes e efetivamente levada a cabo.

Ao propósito, vale transcrever o entendimento jurisprudencial: “Corretagem, em caso de cobrança de corretagem ajustada em contrato, não pode o comitente opor ao intermediário a falta de habilitação profissional para o exercício da mediação, ainda mais em se tratando de firma dirigida por corretor inscrito regularmente. Desde que exigível a comissão, impõe-se o pagamento da quantia contratada, independentemente de não ser o comitente o único proprietário do bem, ou de pendência de outro negócio comissionado ao terceiro”³².

No mesmo sentido: “Provada, por documento escrito, a intermediação e efetivada a transação no prazo nele previsto, devida é a comissão pela corretagem na compra e venda do imóvel, sendo irrelevante que o corretor esteja ou não registrado no CRECI, porque não pode o autorizante invocar essa irregularidade, em face do art. 104 do Código Civil”³³.

A matéria, aliás, já fora submetida ao Colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da decretação de inconstitucionalidade do art. 7º da Lei n. 4.116/62, que vinculava a cobrança da remuneração da mediação ao prévio registro profissional. O STF, àquela altura, já decidiu que os corretores de imóveis “podem promover sua cobrança judicial independentemente das exigências da Lei n. 4116/62, por ser inconstitucional”³⁴.

³² RT, 583/240.

³³ Ac. unânime da 1ª Câmara do 1º TAMJ, in *Adcoas*, 1982, n. 85.416. No mesmo sentido, *Adcoas*, ns. 83.988 — 1982; 76.856 — 1981; 82.372 — 1982; 87.834 — 1982.

³⁴ Ac. unânime do Plenário daquela Corte, Rel. o Min. Thompson Flores, no julgamento do RE n. 70.563, de 18.3.71, in *RTJ*, 58/279.

O que parece importante enfatizar, quanto ao tema, é que as exigências de regularidade profissional, conquanto louváveis no intuito de proteção do consumidor, não podem inibir a cobrança da remuneração, decorrente da natureza consensual do contrato, desde que os serviços do corretor hajam sido efetivamente realizados³⁵.

Outro aspecto nada pacífico diz respeito à exigibilidade de remuneração na hipótese do contrato de compra-e-venda não concluído. Uma vez estremados os dois negócios jurídicos, o de corretagem, com sua função jurídica acima enunciada — consistente na aproximação útil das partes — e o de compra-e-venda, que a ele se segue e que com ele não se confunde, não há como fazer depender a remuneração do primeiro à conclusão do segundo negócio jurídico.

Com razão, portanto, a orientação jurisprudencial que elucida o problema: “Intermediário de Negócio — corretor — aproximação das partes — negócio não concretizado — Desistência do vendedor — comissão devida. Se o negócio não se concretizou, efetivamente, com a transmissão da propriedade ao comprador, porque o vendedor dele desistiu, quando deveria ter a certeza da anuência da esposa, fica aquele, portanto, responsável pelo pagamento da comissão da corretagem que se completou”³⁶.

Na mesma direção, vale conferir “Intermediário de Negócio — corretor — Negócio desfeito por circunstâncias que lhe são estranhas — comissão devida. O corretor que aproxima o comprador do vendedor e opera e agiliza a transação não perde a remuneração pactuada, se, posteriormente, o negócio se desfaz por circunstâncias que lhe são estranhas”³⁷.

³⁵ Registre-se, a propósito, a Resolução COFECI (Conselho Federal de Corretores de Imóveis) n. 458/95, que “dispõe sobre a obrigatoriedade do destaque do registro profissional em documentos e anúncios publicitários, e também sobre o número do registro ou da incorporação imobiliária”, sujeitando os infratores a penalidades administrativas graves que nada têm a ver com a obrigatoriedade contratual.

³⁶ TJSP, in *RT*, 688/75.

³⁷ TJMG, in *RT*, 712/220. V., também, *Adcoas*, 1981, n. 78.994. No mesmo diapasão, vinculando o pagamento à efetiva mediação, TJPR, in *Adcoas*, 1982, n. 85.684: “É da doutrina e assim vem sendo consagrado na Jurisprudência que se a mediação não produziu resultado útil, não se realizando o negócio, a comissão não se torna devida”. E ainda, *RF*, 195/274: “A comissão de corretor de imóveis é devida somente quando o negócio tenha sido efetivamente concluído, com o respectivo instrumento lavrado”; bem como *RT*, 596/103: “A comissão na mediação decorre do lucro ou vantagem que o negócio proporciona. Assim, não se efetivando a transação, por *desistência do comprador*, o valor da intermediação com base no total de venda não é devido” (original não grifado). Cf. hipótese semelhante, in *Adcoas*, 1981, n. 79.739: “A comissão de corretagem ajustada é devida se o comprador, firmatário se arras, se arrepende, deixando de cumprir a promessa de compra. O direito à comissão nasce quando assinam o recebo arras”.

Na esteira de tais considerações deve-se entender devida a remuneração do corretor que, tendo efetivamente aproximado as partes, levando a cabo a mediação, tem concluído o negócio após expirado o prazo que lhe fora estipulado para a realização da corretagem. Uma vez identificada a causa contratual, não há como deixar de remunerar o corretor, decidindo, sobre o tema, com acerto, o Superior Tribunal de Justiça: “Corretagem. Negócio concretizado após o prazo concedido ao mediador. Direito à comissão. O corretor faz jus à sua remuneração se o negócio agenciado for concluído mesmo após o vencimento do período estabelecido na autorização, desde que com pessoa por ele indicada ainda quando em curso o prazo do credenciamento e nas mesmas bases e condições propostas. O que não se admite é que o mediador, sem concordância do comitente, arregimente pretendentes, quando já expirado o lapso temporal ajustado. Se, porém, indicou interessados no prazo da opção, é-lhe devida a comissão, uma vez alcançado o resultado útil como decorrência da atividade de intermediação pelo mesmo desenvolvida”³⁸.

Finalmente, não se pode deixar de registrar a preocupação, a cada dia mais intensa, com relação às cláusulas abusivas e à lesão contratual, nos contratos de corretagem. Aplica-se à espécie, em linhas gerais, a tutela oferecida pelo código de defesa do consumidor, ao mesmo tempo em que o Conselho Federal de Corretores de Imóveis procura coibir abusos. Bastaria, a propósito, mencionar a já aludida Resolução COFECI n. 458/95, cujo art. 1º restringe a habilitação profissional para anunciar publicamente imóveis ao corretor que tiver, com exclusividade, contrato escrito de intermediação imobiliária. Os Tribunais têm-se mostrados atentos às hipóteses de cláusulas abusivas, sendo indispensável ao intérprete evitar que o pagamento de comissões extrapole os efeitos típicos do negócio, impostas por pressões econômicas sobre o contratante mais fraco, as mais das vezes premido pela necessidade de aquisição de um bem que lhe é essencial. Veja-se, a propósito: “A corretagem de 30% constitui ganho excessivo, consagrador do princípio da infringência à lei da economia popular e enriquecimento ilícito e de palmas ao instituto da lesão patrimonial”³⁹.

38 RSTJ, 51/191. Questão tormentosa foi julgada pela Terceira Câmara do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, na medida em que a conclusão da compra-e-venda se distanciara em muito da extinção do prazo fixado para a corretagem, sendo Relator o Eminentíssimo Juiz Luiz Fux, Professor Titular da Faculdade de Direito da UERJ: “Corretagem. A coincidência da venda realizar-se tempos após a expiração do prazo da opção para pessoa aproximada originariamente pela corretora não induz ao dever inafastável do pagamento da comissão, salvo se a corretora comprovar que em verdadeira gestão de negócios persistiu na intermediação. A insistência da pretensa compradora que adquire o bem noutra época e em outras condições rompe o nexo da aproximação, máxime se a aquisição se efetiva com intermediação de outra empresa que assume a intermediação meses após a extinção da primeira opção” (Ap. Cível n. 5.733/92, 3.12.92, in *Adcoas*, n. 140457).

39 *Adcoas*, 1982, n. 86.489.

E ainda: “A inclusão da cláusula de pagamento da comissão pela compradora, na hipótese de desistência, não tem valor jurídico, porque a comissão decorre do contrato de intermediação e é estranha à proposta de compra. Trata-se, mesmo, de praxe considerada imoral, beneficiada com a comissão, por um negócio que efetivamente não se realizou, e visto que o contrato de mediação é um só, a corretora, que continuaria vinculada ao vendedor, voltaria a beneficiar-se novamente, quando consumada finalmente a venda com os compradores efetivos”⁴⁰.

Bibliografia:

BODIN DE MORAES, MARIA CELINA; *O Procedimento de Qualificação dos Contratos e a Dupla Configuração do Mútuo no Direito Civil Brasileiro*, in *Revista Forense*, vol. 309, p. 33 e ss.

BULGARELLI, WALDIRIO; *Contratos Mercantis*, São Paulo, Atlas, 1987, 4ª ed., p. 429 e ss.

CHAVES, ANTONIO; *Corretagem*, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 21, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 1 e ss.

DINIZ, MARIA HELENA; *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 1993, 15ª ed., p. 309 e ss.

GOMES, ORLANDO; *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1995, 15ª ed., p. 380 e ss.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, ANTÔNIO; *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, São Paulo, Saraiva, 1974.

MARTINS, FRAN; *Contratos e Obrigações Comerciais*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, 8ª ed., p. 289 e ss.

MARTINS FRAN; *Corretor*, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 21, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 22 e ss.

OLIVEIRA, MOACYR DE; *Corretor de imóveis*, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 21, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 31 e ss.

PINTO MONTEIRO, ANTONIO, *Contrato de Agência*, Coimbra, Almedina, 1993, 2ª ed., *passim* e espec. pp. 33 a 48.

PONTES DE MIRANDA, F. C.; *Tratado de Direito Privado*, vols. XLIII e XLIV, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, 3ª ed., *passim* e espec. p. 249 e ss.

PUGLIATTI, SALVATORE; *Diritto Civile*, Milano, Giuffrè, 1954.

40 TJSP, in *Adcoas*, 1983, n. 90.026.

SERPA LOPES, MIGUEL MARIA DE; *Curso de Direito Civil*, vol. III, *Fonte das Obrigações: Contratos*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991, 4ª ed.

REQUIÃO, RUBEM; *Do Representante Comercial*, Rio de Janeiro, Forense, 1983, 3ª ed., *passim* e espec. p. 54 e ss.

RESCIGNO, PIETRO; *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1994, 11ª ed., p. 691 e ss.

SILVA PEREIRA, CAIO MÁRIO DA; *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1995, 4ª ed., p. 120 e ss.

TRABUCCHI, ALBERTO; *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1993, 34ª ed., p.732 e ss.

VIANA, MARCO AURÉLIO; *Curso de Direito Civil*, vol. 5, *Direito das Obrigações*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 531 e ss.

WALD, ARNOLDO; *Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, 11ª ed., p. 404 e ss.

EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES. TEORIA DO PAGAMENTO

SIMÃO ISAAC BENJÓ*

1 — Adimplemento e Expressões Equivalentes. 2 — Satisfação do Crédito e Adimplemento. 3 — Regras Gerais. 4 — Natureza do Pagamento. 5 — Pressupostos do Pagamento. 6 — Quitação: Natureza Jurídica e Modalidades. 7 — Modalidades. 8 — Espécies. 9 — Presunções. 10 — Ônus da Prova do Pagamento. 11 — Transação.

1. Adimplemento e Expressões Equivalentes.

A *solutio* (solução), segundo o direito romano, era toda dissolução do vínculo obrigacional pelo devedor¹.

Adimplemento, cumprimento, pagamento e execução são sinônimos de *solução*. É por meio do adimplemento que se realiza o fim da obrigação: satisfaz e libera, razão pela qual cessa a relação jurídica entre o devedor e o credor. A lei, por sugestões de técnica jurídica², admite que o adimplemento satisfaça sem liberar, já aí recorrendo à figura da substituição do credor. Os sistemas jurídicos, na maior parte, empregam a expressão “pagamento” (aliás, há a mesma raiz em pagamento, *pax* e *pactum*; pagar é pacificar), a despeito do sentido estrito de prestação em dinheiro, que passou a ser o sentido corrente³.

O termo adimplemento é tomado em 2 sentidos: no sentido largo, é qualquer liberação ou qualquer satisfação; no sentido estrito é a prestação pelo devedor, diretamente, do devido.

¹ PONTES DE MIRANDA, in *Tratado de Direito Privado*, ed. Borsoi, vol. 24, parágrafo 2.902, ps. 72 e seguintes.

² Aut. cit., parágrafo cit., p. cit.

³ Aut. cit., parágrafo cit., p. cit.

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ (aposentado).

A expressão “*solutio*” alude a desfazimento de ligação. Solvendo, o devedor solvia e liberava-se: “me solvo liberoque” (GAIO, III, 174). A liberação, explica PONTES DE MIRANDA⁴, era eficácia do ato jurídico da “*solutio*”. Embora PAULO identificasse o efeito (liberação) e a causa (solução)⁵, a verdade é que qualquer ato do devedor, ou de outrem, que pudesse desligar a relação jurídica, solvia, porque tinha o efeito de liberar. Só, posteriormente, a solução passou a significar, estritamente, adimplemento: dizemos solver o fazer-se o que se prometeu fazer (*solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit*)⁶.

Uma das sobrevivências do antigo conceito de solução temos no artigo 930 do C. Civil, que fala do pagamento por terceiro interessado.

Pagar é ato do devedor, que então faz o que prometeu ou o que tinha de fazer. Para explicar a regra, WINDSCHEID (*Lehrbuch*, II, 9ª ed., 429) dizia que o terceiro, aí, realizava o escopo da obrigação. Além do pagamento, explica ORLANDO GOMES⁷, há outros *modos de extinção*, que se fundam na técnica jurídica e produzem o mesmo resultado: a *compensação*, a *confusão*, a *novação*, a *consignação*, a *remissão*, a *sub-rogação*, a *dação* e a *prescrição*.

Há contratos, segundo uns, ou negócios jurídicos, segundo outros, que se estipulam especificamente para extinguir obrigações: a *transação*, a *novação* e a *dação em pagamento*.

O termo *solução* perdeu na linguagem comum o sentido específico do étimo *solutio* e, por isso, caiu em completo desuso na teoria das obrigações⁸, embora o inciso II do artigo 986 fale em *solver* a dívida.

Para ORLANDO GOMES, o vocábulo *adimplemento* expressa melhor a idéia de execução satisfatória, evitando confusão, por não ser palavra corrente na linguagem comum. Ademais, o termo *inadimplemento* usa-se insubstituivelmente para nomear a falta de cumprimento⁹.

Para ANTUNES VARELA, há algum interesse em reservar a palavra *adimplemento* para designar o cumprimento em sentido estrito (realização da prestação devida por parte do obrigado), embora o considere inacessível ao comum das pessoas. Não recomenda, porém, o emprego do termo *execução* no sentido de *cumprimento*. Se *executar um contrato*, explica o jurista, significa, em regra, *cumprir esse contrato*, *executar uma obrigação* (uma prestação, um título) pressupõe exatamente o seu não-cumprimento¹⁰.

Para o mesmo autor, o termo *pagamento*, que o Código Brasileiro preferiu, tem a grande vantagem de ser a expressão geralmente usada na linguagem comum. “Mas tem o ponderoso defeito de andar vulgarmente associado à idéia (restrita) do cumprimento das obrigações *pecuniárias*. Diz-se correntemente que o aceitante do título *pagou* a sua dívida, que o Banco *pagou* o cheque, que o locatário *pagou* o aluguel ou que o comprador *pagou* o preço da coisa. Mas ninguém diz, nem mesmo os técnicos do Direito, que o mandatário *pagou o ato* de que foi incumbido, que o empreiteiro *pagou a obra* ou que o padre *pagou o sigilo* a que estava obrigado.”¹¹

Por isso, com razão, a nosso ver, conclui que *cumprimento* é o termo que, com maior propriedade, abrange a realização voluntária da prestação devida, seja qual for a modalidade desta. Apesar de pouco usada ainda no Código brasileiro, é a palavra que melhor corresponde às exigências de precisão da doutrina moderna¹².

Como a obrigação nasce para ser cumprida, o cumprimento exprime o *modo normal* de realização do interesse do credor, *liberando* o devedor. Por isso, é o principal *modo* de extinção das obrigações.

Distingue-se o cumprimento dos restantes modos de extinção das obrigações, porque, por ele se dá: a) a observância do dever de prestar; b) a satisfação do interesse do credor.

Tanto assim que:

a) a obrigação pode extinguir-se, sem que o dever de prestar tenha sido observado e sem que o interesse do credor tenha sido satisfeito (prescrição — art. 177; remissão — art. 1.053; impossibilidade por caso fortuito ou força maior — art. 865);

b) a obrigação pode extinguir-se e o interesse do credor ser satisfeito, mas por outra via, que não a realização da prestação devida (dação em pagamento — artigo 995; compensação — artigo 1.009);

c) o dever de prestar pode ter sido observado, sem que haja satisfação do interesse do credor, por falta da necessária cooperação deste, como na consignação em pagamento (artigos 890 e segs. do C.P.C.).

2. Satisfação do Crédito e Adimplemento.

O vínculo obrigacional se constitui para satisfação do *interesse do credor*. Para este é indiferente que a prestação seja satisfeita pelo próprio devedor ou por terceiro. Neste caso, há *satisfação do crédito*, e não *adimplemento* propria-

4 PONTES, ob. cit., parágrafo cit., p. 74.

5 L.47, D., de *Verborum significatione*, 50, 16.

6 ULPiano. L.176, D. 50, 16.

7 *Obrigações*, ed. For., 8ª ed., nº 67, p. 106.

8 J. M. ANTUNES VARELA, in *D. das Obrigações*, vol. II, For., p. 5.

9 Ob. cit. parágrafo 68, p. 106.

10 Ob. cit., p. 6.

11 Ob. cit., p. cit.

12 Ob. cit., ps. 6/7.

mente dito, porque o terceiro não é devedor e não está *obrigado* a pagar ou cumprir.

O cumprimento da obrigação extingue a obrigação e a dívida. Mas, como ressalta PONTES DE MIRANDA¹³, para que haja adimplemento é preciso que se preste *o que se deve*. Se a dívida e a obrigação têm por objeto prestação contínua, duradoura, que não cessa nunca, o adimplemento não as extingue (*e.g.*, obrigação de não construir).

Há *créditos* que só se satisfazem com o *adimplemento "stricto sensu"*, como os que têm por fonte contrato *intuitu personae* e o que, apesar de não ser a obrigação personalíssima, tem o credor interesse em que seja cumprida pelo devedor, pelo que pode recusar a prestação de terceiro. Se o interesse do credor é satisfeito mediante a intervenção de terceiro, a extinção da obrigação se dá de modo *relativo*, por isso que o devedor continua obrigado, embora em relação a quem satisfaz o credor. *Terceiro não interessado* que paga a dívida em seu próprio nome tem direito a reembolsar-se do que pagou¹⁴.

Para que o interesse do credor seja satisfeito pela substituição do objeto da prestação, é preciso expresso assentimento do credor. Nesse caso, não haverá propriamente *satisfação do crédito*, mas se caracterizará a *satisfação do credor* (*ex.*, a *dação em pagamento*).

3. Regras Gerais.

O cumprimento obedece a diretrizes fundamentais: 1º) o princípio da boa-fé, ao qual se agrega o princípio da diligência normal; 2º) a regra da pontualidade.

I — Princípio da boa-fé. Na realização da prestação devida, o obrigado deve agir com *correção, lisura e lealdade*. Já o artigo 1.134 do Código Civil francês destaca que as convenções devem ser executadas de boa-fé.

A execução da boa-fé, segundo BARASSI, citado por ORLANDO GOMES¹⁵, refere-se: a) ao *fim* e às *razões* que costumam determinar a formação da obrigação contraída; b) à *interpretação* das palavras empregadas para a formação da obrigação; c) ao *correto equilíbrio entre os interesses divergentes* da relação obrigacional.

São exemplos da aplicação do princípio da boa-fé, segundo ANTUNES VARELA¹⁶, as atividades:

a) do fazendeiro, que vendeu determinado nº de vacas, mas só se obrigou a abrir mão delas dentro de 2 meses. Não pode ele limitar-se a entregar os animais, qualquer que seja o estado em que eles venham a se encontrar na data marcada para a entrega. Tem de continuar a alimentá-los, a cuidar de sua saúde, higiene e limpeza, nos termos em que o fará um proprietário diligente;

b) do agricultor, que vendeu toneladas de maçãs do seu pomar. Não pode ele desonerar-se, entregando a pior fruta de que dispõe: terá que entregar maçãs de qualidade média ou que misturar equitativamente, pelo menos, as de pior com as de melhor qualidade (C. Civil, artigo 875);

c) do comerciante, que vende um vestido ou um serviço de louça e se compromete a enviá-lo ao comprador. Tem ele que tomar todas as cautelas recomendáveis, na embalagem e expedição da coisa, para que esta chegue ao poder do destinatário em boas condições;

d) do cirurgião, que se obrigou a operar um doente. Terá ele de acompanhar o paciente no pós-operatório, a fim de que a operação possa, na medida do possível, surtir o efeito desejado.

O princípio da *boa-fé* exige, em algumas situações, a *cooperação* do credor, no tocante a informações (devidas pelo cliente, ao advogado, pelo doente ao cirurgião encarregado de uma intervenção, que precisa conhecer os antecedentes do paciente) ou à disponibilidade (quem encomenda o seu retrato a um pintor terá que posar as vezes necessárias à execução do trabalho do artista).

Em matéria de cumprimento das obrigações, segundo a jurisprudência e a doutrina alemãs do pós-guerra, desdobra-se o princípio da boa-fé numa multiplicidade de *deveres acessórios de conduta*, cujo conteúdo varia com a natureza das obrigações fundamentais e com o condicionalismo próprio de cada caso concreto. Trata-se, no geral, de deveres de *informação*, de *notificação*, de *prevenção* ou de *cuidado, guarda, conservação* ou *vigilância das coisas*¹⁷.

No cumprimento da obrigação, o devedor tem de comportar-se como *bom pai de família*, isto é, com a diligência usual do homem que cuida de seus interesses com exação. Mas certas obrigações exigem apreciação *in concreto*, na qual se consideram as condições pessoais do devedor, ou a natureza dos atos que devem ser praticados. Assim: as obrigações como do comodatário sempre demandaram, no cumprimento da obrigação, diligência excepcional¹⁸; o adimplemento de determinadas obrigações de profissionais exige do devedor comportamento mais atento e cuidadoso, a ser apreciado concretamente¹⁹.

13 Ob. cit., vol. 24, parágrafo 2.913, p. 129.

14 ORLANDO GOMES, ob. cit., parágrafo 69, p. 107.

15 Ob. cit., parágrafo 79, ps. 108/109.

16 Ob. cit., p. 8.

17 ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 9.

18 Código Civil, artigos 1.253 s.

19 ORLANDO GOMES, ob. cit., p. 70, p. 109.

II — Regra da pontualidade.

A obrigação deve ser *pontualmente cumprida*. Não basta efetuar a prestação em tempo, mas realizá-la *ponto por ponto*, isto é, no tempo, no lugar e pelo modo devido.

Só a prestação devida desonera o obrigado. Na falta de consentimento do credor, não pode o devedor forçar o credor a receber outra prestação, ainda que de valor equivalente ou superior (artigo 863 do C. Civil). Aplica-se o preceito à prestação de coisa certa ou incerta ou de fato, em qualquer de suas modalidades.

Mesmo materialmente divisível, a prestação debitória deve ser realizada *integralmente e não por partes*. Nada impede, porém, que o credor receba apenas, *se quiser*, uma parte da prestação, nem que ele, abrindo mão do benefício do cumprimento integral, exija apenas *uma parte* da prestação devida, sem prejuízo do direito do devedor a cumprir *por inteiro*.

Se o credor recusar a prestação *parcial* que lhe é oferecida, o devedor terá incorrido em mora quanto a *toda* a prestação devida e não apenas quanto à *parte* da dívida não coberta pela prestação oferecida. Igual consequência ocorre na hipótese de a obrigação ter sido *contestada*. Se houver contestação apenas de uma *parte* e vier a reconhecer-se o direito do credor a *toda* a prestação por ele exigida, o devedor será considerado em *mora* quanto a *toda* a prestação debitória²⁰.

Há, todavia, casos em que se admite o cumprimento *parcial* da obrigação:

- a) pagamento em *prestações fracionadas*;
- b) extinção *parcial*, por força de lei, como ocorre na hipótese de *compensação* (C. Civil, artigo 1009);
- c) os previstos no artigo 39 da Lei Uniforme, relativa às letras de câmbio e notas promissórias (artigo 22, parágrafo 1º, do Dec. 2.044, de 31-XII-1908) e no artigo 34 da Lei Uniforme relativa ao cheque, que impedem a recusa a um *pagamento parcial*, disposições essas que também levam em conta os interesses dos garantes anteriores do título, para diminuição de sua responsabilidade;
- d) dívida com garantia real, proveniente de mútuo com juros (Decreto nº 22.626, de 07-04-1933, artigo 70).

Salvo na hipótese de concordata, o devedor terá sempre de solver todo o seu débito, não podendo alegar o *beneficium competentiae*, consagrado no direito romano e no direito canônico, mesmo provando que a realização da prestação devida o deixará na miséria ou em precária situação econômica. É óbvio que as leis processuais consideram impenhoráveis certos bens do patri-

²⁰ ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 12.

mônio do executado, por considerá-los essenciais à sua economia doméstica ou a seu sustento. Mas não se reduz o montante da dívida.

Ao contrário do que dispõe o artigo 1.244 de Código Civil francês, o juiz não pode fixar nenhuma moratória especial (termo de graça), nem facilitar o pagamento, convertendo a dívida de prestação única em dívida a prestações.

4. Natureza do Pagamento.

Como exercício de sistematização, torna-se indispensável resumir os estudos de PONTES DE MIRANDA, a respeito²¹.

Arrola o saudoso jurista seis teorias principais:

a) a teoria que viu no adimplemento um negócio jurídico, às vezes bilateral, outras vezes unilateral (F. LAURENT, M. VOIGT, E. ALEXANDER, J. HUPKA, A. MANIGK, L. ROSENBERG, A. STEPHAN);

b) a teoria que viu no adimplemento um negócio jurídico necessariamente bilateral (STRUCKMANN, C. HENRICI, K. HELLWIG, H. SIBER, G. GIORGI, A. VON TUHR, F. LENT, E. STAMPE, H. KRESS, R. HENLE);

c) a teoria que viu no adimplemento ato jurídico *stricto sensu* (CARL CROME, F. SCHOLLMAYER, H. TITZE);

d) a teoria que viu no adimplemento apenas ato-fato jurídico;

e) a teoria que viu no adimplemento apenas fato jurídico, ou sem precisar de que classe ou como fato jurídico *stricto sensu* (E. R. BIERLING, J. BREIT O VON GIERKE, H. SIBER, P. OERTMANN);

f) a teoria que viu no adimplemento *ato devido*, portanto não negocial, mas sem partir ou sem chegar à colocação precisa do ato devido, em classificação científica dos fatos jurídicos²² (F. CARNELUTTI, S. PUGLIATTI, R. NICOLLO).

Examinando essas teorias, pondera PONTES²³:

²¹ *Tratado*, vol. 24, parágrafo 2.903, 1.

²² Segundo PONTES, fatos jurídicos são quaisquer fatos (suportes fáticos) que entrem no mundo jurídico e assim ele os classifica: a) fatos jurídicos *stricto sensu*; b) fatos jurídicos ilícitos (contrários a direito), compreendendo fatos ilícitos *stricto sensu*, atos-fatos ilícitos (de que os atos ilícitos *stricto sensu* são espécie), ora absolutos, ora relativos; c) atos-fatos jurídicos; d) atos jurídicos *stricto sensu*; e) negócios jurídicos. Esclarece PONTES que há figuras que são suscetíveis de entrar em mais de uma classe, conforme a espécie, o que mostra tratar-se de duas ou mais de duas figuras, genericamente mencionadas. E exemplifica: o ato-fato jurídico pode adimplir (guarda da coisa, omissão, vigilância, prestação de serviço). Outros adimplementos são atos jurídicos *stricto sensu*. Algumas vezes tem de haver colaboração ou anuência do credor inclusive negocial. Outras vezes, contrato. O pagamento, em sentido estrito, é ato-fato jurídico (TRATADO, tomo II, parágrafo 159).

²³ *Tratado*, vol. 24, parágrafo 2.903, 2.

Não há o pressuposto necessário da vontade de extinção, nem é necessária *a priori*, a aceitação. Se há negócio jurídico, é *plus*. Se o negócio jurídico é que se há de prestar, então o negócio jurídico está no conteúdo da obrigação, e o assunto nada tem com o problema da natureza jurídica do adimplemento. Deu A a B a casa, que foi o objeto da promessa, na compra-e-venda; mas A ignora o que se passou entre o seu mandatário e B, ao contrair aquele a obrigação, como mandatário do vendedor. Se A doa a B a casa, há adimplemento da obrigação do vendedor, o que exclui ser o adimplemento, necessariamente, negócio jurídico e, até, ato jurídico *stricto sensu*.

Restariam as teorias d), e) e f). Se o adimplemento independe da diferença de causa, se o resultado é atingido e temos de admitir que assim é, não há revogação da doação se, doando, o doador pagou a prestação devida. O que é essencial é que a realização seja conforme a obrigação e há realizações, conforme a obrigação, que só exigem o ato-fato, como o serviço, a obra e as omissões. O louco, que limpou, durante ou depois da loucura, a casa, de cuja limpeza fora encarregado, ao tempo em que era capaz de obrigar-se adimpliu. O ausente, julgado tal, que remeteu, por engano, ao credor, o cheque ao portador, que pensara enviar à mulher adimpliu.

No caso de haver entrega da prestação, sem ser com o *animus solvendi*, se o credor aceita pela causa com que foi entregue, não há pensar-se em adimplemento, não porque seja preciso, para ele, aceitação do credor como solução, e sim porque regra jurídica incidiu sobre o suporte fático da entrega da prestação, e não há pensar-se em margem para o problema da realização da prestação conforme a obrigação.

Algumas vezes, a prestação só se pode realizar com a aceitação do credor. Essa aceitação é um *plus*, e da exigência dela, na espécie, não há de tirar-se argumento a favor da natureza negocial do adimplemento. Se a aceitação, na espécie, é de exigir-se, o credor precisa aceitar com o fim de cumprimento pelo devedor, ou pelo terceiro, regendo-se a aceitação pelas regras jurídicas sobre negócios jurídicos.

A teoria a) viu no adimplemento, *pelo menos*, negócio jurídico unilateral, contra ela se oferece o argumento de que o incapaz pode, em certas hipóteses, adimplir eficazmente. Ademais, não se exige *animus solvendi* em todos os casos. O que se exige é que o adimplemento se dê e esse ocorre sempre que, mediante atividade (positiva ou negativa), tendente à obtenção do resultado, que a prestação tem por fito, se obtém o resultado. Se o resultado da prestação somente pode ser atingido por meio de negócio jurídico, esse negócio jurídico não é o ato de adimplir: o devedor adimple com prestação que consiste em negócio jurídico, como poderia consistir apenas em dação.

A teoria b), que exige sempre *contrato*, para que haja adimplemento, teria como consequência não se precisar de regra jurídica especial, para o caso do

credor incapaz. Mas, à base de tal teoria, está erro grave: somente se pode pensar em aceitação por alguma pessoa quando a essa pessoa se deixa a faculdade de aceitar ou recusar; e de modo algum se pode pensar nisso, em matéria de adimplemento. O devedor não pode oferecer, propor, ficando ao credor aceitar ou não. Quem adimple ou consegue, com a oblação, liberar-se e extinguir a dívida, ou põe em mora o credor, ou lança mão do depósito em consignação, para adimplemento, a fim de se liberar. Não há liberdade do credor. Não há, pois, falar-se de *aceitação*; há recepção, ou não recepção. O devedor pode vir a liberar-se sem qualquer ato ou atos do credor.

Depois de outras considerações, conclui PONTES ser o adimplemento um ato-fato jurídico.

ANTUNES VARELA entende melhor adaptar-se à variedade de casos a *teoria da realização real da prestação dominante na literatura jurídica alemã, segundo a qual ao cumprimento da obrigação, basta, em regra, o ato da prestação do devedor (e seus eventuais auxiliares) ou de terceiro, que corresponda à prestação devida*. Trata-se de um *ato real de extinção da dívida*, que desonera o devedor pelo simples fato de *converter em realidade a prestação devida*, e não porque o devedor *queira ser* liberado e o credor *consinta* em desonerá-lo. Se a prestação envolve algumas vezes a realização de um negócio jurídico (como sucede nos contratos-promessa ou contratos preliminares), esse negócio é *parte integrante do ato de prestação*²⁴.

É evidente, como ressalta VARELA, que o cumprimento da obrigação pressupõe uma *ligação intencional da prestação* (do dinheiro ou da coisa entregue, do fato realizado) à *dívida*, que recai sobre o obrigado. Mas essa ligação, segundo LARENZ, resulta, em regra, da *coincidência existente entre a prestação efetuada e a prestação devida*. Não se necessita de fato, aduz VARELA, de nenhum *acordo negocial* destinado a preencher um vazio, como sucede com os contratos em geral, que são instrumentos jurídicos de nova composição de interesses entre as partes.

Para ORLANDO GOMES, a categoria a que melhor se adaptam as disposições legais que disciplinam o pagamento é a do ato jurídico *stricto sensu*, ressalvadas as particularidades que impedem solução única do problema²⁵.

SERPA LOPES tem como concepção mais aceitável a que toma o pagamento como um *fato jurídico* ou um *ato* seguindo a orientação de GIUSIANA, que definia: o adimplemento é o fato jurídico que extingue a obrigação, realizando-lhe o conteúdo.²⁶

²⁴ Ob. cit., ps. 23 e 24.

²⁵ Ob. cit., parágrafo 71, ps. 111/112.

²⁶ *Curso de Direito Civil*, vol. II, ed. Freitas Bastos, 4ª ed., parágrafo 134, ps. 187/188.

Segundo CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA²⁷, no rigor dos princípios, não se pode dizer, de maneira categórica e formal, nem que é um negócio jurídico, nem que não o é. Às vezes tem todas as características de um negócio jurídico, quando o direito de crédito objetiva uma prestação que tenha caráter negocial (exemplo: a emissão de uma declaração de vontade), mas outra vez não passa de mero fato, quando o conteúdo da obrigação não tem tal sentido, objetive simples abstenções ou prestações de serviços. Na verdade, nem sempre se torna necessária, para eficácia do pagamento, a vontade direta de extinguir a obrigação, como ocorre no exemplo de VON TUHR: se o devedor realiza o serviço, sem saber se tinha a obrigação de realizá-lo, não tem importância de sentir os efeitos próprios do adimplemento. Quando configurado como negócio jurídico, prossegue CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, tanto poderá sê-lo *bilateral*, em vista de requerer a aceitação do *accipiens*, quanto unilateral, por completar-se com a atividade de *solvens*.

Pelo que tem de lógica e bom senso e pelos poucos e desimportantes pontos acaso criticáveis, parece-nos, de fato, ser a *teoria da realização efetiva da prestação* a mais aceitável, como bem pondera ANTUNES VARELA e diante das próprias críticas formuladas por PONTES DE MIRANDA.

A maioria dos autores entende que o pagamento é um *ato causal*, visto que se efetua para extinguir a obrigação. Pode ser invalidado por defeito na *causa* do negócio jurídico a que se refere²⁸.

5. Pressupostos do Pagamento.

O pagamento pressupõe:

- a) *um vínculo obrigacional*;
- b) *a satisfação exata da prestação*.

Do segundo pressuposto já tratamos quando discutimos sobre a regra da *pontualidade*, que com ele se identifica.

O *vínculo obrigacional* pode provir de negócio jurídico ou de determinação da lei.

Todo pagamento corresponde a uma dívida, ainda que feito por terceiro não interessado.

6. Quitação: Natureza Jurídica e Modalidades.

Quem paga presta o que deve. Por isso, tem direito à quitação ou recibo quitante, que é o principal meio de prova do adimplemento, não só do paga-

mento em sentido estrito. É o reconhecimento de se haver recebido aquilo que era devido, ou de que se satisfaz a prestação do credor.

Por isso, explica PONTES²⁹, a quitação, desde o influxo prussiano no direito luso-brasileiro, é reconhecimento do recebimento; não tem só força probante, não é só meio de prova.

Na doutrina, prossegue PONTES³⁰, ainda há: a) os que a reduzem a meio de prova; b) os que a têm por ato dispositivo; c) os que a consideram contrato probatório; d) os que reputam remissão de dívida, como se o pagamento não a houvesse extinto; e) os que a têm por negócio jurídico de reconhecimento. Analisando tais teorias, conclui o jurista que, em verdade, rigorosamente, a quitação não extingue, não nega o *animus obligandi*, nem é *pacto non petendo*, nem somente prova o pagamento. O texto prussiano, em que se apoiou COELHO DA ROCHA, dizia ser a quitação “reconhecimento escrito do pagamento recebido...” É ato jurídico “*stricto sensu*” (Tomo II, parágrafo 159, *in fine*).

Segundo ORLANDO GOMES, a rigor, a *natureza do pagamento* não influi na quitação, que ele considera um ato devido e apenas um meio de prova do pagamento³¹.

DE PAGE³², por ele citado, observa que uma coisa é provar o pagamento, outra estabelecer que o devedor está exonerado.

E sob esse aspecto, surgem, a todo dia, discussões variadas, submetidas a nossos Tribunais.

Interessante hipótese, sobre o tema, foi submetida a julgamento do Supremo Tribunal Federal em grau de recurso extraordinário (nº 107.749, 1ª Turma, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, *Jurisprudência Brasileira*, ed. Juruá, nº 128, p. 23).

Cingia-se a controvérsia a saber se o locador teria direito a pleitear as diferenças dos aluguéis que recebeu a menos, durante nove anos, tendo-se presente que, no período em causa, não houve qualquer impugnação no tocante aos pagamentos, periodicamente depositados em estabelecimento bancário, conforme previsão contratual.

Levou-se em conta que o índice do salário mínimo, convencionado pelos contratantes, não houvera sido afetado pelo advento da Lei nº 6.205/75 (que descaracterizou o salário mínimo como fator de correção monetária), visto que o parágrafo 4º de seu artigo 1º exclui, expressamente, do alcance do novo diploma, os contratos por tempo determinado vigentes na data da publicação do citado diploma.

29 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., vol. 24, parágrafo 2.913, 2, p. 129

30 Ob., vol. cit., parágrafo 2.914, 1, p. 130.

31 Ob. cit., parágrafo 83, p. 131.

32 *Traité de Droit Civil Belge*, T. III, p. 460.

27 *Instituições de D. Civil*, vol. II, 8ª ed., Forense, parágrafo 152, ps. 112/113.

28 ORLANDO GOMES, ob. cit., parágrafo 71, p. 112.

Foi, então, a hipótese examinada sob o ângulo da conduta das partes, à luz dos princípios norteadores do adimplemento das obrigações.

E o acórdão recorrido chegou à conclusão de que a devedora, que pagava os aluguéis mediante depósitos bancários, conduziu-se maliciosamente, aproveitando-se da enorme confusão causada pela existência de inúmeros índices de reajustamento, que provaram perplexidade até mesmo entre os técnicos, para cumprir insatisfatoriamente a sua obrigação, isto é, deixar de adimplir exatamente a prestação.

Em razão disso, aceitou o aresto recorrido a tese de ter a devedora, durante os 9 anos, induzido a credora em erro sobre o seu verdadeiro crédito; por isso, só considerou a quitação relativamente às parcelas efetivamente depositadas, assegurando à credora o direito de cobrar as diferenças.

Para tanto, apoiou-se na lição de ORLANDO GOMES:

“Devendo o *pagamento* consistir em prestação que corresponde integral e precisamente ao objeto do direito de crédito, ocorre, algumas vezes, que o credor o aceita na suposição de que foi perfeito, mas verifica depois que foi incompleto, ou inexato. A *aceitação* não preclui seu direito de exigir que se complete ou se aperfeiçoe.”³³

Por seu turno salientou o acórdão da Suprema Corte que a solução alvitada pelo aresto recorrido encontrava, também, respaldo na lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao dissertar sobre a relatividade do valor do recibo como prova de quitação:

“Mas não é sempre que o *recibo* faz prova da liberação. Constitui, em todos os casos, demonstração de que o devedor cumpriu a obrigação, mas não é em todos os casos que traduz o reconhecimento, a *parte creditoris*, de que a prestação recebida seja efetivamente o cumprimento devido. Embora normalmente o seja, poderá acontecer que as circunstâncias autorizem a reabertura do débito, quando a liberação dependa de uma verificação da *res debita* que, feita posteriormente ao recibo, demonstra não ter sido entregue.”³⁴

E no entendimento de LARENZ³⁵:

³³ Ob. cit., parágrafo 87, p. 136.

³⁴ Ob. cit., parágrafo 157, p. 131.

³⁵ *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, ps. 416/417.

“Geralmente, o recibo é só um documento probatório; o credor atesta que o devedor cumpriu a prestação. Por igual, não representa como tal a exteriorização da vontade do credor no sentido de reconhecer que a prestação verificada seja o cumprimento devido; portanto, a sua outorga não significa necessariamente a aceitação da prestação “como cumprimento”. Sem dúvida, a interpretação das circunstâncias do caso induzirá a considerá-lo freqüentemente como expressão da aceitação do cumprimento (...). No entanto, melhor decidirá o Tribunal no caso concreto, segundo o princípio da livre apreciação da prova (...) no que concerne ao valor probatório do recibo expedido pelo incapaz, assim como em geral de todo recibo. A presunção criada pelo recibo pode ser desvirtuada pelo credor mediante a contraprova de que ele não recebeu a prestação nem antes nem ao ser entregue dito documento.”

Arrolou, ainda, o julgado superior, o pensamento de VON THUR³⁶, cabendo ao devedor provar não só a realização da prestação, mas o fato de que esta prestação haja sido efetuada em cumprimento de uma obrigação determinada, concreta e de conteúdo definido, na qualidade e na quantidade ajustadas; mas, se o devedor cumpriu a prestação e obteve quitação, caberá ao credor demonstrar os vícios da coisa recebida para, se for o caso, exigir o cumprimento da obrigação.

E assim, na linha dos pronunciamentos da doutrina citada, concluiu:

“... Não se discute que o ato de quitação estabelece uma presunção *juris tantum* de adimplemento da obrigação. Esta presunção pode, todavia, ser ilidida, desde que o interessado venha a comprovar a invalidade do ato liberatório, em virtude de erro, dolo ou fraude.

Aliás, como é sabido, o legislador, em matéria de quitação, estabeleceu apenas hipóteses de presunções relativas: (art. 943: pagamento em cotas periódicas; art. 944: pagamento de juros; art. 945: pagamento resultante da entrega do título), resguardando de tal sorte o princípio da integridade e da identidade da prestação, que se aperfeiçoa mediante o exato cumprimento da obrigação.

Desse modo, não se vislumbra, na decisão recorrida, qualquer ofensa ao artigo 940 do Código Civil, que contém os requisitos necessários ao ato de quitação...”

³⁶ *Tratado de Las Obligaciones*, Tomo II, p. 30.

Diferente teria sido a solução se a credora e a devedora se tivessem dado mutuamente, uma a outra, plena, geral e irrevogável quitação. Tem-se aí extinção do vínculo entre as partes, com o conseqüente efeito liberatório (Ac. da 8ª C. Cível do T.J.S. Paulo, por maioria, na Ap. Cível nº 87.458-1 — *Jurisp. Bras.*, 128, p. 118).

Para tanto, veja-se a lição de ORLANDO GOMES³⁷:

“Com o objetivo de obter completa, total e firme liberação, o devedor costuma exigir do credor que lhe dê *plena, geral, rasa e irrevogável quitação.*”

Segundo PONTES DE MIRANDA³⁸, o recibo é declaração de haver recebido. Pode-se receber o que é de outrem e de outrem vai continuar ser (recibo da coisa em depósito, recibo do chapéu no guarda-chapéus do teatro ou da casa).

Já a quitação é o recibo do pagamento, ou daquilo com que se solveu, dado pelo credor ao devedor.

A quitação, afirma PONTES³⁹, é declaração unilateral de conhecimento (enunciado de fato), que entra no mundo jurídico como ato jurídico *stricto sensu*, abstrato, se a causa não se explicita na declaração. O devedor tem de cumprir a prestação. Não é acertado dizer-se que o devedor só é obrigado a adimplir contra a outorga de quitação. O que em verdade se passa, enfatiza o jurista, é que o devedor, que tem de solver a dívida, tem direito à quitação e desse direito lhe nasce o direito de retenção da prestação. Pode dar-se, diz PONTES, que os usos do tráfico pré-excluam tal exigibilidade, ou por ser de importe mínimo a prestação, ou porque se trata de negócio jurídico à vista, ou de prestação de serviço imediatamente anterior ou imediatamente posterior ao pagamento. Tal o que se passa com o comércio a retalho, ordinariamente, e com os bondes, ônibus e lotações, a quitação, insiste, apenas exprime que o fato da prestação se deu. Não há, nela, expressão de vontade. Não seria possível considerá-la negócio jurídico. Apenas se reconhece o adimplemento. É ato jurídico *stricto sensu*. Tem de ser *verdadeira* a declaração. Pode dar-se que tenha sido falsificada, como se o devedor, indo ao escritório do credor, onde ele prepara quitações assinadas e não cheias (quitações em branco), se apoderou de uma ou de algumas e encheu o espaço em branco. Mas a quitação assinada, que foi cheia pelo servidor da posse do credor, ou por alguém que a furtou, é apresentada ao devedor, que efetua o pagamento⁴⁰.

37 Ob. cit., parágrafo 85, p. 134.

38 Ob. cit., parágrafo 2.915, p. 134.

39 PONTES, ob. cit., parágrafo cit., p. 135.

40 PONTES DE MIRANDA, ob. cit., tomo cit., parágrafo cit., p. 136.

Nosso Tribunal de Alçada Cível já decidiu, em relação ao recibo em branco, preenchido pelo devedor, tendo-o por insubsistente.

Segundo ANTUNES VARELA⁴¹, a quitação é a declaração unilateral escrita, emitida pelo credor, de que a prestação foi efetuada e o devedor fica liberado. Não é um *ato de disposição do crédito*, nem sequer constitui, necessariamente, uma *declaração de vontade*. É uma *prova do pagamento* (uma *declaração de ciência*), à qual o declarante adita muitas vezes a declaração formal (*Juízo de ciência*) de que o devedor fica liberado ou de que ele considera a dívida como extinta. Mas, ressalta o mesmo autor, este juízo é, por sua natureza, precário, porque pode suceder que a prestação efetuada não seja válida ou eficaz, como sucede quando o pagamento é efetuado por meio de cheque sem cobertura.

7. Modalidades.

A quitação pode ser dada:

- a) mediante *recibo*;
- b) pela devolução do título.

7.1. O *recibo* é o meio comum, devendo obedecer às exigências legais de fundo e de forma. Em relação a terceiros, a prova da data é normalmente feita pelo reconhecimento da *firma* de credor, mas, de direito, se impõe o registro no Registro de Títulos e Documentos.

Embora indispensável a *assinatura* do credor, pode ela ser substituída pela *impressão* digital em certos recibos passados por empregados analfabetos, admitindo-se, outrossim, a assinatura a rogo.

Como já ficou dito, o recibo de quitação vale apenas até o montante das quantias recebidas, se não é geral.

7.2. A outra *modalidade de quitação* consiste na devolução do título ao devedor, independente de declaração escrita do credor.

No caso de perda do título, o devedor tem o direito de exigir do credor uma declaração que o inutilize, sem a qual poderá reter o pagamento.

A presunção de pagamento do título devolvido é *juris tantum*. Mas, se o credor quiser elidir a presunção do pagamento, deverá agir no *prazo extintivo* de 60 dias.

Se a entrega se fizer por ato mencionado em escritura pública, a presunção será *juris et de jure*.

Pode o devedor provar o pagamento por outros meios de prova: exame de livros do credor, onde tenha anotado o recebimento do crédito; entrega de

41 Ob. cit., parágrafo 16, ps. 45 e 46.

cheque visado, nominal ou administrativo, onde se anote a destinação a pagamento; ordem bancária de pagamento ao credor, transferência mediante DOC.

Adverte, porém, ORLANDO GOMES: esses outros meios comprovam o pagamento, mas não valem como exoneração⁴².

8. Espécies.

A quitação pode ser:

- a) total ou parcial;
- b) geral ou específica;
- c) irrevogável ou revogável.

A quitação que libera o devedor deve ser total, geral e irrevogável.

Ocorre a quitação parcial quando o credor aceita receber parceladamente a dívida que pode exigir por inteiro ou quando o pagamento é feito em prestações ou quotas periódicas. Nesta última hipótese, o recibo da última prestação estabelece presunção *juris tantum* de pagamento das quotas anteriores. Mas essa presunção não se aplica às cambiais.

Se o credor dá quitação do capital, sem a reserva de cobrança posterior de juros, opera-se a exoneração total do devedor. Com mais razão, se inexistente ressalva quanto à correção monetária.

Isso não se aplica ao pagamento, em Cartório, dos títulos de créditos apresentados para efeito de protesto.

Não tem eficácia a quitação geral, em relação ao contrato de trabalho, se não forem especificados todos os créditos satisfeitos.

A quitação é revogável:

- a) na hipótese em que, por conveniência do devedor, o credor lhe remete antecipadamente o recibo e o pagamento não se faz;
- b) quando o credor entrega o título e nada recebe;
- c) se o pagamento se realiza de modo inexato e a quitação não é irrevogável;
- d) se o devedor preenche o recibo, que surripiou do credor.

9. Presunções.

Da exposição anterior, ficamos cientes das diversas *presunções* de pagamento:

- a) entrega do título ao devedor;
- b) no caso de prestações periódicas, a quitação da última;
- c) dos juros e da correção monetária, se a quitação não contiver a reserva de que serão cobrados à parte.

⁴² Ob. cit., parágrafo 85, p. 133.

Há outras presunções de extinção da dívida decorrentes dos USOS:

- a) o gesto do credor que inutiliza ou rompe intencionalmente o título do débito;
- b) a relativa às compras manuais, com pagamento à vista.

10. Ônus da Prova do Pagamento.

A prova do pagamento cabe ao devedor, que deve demonstrar ter cumprido integralmente a prestação pela qual se obrigou.

A prova mais segura é o recibo de plena e irrevogável quitação, obedecidos os requisitos legais.

O *adimplemento das obrigações de fazer* prova-se por meios diversos.

Nas obrigações de não-fazer, cabe ao credor provar que o devedor descumpriu o dever de abstenção.

No caso de remessa de vale postal, DOC ou de ordem de pagamento é necessário que se declare que ela se destina ao pagamento de determinada dívida.

11. Transação.

Na linguagem do homem comum, transação corresponde a negócio.

O próprio fisco, durante muito tempo, tomou o vocábulo com esse sentido, razão pela qual cobrava “imposto de transação” sobre as cessões de direitos imobiliários, com base em leis locais.

Mas a transação é uma figura jurídica, com sede própria, tratada em lei federal (Código Civil, artigos 1.025 a 1.036), o que levou o Supremo Tribunal a considerar tais leis inconstitucionais.

Em sentido técnico, transação constitui ato jurídico bilateral, pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas. Torna-se, assim, essencial à transação: a) reciprocidade de ônus e vantagens; b) existência de litígio ou controvérsia entre as partes⁴³.

A doutrina moderna considera a transação como um contrato. CLÓVIS BEVILÁQUA, na esteira dos autores franceses, qualificava a transação como um dos modos de extinção da obrigação, levando em conta, apenas, o momento preponderante da transação. Para ele a transação não era um ato aquisitivo de direitos, por ter caráter meramente declaratório ou recognitivo (artigo 1.027 do C. Civil).

⁴³ CARLOS ALBERTO D. MALUF. *A Transação no Direito Civil*, ed. Saraiva, p. 1.

Mas, em verdade, sendo da essência da transação a reciprocidade de concessões, possui ela caráter constitutivo, por inevitável a modificação a que tais concessões conduzem⁴⁴.

Segundo GEORGETTE NACARATO NAZO⁴⁵, se o que constitui a essência da transação é a reciprocidade de concessões, é óbvio que devem existir dois (ou mais) sujeitos de direitos para que essas concessões se façam. Uma vez que estamos diante de um ato jurídico bilateral, sinalagmático, este nada mais é que um contrato, e não um simples negócio jurídico bilateral.

O Código Civil Brasileiro, por influência da doutrina de CLÓVIS, não inclui a transação entre os contratos, preferindo colocá-la como um dos modos de extinção das obrigações.

A maioria dos Códigos estrangeiros considera a transação um contrato: Código Civil alemão, parágrafo 779; francês (artigo 2.044), o italiano (artigo 1.965), o espanhol (artigo 1.809), o português (artigo 1.248).

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA considera a transação uma especial modalidade de negócio jurídico, que se aproxima do contrato, na sua constituição, e do pagamento nos seus efeitos. À exceção de CLÓVIS, CARVALHO DE MENDONÇA e CARLOS DE CARVALHO, quase todos os nossos civilistas consideram a transação um contrato: LACERDA DE ALMEIDA, AFONSO FRAGA, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, SILVIO RODRIGUES, SERPA LOPES, ORLANDO GOMES. E, como tal, é um contrato bilateral, sinalagmático, consensual e oneroso.

Transigir é alienar. Sendo a transação um ato de disposição, só pode transigir quem pode alienar.

Não é necessária a correspondência quantitativa entre as concessões recíprocas dos transigentes. Trata-se de um julgamento que as partes pronunciam entre si, e quando elas mesmas se fizeram justiça, não devem ser admitidas a se queixar. De outro modo, as transações passariam a ser uma nova causa de demanda. Precisamente porque é irrevogável é que esse contrato é um dos mais úteis à paz das famílias e à sociedade⁴⁶.

A transação tem por objeto somente direitos patrimoniais de caráter privado (Cód. Civ., art. 1.035). Daí a ilicitude e a inadmissibilidade de transação atinente a assuntos relativos a bem fora do comércio, ao estado e capacidade das pessoas; à legitimidade ou dissolução do casamento; à guarda dos filhos, ao pátrio poder; à investigação de paternidade; a alimentos, por serem irrenunciáveis, embora se possa transigir acerca do *quantum*.

A transação é indivisível, em princípio, de modo que a nulidade de qualquer de suas cláusulas acarreta a nulidade da transação (artigo 1.026 do C.C.). É de todo inconcebível que um dos transatores pretenda se mantenham todas as cláusulas que o beneficiem e se anulem as que favoreçam o outro.

Conforme as circunstâncias e a natureza de cada cláusula e, sobretudo, segundo a intenção dos contraentes reveladas pelo contexto do contrato, ela poderá ser divisível, ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo único do artigo 1.026 do C.C., *a simile* do disposto no artigo 153 do mesmo diploma (a nulidade de um ato não o prejudicará na parte válida, se esta for separável). Isto porém só se aplica na hipótese em que as transações abrangem direitos distintos, não relacionados entre si, reunidos apenas pelo ato material.

A interpretação da transação deve ser feita restritivamente, no sentido de não se poder dar-lhe uma extensão que ela não comporta, já quanto à renúncia que em si contém, já em relação a contestações a que ela visa a dirimir, porque isso importaria contrariar a vontade das partes que, por meio dela, fazendo renúncia ou abandonando seus direitos numa certa medida, têm a seu favor a presunção de que só renunciaram ou abandonaram aquilo que do ato consta⁴⁷.

Se uma pessoa transigir sobre a indenização que lhe era devida por ferimentos recebidos, não fica prejudicada a ação derivada do agravamento imprevisto das conseqüências do mesmo ferimento. Diversa será a solução se o lesado declarar: "sejam quais forem as conseqüências futuras do acidente", pois não lhe é proibida esta ampla renúncia⁴⁸.

Se as partes entram em acordo e fazem uma transação sobre a validade de um testamento, nada impede que o herdeiro, que renunciou o direito de pedir a nulidade do mesmo testamento, vindo a descobrir que o lesado aí instituído excedera a quota disponível, possa pleitear a redução da liberalidade. O que ele renunciou foi pedir a nulidade do testamento e não o direito de reclamar a sua quota, tanto mais que, ao pleitear a redução, ele estará implicitamente reconhecendo e concordando com a validade do testamento⁴⁹.

A transação pode ser extrajudicial ou preventiva e judicial ou terminativa. A primeira visa a evitar um litígio. A segunda supõe direitos contestados em juízo.

A Lei 8.953, de 13-12-94, alterando a redação do inciso II do artigo 585 do C.P.C., considerou título executivo extrajudicial o instrumento de transação, referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

44 FRANCESCO MESSINEO, *MANUALE de diritto civile e commerciale*, v. 3, p. 236 (*apud* C-A. D. Maluf, ob. cit., p. 3).

45 *Contrato Judicial*, RT, 399, p. 38.

46 RT, 413, p. 193.

47 C.A.D. Maluf, ob. cit., ps. 70/71.

48 CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Com. ao C.C. port. 2, ed. Max Limonad, 1956, v.g. E. 1, p. 454, n. 1.325 (*apud* Maluf, ob. cit., p. 69).

49 CARVALHO SANTOS, *Cód. Civ.*, p. 376.

A transação é anulável quando ocorre um dos vícios de consentimento: erro, dolo e coação. E também na ocorrência de vícios sociais: simulação e fraude contra credores.

A eficácia da transação se opera, em regra, apenas contra os transatores, observadas as exceções do caráter de garantia, solidariedade ou indivisibilidade da obrigação ou da coisa (C.C., artigo 1.031, parágrafos 1º, 2º e 3º).

Se a coisa se evenceu, não prevalece a transação, por falta de objeto, ressalvado o ressarcimento de perdas e danos, na hipótese de o transigente ter agido de má-fé, nos termos do artigo 1.032 do C. Civil.

A nulidade prevista no artigo 1.036 do C. Civil dependerá sempre de ação própria, em que se prove que:

a) um dos transatores, pelo menos, não tinha ciência da sentença transitada em julgado;

b) nenhum dos transatores tinha direito sobre o objeto da transação, em razão de título ulteriormente descoberto.

CLAUSOLE VESSATORIE

VINCENZO ROPPO*

1. Premessa — 2. Il processo di recezione della direttiva Cee n. 93/13 — 3. La collocazione sistematica della nuova disciplina, e la terminologia del legislatore — 4. I presupposti di applicazione della disciplina delle clausole vessatorie, e la distribuzione dell'onere della prova — 5. Il contratto fra consumatore e professionista — 6. Trasparenza e interpretazione del contratto fra consumatore e professionista — 7. Criteri generali di vessatorietà delle clausole: il significativo squilibrio — 8. Segue: il criterio della buona fede — 9. Le clausole presunte vessatorie: un'ipotesi di classificazione — 10. Le clausole di squilibrio — 11. Le clausole di sorpresa — 12. Il giudizio di vessatorietà: criteri di sostegno — 13. Elementi impeditivi della vessatorietà: le clausole riproduttive di leggi o convenzioni internazionali — 14. Segue: la trattativa individuale — 15. Le clausole non immunizzate dalla trattativa individuale — 16. L'inefficacia delle clausole vessatorie — 17. Inefficacia solo parziale — 18. Inefficacia rilevabile d'ufficio, e nel solo interesse del consumatore — 19. Le deroghe per i contratti finanziari — 20. Il regresso del professionista — 21. L'azione inibitoria — 22. La salvaguardia contro clausole di "law shopping" — 23. Clausole vessatorie e condizioni generali di contratto: ovvero, i rapporti fra gli artt. 1.469-bis e segg. e l'art. 1.341 cod. civ. — 24. Fonti normative — 25. Bibliografia.

1. Premessa

La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti fra consumatori e professionisti è rilevante da almeno due punti di vista: dal punto di vista della

* Professor Titular de Direito Civil da Universidade de Gênova.

protezione del consumatore, di cui scrive un nuovo, importante capitolo; e dal punto di vista del contratto, perché introduce regole, concetti, termini che toccano in modo innovativo la figura tradizionalmente consegnata ai civilisti dagli artt. 1.321 e segg. cod. civ.

Nel gran numero dei casi, le discipline di protezione del consumatore-contraente sono discipline di tipo "verticale": hanno cioè per oggetto singoli tipi contrattuali, o — più in generale — singole tipologie di operazioni "merceologicamente" individuate, cioè riferite a ben precisi settori del mercato, a determinati beni o servizi (contratti turistici, bancari, assicurativi, di intermediazione finanziaria, ecc.). La disciplina in esame è invece una disciplina di tipo "orizzontale": taglia trasversalmente una pluralità indefinita di tipi di operazioni e di mercati diversi, avendo per oggetto modalità della negoziazione e contenuti contrattuali suscettibili di trovare applicazione, indistintamente, in tutti i mercati e a tutte le operazioni che vedano un (qualsiasi) consumatore individuale fronteggiare un (qualsiasi) operatore professionale. E del resto, le esperienze più evolute sono lì a testimoniare che la più efficace protezione contrattuale del consumatore, lungi da potersi esaurire in discipline solo "verticali" o solo "orizzontali", implica un accorto mix di entrambe.

Al pari di tante altre nuove discipline che, in questi ultimi anni, sono venute arricchendo la protezione del consumatore (con notevoli riflessi sulla disciplina del contratto), anch'essa è il portato di una direttiva europea — la direttiva Cee (del Consiglio) n. 93/13 del 5 aprile 1993 — sul cui processo di recezione nell'ordinamento italiano merita di soffermarsi brevemente.

2. Il processo di recezione della direttiva Cee n. 93/13

L'iter legislativo che ha condotto alla recezione della direttiva è stato singolarmente non lineare, sviluppandosi tra notevoli oscillazioni e ripensamenti successivi che hanno toccato punti centrali della normativa *in progress*: in particolare, la terminologia impiegata per designare il fenomeno regolato, e la collocazione sistematica della nuova disciplina.

Una commissione ministeriale di prevalente estrazione accademica, presieduta da Massimo Bianca, già nel marzo 1994 aveva prediposto un progetto di legge per la recezione della direttiva. Esso collocava la disciplina nei nuovi artt. 1.342-bis e segg. del codice civile, in immediata contiguità con la norme sulle condizioni generali di contratto e sui contratti conclusi mediante moduli o formulari; e la riferiva a clausole denominate "vessatorie".

Il lavoro della commissione Bianca non fu utilizzato. Si ripartì da zero, agli inizi del 1995, inserendo le ipotesi normative per la recezione della direttiva all'interno del disegno (governativo) di legge comunitaria 1994. Il testo originario, così come proposto dal Governo, dislocava le nuove norme nel quinto

libro del codice, e precisamente nella parte iniziale di questo, in chiusura del capo I del titolo I, contenente le "disposizioni generali" nell'ambito della "Disciplina delle attività professionali": prefigurava, a tal fine, l'introduzione di una serie di articoli numerati 2.062-bis e segg. Le clausole, oggetto di regolamentazione, vi mantenevano la qualifica di "vessatorie".

Qualche mese dopo, un emendamento proposto dallo stesso Governo (nel frattempo, peraltro, mutato quanto a guida, compagine, e segno politico), e approvato dalla competente commissione parlamentare, si fece a delineare un radicale mutamento di scenario: la recezione non si sarebbe realizzata mediante norme poste direttamente dalla legge comunitaria, la quale avrebbe semplicemente conferito al Governo delega (corredata di alcuni concisi principi direttivi) per la redazione della disciplina di dettaglio. Quanto alla collocazione sistematica, l'assenza di qualsiasi indicazione nella norma delegante lasciava libero il legislatore delegato di optare fra la novellazione del codice civile e la formazione di un autonomo testo normativo esterno al codice, e nel primo caso di scegliere in quale luogo del codice collocare le nuove regole. Quanto alla terminologia, si preferiva restare fedeli al linguaggio della direttiva, parlando di clausole "abusive".

Ma anche questa ipotesi tramontò ben presto per essere sostituita, nel seguito dell'iter parlamentare, dalle formulazioni che si sarebbero poi definitivamente tradotte nel testo dell'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 (legge comunitaria 1994): quello appunto che — rinunciando all'idea della delega al Governo — pone in via diretta le norme che finalmente attuano la direttiva Cee n. 93/13.

3. La collocazione sistematica della nuova disciplina, e la terminologia del legislatore

La scelta sistematica ha privilegiato la novellazione del codice rispetto ad una collocazione extracodicistica. Nell'ambito del codice, si è optato per il quarto libro anziché (come pure ad un certo punto dell'iter era stato adombrato) per il quinto. Ma nell'ambito del quarto libro, e precisamente del suo titolo II, dedicato ai "Contratti in generale" — si è lasciata cadere l'ipotesi (a suo tempo proposta dalla commissione Bianca) di chiedere ospitalità alla sezione I ("Dell'accordo delle parti") del capo II, e cioè alla *sedes* delle regole sulla formazione del contratto. Si è preferito invece spingersi al fondo del titolo, e introdurre i nuovi articoli da 1.469-bis a 1.469-sexies, raccolti in un capo autonomo e a sua volta nuovo: il capo XIV-bis, rubricato "Dei contratti del consumatore".

Non è chiaro perché il nuovo capo, che segue il XIV, sia numerato XIV-bis anziché più linearmente XV, come pure sarebbe stato possibile dal momento che esso non si interpone in una sequenza che prosegue con numeri ulteriori,

essendo invece l'ultimo capo del titolo II. Chiaro è, di contro, il senso della collocazione. Inserendo le norme sulla clausole vessatorie nei contratti dei consumatori a seguire immediatamente quelle su nullità, annullabilità, rescissione e risoluzione del contratto, si è voluto sottolineare l'aspetto prevalentemente "remediale" della nuova disciplina, valorizzandone il ruolo di strumento offerto al contraente protetto per reagire contro elementi contrattuali difettosi e lesivi dei suoi interessi. Sottraendo quelle norme al capo relativo all'accordo delle parti, si è voluta rimarcare la valenza prevalentemente "sostanziale" e non "procedimentale" della tutela così offerta: la nuova disciplina dettata a protezione del contraente-consumatore è disciplina di contenuti contrattuali molto più che disciplina del consenso contrattuale (della conclusione del contratto). Infine, in una prospettiva più ampia, la recezione della direttiva in sede di "parte generale" del contratto (del resto ovvia per una disciplina della quale si è già sottolineato il carattere "orizzontale") può essere letta come una piccola rivincita del "contratto in genere" rispetto a quei "singoli contratti" che da qualche tempo sembrano, ben più del primo, comandare l'evoluzione dell'istituto.

In punto di terminologia, il legislatore fa una scelta venata di un certo nazionalismo linguistico. Rifiuta il nome internazionalmente più accreditato — di clausole "abusives": nome che la diffusione di formule quali *clauses abusives* e *missbrauchliche Klauseln* indica come oramai dominante nei contesti linguistici francese e tedesco (mentre in area anglofona si preferisce parlare di *unfair terms*); nome accolto nella stessa versione ufficiale in lingua italiana della direttiva, la quale si intitola alle "clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori". Il legislatore preferisce parlare di clausole "vessatorie", riprendendo un termine certamente più tradizionale — ancorché non codificato normativamente — del nostro lessico giuridico (salvo, peraltro, dimenticarsene in due luoghi, nei quali si lascia sfuggire il termine "abusivo": art. 1.469-*quinquies*, comma 4 e 1.469-*sexies*, comma 1 cod. civ.).

Niente di male, o poco male. Se non fosse che proprio per questo rischia di crearsi sovrapposizione e confusione fra due fattispecie diverse: fra le clausole (dalla legge ora chiamate) "vessatorie" di cui agli artt. 1.469-*bis* e segg. cod. civ. e le clausole (che un radicato uso linguistico parimenti designa come) "vessatorie" di cui all'art. 1.341, comma 2, cod. civ. Per chiarezza, delle due l'una: o, nonostante la diversa formulazione legislativa, le clausole dell'art. 1.469-*bis* cod. civ. si chiameranno "abusives", seguendo la qualificazione internazionalmente più diffusa, ed allora le clausole dell'art. 1.341 cod. civ. potranno continuare a chiamarsi "vessatorie"; oppure converrà che queste ultime dismettano il tradizionale aggettivo (per denominarsi ad esempio "onerose"), se per le prime si preferirà restare fedeli al linguaggio del legislatore del 1996. E' questa l'opzione che sembra prevalere fra gli interpreti, in questo primissimo

scorcio di vigenza della nuova disciplina: e ad essa ci si attiene nel presente scritto.

Si è delineata, poco sopra, una contrapposizione fra gli artt. 1.469-*bis* e segg., in quanto portatori di una disciplina "sostanziale", e l'art. 1.341 cod. civ., portatore invece di una disciplina "procedimentale". La contrapposizione ha un sicuro fondamento, ma non va esasperata. Per un verso, anche la più vecchia disciplina poggia su qualche elemento contenutistico: dopo tutto, le clausole onerose sono sottoposte al regime dell'art. 1.341, comma 2 cod. civ. in quanto hanno quei certi contenuti. E, per converso, la normativa appena introdotta esibisce più di un elemento procedimentale: come vedremo, una clausola può essere vessatoria in quanto nullifica il valore dell'effettivo consenso contrattuale del consumatore (art. 1.469-*bis*, comma 3, n. 10 cod. civ.); è (salve limitate eccezioni) nessuna clausola è vessatoria, se su essa il consenso contrattuale risulta essersi formato per via di negoziato individuale (art. 1.469-*ter*, comma 4 cod. civ.).

4. I presupposti di applicazione della disciplina delle clausole vessatorie, e la distribuzione dell'onere della prova

Per individuare ed analizzare gli elementi rilevanti ai fini del giudizio di vessatorietà (e dell'applicazione delle relative conseguenze legali), conviene porsi dal punto di vista dell'azione, cioè dal punto di vista delle parti litiganti in giudizio: impegnate l'una (il "consumatore") a far valere la vessatorietà della clausola, onde escluderne l'operatività nel rapporto contrattuale in questione, l'altra (il "professionista") a negare la vessatorietà, onde salvare l'operatività della clausola. Più precisamente, ci si colloca dal punto di vista della distribuzione degli oneri probatori fra consumatore e professionista.

Il consumatore — sia che nel giudizio abbia veste di attore (perché aziona verso il professionista una pretesa apparentemente contraddetta da una clausola del contratto) sia che abbia veste di convenuto (perché si difende da una pretesa del professionista nei suoi confronti, fondata su una clausola del contratto) — ha sempre l'onere di provare, in primo luogo, che il contratto in questione è un contratto fra consumatore e professionista, ai sensi dell'art. 1.469-*bis*, commi 1 e 2 cod. civ.

A questo punto, gli schemi di distribuzione dell'onere della prova si diramano, a seconda che la clausola litigiosa corrisponda ad uno dei "tipi" di clausola compresi nell'elenco delle clausole "presunte vessatorie" dell'art. 1.469-*bis*, comma 3, cod. civ., oppure non corrisponda a nessuno di essi.

Se la clausola litigiosa rientra nell'elenco, essa si presume vessatoria "fino a prova contraria" (art. 1.469-*bis*, comma 3 cod. civ.): dunque il consumatore è sgravato di qualsiasi ulteriore onere probatorio, che a questo punto si sposta

sul professionista. Per smentire la presunzione, e così difendere la sua clausola dall'impugnativa del consumatore, il professionista deve provare, in alternativa:

a) che manca nella fattispecie concreta l'elemento costitutivo della vessatorietà, cioè quel "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", in danno del consumatore, di cui parla l'inciso finale dell'art. 1.469-bis, comma 1, cod. civ.; oppure

b) che è presente nella fattispecie concreta uno dei due elementi impeditivi della vessatorietà, e cioè:

b1) che la clausola riproduce disposizioni di legge, o riproduce disposizioni o attua principi di determinate convenzioni internazionali, come previsto dall'art. 1.469-ter, comma 3, cod. civ.; oppure

b2) che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale, secondo la previsione dell'art. 1.469-ter, comma 4, cod. civ.

Se invece la clausola litigiosa non rientra nell'elenco, ciò non esclude che possa essere ugualmente vessatoria: semplicemente, non si presume tale. Per conseguenza, l'onere di provarne la vessatorietà incombe al consumatore che tale vessatorietà invoca. Secondo i principi che presiedono alla distribuzione dell'onere della prova (e che impongono di distinguere fra elementi costitutivi ed elementi impeditivi della posizione fatta valere) spetta dunque al consumatore provare l'elemento costitutivo della vessatorietà, e quindi che la clausola crea a suo danno un significativo squilibrio contrattuale.

Provato ciò, il consumatore ha assolto il suo onere. L'onere si trasferisce a questo punto sul professionista che, per difendere la sua clausola, deve provare qualcuno degli elementi impeditivi: e cioè, come si è già detto, che la clausola riproduce/attua leggi o convenzioni internazionali; oppure, in alternativa, che la clausola è stata negoziata individualmente.

Nei paragrafi che seguono, si procede a esaminare i singoli elementi del giudizio di vessatorietà, come sopra sinteticamente rappresentati.

5. Il contratto fra consumatore e professionista

Il primo presupposto di applicabilità della nuova disciplina è che la clausola litigiosa sia inserita in un contratto il quale presenti i requisiti dell'art. 1.469-bis, commi 1 e 2 cod. civ.

Requisiti oggettivi: deve trattarsi in primo luogo di contratto "avente per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi" (comma 1). Occorre poi (ma questo, a veder bene, è un requisito che la legge pone in modo implicito, e definisce in negativo: più avanti, al n. 14) che il contratto sia predisposto unilateralmente dal professionista. Non occorre invece che sia un contratto predisposto per regolare in modo uniforme una pluralità di rapporti contrattuali

omogenei: la nuova disciplina è disciplina di contratti per adesione, non necessariamente di contratti standard.

E poi requisiti soggettivi, attinenti la qualificazione socio-economica delle parti: il contratto deve essere "concluso tra il consumatore e il professionista" (comma 1), figure che il comma 2 si cura di definire più precisamente, stabilendo che "il consumatore è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta", mentre "Il professionista è la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto" in questione.

La definizione di consumatore esclude che la protezione legale contro le clausole abusive possa venire invocata da un operatore di *small business* che — nel rapporto professionale con un operatore più forte — si trovi a dover aderire al contratto predisposto da quest'ultimo. Esclude anche dai benefici della disciplina il soggetto non professionale (il consumatore) che non sia persona fisica: ad esempio l'associazione *non profit* che deve procurarsi beni o servizi necessari per le finalità (culturali, assistenziali, ecc.) dalla stessa perseguite. Esclusioni del genere sono state ampiamente criticate, già in sede di commenti alla direttiva non ancora recepita.

La definizione di professionista comprende sia imprenditori sia liberi professionisti intellettuali. Merita di essere segnalata l'equiparazione (probabilmente la prima significativa equiparazione di trattamento giuridico) fra due figure che la nostra tradizione e l'impianto stesso del codice — per fedeltà a vecchi postulati ideologici, contraddetti in misura crescente dagli sviluppi delle realtà professionali — hanno sempre preferito mantenere sotto statuti legali rigidamente distinti.

La definizione, poi, indica che professionista può essere anche una "persona giuridica pubblica". Il pensiero corre naturalmente all'ente pubblico imprenditore (art. 2.093 cod. civ.). Senonché, con le "privatizzazioni" avviate nel 1992, e le conseguenti trasformazioni degli enti pubblici in società per azioni di diritto privato, la categoria è oramai in via di estinzione (l'unico esempio significativo che oggi residua è forse l'Ente Poste). Ci si può domandare se nella definizione di professionista rientrare l'ente pubblico (o comunque l'organizzazione pubblica) che non abbia veste di imprenditore, ma intrattenga comunque rapporti contrattuali con consumatori: si pensi ad una unità sanitaria locale o ad una clinica universitaria. Per molti aspetti (che qui non possono neppure accennarsi), la ricomprensione sembra giustificata.

L'identificazione dei presupposti di applicazione della disciplina esporrà l'interprete a problemi di soluzione non immediata. Solo qualche esempio.

E' protetto, come consumatore, chi "agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta": *quid*, allora, degli ac-

quisti di beni o servizi per “uso promiscuo” (come l’automobile o il computer che l’acquirente intenda utilizzare in parte per le proprie esigenze professionali e in parte anche per il “tempo libero”)? Già l’interpretazione letterale della norma suggerisce di dare spazio, anche in questo caso, alla tutela del consumatore: egli agisce pur sempre (anche, sebbene non solo) per scopi estranei alla sua attività professionale; e la legge non dice che egli deve agire *esclusivamente* per scopi estranei a questa. Ancor più lo suggerisce la sua *ratio*.

Ancora. E’ protetto, contro le clausole abusive contenute nel modulo di fideiussione, chi garantisce la banca creditrice per un debito altrui? La questione si snoda attraverso due passaggi. Il primo consiste nel valutare se ci si trovi qui in presenza di un contratto avente ad oggetto “la prestazione di servizi” (dal professionista al consumatore, nella ovvia implicazione della legge): in una prospettiva di rigore letterale, si sarebbe tentati di rispondere negativamente, visto che il fideiussore non riceve un servizio dalla banca (di cui forse non è neppure cliente), ma, semmai presta alla banca un servizio (di garanzia); a sostegno dell’opposta soluzione, può argomentarsi che la fideiussione è strumentale e accessoria al servizio di erogazione del credito prestato dalla banca al debitore principale, cosicché — partecipando della natura di questo — ben può essere attratta nella relativa disciplina di protezione contrattuale. Ammettendo di poter risolvere positivamente il primo passaggio, il secondo è: come valutare se il fideiussore agisce, oppure no, “per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”? Sarà abbastanza facile riconoscere scopi non professionali nella moglie che per pura *affectio coniugalis* dà alla banca fideiussione per il marito imprenditore; e viceversa ravvisare lo scopo professionale nel socio-amministratore che dà fideiussione per la sua società. Ma non mancheranno situazioni grige, di più ardua decifrazione.

E ancora. Si immagini che un imprenditore stipuli un’assicurazione in favore dei suoi dipendenti, per coprirli contro certi rischi extraprofessionali; oppure si immagini che un imprenditore edile realizzi un immobile facendosi finanziare da una banca con un contratto di mutuo, il quale poi viene frazionato fra i consumatori acquirenti dei singoli appartamenti, che se lo accollano *pro quota*: il contratto (non stipulato da consumatori, ma di cui ora sono parti consumatori) soggiace alla disciplina delle clausole vessatorie? Si tenderà a rispondere di no, se si pensa che tale disciplina guardi essenzialmente al contratto in quanto atto (come parrebbe confortato dalla lettera della legge, laddove nell’*ilv* dell’art. 1.469-bis, comma 1, cod. civ. parla di “contratto concluso tra il consumatore e il professionista”), perché in tal caso deve aversi riguardo al soggetto “contraente” e non già al soggetto “assicurato”, e nella fattispecie il contraente non ha certo qualità di consumatore. Dovrà invece risponderci sì, se si assume che le nuove regole abbiano piuttosto di mira il contratto in quanto rapporto, e che sarebbe ripugnante alla *ratio* della disciplina negarne l’applicabilità a clausole (abusive) destinate in definitiva a operare direttamente nei

confronti di un soggetto con tutte le caratteristiche di “consumatore”. (Analogo problema è stato affrontato, e risolto esplicitamente in quest’ultimo senso, dal legislatore che ha recentemente disciplinato i contratti per la vendita di pacchetti turistici: cfr. l’art. 5 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 111, secondo cui il “consumatore” destinatario delle norme protettive è non solo chi stipula il relativo contratto, ma altresì “qualunque persona, anche da nominare, ... per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare... un pacchetto turistico”).

6. Trasparenza e interpretazione del contratto fra consumatore e professionista

I due aspetti evocati dal titolo di questo paragrafo sono presi in considerazione nei due commi dell’art. 1.469-*quater* cod. civ. La norma, a veder bene, non riguarda specificamente le clausole vessatorie: il suo oggetto è qualunque contratto fra consumatore e professionista che rientri nella tipologia dell’art. 1.469-*bis*, comma 1 cod. civ., contenga o non contenga clausole vessatorie.

Il primo comma (nonostante la rubrica dell’articolo, che si rivela sotto questo profilo fuorviante) non pone un requisito di forma, bensì appunto di trasparenza. Dal suo tenore si ricava infatti, *a contrario*, che un contratto fra consumatore e professionista può anche farsi verbalmente; solo se fatto per iscritto, si richiede che le sue clausole siano “redatte in modo chiaro e comprensibile”. La norma ripete in via generale, a livello di disciplina “orizzontale”, una prescrizione dettata, per esempio, nella disciplina “verticale” dei contratti turistici (cfr. l’art. 6, comma 1 del citato decreto legislativo n. 111/1995: “Il contratto di vendita di pacchetti turistici è redatto in forma scritta in termini chiari e precisi”).

Si è affermato che il precetto è privo di sanzione. L’affermazione non sembra del tutto vera, se si collega la norma in esame con l’art. 1.469-*ter*, comma 2, cod. civ. Questo dispone che il giudizio di vessatorietà delle clausole non può riferirsi “alla determinazione dell’oggetto del contratto, né all’adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile”. Dunque la formulazione di una clausola in modo non chiaro e comprensibile, laddove essa riguardi la determinazione dell’oggetto del contratto ovvero del corrispettivo, è sanzionata: sanzionata, precisamente, con la possibilità che quella clausola sia qualificata vessatoria sotto profili normalmente sottratti al giudizio di vessatorietà.

Il secondo comma (“In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l’interpretazione più favorevole al consumatore”) ripete la regola di *interpretatio contra stipulatorem*, già posta dall’art. 1.370 cod. civ. per condizioni generali di contratto, moduli e formulari. Qui, però, la regola può aprire un

problema che si lega alle conseguenze del carattere vessatorio della clausola, e cioè (come si vedrà meglio nel seguito) all'inefficacia della clausola stessa e alla sua espunzione dal regolamento contrattuale, che per il resto rimane fermo. Si immagini una clausola, certamente orientata all'interesse dell'impresa e contro l'interesse del consumatore, ma non univoca nel suo significato: essa può interpretarsi nel senso x (meno gravoso per il consumatore, e per questo tale da non raggiungere la soglia della vessatorietà) oppure nel senso y (più gravoso per il consumatore, al punto di far scattare la qualifica di vessatorietà). Di qui il dilemma dell'interprete, chiamato ad applicare la regola di favore per il consumatore: se la clausola viene intesa nel senso x, di per sé più vantaggioso per il consumatore, la clausola risulta non vessatoria e quindi resta nel contratto, determinando comunque qualche peso a carico del consumatore; se invece la si interpreta nel senso y, di per sé più duro per il consumatore, questi in realtà finirebbe per ottenerne il massimo vantaggio, perché la clausola (da qualificare, in base a tale interpretazione, come vessatoria) sarebbe inefficace, scomparirebbe completamente dal contratto e così non graverebbe sul consumatore né tanto né poco.

7. Criteri generali di vessatorietà delle clausole: il significativo squilibrio

A norma dell'art. 1.469-bis, comma 1, cod. civ., "si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

Il criterio centrale, per qualificare vessatoria una clausola, è dunque quello del "significativo squilibrio". Criterio non facile da applicare in concreto, ancor meno facile da definire in astratto. Quando c'è "squilibrio"? In prima istanza può dirsi: quante volte si deroga, a detrimento del consumatore, alla disciplina delle rispettive posizioni contrattuali quale risulta dal diritto dispositivo (assunto come ideale livello di "equilibrio" delle medesime). Ma è evidente che questo metro di valutazione non potrà utilizzarsi quando il contratto non corrisponde a un tipo legale, né quando — pur trattandosi di un tipo legale — la clausola litigiosa riguarda aspetti non considerati dalla disciplina dispositiva del tipo.

E' comunque chiaro che il principale punto di riferimento per individuare che cosa significhi "squilibrio dei diritti e degli obblighi" contrattuali, ai sensi dell'art. 1.469-bis, comma 1, cod. civ., è rappresentato dai "tipi" di clausole presunte vessatorie, che si trovano elencate al terzo comma del medesimo art. 1.469-bis. La legge, appunto, le presume vessatorie: come dire che riconosce presente in esse, in prima approssimazione, l'elemento costitutivo della vessatorietà, e cioè appunto lo squilibrio fra le posizioni delle parti. Se ne ricava che l'idea legale di squilibrio contrattuale è un'idea dai molti volti: almeno tutti i volti riflessi dalle venti voci che compongono l'elenco del terzo comma.

E poi: accertata la presenza dello squilibrio, quando lo si può dire "significativo"? Ci saranno, agli estremi, casi di soluzione intuitiva in un senso o nell'altro: casi in cui lo squilibrio è assolutamente trascurabile, e casi in cui, al contrario, si presenta *prima facie* clamoroso. Ma ci sarà anche, fra i due estremi, un'estesa zona grigia in cui l'apprezzamento della "significatività" dello squilibrio non potrà che rimettersi, caso per caso, alla prudente discrezionalità del giudicante.

8. Segue: il criterio della buona fede

La clausola è vessatoria quando determina il "significativo squilibrio" appena descritto, "malgrado la buona fede". L'infelicissima formulazione dell'inciso trascina nel testo della normativa di recezione l'errore già annidato nella cattiva versione in lingua italiana del testo della direttiva (errore che non si riscontra invece nelle versioni francese, inglese e tedesca): l'interprete, che da subito e ripetutamente aveva avvertito del problema e messo in guardia il legislatore impegnato a recepire, può solo dolersi (non più sorprendersi, ormai) dell'ottusa pervicacia o della voluttuosa determinazione con cui il legislatore si ostina a sbagliare il testo delle leggi.

Sta di fatto che il testo è quello che è. Poggiando sulla sua apparenza letterale, qualcuno intende la buona fede da esso evocata come buona fede soggettiva. La tesi è però contraddetta dalla chiarissima volontà del legislatore europeo, e anche da dati "di sistema" dell'ordinamento italiano: quando un contratto è difettoso, e si espone perciò all'operare di un rimedio contrattuale, vale il principio per cui il rimedio è azionabile a prescindere dalla buona fede (soggettiva) della parte tutelata o dalla mala fede di controparte; possono esservi eccezioni (ad esempio: il contratto dell'incapace naturale può essere annullato, l'atto di disposizione del debitore in frode ai creditori può essere revocato, solo se risulta la mala fede di controparte; nella vendita di cosa altrui l'acquirente può risolvere il contratto solo se era inbuona fede), ma sono eccezioni tipiche e tassative, di modo che se la legge non dice nulla vale la regola generale dell'irrelevanza di questo stato soggettivo; e allora che bisogno ci sarebbe stato di esplicitare qui tale irrilevanza?

Nel testo in esame, la buona fede è certamente buona fede in senso oggettivo, cioè regola di correttezza nelle relazioni contrattuali. E la norma vuol dire che la clausola è vessatoria, quando il significativo squilibrio da essa determinato ripugna a tale regola di correttezza. In questo senso, l'elemento della (contrarietà a) buona fede si presenta — insieme e in aggiunta al significativo squilibrio — come elemento costitutivo della vessatorietà.

Il dato può avere qualche rilevanza sotto il profilo dell'onere della prova. Se la clausola litigiosa è compresa nell'elenco, la sua vessatorietà si presume,

e il consumatore non deve provarne gli elementi costitutivi: è il professionista a dover provare l'assenza di questi; e, se non gli riesce di provare l'assenza di significativo squilibrio, potrà cercare almeno di provare che questo trova, nella fattispecie, qualche giustificazione che lo rende non contrario a buona fede. Se invece la clausola non è compresa nell'elenco, a rigore incombe al consumatore l'onere di provare gli elementi costitutivi della vessatorietà, e dunque, oltre al significativo squilibrio, anche la sua contrarietà a buona fede: una prova assolutamente rigorosa e concludente sul punto può non essere facile da organizzare; credo che siamo in uno di quei casi in cui può scattare (ancorché non prevista esplicitamente dalla legge) una presunzione, in forza della quale immaginare che, di fronte ad un significativo squilibrio di diritti e obblighi fra le parti, la violazione della buona fede sia *in re ipsa*; per modo che spetti al professionista, anche qui, dimostrare, se ci riesce, che la clausola, ancorché significativamente squilibrante, non ripugna a correttezza.

E' chiaro comunque che il richiamo all'elemento della buona fede — probabilmente contro le intenzioni del legislatore (anche europeo!) — gioca solo a favore del professionista, e contro il consumatore: nella peggiore delle ipotesi (ove cioè non si accogliesse la soluzione appena proposta) gli imporrebbe in qualche caso un onere probatorio aggiuntivo; nella migliore delle ipotesi, e in ogni caso, offrirebbe al professionista materia per una possibile (ancorché difficile) prova "liberatoria" dall'addebito di vessatorietà.

In chiusura del discorso sui criteri generali della vessatorietà, può essere interessante ricordare che fino a poco prima dell'approvazione del suo testo definitivo, la direttiva prevedeva un criterio ulteriore, destinato a operare in alternativa a quello dello squilibrio contrario a buona fede: lo si sarebbe potuto definire il criterio della "sorpresa", giacché alla stregua di esso una clausola si sarebbe dovuta qualificare "abusiva" anche quando essa "rende l'esecuzione del contratto significativamente differente da quella che il consumatore legittimamente poteva aspettarsi". Ma nel testo finale della direttiva il criterio della sorpresa non compare più.

9. Le clausole presunte vessatorie: un'ipotesi di classificazione

Il terzo comma dell'art. 1.469-bis cod. civ. racchiude il cuore della nuova disciplina: quell'elenco di clausole "presunte vessatorie" intorno alle quali — è realistico immaginare — si svilupperà la gran parte del contenzioso, e si realizzerà la gran parte delle applicazioni giudiziali.

L'elenco — in venti voci — è molto ricco: un pò più ricco di quello allegato alla direttiva, giacché aggiunge ad esso — come si vedrà fra breve — almeno tre tipi di clausole, ei non previsti (come consentito dalla stessa direttiva, che

dichiarando il proprio carattere "minimale" risultava aperta, in sede di ricezione nei diritti interni, ad ampliamenti e non invece a riduzioni dell'elenco).

Si propone nel seguito una classificazione dei diversi tipi di clausole presunte vessatorie: da intendersi come nulla più che un piccolo aiuto a sistemare e razionalizzare le numerose fattispecie proposte dalla norma, nella piena consapevolezza — anche per l'esistenza di numerose zone grige — del suo valore affatto relativo, e della opinabilità degli inquadramenti proposti.

L'ipotesi è di ordinare le clausole dell'elenco (richiamate, nel seguito, con il numero d'ordine che esse ricevono nell'ambito del terzo comma dell'art. 1.469-bis cod. civ.) in due grandi categorie, che intitolerei "clausole di squilibrio" e rispettivamente "clausole di sorpresa". La prima comprende clausole accomunate dalla caratteristica di prevedere determinati pesi contrattuali a carico del consumatore e non anche del professionista, ovvero determinati vantaggi contrattuali a favore del professionista e non anche del consumatore: la *ratio* unificante si identifica dunque con quello "squilibrio" che costituisce il criterio generale della vessatorietà. Nella seconda categoria confluiscono clausole il cui connotato dominante è piuttosto quello di rendere "l'esecuzione del contratto significativamente differente da quella che il consumatore legittimamente potrebbe aspettarsi": la *ratio* che le unifica corrisponde dunque a quel criterio della "sorpresa", che — come si è visto poco sopra — fino a un certo punto dell'iter della direttiva concorreva a governare il giudizio di vessatorietà, e la cui formale espunzione non impedisce che il suo spirito continui, attraverso molte clausole dell'elenco, ad aleggiare diffusamente sulla nuova disciplina.

Prima, tuttavia, conviene ricordare ancora una volta che l'elenco ha una portata solo probatoria. Con questa doppia conseguenza: che una clausola può essere non vessatoria anche se risulta compresa nell'elenco; e che una clausola può essere vessatoria anche se non compare nell'elenco. Deve aggiungersi che, realisticamente, la prima ipotesi sarà molto più difficile a verificarsi rispetto alla seconda.

10. Le clausole di squilibrio

Lo "squilibrio" che le clausole di questa categoria determinano fra diritti e obblighi delle parti si manifesta sotto vari profili, cui possono farsi corrispondere altrettante sottocategorie.

10.1. *Lo squilibrio quanto alla disponibilità del vincolo contrattuale*. Vi sono clausole in cui lo squilibrio si manifesta nel rendere il professionista arbitro della formazione e del permanere del vincolo contrattuale (che in sostanza sono rimessi alla sua discrezione), mentre il consumatore è e resta, senza possibilità di scelta, contrattualmente vincolato. Vi si possono ricondurre:

a) la clausola che prevede “un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà” (n. 4);

b) la clausola che riconosce “al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto” (n. 7, prima parte);

c) la clausola (non compresa nell'elenco della direttiva) che prevede “l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore” (n. 20).

10.2. *Lo squilibrio quanto al regime di responsabilità del consumatore.* In altre clausole, l'asimmetria delle posizioni contrattuali emerge nella forma di un particolare aggravio della responsabilità del consumatore, cui non fa riscontro un regime di responsabilità del professionista ugualmente severo. Alla sottocategoria appartengono:

a) la clausola che esclude o limita “l'opponibilità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo” (n. 3);

b) la clausola che consente “al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o ne recede, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere” (n. 5);

c) la clausola che impone “al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo” (n. 6).

d) la clausola che limita o esclude “l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento da parte del consumatore” (n. 16).

10.3. *Lo squilibrio quanto al regime di responsabilità del professionista.* La sottocategoria più numerosa comprende clausole che risultano squilibrate perché introducono un regime di speciale favore per il professionista, prevedendo esclusioni o limitazioni della sua responsabilità per inadempimento, ovvero sottraendo al consumatore garanzie o rimedi legali normalmente offerti, contro l'inadempiente, alla parte che subisce l'inadempimento. Vengono in gioco:

a) la clausola che esclude o limita “la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista” (n. 1);

b) la clausola che esclude o limita “le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista” (n. 2);

c) la clausola che consente “al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto” (n. 7, seconda parte), e così preclude al consumatore non solo di agire per il risarcimento, ma addirittura di ripetere l'indebito!;

d) la clausola che riserva “al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto” (n. 14, prima parte);

e) la clausola che limita “la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatari” o subordina “l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità” (n.15).

10.4. *Lo squilibrio quanto alla tutela dei diritti.* Alcune clausole precludono o rendono più difficile al consumatore la difesa e l'attuazione (specie in giudizio) delle proprie posizioni contrattuali. In particolare:

a) le clausole che sanciscono “a carico del consumatore decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'allegazione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova” (n. 18, prima parte);

b) la clausola che stabilisce “come foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore” (n. 19): l'elenco della direttiva non la contempla.

10.5. *Altre clausole di squilibrio.* Alla logica dello squilibrio sembrano infine riconducibili altre clausole dell'elenco, non inquadrabili nelle sottocategorie precedenti. Ad esempio:

a) la clausola che conferisce al professionista “il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto” (n. 14, seconda parte);

b) la clausola (anch'essa non contemplata dalla direttiva) che impone al consumatore “restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi” (n. 18, ultima parte).

11. Le clausole di sorpresa

Anche le clausole di sorpresa — quelle, cioè, che espongono il consumatore al rischio di trovarsi successivamente implicato in situazioni contrattuali diverse (e più svantaggiose) rispetto a quelle che egli poteva ragionevolmente immaginare o prevedere al tempo della conclusione del contratto — sono raggruppati in sottocategorie, con riguardo al genere di sorpresa cui il consumatore viene esposto.

11.1. *La sorpresa quanto al vincolo.* La sorpresa riguarda il vincolo, quando la situazione nuova e impreveduta cui il consumatore viene messo di fronte, per

effetto della clausola, attiene alla permanenza del vincolo contrattuale (il quale, in ipotesi, risulti inopinatamente sciolto quando il consumatore se ne attendeva la prosecuzione, o, viceversa, inopinatamente protratto quando il consumatore se ne attendeva la cessazione).

Nella sottocategoria rientrano:

a) la clausola che consente “al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa” (n. 8);

b) la clausola che fissa “un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione” (n. 9).

11.2. *La sorpresa quanto al regolamento contrattuale.* La sorpresa riguarda il regolamento contrattuale quando il consumatore è esposto, per effetto della clausola, a subire contenuti contrattuali (in concreto: modalità dei diritti ed obblighi reciproci delle parti) per lui inattesi. Vi si possono ascrivere:

a) la clausola (ripugnante alla *ratio* dell'art. 1.341, comma 1 cod. civ.) che prevede “l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto” (n. 10);

b) la clausola che prevede “che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione” (n. 12);

c) ma soprattutto le varie clausole che attribuiscono al professionista un eccessivo o ingiustificato *ius variandi*, non bilanciato da adeguate contromisure a vantaggio del consumatore: è il caso della clausola che consente “al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso” (n. 11), e così pure della clausola che consente “al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto” (n. 13).

11.3. *La sorpresa quanto a controparte.* E' quella insita nella clausola che consente “al professionista di sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, quando risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo” (n. 17).

12. Il giudizio di vessatorietà: criteri di sostegno

All'interprete impegnato a valutare se una clausola sia vessatoria (e cioè generi notevole squilibrio fra le posizioni delle parti) la legge prescrive criteri, alla cui stregua formulare tale giudizio. Si tratta, più precisamente, di tre criteri dettati in positivo, e di due criteri indicati in negativo.

Cominciamo da questi ultimi, contenuti entrambi nell'art 1.469-ter, comma 2 cod. civ.

Prima di tutto, “La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto”. In altre parole, una clausola non può ritenersi vessatoria solo perché indica l'oggetto del contratto in un bene o un servizio che potrebbe apparire non conveniente o discutibile dal punto di vista dell'interesse del consumatore (in quanto, per esempio, assolutamente inutile, frivolo, assurdo): su questo punto, che identifica il cuore della scelta di autonomia privata, l'autonomia privata stessa (sempre che, ovviamente, sostenuta da capacità di agire e integrità del volere) deve conservarsi sovrana, ai limiti del capriccio e dell'arbitrio, e non sopporta la sovrapposizione di valutazioni e tutele esterne.

Inoltre, il giudizio di vessatorietà non può riguardare “l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi”: ovvero, lo squilibrio rilevante per la qualifica di vessatorietà è solo uno squilibrio “normativo”, e non anche uno squilibrio “economico”. La *ratio* sembra la stessa: in linea di principio (e fatte salve gravi patologie del processo o del contesto di formazione del vincolo) l'economia del contratto è materia gelosamente riservata all'autonomia privata, su cui la legge non interviene.

Deve tuttavia richiamarsi quanto già accennato: i due criteri negativi non operano, quando gli elementi cui essi si riferiscono (oggetto, prezzo) non “siano individuati in modo chiaro e comprensibile”. In altre parole: se una clausola è oscura o comunque non (ben) comprensibile nel definire l'oggetto del contratto (cioè la prestazione dovuta dal professionista) o nel quantificare il corrispettivo dovuto dal consumatore, la clausola può essere qualificata vessatoria anche sotto il profilo del tipo di bene o servizio implicato, o rispettivamente dell'adeguatezza del suo corrispettivo. Campo privilegiato di questa regola derogatoria al principio è, come del resto esplicita il “considerando” 19 della direttiva, il contratto di assicurazione: si pensi, quanto all'oggetto, alla clausola di una polizza danni che determini in modo contorto e poco decifrabile il rischio assicurato; si pensi, quanto al prezzo, alla clausola di una polizza vita che in modo altrettanto contorto e poco decifrabile determini i premi dovuti dall'assicurato.

Veniamo ai tre criteri positivi, contenuti tutti nel primo comma dell'art. 1.469-ter cod. civ.

Un criterio è che “La vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto”. E' ovvio che la clausola cui si allude qui non è quella che identifica il bene o il servizio (la quale, al pari di quella relativa al prezzo, per quanto visto poco sopra è generalmente sottratta al giudizio di vessatorietà), bensì è una qualsiasi altra clausola, diversa da questa. Come dire che la “qualità” del bene o del servizio non può

costituire, essa stessa, diretta materia del giudizio di vessatorietà; ma ben può fondare un giudizio di vessatorietà riferito ad altra clausola (ad esempio, la clausola relativa a determinate modalità di consegna del bene o di prestazione del servizio può essere qualificata vessatoria, proprio in ragione della natura del bene da consegnare o del servizio da rendere).

Gli altri due criteri, che non sembrano abbisognare di illustrazione particolarmente diffusa, valorizzano il “contesto” nel quale si situano la clausola litigiosa e il contratto che la contiene. La clausola può giudicarsi vessatoria, alla luce di un “riferimento alle circostanze esistenti al momento della... conclusione” del contratto. E può giudicarsi vessatoria, altresì, in forza del “riferimento... alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende”.

13. Elementi impeditivi della vessatorietà: le clausole riproduttive di leggi o convenzioni internazionali

Una clausola può presentare tutti gli elementi costitutivi della vessatorietà (perché determina un notevole squilibrio, contrario a buona fede, fra diritti e obblighi delle parti), e tuttavia non essere vessatoria, per la presenza di un elemento impeditivo della vessatorietà.

Il primo elemento impeditivo, enunciato dal terzo comma dell'art. 1.469-ter cod. civ., è la coincidenza fra contenuto della clausola e contenuto di qualche testo normativo: “Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea”. Ed è ovvio che il relativo onere probatorio spetta al professionista, interessato a dimostrare che la vessatorietà non sussiste, in quanto appunto impedita da quella coincidenza di contenuti.

La *ratio* della previsione di immunità per le clausole riproduttive di norme è di facile comprensione (e del resto l'aveva già codificata, in Germania, il § 8 *AGBGesetz*). E tuttavia non sfugge che essa opera in netta controtendenza rispetto agli obiettivi di uniformazione, perseguiti dalla direttiva: la stessa clausola, vessatoria in uno Stato membro dell'UE, può non essere tale in altro Stato, perché nel secondo e non nel primo esiste una norma al cui contenuto la clausola corrisponde.

Il riferimento alle “disposizioni di legge” suona più restrittivo della corrispondente previsione della direttiva, che parla di “disposizioni legislative o regolamentari”. E' una restrizione della quale può discutersi il senso e l'opportunità: il suo impatto sarà particolarmente forte per i contratti relativi a servizi soggetti ad autorità amministrative indipendenti (“authorities”), generalmente

dotate di ampi poteri (oltre che di controllo, anche) di normazione dei rapporti fra imprese erogatrici ed utenti (normazione che, per essere secondaria e non primaria, non ha la forza di immunizzare dal giudizio di vessatorietà le clausole che ne riproducano i contenuti). Quel che è certo, è che essa si presenta formalmente in linea con il carattere di “tutela minimale”, proprio della direttiva: adottandola, il legislatore italiano ha circoscritto la possibilità che il professionista dimostri la non vessatorietà delle sue clausole, correlativamente innalzando la soglia di protezione del consumatore, come la direttiva consente di fare.

Resta aperto, tuttavia, un problema che direi eminentemente teorico, di efficacia delle fonti. Si immagini una clausola vessatoria, riproduttiva di norma regolamentare. In quanto vessatoria, e non immunizzata *ex art. 1.469-ter*, comma 3 cod. civ., la clausola è inefficace, viene rimossa dal contratto e dunque non si applica ai rapporti fra le parti (più avanti, al n.16). Ma per salvare il senso di questa disciplina occorre aggiungere che non vi si applica neppure la norma regolamentare di cui la clausola è riproduttiva. E allora: può sostenersi che la stessa norma regolamentare (e non semplicemente la clausola che la riproduce) è messa fuori gioco dalla disciplina delle clausole vessatorie (per abrogazione tacita, se il regolamento è anteriore; per illegittimità, se il regolamento è posteriore)? Questa conclusione non è immediatamente scontata, e richiede qualche passaggio argomentativo non banale; ma, in mancanza di essa, al rapporto contrattuale si applicherebbe non la clausola, bensì la norma di identico contenuto, sostanzialmente vanificando il precetto in esame.

Le disposizioni di legge, capaci di immunizzare le clausole conformi dal giudizio di vessatorietà, possono essere imperative, ma anche dispositive. L'importante è che siano precetti direttamente attributivi dei diritti/obblighi, e non semplicemente della facoltà di pattuire contrattualmente i diritti/obblighi, scritti nella clausola: per fare un esempio, la clausola che attribuisca alla banca il potere di modificare unilateralmente determinate condizioni contrattuali non è resa immune solo perché una norma di legge consente di inserire in contratto una clausola siffatta (art. 117, comma 5 testo unico bancario).

A differenza dell'immunità da norme di legge, che perpetua le difformità fra ordinamenti, l'immunità da convenzioni internazionali ha effetto uniformante: le previsioni convenzionali vanno ritenute non vessatorie in tutti gli Stati contraenti.

Una volta ratificate, le convenzioni internazionali diventano norme (primarie) di diritto interno; e questo apre due problemi applicativi. Il primo: hanno valore immunizzante anche le convenzioni non ratificate? Si potrebbe rispondere che hanno un valore siffatto *soprattutto* le convenzioni non ratificate, a pena di assoluta inutilità della previsione: perché quelle ratificate ripetono il loro valore immunizzante già dalla prima parte del terzo comma in esame, che

lo attribuisce alle “disposizioni di legge”, quali esse sono diventate. E poi, secondo problema: ha valore immunizzante una convenzione di cui non siano parti tutti gli Stati membri dell’UE, né l’Unione? Certamente no, se la convenzione non è ratificata in Italia. Ma se invece è ratificata? La risposta affermativa appare giustificata dall’essere le norme della convenzione ratificata sostanzialmente “disposizioni di legge”, come tali dotate di forza immunizzante dalla prima parte del terzo comma; ma può apparire, al tempo stesso, non proprio in linea con la *ratio* della seconda parte del medesimo terzo comma.

14. Segue: la trattativa individuale

Il secondo elemento impeditivo della vessatorietà risulta dall’art. 1.469-ter, comma 4 cod. civ.: “Non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale.” La *ratio* è chiara: la disciplina delle clausole vessatorie è disciplina di protezione contro le clausole imposte unilateralmente dal professionista, e accettate dal consumatore in via di passiva adesione; ma la trattativa sulla clausola esclude tali presupposti di imposizione/adesione.

Meno chiari risultano altri aspetti della norma.

Ci si può domandare, prima di tutto, se il concetto di “trattativa individuale”, posto dalla norma, abbia lo stesso valore semantico (e normativo) dei concetti di “specifica trattativa” e di “trattativa” *tout court*, che emergono dagli art. 1.469-ter, comma 5 e rispettivamente 1.469-quinquies, comma 2 cod. civ. In prima approssimazione, sembra realistico pensare a divergenze terminologiche causali e non deliberate, frutto di una sciatteria nel *drafting* legislativo oramai purtroppo abituale; ma fra breve si accennerà a una diversa ipotesi.

Ci si può domandare, ancora, il senso del riferimento (che ricorre qui per la prima e unica volta) ad “elementi di clausola”, in quanto distinti dalla “clausola”. Individuare la differenza può essere relativamente facile, sul piano concettuale e descrittivo. Più difficile può essere trarne le conseguenze sul piano applicativo: in forza della regola qui considerata, è immaginabile che — data una clausola — un elemento di essa (in quanto negoziato) sia non vessatorio, mentre un altro elemento della medesima clausola, non fatto oggetto di trattativa, sia e resti vessatorio; la conseguenza dovrebbe essere che il primo elemento vive nel contratto, mentre il secondo cade; ma *quid*, tutte le volte che — per la struttura della clausola — i due elementi che la compongono siano funzionalmente indissociabili, per modo che l’uno non può operare senza l’altro? Ad esempio: data una clausola come quella del n. 7, seconda parte, art. 1.469-bis, comma 3 cod. civ., *quid*, se la trattativa ha riguardato solo la misura della somma che il professionista è abilitato a trattenere, ma non l’abilitazione a trattenere? La clausola cade del tutto o è del tutto salva, visto che non può cadere in parte

e salvarsi nel resto? Non sembrano capaci di soccorrere, più di tanto, le elaborazioni su “clausole” e “pezzi di clausole”, variamente sviluppate intorno all’applicazione dell’art. 1.419 cod. civ.

Infine, il problema più rilevante e delicato: a quali condizioni può dirsi che una clausola (o un elemento di clausola) abbia formato “oggetto di trattativa individuale”?

La condizione è certamente soddisfatta, quando si dimostri che, per effetto della trattativa, la clausola è stata modificata (in senso, come ovvio, migliorativo per il consumatore) rispetto al testo originariamente predisposto. Un dato del genere è senz’altro sufficiente: ma è anche necessario? Ovvero, per dirla alla rovescia: può ritenersi che vi sia stata “trattativa individuale”, con effetto immunizzante, anche se questa non sia sfociata in una modifica della clausola predisposta? La risposta radicalmente negativa sembra ingiustificata. Sulla clausola litigiosa può ben essersi svolta trattativa serrata, ancorché, per varie ragioni, questa non abbia portato a modificare la clausola: ad esempio perché il professionista l’ha difesa in modo particolarmente persuasivo, riuscendo a convincere il consumatore che può accettarla senza problemi; o magari perché, a fronte dell’accordo a mantenere quella clausola, il consumatore ha strappato la modifica, a sé favorevole, di qualche altra clausola del contratto. E’ certo, tuttavia, che il rischio dell’abuso è sempre in agguato: si pensi al professionista di mala fede che stimola lui stesso l’apertura e lo sviluppo di una “trattativa” con il consumatore (curandosi di precostituire evidenze documentali), ma con l’intento — e poi con il risultato — di non modificare di una virgola la clausola predisposta; e poi faccia valere questa (finta) trattativa per pretendere l’immunità delle clausole (fittiziamente) contrattate.

La conclusione non può essere che una: spetta al giudice accertare in concreto, caso per caso, se la trattativa invocata dal professionista a scudo della sua clausola abbia effettivamente avuto quei caratteri di “realità” e “serietà” sufficienti a garantirne l’aderenza alla chiara *ratio* dell’art. 1.469-ter, comma 4 cod. civ. E la soluzione non potrà essere pregiudicata in modo assoluto da circostanze che pure potrebbero deporre, *prima facie*, in tal senso: né (per riprendere un *locus classicus* del dibattito sulle condizioni di applicabilità dell’art. 1.341, comma 2 cod. civ.) dalla circostanza che il contratto sia stato stipulato per atto di notaio; né dalla circostanza che la clausola litigiosa risulti scritta di pugno del consumatore (su sollecitazione, ovviamente, del professionista predisponente: questa trasformazione del cliente in amanuense è ipotizzata, quale espediente per garantire alle banche il beneficio dell’art. 1.469-ter, comma 4 cod. civ., dalla circolare AB1, serie legale n. 17 del 23 febbraio 1996).

Più difficile smontare l’eventuale dichiarazione confessoria (che il sagace professionista potrebbe far inserire in contratto) con la quale il consumatore dia (falsamente) atto che questa o quest’altra clausola del contratto è stata da lui

individualmente negoziata: potrebbe forse immaginarsi di rendere inefficace siffatta dichiarazione, considerandola essa stessa quale clausola (presunta) vessatoria ai sensi del n. 18 dell'elenco.

Quel che è certo, è che l'onere di provare la trattativa individuale, capace di immunizzare la clausola contenutisticamente vessatoria, incombe al professionista. Un osservatore frettoloso potrebbe pensare che fonte di questa dislocazione dell'onere probatorio sia l'art. 1.469-ter, comma 5 cod. civ. a norma del quale "Nel contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, sono stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore". Non è così: fonte della regola di prova è la struttura delle norme che definiscono la clausola vessatoria. E sotto questo profilo è molto significativo il confronto fra direttiva e legge italiana di recezione.

Nella direttiva (art. 3.1: "Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se...") l'assenza di trattativa si presenta come elemento costitutivo della vessatorietà: dunque, secondo i principi, spetterebbe al consumatore, interessato a far valere la vessatorietà, provare tale elemento costitutivo della medesima. Affermare la soluzione contraria richiede una deroga espressa: deroga che la direttiva introduce, quanto alle clausole standard, con il terzo comma dell'art. 3.2, il cui senso e valore è proprio quello di fare eccezione alla regola probatoria che altrimenti dovrebbe applicarsi. Le cose stanno in altro modo con la legge italiana, che struttura diversamente la definizione di clausola vessatoria: qui non è più l'assenza di trattativa a configurarsi come *elemento costitutivo* della vessatorietà (l'art. 1.469-bis, comma 1 non ne fa parola), bensì è la *presenza della trattativa* a configurarsi come *elemento impeditivo* della vessatorietà (come indica il chiaro tenore dell'art. 1.469-ter, comma 4 cod. civ.); dunque, già in base ai principi, per la legge italiana l'onere della prova sul punto incombe in generale al professionista, interessato appunto a impedire la qualifica di vessatorietà della sua clausola.

Se è così, che senso ha l'espressa previsione dell'art. 1.469-ter, comma 5 cod. civ.? C'è il rischio che essa appaia per un verso superflua, e per altro verso fuorviante. Superflua, perché non si avverte alcun bisogno di ripetere una regola probatoria già pianamente desumibile *aliunde*. Ma soprattutto fuorviante, perché la regola è ripetuta in termini restrittivi, e cioè con riferimento non a tutti i contratti coperti dalla disciplina in esame, bensì ai soli contratti standard incorporati in moduli o formulari. Qualcuno potrebbe essere tentato di ricavarne che nei contratti di adesione non standard l'onere di provare la trattativa individuale, per far valere la vessatorietà, è spostato sul consumatore.

C'è tuttavia un modo per scongiurare questa indesiderabile conclusione, e insieme per liberare la norma dalla patente di superflua ripetitività: valorizzare una differenza di aggettivazione, immaginando che la "specifica trattativa" dell'art. 1.469-ter, comma 5 cod. civ. identifichi un requisito diverso e più stringente rispetto alla "trattativa individuale" del comma precedente. In questo modo, il senso della norma sarebbe solo quello di indicare che, nel caso di moduli contrattuali standard, l'onere probatorio del professionista (che in ogni altro caso di contratto per adesione resta fermo a suo carico nei termini generali) è un po' aggravato rispetto a questi ultimi, dovendosi provare non semplicemente la trattativa "individuale", ma qualcosa di più, e cioè la "specifica" trattativa.

15. Le clausole non immunizzate dalla trattativa individuale

Innovando alla direttiva, la legge italiana (art. 1.469-quinquies, comma 2 cod. civ.) prevede che il valore immunizzante della trattativa non sia assoluto, restando escluso per tre tipi di clausole: esattamente le clausole di cui ai nn. 1), 2) e 10) del noto elenco. Una clausola siffatta, ancorché negoziata individualmente, non per questo è salvata dalla qualifica di vessatorietà.

Ciò non significa che tali clausole siano automaticamente da considerare sempre e comunque vessatorie, e perciò inefficaci, come pure ci potrebbe indurre a pensare in base alla secca formulazione della norma: "Sono inefficaci le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: 1)...; 2)...; 3)...". Se fosse così, non avrebbe senso che le stesse clausole siano ricomprese nell'elenco di quelle che semplicemente "si presumono" (ma non è detto che necessariamente siano) vessatorie. Significa solo che quelle tre clausole *possono essere* (anzi, si presumono) vessatorie, anche se negoziate: in concreto saranno vessatorie, se il professionista non riuscirà a dimostrare che esse, in concreto, non inducono notevole squilibrio; ma se il professionista riesce a dare la prova, le clausole si salveranno. La soluzione è in linea, a veder bene, anche con la formulazione della norma: basta leggere il comma 2 non avulso, bensì collegato con il comma 1. Le clausole del comma 2 "Sono inefficaci...", ma solo se ed in quanto possano essere "considerate vessatorie nei sensi degli articoli 1.469-bis e 1.469-ter" (comma 1).

16. L'inefficacia delle clausole vessatorie

Il regime (trattamento) delle clausole vessatorie risulta dal primo e dal terzo comma dell'art. 1.469-quinquies cod. civ.

Per il primo comma, "Le clausole... vessatorie... sono inefficaci". E' questa la regola con cui il legislatore italiano ha adempiuto il mandato della direttiva,

per la quale “Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive... non vincolano il consumatore”. Nella sua vaghezza e atecnicità, l’idea della “non vincolatività” si prestava ad essere tradotta in diverse possibili categorie tecniche della patologia negoziale (o meglio, in diversi possibili rimedi contrattuali); e gli interpreti della direttiva erano curiosi di vedere come il legislatore si sarebbe orientato.

In una logica di sistema, ci si poteva forse attendere che la scelta legislativa cadesse, più che su ogni altro, sul rimedio della nullità (relativa): cioè sul rimedio che domina incontrastato là dove si pongono norme di ordine pubblico di protezione dei consumatori, e si tratta di definire le conseguenze della loro violazione (dai contratti bancari a quelli finanziari, dai contratti di assicurazione a quelli di credito al consumo). C’è poi un’altra, più generale ragione che avrebbe reso probabilmente più “naturale” la scelta della nullità. La nullità è, fra tutti i rimedi contrattuali, quello che più tipicamente reagisce contro difetti che attengono al contenuto del contratto: e, come si è sottolineato in apertura, la disciplina delle clausole vessatorie è disciplina marcatamente orientata ai contenuti contrattuali, in questo senso divaricandosi dalla vecchia disciplina delle condizioni generali (art. 1.341 cod. civ.), che invece risulta più orientata alla formazione del contratto. A fronte di questa netta differenza di *ratio*, può quindi destare qualche legittima sorpresa che si sia scelta, per il trattamento delle clausole vessatorie, quella medesima categoria dell’inefficacia che (nella diversa logica appena detta) il codificatore del 1942 aveva utilizzato sia nel primo (“sono efficaci...”) sia nel secondo comma (“non hanno effetto...”) dell’art. 1.341.

Le cronache dell’iter legislativo rammentano che l’opzione dell’inefficacia è emersa nel corso dei lavori parlamentari, e per iniziativa parlamentare: il testo originario del disegno di legge governativo, e poi ancora quello dell’emendamento proposto dallo stesso Governo, parlavano di nullità. Qualcuno riconduce la soluzione adottata alle pressioni del ceto notarile, che in questo modo avrebbe ottenuto di escludere la stipulazione di contratti con clausole vessatorie dall’area della responsabilità professionale prevista a carico del notaio rogante dall’art. 28 della legge notarile: e prevista appunto per la stipulazione di patti nulli, non anche di patti inefficaci. Leggenda metropolitana, o corposa realtà delle *lobbies*?

Come che sia, la scelta dell’inefficacia si presenta opinabile dal punto di vista delle armonie sistematiche, ma non pericolosa quanto a conseguenze pratiche. Alcune delle questioni che hanno affaticato gli interpreti intorno al regime della “inefficacia” dell’art. 1.341 cod. civ., e che sono state variamente risolte in dottrina e in giurisprudenza, hanno ricevuto espressa considerazione nella nuova disciplina: così per la questione dell’alternativa fra inefficacia solo parziale e inefficacia totale del contratto; per quella della rilevabilità d’ufficio; per quella della legittimazione ad avvalersi dell’inefficacia.

Altre questioni — pure tempestivamente segnalate all’attenzione del legislatore dai commentatori della direttiva sono rimaste invece inevase in sede di recezione: così la questione della prescrizione del diritto a far valere l’inefficacia; così quella della sua opponibilità ai terzi. Ma si tratta di questioni che non dovrebbero avere straordinaria rilevanza pratica; e comunque di questioni non difficili da risolvere soddisfacentemente, in base ai principi.

17. Inefficacia solo parziale

Quando un contratto contiene clausole qualificate vessatorie, solo queste sono inefficaci, “mentre il contratto rimane efficace per il resto” (art. 1.469-*quinquies*, comma 1 cod. civ.). Sul punto, il legislatore italiano è più laconico della direttiva, nella quale si dispone che, eliminate le clausole vessatorie, “il contratto resti vincolante per le parti”: ma — si precisa — “sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive” (art. 6.1).

Che senso attribuire alla caduta di questo inciso? Se vi si deve riconoscere un’intenzionalità “politica”, questa non può consistere se non nell’obiettivo di una più forte tutela del consumatore: si vuole tendenzialmente escludere l’eventualità, implicita nella formula della direttiva, che al venire meno della/e clausola/e vessatoria/e consegua il venire meno dell’intero contratto. Una tale eventualità gioca, evidentemente, nell’interesse del professionista (che, perso il vantaggio datogli dalle clausole vessatorie, potrebbe trovare più conveniente cancellare del tutto il contratto anziché tenerlo fermo amputato di quelle clausole). L’ampiezza di questa chance dipenderebbe dal modo più o meno largo in cui si intende una formula generica e atecnica come “possa sussistere senza le clausole abusive”, riferita al contratto. Se il legislatore l’avesse articolata, ad esempio, con la regola per cui si considera che il contratto non “possa sussistere” senza le clausole inefficaci quando la caducazione di queste alteri in modo significativo l’originario equilibrio del contratto stesso (secondo una *ratio* analoga a quella dell’art. 1.419, comma 1 cod. civ.), avrebbe certamente posto una regola di favore per il professionista.

Non ponendo nessuna regola sul punto, il legislatore ha voluto evidentemente escludere — nell’interesse del consumatore — che il professionista possa avvalersi di un meccanismo di transizione all’inefficacia totale, del genere di quello codificato dall’art. 1.419, comma 1 cod. civ. E’ altresì evidente, tuttavia, che potranno darsi casi (certo estremi, e rari) in cui il contratto — per ragioni oggettive, strutturali, e non semplicemente di bilancia degli interessi contrattuali — davvero “non può sussistere” senza la clausola giudicata vessatoria: si pensi all’ipotesi che (eccezionalmente, per le ragioni viste a suo tempo) risulti vessatoria la clausola che definisce il bene o servizio oggetto del contratto, oppure il corrispettivo. In casi del genere (e sul presupposto che non operi alcun

meccanismo di eterointegrazione), sembra difficile che il “resto” del contratto possa sopravvivere all'inefficacia della clausola vessatoria.

18. Inefficacia rilevabile d'ufficio, e nel solo interesse del consumatore

Le regole poste dal terzo comma dell'art. 1.469-*quinquies* cod. civ. — “L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice” — sono originali: non vi si riflette nessuna previsione della direttiva.

La prima regola non è formulata come una regola di legittimazione, ma va letta essenzialmente come tale. Il suo significato primario è che solo il consumatore, e non anche il professionista, è legittimato a invocare e far valere l'inefficacia: secondo la stessa logica che presiede al rimedio della nullità relativa, abitualmente associato alle discipline riconducibili all'ordine pubblico di protezione. D'altra parte, la decisione del consumatore di invocare l'inefficacia assorbe la valutazione circa l'effettivo operare di essa “a vantaggio del consumatore”, precludendo qualsiasi giudizio che dall'esterno si sovrapponga a quella decisione. In concreto: se il consumatore invoca l'inefficacia, non potrebbe il giudice rifiutarsi di applicare il corrispondente regime solo perché, a suo giudizio, in quelle particolari circostanze l'inefficacia non “opera... a vantaggio del consumatore”.

La seconda regola dice che l'inefficacia può anche “essere rilevata d'ufficio dal giudice”. Ed è in relazione ad essa che si comprende perché la regola precedente non si sia potuta formulare esclusivamente come regola di legittimazione. Il giudice può sì rilevare d'ufficio l'inefficacia, ma con un limite: solo se, nelle concrete circostanze del caso, l'inefficacia operi effettivamente a vantaggio del consumatore. Il relativo giudizio, precluso al giudice quando l'inefficacia sia fatta valere per iniziativa di parte, è consentito, anzi doveroso, quando essa sia fatta valere in via ufficiosa.

Sembra di poter dire che l'iniziativa ufficiosa del giudice incontra un ulteriore limite: essa può essere dispiegata, come è nella sua natura, *senza* una domanda del consumatore, ma non *contro* una domanda siffatta. Ovvero: se il consumatore propone una domanda (o anche un'eccezione) fondata sulla clausola, e tale da presupporre l'efficacia, non potrebbe il giudice rilevare d'ufficio l'inefficacia, con la conseguenza di respingere la domanda (o disattendere l'eccezione).

19. Le deroghe per i contratti finanziari

Gli ultimi tre commi dell'art. 1.469-bis cod. civ. introducono deroghe all'ordinario regime delle clausole abusive: deroghe che valgono, rispettiva-

mente, per i contratti aventi “ad oggetto la prestazione di servizi finanziari” (comma 5); per i “contratti aventi ad oggetto valori mobiliari, strumenti finanziari ed altri prodotti o servizi il cui prezzo è collegato” a indici finanziari fluttuanti (comma 6); infine, a determinate condizioni, per le “clausole di indicizzazione dei prezzi” (comma 7).

Il senso generale delle deroghe è questo: normalmente si considerano vessatorie clausole “di sorpresa” come quelle che consentono al professionista di recedere senza preavviso (clausola n. 8), di modificare le condizioni contrattuali o le caratteristiche del bene o servizio offerto (clausola n. 11), o di aumentare il prezzo di questo senza un correlato diritto di recesso del consumatore (clausola n. 13), o infine rinviare la determinazione del prezzo al momento della consegna o della prestazione (clausola n. 12); non così quando tali clausole si inscrivano in una delle fattispecie contrattuali di tipo *lato sensu* “finanziario”, di cui si è detto poco sopra. La *ratio* delle deroghe è chiara: le esigenze di flessibilità, così intimamente connaturate alle operazioni qui in discorso, fanno eccezionalmente premio sulle esigenze di protezione del consumatore, che portano di norma a ritenere vessatorie le clausole “di sorpresa” appena considerate.

Ma in che cosa consiste, propriamente, la deroga? La risposta deve essere differenziata, in ragione delle diverse formulazioni normative che — consapevoli o inconsapevoli il legislatore storico — integrano il testo dei nuovi articoli del codice.

Il comma 5, relativo ai contratti per la prestazione di servizi finanziari, dice che in questi “*il professionista può modificare senza preavviso ecc. ecc.*, in deroga ai numeri 12) e 13) del terzo comma”. L'espressione fa pensare che qui la deroga non sia semplicemente deroga al regime probatorio e alla conseguenza dell'inefficacia, che normalmente si applicano alle clausole n. 12) e 13); ma sia invece deroga che incide direttamente sulla disciplina sostanziale del rapporto, ed è direttamente attributiva di posizioni giuridiche. Ovvero: il professionista finanziario non solo può inserire in contratto clausole come quelle indicate (senza timore di vedersene presumere vessatorie e dichiarare inefficaci); ma può esercitare le facoltà ivi considerate, anche se in contratto non è stata inserita alcuna clausola al riguardo. Questa interpretazione è certo la più aderente alla lettera della norma interna, oltre ad essere avvalorata, *a contrario*, dalla diversa formulazione dei commi successivi. E tuttavia non può sottacersi che essa si divarica dallo spirito e dalla stessa lettera della direttiva: la quale, dicendo che questa o quella voce dell'elenco delle clausole presunte vessatorie “*non si oppongono a clausole con cui ecc. ecc.*” (punto 2. dell'allegato), mostra chiaramente di voler solo autorizzare clausole attributive di facoltà, e non già direttamente attribuire facoltà. In questo senso, può dirsi che il testo della norma interna è peggiorativo rispetto alla direttiva, sotto il profilo del grado di prote-

zione del consumatore: in contrasto con il carattere di tutela “minimale” che la direttiva si assegna.

Il problema non si pone per le altre previsioni derogatorie (commi 6 e 7), a norma delle quali *determinate voci dell'elenco delle clausole presunte abusive “non si applicano”* ai contratti del comma 6 e rispettivamente alle clausole di indicizzazione considerate dal comma 7. La diversa formulazione non lascia dubbi sul fatto che qui si parla di clausole, e non di posizioni soggettive. Piuttosto, può porsi un altro problema: il trattamento derogatorio che si riserva alle clausole considerate si colloca sul piano probatorio (risolvendosi in una controinversione dell'onere della prova) o invece sul piano sostanziale? Più precisamente: tali clausole *non si presumono vessatorie* (ferma restando la possibilità che il consumatore riesca a dimostrare che sono tali, caricandosi del relativo onere probatorio), oppure senz'altro *non sono vessatorie* (essendo così esclusa qualsiasi possibilità di farle dichiarare inefficaci)? Questa volta la lettera della norma suggerisce l'interpretazione più favorevole al consumatore, cioè la prima delle due. Ciò che “non si applica” è la voce di un elenco di clausole che “Si presumono vessatorie fino a prova contraria” (art. 1.469-bis, comma 3 cod. civ.): dunque, l'elemento normativo derogato è una presunzione relativa di vessatorietà; e derogarvi significa semplicemente escludere la presunzione di vessatorietà, e null'altro.

20. Il regresso del professionista

Degna di nota è la norma per cui “Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i danni che ha subito in conseguenza della declaratoria d'inefficacia delle clausole dichiarate abusive” (art. 1.469-quinquies, comma 4 cod. civ.). Essa innova rispetto alla direttiva, che nel suo testo finale non contiene nessuna previsione corrispondente (la conteneva, invece, in alcune versioni intermedie del suo iter). E disattende, per evidente sbadataggine, la scelta linguistica del legislatore nazionale: che qui si è dimenticato di aver voluto sacrificare il termine europeo “abusive” in pro del più domestico “vessatorie”.

Per comprendere il senso della disposizione, occorre ricordare che la disciplina delle clausole vessatorie si applica ai contratti fra professionista e consumatore, ma non ai contratti fra professionista e professionista. Ora, si immagini che un grossista venda a un dettagliante, e che successivamente questi rivenda a un consumatore, un prodotto che poi si rivela affetto da vizi. Nel contratto fra grossista e dettagliante una clausola esclude che il primo risponda o garantisca verso il secondo per difetti dei beni forniti; una clausola di analogo tenore esclude, nel contratto fra dettagliante e consumatore, responsabilità e garanzia del dettagliante. Quest'ultima clausola è vessatoria, e la sua inefficacia

fa sì che il dettagliante non possa evitare di garantire e/o risarcire il consumatore; ma egli non può ribaltare il corrispondente peso sul grossista, cui risale la fornitura difettosa, perché bloccato dalla clausola di esonero che, nei rapporti fra lui e il grossista, è efficace proprio in quanto sottratta alla disciplina in esame. La norma evita questo ingiusto risultato, consentendo al dettagliante (“venditore”) di recuperare in via di regresso dal grossista (“fornitore”) quanto abbia dovuto sborsare al consumatore.

La norma, tuttavia, è mal formulata. Sembra improprio, prima di tutto, che tale esborso (oggetto del regresso) sia qualificato come “danni” subiti dal dettagliante “in conseguenza della declaratoria d'inefficacia delle clausole dichiarate abusive”; se il dettagliante, anziché inserire nel contratto con il consumatore la clausola poi dichiarata inefficace, avesse rinunciato a inserirla proprio sapendo della sua inefficacia, non avrebbe titolo ad analogo tutela verso il grossista? Appaiono poi anguste e riduttive formule come “venditore” e “fornitore”: per evidente identità di *ratio*, non si vede perché la regola del regresso non dovrebbe applicarsi a favore del professionista (ancorché non qualificabile come “venditore”) che utilizza qualche bene strumentale fornitogli da altro professionista per rendere un servizio al consumatore.

E ancora: *quid*, se nel contratto fra grossista e dettagliante è inserita una clausola con cui quest'ultimo rinuncia alla protezione offertagli dalla norma in commento? E' chiaro che, se la clausola fosse valida, la norma risulterebbe del tutto vana: per conservarle senso, occorre che una clausola del genere non sia ammissibile, e cioè occorre affermare che la norma è inderogabile: conclusione razionalmente necessitata, ma non facile da giustificare sul piano dei principi.

21. L'azione inibitoria

La disciplina considerata fin qui, il cui nucleo essenziale è la declaratoria giudiziale di clausole litigiose di cui si riconosca la vessatorietà, realizza un rimedio individual-successivo contro le clausole vessatorie: “individuale” perché opera nei confronti di singoli, concreti contratti conclusi da un determinato professionista con un determinato consumatore, e ha effetti limitati *inter partes*; “successivo” perché, presupponendo che un contratto del genere sia già concluso e in esso siano già inserite clausole vessatorie, interviene su queste *ex post*, incidendo su un rapporto contrattuale già costituito.

Ma l'art. 7 della direttiva dispone che gli Stati membri introducano anche rimedi di tipo general-preventivo: rimedi, cioè, capaci di incidere sugli schemi contrattuali nella loro generalità e astrattezza, indipendentemente dal loro impiego concreto e particolare nell'ambito di questa o quella operazione con questo o quel cliente; e capaci di operare a prescindere dalla, e prima della,

effettiva conclusione di contratti con clausole vessatorie (capaci, anzi, proprio di scongiurare che, in futuro, contratti con clausole siffatte vengano effettivamente conclusi). E lascia gli Stati membri liberi di scegliere se affidare l'attuazione dei rimedi di quest'ultimo tipo all'autorità giurisdizionale ovvero a quella amministrativa.

Con l'art. 1.469-*sexies* il legislatore italiano, nell'adempiere il mandato europeo, fa la sua scelta: il rimedio general-preventivo è affidato al giudice, e riceve la forma dell'azione inibitoria, secondo un modello già sperimentato in Germania (§§ 9-11 *AGBGesetz*). I tratti essenziali del rimedio così introdotto possono indicarsi nel modo che segue.

La legittimazione attiva spetta alle "associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti" (senza, peraltro, che siano indicati i criteri della "rappresentatività"), nonché alle Camere di commercio (che già l'art. 2, comma 4, lettera c) della legge n. 580/1993 incaricava di "promuovere forme di controllo sulla presenza di clausole inique inserite nei contratti" dei consumatori).

Quanto alla legittimazione passiva, possono essere convenuti nel giudizio di inibitoria "il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto". Quest'ultima formula definisce l'ambito di operatività del rimedio, che non coincide con l'ambito entro cui opera il rimedio individual-successivo: questo (l'inefficacia delle clausole vessatorie) riguarda qualsiasi ipotesi di contratto non negoziato, compresi i contratti prediposti ad hoc per singole operazioni; l'inibitoria riguarda solo i contratti standard, e cioè come si esprime la direttiva (art. 7.2) — "le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato".

Il *petitum* dell'azione risulta dall'inciso finale del primo comma dell'art. 1.469-*quinquies* cod. civ., ed è doppio: accertamento/dichiarazione della vessatorietà (ma qui, di nuovo, il legislatore si distrae e parla di "abusività") delle clausole standard; inibizione del loro impiego per il futuro. Sotto il primo profilo, la norma dice che la vessatorietà va "accertata... ai sensi del presente capo", e cioè in base ai diversi criteri a suo tempo esaminati. In realtà, la formula va circoscritta nella sua portata, come se recitasse: in base ai criteri di vessatorietà, compatibili con la circostanza che oggetto del giudizio non è un singolo, concreto contratto, bensì uno schema contrattuale standard (per fare solo un esempio, non potrà di certo applicarsi il criterio che valorizza le circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto; forse non potrà applicarsi neppure quello relativo alla natura del bene o del servizio). Quanto all'inibizione, il problema centrale è quello della sua effettività: come dire, delle conseguenze che si legano all'eventuale inosservanza dell'ordine giudiziale. Ma non vi è spazio per sviluppare il discorso in questa sede.

22. La salvaguardia contro clausole di "law shopping"

Se il professionista inserisce nel contratto con il consumatore (in ipotesi, fittissimo di clausole vessatorie) anche una clausola che sottrae il contratto stesso alla legge italiana per assoggettarlo alla legge della Repubblica ceca (in ipotesi non così pensosa della tutela del consumatore), tale clausola elusiva non ha valore: "E' inefficace ogni clausola contrattuale che, prevedendo l'applicabilità al contratto di una legislazione di un Paese extracomunitario, abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dal presente articolo, laddove il contratto presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato membro dell'Unione europea" (così l'art. 1.469 *quinquies*, comma 5 cod. civ., che riprende l'art. 6.2 della direttiva).

E' evidente che, nonostante la medesima sanzione di "inefficacia", il regime di questa clausola non è esattamente lo stesso previsto per le clausole vessatorie: la clausola elusiva è inefficace *tout court*, senza che il consumatore debba provare che essa determina squilibrio, senza che il professionista sia ammesso a provare, per salvarla, che essa non determina squilibrio. Per il resto, può immaginarsi che il regime della sua inefficacia coincida con quello dell'inefficacia delle clausole vessatorie: identificabile, in sostanza, con un regime di nullità (relativa).

Lo studioso di diritto internazionale privato troverà gli opportuni coordinamenti fra la norma qui considerata e l'art. 5 della convenzione di Roma (1980) sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, che riguarda il "Contratto concluso dai consumatori".

Infine, non può farsi a meno di notare (e deplorare) un ulteriore esempio di sciatteria redazionale: visto che siamo oramai all'interno del codice civile, anziché "protezione assicurata dal presente articolo" (con riferimento all'art. 25 della legge comunitaria n. 52/1996) si sarebbe dovuto dire "protezione assicurata dal presente capo".

23. Clausole vessatorie e condizioni generali di contratto: ovvero, i rapporti fra gli artt. 1.469-bis e segg. e l'art. 1.341 cod. civ.

Quali sono i confini fra le aree coperte dai nuovi artt. 1.469-*bis* e segg. e rispettivamente dai vecchi artt. 1.341-1.342 cod. civ.? Il tema è rilevante, dal momento che le due discipline hanno condizioni d'uso diverse, ma non incompatibili: condizioni d'uso che, in perciò, in relazione a una determinata fattispecie concreta, possono trovarsi a non essere compresenti, ma possono anche a trovarsi a coesistere. Ne scaturisce una pluralità di possibili situazioni.

Cominciamo con il considerare quelle in cui tali condizioni d'uso si presentano dissociate. La prima situazione di dissociazione postula un contratto di

adesione fra professionista e consumatore persona fisica, che però non ha caratteristiche di contratto standard (ad esempio, perché predisposto ad hoc per quel singolo affare): situazione che può peraltro immaginarsi come molto rara. In essa, trova applicazione la disciplina delle clausole abusive (per brevità, l'art. 1.469-bis), e non invece quella delle condizioni generali (per brevità, l'art. 1.341).

Nella seconda situazione di possibile dissociazione, i termini si rovesciano: si applica l'art. 1.341, e non si applica l'art. 1.469-bis. Ciò può accadere in vari casi, concepibili come abbastanza frequenti: dal caso di contratto standard fra un professionista predisponente e un professionista aderente, a quello di contratto standard fra un professionista e un consumatore non persona fisica.

Ma è chiaro che i casi più interessanti sono quelli in cui i presupposti di applicabilità delle due discipline si presentano congiuntamente: sono i casi, ipotizzabili come frequentissimi, di contratto di adesione (non negoziato) fra un professionista e un consumatore persona fisica, che sia anche contratto standard, perché il professionista lo ha predisposto per regolare uniformemente una serie indefinita di rapporti. Qui l'interferenza/sovrapposizione fra le due discipline è astrattamente possibile: in concreto, può esserci o non esserci. Che vi sia o non vi sia, dipende dal contenuto delle clausole inserite in contratto, e formanti oggetto di lite: e anche sotto questo profilo possono distinguersi varie situazioni.

Per cominciare, la clausola litigiosa può essere "vessatoria" (perché corrisponde a qualcuna delle voci elencate al terzo comma dell'art. 1.469-bis cod. civ., e comunque presenta i caratteri del primo comma), ma non "onerosa" (chiamiamo convenzionalmente così la clausola compresa nell'elenco dell'art. 1.341, comma 2 cod. civ.): si pensi, per esempio, alla clausola penale di importo manifestamente eccessivo. Qui non c'è sovrapposizione: una clausola siffatta di certo cade sotto il regime dell'art. 1.469-bis, ma sfugge a quello dell'art. 1.341.

Di gran lunga più frequenti sono però i casi in cui la clausola litigiosa è al tempo stesso "vessatoria" e "onerosa": più frequenti, per il semplice fatto che praticamente tutte le clausole dell'art. 1.341 si ritrovano nell'elenco dell'art. 1.469-bis. Qui le due discipline si sovrappongono. La sovrapposizione non riguarda, però, il punto chiave della disciplina dell'art. 1.341, e cioè la specifica approvazione scritta della clausola (in concreto, la doppia firma). Questa infatti è, dal punto di vista pratico, tendenzialmente irrilevante. Se la doppia firma non c'è, la clausola è condannata all'inefficacia (a due diversi titoli; ex art. 1.341, in quanto onerosa e non specificamente approvata; ed ex art. 1.469-bis, in quanto vessatoria). Ma se anche c'è, essa non vale a salvare la clausola, che risulta ugualmente condannata (perché vessatoria, a norma dell'art. 1.469-bis). Nel primo caso, potrebbe tuttavia porsi un problema: ammesso che l'"inefficacia" dell'art. 1.341 non coincida esattamente con l'"inefficacia" dell'art. 1.469-bis, a quale dei due regimi deve assoggettarsi la clausola inefficace? Ma il problema

non dovrebbe avere una straordinaria portata pratica; e comunque non dovrebbe essere difficile a risolversi, in analogia ai criteri utilizzati per identificare, ad esempio, il trattamento del contratto che presenti, al tempo stesso, gli estremi di due distinte patologie (sia, in ipotesi, nullo e insieme annullabile, o risolubile).

Resta da considerare il caso in cui la clausola litigiosa si presenta "onerosa" ex art. 1.341, ma non "vessatoria" ex art. 1.469-bis: si pensi, per esempio, alla clausola che attribuisce la facoltà di recesso al professionista predisponente, mal'attribuisce anche al consumatore aderente. Una clausola del genere in linea di principio non rientra nella sfera di applicazione dell'art. 1.469-bis, ma cade invece sotto il regime dell'art. 1.341: in prima approssimazione, sembra di poter quindi affermare che, mancando di doppia firma, la clausola — salva al cospetto della prima norma — è inefficace in base alla seconda. Senonché, si è sostenuto in contrario che non potrebbe, nella circostanza, concludersi per l'inefficacia, perché una clausola "pulita" per la disciplina delle clausole vessatorie, dovrebbe essere automaticamente immune anche rispetto alle consue fondate sulla disciplina delle clausole onerose contenute in condizioni generali di contratto: quest'ultima, insomma, sarebbe messa fuori gioco dalla prima, cui dovrebbe riconoscersi carattere assorbente.

La tesi transita attraverso il seguente passaggio argomentativo: la disciplina delle clausole vessatorie ha il valore di legge sopravvenuta, che regola *ex novo* l'intera materia cui si riferisce la previgente disciplina dell'art. 1.341; con la conseguenza che — in caso di interferenza, per concorso di presupposti applicativi, fra le due discipline — la vecchia disciplina cede alla nuova, dalla quale deve intendersi tacitamente abrogata. Qualche elemento potrebbe avvalorare l'argomentazione: così, il fatto che le clausole "presunte vessatorie" che il legislatore interno ha ritenuto di inserire in aggiunta a quelle elencate dalla direttiva siano, a veder bene, prese di peso dall'elenco delle clausole "onerose" dell'art. 1.341 comma 2 cod. civ. sembra in effetti confortare l'idea di una siffatta *mens legis*.

E tuttavia continua a sembrare preferibile l'opposta tesi, secondo cui l'art. 1.341 conserva un suo autonomo valore e una persistente efficacia normativa a fronte dell'art. 1.469-bis. E invero la direttiva — nella sua *ratio* di tutela "minimale" — fa espressamente salve le ulteriori e diverse discipline di *consumer protection* per avventura già presenti nei singoli ordinamenti (art. 8): discipline cui ben può ricondursi il requisito della specifica approvazione scritta ex art. 1.341, comma 2 cod. civ. Tanto più che, a veder bene, la *ratio* delle due discipline si appalesa alquanto diversa, alla luce delle diverse conseguenze previste da ciascuna: in altre parole, può ben concepirsi che una clausola (come quella che presenta tutte le caratteristiche contemplate dall'art. 1.341, comma 2, ma non tutte quelle dell'art. 1.469-bis cod. civ.) non sia abbastanza insidiosa da meritare un'automatica sanzione di inefficacia; ma sia abbastanza insidiosa

da richiedere che si attiri su essa l'attenzione del consumatore aderente mediante il requisito della doppia firma, pena la sua inefficacia.

24. Fonti normative

La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti fra professionisti e consumatori si concentra negli artt. 1.469-bis-1.469-sexies cod. civ., introdotti dall'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52. Essi vanno coordinati con i preesistenti artt. 1.341, 1.342 e 1.370 cod. civ., relativi alle condizioni generali di contratto. Vanno coordinati, inoltre, con le discipline di settore (contenute per lo più in leggi speciali) relative ai tipi contrattuali che rivestono operazioni fra professionisti e consumatori.

25. Bibliografia

Ampie indicazioni di letteratura italiana e straniera erano offerte nel contesto della voce di ROPPO V. e NAPOLITANO G., *Clausole abusive*, in *Enc. Giur. Treccani — Aggiornamento*, Roma, 1994. Con esclusivo riferimento alla successiva letteratura italiana, si segnalano qui: AA.VV., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, a cura di Bianca . e Alpa G., Padova, 1996; ALPA G., *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Contratti*, 1995, 469 ss.; ALPA G., *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996, 5 ss.; ALPA G., *Sul recepimento della Direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, ss.; BELLANOVA L., *Il centro e l'anello: il mercato e i consumatori — Appunti sulla direttiva Cee concernente le clausole abusive*, in *Ec. dir. terziario*, 1994, 913 ss.; BELLANOVA L., *Le clausole vessatorie tra la legge notarile del 1913 e la direttiva Cee sulle clausole abusive*, in *Mondo bancario*, 1993, 35 ss.; BUONOCORE V., *Contratti dei consumatori e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 1 ss.; BUSNELLI F.D. e MORELLO U., *La direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, 389 ss.; CANNADA BARTOLI L., *Questioni di diritto internazionale privato relative alla Direttiva sulle clausole abusive nei contratti stipulati da consumatori*, in *Riv. dir. int.*, 1995, 324 ss.; CAPOTOSTI F., *Clausole contrattuali abusive: loro eliminazione per effetto di un obbligo legale o per interesse dell'imprenditore in un mercato concorrenziale?*, in *Assic.*, 1993, II, 1, 99 ss.; CARBONE, *La tutela del consumatore: le clausole abusive*, in *Corr. giur.*, 1996, 250 ss.; CHINDEMI D., *Efficacia delle condizioni generali del contratto assicurativo alla luce della Direttiva CEE 93/13*, in *Dir. ec. assic.*, 1993, 625 ss.; CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con*

i consumatori, in *Studium Iuris*, 1996, 411 ss.; COSTANZA M., *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, 543 ss.; DE NOVA G., *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 691 ss.; DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; DE NOVA G., *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, ss.; DESIDERIO M.A., *Clausole abusive: la tutela del contraente nella normativa CEE*, in *Soc. e dir.*, 1994, 266 ss.; GIAMPIERI A., *L'attuazione della direttiva sulle clausole abusive negli Stati dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 1995 II, 551 ss.; LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, 145 ss.; LISERRE A., *Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato*, negli *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, 679 ss.; MARTORANO, *Condizioni generali di contratto e rapporti bancari*, in *Banca borsa tit. cured.*, 1994, I, 125 ss.; MAZZAMUTO S., *Brevi note in tema di conservazione o caudcazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, 1.097 ss.; MORELLO U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, 287 ss.; PARDOLESI R., *Clausole abusive, pardon vessatorie: veso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 523 ss.; PATRONI GRIFFI L., *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 346 ss.; PATTI S., *Il controllo delle condizioni generali di contratto: alcune tesi dottrinali e la recente direttiva comunitaria*, negli *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, 1994, II, 833 ss.; PATTI S., *Le clausole abusive nei contratti con i consumatori*, nel vol. coll. *Saggi di diritto privato europeo*, a cura di Pardolesi R., Napoli, 1995, 107 ss.; RIZZO V., *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, italiana e nella direttiva comunitaria*, Napoli, 1994; SALVESTRONI U., *Principi o clausole generali, clausole "abusive" o "vessatorie" e diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, 11 ss.

PODER JUDICIÁRIO: PROBLEMAS, PROPOSTAS E CONTROLE EXTERNO

ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES*

1. Introdução. 2. Evolução histórica da autonomia ou autogoverno. 3. Os principais problemas do Poder Judiciário. 3.1. Morosidade. 3.2. Falta de juízes. 3.3. Número de processos. 3.4. Formação dos juízes. 3.5. Procedimentos. 3.6. Acesso. 3.7. Funcionários. 4. Propostas. 4.1. Controle externo. 4.2. Críticas ao controle externo. 4.3. Conselho Nacional de Administração da Justiça. 5. Considerações finais e conclusões. 6. Bibliografia.

1. Introdução

O papel do Estado, no mundo contemporâneo, vem sendo largamente discutido. Em termos internacionais, o debate encontra dois marcos fundamentais: o conjunto de fatos relacionados com a derrocada dos regimes comunistas, no que se convencionou chamar da queda do muro de Berlim, e a tendência de globalização. O primeiro repercutiu, em particular, quanto à intervenção do Poder Público nas relações sociais, enquanto o segundo envolve uma nova dimensão do Estado e da sua soberania diante das Comunidades em formação.

Por outro lado, no Brasil, além dos reflexos da conjuntura mundial, que podem ser exemplificados, respectivamente, com o programa de privatização e a formação do Mercosul, houve um processo de redemocratização e fortalecimento do Estado de Direito, cujo momento fundamental foi a elaboração da nova Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988. Verifica-se, também, uma nova preocupação com o Estado, sob o prisma do bom funcionamento dos seus respectivos poderes e órgãos, bem como a moralidade e probidade administra-

* Juiz Federal no Rio de Janeiro.

tiva. Nesse sentido, primeiramente, o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello e, depois, toda uma cobrança em relação à presença dos parlamentares nas votações do Congresso Nacional, apenas como alguns exemplos.

Sem sombra de dúvidas, o Poder Judiciário vem despertando, desde a Assembléia Nacional Constituinte, passando pela Revisão Constitucional e nos dias de hoje, muitas atenções, debates e idéias. Apenas como ilustração, os números revelam que foram cento e oitenta propostas de emenda constitucional, veiculadas durante o período da Revisão Constitucional, relacionadas com o controle externo do Judiciário.

Por outro lado, a partir de 1988, houve um enorme aumento da quantidade de ações ajuizadas, fazendo com que o Brasil seja um verdadeiro campeão mundial em termos de processos em tramitação perante a Justiça e os juízes nacionais recordistas na produtividade, sem que haja, contudo, a satisfação das demandas sociais. Muito pelo contrário, salvo algumas situações vividas em determinados ramos da Justiça ou órgãos judiciais, há, em geral, um grande descontentamento por parte do jurisdicionado. Segundo pesquisa realizada pela InformEstado, realizada na cidade de São Paulo, conforme resultado publicado no *Jornal do Magistrado*, órgão oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros, nº 29 (agosto/setembro de 1995), setenta e dois por cento acham que a Justiça não age com rapidez. Entretanto, setenta e três por cento entendem que o Judiciário está mais acessível a todos e trinta e seis por cento já recorreram à Justiça, embora quinze por cento dos entrevistados tenham necessitado, mas desistido de ingressar em juízo, trinta e seis por cento destes justamente em razão da demora.

O presente trabalho pretende efetuar, após uma pequena retrospectiva histórica da evolução da autonomia administrativa ou autogoverno do Poder Judiciário, algumas considerações sobre os seus problemas, bem como elencar, em termos gerais, os projetos em tramitação, atualmente, no Congresso Nacional e outras proposições existentes, para, por fim, cotejar as dificuldades e soluções indicadas, buscando uma análise, sob o ponto de vista da adequação, para a melhora da prestação jurisdicional, e dos interesses em jogo.

Obviamente, visa este trabalho, tão-somente, fazer uma breve recapitulação dos principais pontos e opiniões em torno do controle e funcionamento do Poder Judiciário, expondo o ponto de vista pessoal do autor, tendo em vista a importância sociológica do tema, sem pretender suplantiar ou substituir as poucas, porém substanciais, obras versando sobre o assunto.

2. *Evolução histórica da autonomia ou autogoverno*

Na Constituição Federal de 1824, o Poder Judicial vinha disposto no Título VI, sendo afirmada a sua independência, no artigo 151. Entretanto, o artigo 154

estabelece que o Imperador poderá suspender os juízes por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos magistrados, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Embora a independência estivesse abstratamente descrita no dispositivo mencionado, nenhuma referência há em termos de autonomia administrativa e financeira. A independência elencada era, na verdade, do magistrado e não do Poder Judicial. O Judiciário, no período, apenas julgava os conflitos entre particulares, portanto, controvérsias de direito privado. O controle dos atos da administração pública e da constitucionalidade não lhe cabiam, sendo esta última função dos Poderes Legislativo e Moderador. Como Constituição do Império, quatro eram os poderes políticos reconhecidos: legislativo, moderador, executivo e judicial.

Com a Constituição de 1891, após o advento da República, em 1889, a independência do Poder Judiciário ganha peso, na medida em que passam a Administração Pública, as leis e os atos normativos a se sujeitar ao controle dos juízes. O controle da constitucionalidade encontra-se expressamente previsto no artigo 59, parágrafo primeiro. A Constituição de 1891, por outro lado, deixou de afirmar, textualmente, a independência do Poder Judiciário dentro da respectiva Seção (agora, não mais denominado de Judicial), fazendo-o, sim, no artigo 15, ao afirmar que são “órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si”. Mas, por outro lado, estabelece a autonomia, no sentido de que:

“Art. 58 — Os tribunais federais elegerão de seu seio os seus presidentes e organizarão as respectivas secretarias.

§ 1º) A nomeação e a demissão dos empregados da secretaria bem como o provimento dos ofícios de justiça nas circunscrições judiciais, competem respectivamente aos presidentes dos tribunais.”

Ressalte-se que coube ao Senado, desde então, o julgamento dos membros do Supremo Tribunal Federal, nos crimes de responsabilidade.

Na redação do artigo 3º, da Constituição de 1934, “são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si”. No artigo 67, a autonomia administrativa é ampliada, através do seguinte texto:

“Art. 67 — Compete aos tribunais:

a) elaborar os seus regimentos internos, organizar as suas secretarias, os seus cartórios e mais serviços auxiliares, e propor ao Poder Legislativo a criação ou supressão de empregos e a fixação dos vencimentos respectivos;

b) conceder licença, nos termos da lei, aos seus membros, aos juízes e serventuários que lhes são imediatamente subordinados;

c) nomear, substituir e demitir os funcionários das suas secretarias, dos seus cartórios e serviços auxiliares, observados os preceitos legais.”

Refletindo o momento político autoritário, a Constituição de 1937 não enuncia a independência dos Poderes, em geral, ou do Judiciário, no particular. Da mesma forma, restringe a autonomia, ao atribuir aos tribunais, tão-somente, nos termos do artigo 93, as funções elencadas nas alíneas *a* e *b*, do artigo 67, da Carta anterior, excluindo, assim, a possibilidade de nomeação, substituição e demissão dos funcionários das suas secretarias, dos seus cartórios e serviços auxiliares, como até então vigente.

Com os ventos da liberdade, a Constituição de 1946 restabeleceu o texto segundo o qual “são poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”. Retomou a possibilidade de provimento dos cargos relacionados com os serviços auxiliares, por parte dos tribunais, com a seguinte disposição:

“Art. 97 — Compete aos tribunais:

I — eleger seus presidentes e demais órgãos de direção;

II — elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provendo-lhes os cargos na forma da lei; e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

III — conceder licença e férias, nos termos da lei, aos seus membros e aos juízes e serventuários que lhes forem imediatamente subordinados.”

O texto acima foi, basicamente, mantido na Constituição de 1967, no artigo 110. No artigo 6º, a menção à independência e harmonia dos Poderes. Por outro lado, o artigo 71 dispôs que “a fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo...”. Complementando, no parágrafo primeiro, que o “controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”. Sobre o artigo 110, Roberto Barcellos de Magalhães observou que:

“O poder de auto-organização, livre da ingerência dos demais Podêres do Estado, é um corolário dos princípios que informam a inde-

pendência do Poder Judiciário, que não se compadeceria com qualquer vínculo de subordinação de seus funcionários relativamente a outros Podêres.

Explica-se: O poder judicial é, por sua natureza, o mais fraco e fortalecê-lo é assegurar-lhe a completa independência de seus agentes, e, quanto possível, colocá-lo fora da ação do poder executivo, até nestas que parecem pequenas coisas, mas que em dadas circunstâncias assumem certa importância.

Prevaleceu na Constituição de 1967, entretanto, o sistema que impõe certas restrições à organização administrativa dos Poderes Legislativo e Judiciário, não só se lhes estendendo o disposto nos arts. 95 e seguintes quanto ao funcionalismo público em geral, como impondo à sua observância os sistemas de classificação e níveis de pagamento dos cargos do serviço civil do Poder Executivo e a proibição da vinculação ou equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração de pessoal (art. 106).”

(in A Constituição Federal de 1967 Comentada, José Konfino, Tomo II, página 296)

A Constituição de 1969 manteve, em suma, as regras relacionadas ao Poder Judiciário, em conformidade com o escrito em 1967.

A Carta Magna de 1988, inovando na redação, estatuiu que ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira, pretendendo, com isso, certamente, efetivar as condições materiais para a independência e bom funcionamento da Justiça, frente aos novos tempos do Estado Democrático de Direito. Como bem disse o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

“Aliás, o autogoverno do Poder Judiciário assumiu dimensões maiores na vigente Constituição, cujo art. 99 assegurou explicitamente àquele Poder “autonomia administrativa e financeira”. A alteração é significativa. Afigura-se-nos que, em razão dela, a usada expressão “autogoverno da magistratura” adquiriu maior amplitude. Hoje mais correto seria falar-se em “autogoverno do Poder Judiciário”, expressão, a nosso ver, mais adequada para abranger o conjunto de atividades judiciárias não jurisdicionais exercitadas pelos órgãos daquele Poder, com exclusão daquelas atinentes à jurisdição voluntária e de natureza anômala.”

(O Poder Judiciário: algumas reflexões, in O Judiciário e a Constituição)

A autonomia administrativa, embora não de modo expresso, já vinha sendo reconhecida nas constituições anteriores, por força das atribuições dos tribunais, em relação à organização das respectivas secretarias e serviços auxiliares, inclusive dos juízes vinculados, bem como a eleição dos órgãos diretivos, elaboração dos regimentos internos, provimento dos cargos, concessão de licenças etc. Todavia, a Carta de 1988, além de assegurar textualmente a autonomia, reservou aos tribunais de modo taxativo uma série de atribuições novas:

“Art. 96. Compete privativamente:

I — aos tribunais:

- a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;
- b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;
- c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;
- d) propor a criação de novas varas judiciárias;
- e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;
- f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II — ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

- a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;
- b) a criação e a extinção de cargos e a fixação de vencimentos de seus membros, dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver, dos serviços auxiliares e os dos juízes que lhes forem vinculados;
- c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;
- d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;”

Os constituintes fizeram inserir, pela primeira vez no texto constitucional, menção à autonomia financeira, com a redação dos artigos 99, parágrafos 1º e 2º, e 168, da Constituição Federal de 1988:

“Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

§ 1º. Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º. O encaminhamento da proposta, ouvidos os outros tribunais interessados, compete:

I — no âmbito da União, aos Presidentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, com a aprovação dos respectivos tribunais;

II — no âmbito dos Estados e no do Distrito Federal e Territórios, aos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com a aprovação dos respectivos tribunais.

Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º.”

Contudo, a nova disposição constitucional não resolveu completa e profundamente a questão da autonomia do Poder Judiciário, na medida em que deixou de fixar um parâmetro ou percentual das despesas do orçamento destinado à Justiça, dando, assim, transparência ao custo da prestação jurisdicional e referencial para os gastos. A estipulação parece encontrar apoio nos demais Poderes. No mês de outubro de 1995, a imprensa noticiou que alguns governadores, dentre os quais o do Rio de Janeiro e de São Paulo, estavam querendo fixar um percentual dos gastos dos seus Estados, sob o argumento de que o dispêndio com o Judiciário estava aumentando em demasia nos últimos anos. Por outro lado, a medida é uma antiga necessidade da Justiça, pois não se coaduna com a autonomia financeira do Poder Judiciário e com a independência dos magistrados a, por vezes constrangedora, tarefa de conseguir manter os recursos pretendidos, em conformidade com a proposta orçamentária encaminhada. Nesse sentido, as palavras de Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, na obra Constituição de 1988 e Processo:

“Diferentemente do que tem acontecido com a administrativa, a igualmente indispensável *autonomia financeira* do Poder Judiciário vem sendo descurada pelo legislador constituinte, tanto no plano federal, como no estadual.

Por via de conseqüência, os órgãos do Poder Judiciário de nossa República Federativa vêm sendo contemplados com migalhas das

rendas públicas, constituindo acalentado sonho a ostentação, na efetivação de seu sublime mister, da dignidade de quem se autogoverna. E, assim sendo, manifesta afigura-se a impossibilidade de consecução de ideais mínimos, ou seja, da instalação “de um aparelhamento material condigno, técnica e funcionalmente moderno; do aumento, absolutamente necessário, do número de magistrados; e de uma remuneração satisfatória, condizente com a responsabilidade profissional alusiva ao exercício da judicatura. Igualmente, da organização de um corpo auxiliar especializado, com vantagens sem conta no aperfeiçoamento da atuação procedimental, imprescindível aos fins colimados numa reta administração da Justiça”.

Foi, indubitavelmente, por esse motivo que, atendendo a calorosos reclamos, provindos de diversificadas fontes, a nova Constituição Federal cuidou de assegurar, em termos expressos, a *autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário*.

Entretanto, o passo dado mostra-se, segundo entendemos, deveras tímido, com a enunciação do artigo 99, *in verbis*: (...)

É que persiste, à evidência, a sujeição do Judiciário, em matéria financeira, aos demais Poderes, com cujos representantes o seu terá que negociar ou discutir a respectiva proposta orçamentária. Melhor seria, por certo, que já se fixassem as verbas destinadas aos órgãos do Poder Judiciário, num percentual da arrecadação da União ou das unidades da Federação — dez por cento (10%), por exemplo —, ou se as estipulassem em montante igual ao (sempre generosamente...) concedido ao Poder Legislativo. Assim, também que os respectivos valores lhes fossem creditados mensal, direta e proporcionalmente.”

3. Os principais problemas do Poder Judiciário

3.1. Morosidade

Pode-se dizer que a consecução de uma prestação jurisdicional mais célere é um objetivo mundialmente perseguido. Segundo Leandro Paulsen, a morosidade foi definida, pela Comissão de Estudos das Cortes Federais dos Estados Unidos, constituída para estudar a situação da Justiça Federal nos Estados Unidos da América, como um descompasso entre a demanda pelos serviços judiciários e a oferta, sendo aquela bem maior que esta.

Em recente pesquisa realizada, no Brasil, através de documentos relacionados com a Justiça Federal, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, através da Subdiretoria-Executiva de Estudos, Pesquisas e Informação, o tema morosidade foi o que mereceu o maior número de menções,

dentre os problemas assinalados. Da mesma forma, no estudo intitulado *A Visão Interna da Justiça Federal*, também sob a coordenação do Centro de Estudos Judiciários, levantando os pontos críticos que diminuem a efetividade da atuação da Instituição, entre magistrados federais de 1º e 2º grau, 99,12% (noventa e nove vírgula doze por cento) responderam que a morosidade é um problema, sendo hierarquizada como o fator que mais dificulta o bom desempenho dos órgãos judiciários federais. Em todas as pesquisas efetuadas com a opinião pública, tal como, já mencionado, na promovida pela InformEstado, na qual 72% dos entrevistados disseram que a Justiça não age com rapidez, a questão vem sendo ventilada sempre no ápice das dificuldades vividas pelo Poder Judiciário brasileiro.

A demora na tramitação dos processos em geral, além de constatado cientificamente, é um fato notório. Todavia, várias causas são apontadas, sendo recente a preocupação com o levantamento e estudo de dados para a formulação de propostas, pois, em regra, o controle do número de processos, despachos e sentenças serviam, principalmente, para o acompanhamento da atividade dos magistrados pelas respectivas corregedorias. Impõe-se, antes de mais nada, o permanente levantamento quantitativo e temporal dos processos, com a finalidade de serem formulados diagnósticos e prognósticos científicos no sentido da Administração da Justiça.

Ressalte-se, também, que a falta de celeridade repercute no próprio acesso ao Judiciário, na medida em que a ausência de soluções rápidas e a contento faz com que haja o descrédito da Justiça, com a conseqüente busca de outros caminhos para a solução dos conflitos ou, o que é pior, sem o término das lides e a pacificação das relações sociais, em conformidade com o Direito, dentro da perspectiva de um Estado Democrático. Nesse sentido, vide as obras *O discurso e o poder*, de Boaventura de Souza Santos, e *Direito e Justiça — A demanda social do Judiciário*, organizado por José Eduardo Faria.

As causas mais freqüentemente atribuídas ao problema da morosidade, na pesquisa *A Visão Interna da Justiça Federal*, são a insuficiência numérica de juizes, o crescimento do número de demandas e a legislação ultrapassada. No estudo *A Justiça Federal através de documentos*, as principais razões apontadas para explicar a lentidão são o desaparelhamento dos órgãos judiciários, principalmente de 1º grau, falta de condições que se manifesta, por exemplo, na carência de recursos, na insuficiência de juizes ou na sua insuficiente preparação, sobretudo em face de um aumento das demandas, falhas da organização judiciária, métodos de trabalho obsoletos e irracionais e o excessivo formalismo das normas procedimentais e a transferência do centro de juízo do 1º para o 2º grau de jurisdição, em função dos recursos.

No fórum de debates *A Justiça Federal e sua importância política*, concluiu-se que o Judiciário não tem conseguido dar respostas rápidas às demandas

em função de fatores tais como o número excessivo de ações provocado pela má administração dos poderes públicos e a insuficiência ou ineficiência dos textos legislativos; a complexidade das questões em debate em razão do envolvimento de grande número de pessoas no conflito; o despreparo da magistratura, de formação acadêmica pautada no individualismo jurídico, no trato com as questões de ilimitada dimensão sócio-política; a deficiência ou mal uso dos meios materiais postos à disposição do Judiciário; as prerrogativas e privilégios dados pelo Direito Público aos entes estatais; e a perplexidade dos magistrados diante da impotência de sua atuação na solução dos conflitos, gerando um comportamento agressivo nas relações com os demais poderes.

Todavia, a morosidade é, mais do que uma causa, uma conseqüência ou um sintoma da incapacidade do Poder Judiciário atender, hodiernamente, a demanda existente em relação à prestação jurisdicional e que deve ser, urgentemente, enfrentada nas suas causas, através da otimização da Justiça, seja ao nível da sua estrutura ou das funções desempenhadas.

3.2. Falta de Juízes

Patente é o número reduzido de juízes, diante da dimensão populacional e territorial do Brasil, e, principalmente, em relação ao número de processos existentes. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, coordenada pela Professora Maria Tereza Sadek, o número insuficiente de juízes é apontado por 81,1% dos magistrados como obstáculo ao bom funcionamento do Judiciário, e 76,3% consideram, também, insuficiente a quantidade de Varas. Informa o Juiz Antonio de Pádua Ferraz Nogueira que, no país, há um juiz para cada trinta mil habitantes, quando, nos países do “primeiro mundo”, a proporção seria de um para cada dez mil habitantes. Na Alemanha, a relação é de um cargo de juiz para cerca de 3.863 (três mil, oitocentos e sessenta e três) habitantes, segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (apud Carlos Mário da Silva Velloso, “Problemas e soluções na prestação da Justiça”). O número de cargos não providos, conforme noticiou o jornalista Maurício Dias, no Informe da Gazeta do Povo do dia 1º de novembro de 1995, é de cerca de trinta por cento, o que agrava ainda mais a situação. Na Justiça Federal, junte-se a isso, seguindo dados fornecidos pelo Juiz Federal Leandro Paulsen, das 358 (trezentas e cinqüenta e oito) Varas Federais criadas por lei, 95 (noventa e cinco), ou seja 26,5%, estavam, em dezembro de 1994, aguardando a instalação, muitas vezes por falta de dotação orçamentária, local, juiz ou funcionários, em outras pela ausência de iniciativa. Por outro lado, a quantidade de cargos vagos, na Justiça de 1º grau, em geral, é atribuída a diversos motivos, dentre os quais o baixo nível das faculdades de direito, à não realização de concursos públicos para o provimento, ou da

existência destes, mas com um nível de exigência muito elevado, em alguns casos em patamar que estaria muito acima do viável, em termos de concorrentes hoje existentes etc. Certamente, há que se registrar, também, que, inicialmente, houve um aumento do número de cargos vagos, com a criação de novas Varas, para dar conta do aumento de ações ajuizadas, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, especialmente após a Constituição de 1988. Mas, em parte, pode-se afirmar que o problema pode ser resolvido, a exemplo do que vem ocorrendo em certos Estados ou Regiões do país, em que vários concursos vêm sendo promovidos, sucessivamente, atenuando a situação e caminhando para o pleno preenchimento dos cargos.

Além do painel acima mencionado, em relação aos juízes singulares, há o quadro não menos preocupante dos tribunais. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na Introdução à publicação do Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil, editado pela Del Rey, sobre ambas as questões leciona que:

“Enquanto no Brasil, para uma população superior a 150 milhões de habitantes, o número de juízes em atividade chega aproximadamente à casa dos 8.300, com uma estimativa de 25% dos cargos vagos, não sendo raras as Varas nas quais tramitam mais de 10 mil feitos por juiz, na então Alemanha Ocidental, para uma população correspondente mais ou menos a um terço da nossa, e sob a disciplina, desde 1977, de um processo bem mais racional e sem os preconceitos jurídicos que cultuamos, herdados do formalismo latino, sem falarmos na infra-estrutura mais aparelhada, havia 17.500 juízes, com uma média de 350 feitos para cada um.

Outrossim, enquanto a Corte de Cassação italiana tem 354 juízes e a Corte francesa 190 — somente em direito privado e direito penal —, o Superior Tribunal de Justiça conta com apenas 33 Ministros, respondendo cada integrante da jurisdição civil por uma média, em 1992, de aproximadamente mil decisões somente como relator.

Os magistrados não são robôs, mas seres humanos, com virtudes e limitações. Se a máquina e o modelo estão superados, não é ao julgador, em princípio, que se haverá de imputar a responsabilidade.”

3.3. Número de Processos

O número de processos em tramitação hoje, no Brasil, é extremamente elevado e incomparável, seja em termos absolutos ou proporcionalmente, com os registrados em outros países, em todos os órgãos judiciais. O Supremo Tribunal Federal, segundo declarações do seu Presidente, Ministro Sepúlveda Pertence, deverá, ao final do presente ano de 1995, ter julgado mais de trinta e

cinco mil processos. A situação é mais preocupante, ainda, se comparada com os anos anteriores, pois, no ano de 1992, foram 19.084, em 1993, 22.439, e, no ano passado, 29.548, demonstrando o enorme e contínuo crescimento. Enquanto isso, a Suprema Corte Americana julgou, em 1994, 300 processos. Em Portugal, foram julgados novecentos.

Na Justiça Federal, no período compreendido entre 1989 e 1994, as Varas Federais receberam 2.843.007 processos, dos quais 1.735.431 foram julgados, permanecendo cerca de um milhão em tramitação. Cada magistrado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região recebeu, em média, para relatar, no ano de 1994, 3.930 processos, tendo julgado cerca de 3.930.

A quantidade excessiva de processos distribuídos e julgados, por um lado, demonstra que não se pode atribuir aos magistrados, em geral, qualquer desídia quanto ao desempenho das suas funções. Os números revelam, praticamente, a inexistência ou insignificância da desídia entre os julgadores, embora toda regra possa ter a sua exceção, sendo, entretanto, normalmente, rigorosa a fiscalização exercida pelas Corregedorias. Por outro lado, os próprios magistrados assumem que a necessidade do aumento de produção, nos níveis em que a realidade vem exigindo, acarreta uma perda de qualidade nos pronunciamentos judiciais, que não pode, inobstante o auxílio de funcionários e recursos materiais, dentre os quais a informática, ser produzido em escala industrial, tendo em vista a natureza da atividade, que se desenvolve ou deveria, com segurança, através do exame minucioso dos autos, da análise das provas e do direito. Por fim, o desenvolvimento e aumento de produtividade já extrapolaram, há muito, o limite do suportável, considerando que os juízes são seres humanos e, para o bom desempenho da função, necessitam, inclusive, de permanente estudo e aperfeiçoamento, sob pena de ficarem defasados e até desinformados no mínimo em relação ao próprio direito, quando, no entanto, o seu papel exige um amplo conhecimento e esclarecimento cultural.

Vide, sobre a atuação do Poder Público como parte, nos processos judiciais, o artigo "Causas Perdidas", de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

3.4. Formação dos Juízes

A formação do magistrado pode ser vista sob dois aspectos: o primeiro relacionado com a própria escolha e seleção dos juízes; o outro sob o prisma da formação propriamente dita, ou seja, do aperfeiçoamento dos conhecimentos após o ingresso, prévia ou concomitantemente ao exercício da judicatura. Sobre o tema, vide a série monografias do CEJ, sobre Escola da Magistratura e Formação do Juiz, editada pelo Centro de Estudos Judiciários, do Conselho da Justiça Federal, em 1995.

Segundo o Juiz Federal Leandro Paulsen, a Procuradora do Estado de Minas Gerais, Dr^a Carmem Lúcia Antunes Rocha, em uma de suas palestras pelo país, procurou demonstrar a importância do aperfeiçoamento do magistrado e do profissional do Direito em geral, através de um conto que diz mais ou menos assim:

"Um fazendeiro, precisando obter lenha, contratou dois lenhadores para trabalharem durante um dia, na sua propriedade. Iniciaríamos com o nascer do sol e trabalhariam até o entardecer. Deu a cada lenhador um machado. O primeiro dos lenhadores trabalhou incessantemente durante todo o dia, sem descanso e com dedicação. O segundo dos lenhadores também mostrava-se dedicado, mas a cada duas horas, retirava-se do local em que estava cortando as árvores e somente voltava vinte minutos depois. Durante o dia, pois, parou várias vezes. Ao entardecer, um capataz do fazendeiro veio conferir o trabalho e constatou que o segundo lenhador havia trabalhado melhor e expressou isso verbalmente. De pronto, o primeiro insurgiu-se, dizendo que tinha trabalhado sem trégua durante todo o dia e que o outro fazendeiro volta e meia parava, de maneira que não poderia este ser considerado o melhor. Diante do protesto, o capataz esclareceu que as paradas do segundo lenhador haviam sido feitas para afiar o seu instrumento de trabalho, o machado, e que ele aproveitava para recompor suas forças, além do que, no trecho que caminhava para retornar ao trabalho, avistava árvores melhores para serem cortadas, de maneira que, ao final do dia, havia produzido mais lenha e de melhor qualidade."

(in Justiça Federal: propostas para o futuro)

O Poder Judiciário opera, no momento, de modo contingencial. O grande número de processos e o reduzido número de juízes vem, na prática, impedindo que se desenvolva, seja a nível de concurso ou como etapa imediatamente posterior, como ocorre em geral nos países europeus, qualquer curso de aperfeiçoamento, tendo em vista a necessidade premente de novos juízes em exercício.

O excesso de serviço vem, da mesma forma, afastando, gradativamente, muitos juízes da vida acadêmica e universitária, o que é muito prejudicial tanto para o Poder Judiciário, que deixa de receber, de modo mais intenso, os ares da renovação e dos estudos modernos, como para as faculdades de Direito, que perdem os ensinamentos de pessoas que, além de comprovadamente conhecedoras da dogmática jurídica, estão a aplicar as regras genéricas, formulando as normas concretas e construindo a jurisprudência.

Além do aprimoramento jurídico, faz-se necessária a ampliação cultural do magistrado, com outros ramos do estudo, a fim de que o juiz possa julgar, de fato, em sintonia e levando em consideração a finalidade social da sua decisão, conhecendo e sentindo todos os efeitos do conflito que será julgado.

3.5. Procedimentos

O excesso de formalidades nos procedimentos judiciais foi invocado, por 82,3% dos magistrados entrevistados, conforme o resultado da pesquisa feita pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, como o segundo fator mais importante como obstáculo ao bom funcionamento do Judiciário. Encontra-se em andamento uma reforma tanto do processo penal como civil, coordenada pela Escola Nacional da Magistratura. Por si só, a participação dos juízes, na discussão e elaboração de propostas legislativas, é da maior relevância, pois a omissão, no caso, representaria a conivência com as agruras e inconvenientes existentes. Não basta, por outro lado, apenas a crítica, sendo necessária a formulação de alternativa, a fim de viabilizar as mudanças desejadas.

Atualmente, a grande quantidade das chamadas causas repetidas, em que a questão de direito já foi exaustivamente enfrentada pelos tribunais, dentre os quais o próprio Supremo Tribunal Federal, vem fazendo com que se clame por uma solução, seja ao nível do efeito *erga omnes* na via incidental do controle da constitucionalidade, independentemente de resolução por parte do Senado Federal, seja por intermédio das denominadas súmulas vinculantes, principalmente, pois há um enorme dispêndio de energia, tempo e recursos materiais e humanos com matérias que, a rigor, não necessitariam de novos julgamentos.

Em relação aos recursos, há, na história do direito, exemplos, como o do processo romano, em que as partes que recorriam arcavam com um pagamento oneroso, em termos de sucumbência acrescida, o que, ao mesmo tempo, não impedia, mas, por outro lado, desestimulava a interposição de recursos como medida protelatória.

Na Justiça Federal, a recente inovação trazida pela Lei nº 8.952/94, alterando a redação do artigo 331, do Código de Processo Civil, para instituir a chamada audiência de conciliação, vem despertando críticas, em relação à posição doutrinária que defende a obrigatoriedade da realização, em qualquer hipótese, porque esta prática prejudicaria em muito o andamento das causas sob a sua competência, envolvendo normalmente a Administração Pública Federal, que, em regra, não efetua qualquer transação. Por essa razão, os Juízes Federais, na sua maioria, estão deixando de designar a audiência de conciliação, com base na parte inicial do artigo 331, do Código de Processo Civil, quando ocorrem os casos de julgamento antecipado da lide ou de direito indisponível. Vide,

neste último aspecto, entretanto, o disposto na Lei nº 8.197, sobre a disponibilidade na esfera federal da Administração Pública.

Na área penal, chamam a atenção, *verbi gratia*, a duplicidade de depoimentos, em sede policial e judicial, e a falta de possibilidade de transação, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América. As possibilidades de colaboração, por parte dos criminosos, através da “delação”, são ínfimas na legislação brasileira, seja porque não há, até agora, a possibilidade de isenção de pena, mas, tão-somente, a redução, simplesmente inócua, como demonstrado na prática inexistente de aplicação do instituto tal como criado, seja pela falta de proteção do colaborador e dos seus familiares, a exemplo do que vem ocorrendo na Itália, cujo maior exemplo é Tomazo Buschetta.

No processo de execução contra a Fazenda Pública, os precatórios são exemplos de retardamento na satisfação dos direitos, que, em épocas inflacionárias, são prolongados por inúmeros anos.

Ao mesmo tempo em que se fala de certo temor em relação à chamada *ditadura dos juízes*, o que se vê, sob outro aspecto, é a necessidade de maior dotação de poderes para que os julgadores possam tornar efetivas as suas decisões. Nesse sentido, há que se tipificar criminalmente a conduta dos funcionários públicos que desobedecem uma ordem judicial, pois, do contrário, haverá, tão-somente, a consecução dos julgados em face do particular, na falta de medidas coativas contra os agentes do Poder Público. No mesmo sentido, em relação aos que litigam de má-fé. Recentemente, matéria jornalística, publicada no jornal Gazeta do Povo, informava que o Juiz norte-americano responsável pelo caso O. J. Simpson havia estabelecido multa, para cada um dos Promotores de Justiça que estava oficiando no feito, por terem atendido determinado prazo, fixada em mil dólares, importância essa imediatamente exigida, para que os membros do *parquet* pudessem novamente fazer uso da palavra. No Brasil, poderes como esses devem ser instituídos, visando a efetividade e agilização dos processos, na certeza de que qualquer abuso poderá ser revisto por força de apreciação pela instância superior, através do pertinente recurso.

3.6. Acesso

O problema do acesso ao Judiciário envolve uma série de fatores, desde a formação cultural da população até a confiança depositada na Justiça, passando pelo custo, representado pelas despesas processuais como as custas, advogados, adiantamento de valores para a produção de determinadas provas etc.

Embora antiga, a Lei de Assistência Judiciária, nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, aos poucos vai se concretizando na facilitação do ingresso dos despossuídos no Judiciário, através da proliferação dos serviços de assistência jurídica, pelas faculdades de direito, junto aos Juizados de Pequenas Causas,

nas Defensorias Públicas do Estado, em outras entidades e, agora, prevista em lei, a da União. Todavia, a oferta ainda fica muito aquém da demanda, como bem retratam as enormes filas, muitas vezes existentes, em torno das Defensorias.

As custas judiciais costumam ser apontadas como fator que contribui para o afastamento da população em relação ao Judiciário. Entretanto, há que se analisar a questão. Na Justiça Federal, pelo menos, o argumento é totalmente infundado, porque os valores são ínfimos, quase sempre representados por alguns reais ou até mesmo centavos. Na Justiça do Trabalho não há o adiantamento de qualquer valor pelo reclamante. Nos Estados-membros há uma variedade grande de valores cobrados, em razão da autonomia existente. Entretanto, mesmo nas unidades políticas em que são cobrados valores maiores, há que se esclarecer e lembrar sempre que o parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 1.060, estabelece expressamente como necessitado, para gozar dos benefícios da mencionada lei, os que possuem uma situação econômica que não lhe permita pagar as custas e os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. A jurisprudência, por sua vez, corretamente, vem dando uma dimensão ampla, em termos de interpretação do dispositivo, a fim de não afastar da regra, inclusive, pessoas que são proprietárias de imóvel e bens, ou que tenham constituído um procurador, desde que a sua renda não seja suficiente para o pagamento das custas, sem lesão à manutenção da sobrevivência familiar ou pessoal. Por fim, o resultado da pesquisa feita pela InformEstado aponta para a confirmação do entendimento acima exposto, na medida em que 73% acham que o Judiciário está mais acessível a todos.

Sobre a questão do acesso ao Judiciário, de maneira ampla, investigando as diversas causas relacionadas, vide, além dos livros de Boaventura de Souza Santos e José Eduardo Faria, já mencionados, Acesso à Justiça, de Mauro Cappelletti, e O Juiz e o acesso à Justiça, de José Renato Nalini.

3.7. Funcionários

O aumento do número de processos e, conseqüentemente, da necessidade do incremento de produtividade, faz com que os juízes precisem de uma estrutura de apoio maior e, principalmente, de boa qualidade. A nova redação do artigo 162, do Código de Processo Civil, com a inclusão do parágrafo 4º, estabeleceu, expressamente, que os atos meramente ordinatórios, como a junta e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessário. Não deve, portanto, o juiz perder tempo com os meros despachos ordinatórios, diante do acúmulo de processos para serem decididos e sentenciados. Inobstante, não pode, obviamente, permitir, porque destituídos seriam de existência como ato judicial, a prática, pelo servidor, de pronunciamentos com cunho decisório.

Premente, também, que, além de uma boa estrutura cartorária ou de secretaria, conte o magistrado com uma estrutura de gabinete, a fim de efetuar todo um levantamento, preliminar, em termos de legislação, doutrina e jurisprudência aplicáveis ao caso por decidir, separando, também, os processos relacionados com matérias repetidas, assinalando, previamente, os principais pontos relacionados com o pedido, a resposta e o desenvolvimento do processo, auxiliando, assim, o juiz na elaboração das suas decisões e sentenças. Enormes dificuldades encontram os julgadores que relutam e sentem dificuldade na ação de delegar funções de auxílio, embora deva o juiz sempre rever e orientar todo o trabalho, sob pena de acabar emitindo pronunciamentos judiciais profundamente equivocados ou até contrários ao seu entendimento.

Encontra-se em discussão no Congresso Nacional um projeto de lei que retira dos Tribunais do Trabalho o poder de nomear, para cargo em comissão, os diretores de secretaria, passando tal incumbência para os presidentes das Juntas de Conciliação e Julgamento. Na Justiça Federal, os juízes federais indicam os nomes dos diretores de secretaria, cuja aprovação depende da anuência do respectivo Tribunal Regional Federal. Tem-se apontado o exemplo da Justiça Federal como altamente positivo, porque a acomodação e permanência de funcionário desidioso à frente do cartório ou secretaria são evitados, ao contrário do que ocorre com inúmeros escrivães, na Justiça dos Estados.

4. Propostas

4.1. Controle Externo

Encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados a proposta de emenda à Constituição nº 112-A, de 1995, de autoria do deputado José Genoíno, cujo texto inicial era o seguinte:

“Art. 1. Inclua-se na Seção I, do Capítulo III, do Título III, da Constituição Federal, os seguintes dispositivos, renumerando-se os demais:

“Art. O sistema de controle do Poder Judiciário será constituído pelo:
I — Conselho Federal de Justiça;
II — Conselhos Estaduais de Justiça;
III — Conselho Distrital de Justiça.

Parágrafo único — O sistema de controle exercerá a fiscalização externa do Poder Judiciário, vedada a interferência no mérito das decisões proferidas e nas atividades jurisdicionais.

Art. Compete aos órgãos do sistema de controle do Poder Judiciário se pronunciar sobre:

I — a proposta orçamentária anual;

II — aquisição de vitaliciedade;

III — a criação e extinção de varas judiciárias e tribunais;

IV — criação e extinção de cargos da magistratura e dos serviços auxiliares;

V — aferição do merecimento para efeitos de promoção;

VI — perda do cargo de magistrado.

Parágrafo único — Compete ao sistema de controle do Poder Judiciário fiscalizar o serviço judicial, supervisionar os atos administrativos e receber denúncias e reclamações contra membros da magistratura e funcionários dos serviços auxiliares.

Art. O Conselho Federal de Justiça terá a seguinte composição:

I — cinco ministros eleitos por cada um dos Tribunais Superiores;

II — um Procurador da República eleito pelo Conselho Superior do Ministério Público;

III — um advogado eleito pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

IV — três cidadãos brasileiros com mais de trinta e cinco anos eleitos pelo Congresso Nacional, vedada a indicação de parlamentar.

Art. Os Conselhos Estaduais de Justiça terão a seguinte composição:

I — cinco Desembargadores eleitos pelos magistrados;

II — um Procurador da Justiça eleito pelos integrantes do Ministério Público Estadual;

III — um advogado eleito pelos integrantes da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;

IV — três cidadãos brasileiros com mais de trinta e cinco anos eleitos pela Assembléia Legislativa do Estado, vedada a indicação de parlamentar.

Art. O Conselho Distrital terá a seguinte composição:

I — cinco Desembargadores eleitos pelos magistrados;

II — um Procurador de Justiça eleito pelos integrantes do Ministério Público do Distrito Federal;

III — um advogado eleito pelos integrantes do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;

IV — três cidadãos brasileiros com mais de trinta e cinco anos eleitos pela Câmara Distrital, vedada a indicação de parlamentar.

Art. O mandato dos membros dos Conselhos que integram o sistema de controle do Poder Judiciário será de três anos, vedada a recondução.

Art. Os Tribunais não poderão realizar sessões secretas para tratar de assunto administrativo.

Art. Lei Complementar disporá sobre a competência, organização e funcionamento do sistema de controle do Poder Judiciário.

Art. 2. O parágrafo 3 do artigo 128 terá a seguinte redação:

“Art. 128 (...)

Parágrafo 3º. Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal formarão listas tríplices dentre os integrantes da carreira, na forma da lei respectiva para a escolha do seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, após a aprovação do seu nome pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Legislativa, para um mandato de dois anos, permitida uma recondução.”

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, acabou sendo aprovado e adotado o parecer reformulado da Relatora, Deputada Zulaiê Cobra, suprimindo-se a expressão externa, constante do parágrafo único do artigo não numerado, referente ao sistema de controle do Poder Judiciário, bem como os incisos IV dos três artigos não numerados, que se referem à composição dos Conselhos Federal, Estaduais e Distrital de Justiça. Assim, além da mudança na denominação do controle, sem a adjetivação de externo, houve alteração na composição dos conselhos, antes formados por oito integrantes, sendo cinco magistrados, um membro do Ministério Público, um advogado e três cidadãos eleitos pelos respectivos parlamentos. Os conselhos passaram a contar com os cinco primeiros, ou seja, sem a presença dos cidadãos indicados pelo Poder Legislativo.

A justificativa da Proposta de Emenda Constitucional nº 112-A expressa os motivos e a finalidade do controle externo pretendido:

“A crise do Estado é a crise de suas funções. Como uma das funções estatais a justiça brasileira tem se defrontado com a complexidade crescente de uma sociedade dilacerada por diferenças socio-econômicas cada vez maiores. Os conflitos de interesses não se restringem mais a conflitos individuais, mas a conflitos coletivos e transgressões de massa envolvendo grupos e coletividades. Dentro desse contexto, pergunta-se: o Poder Judiciário tem se mostrado capaz de se administrar a si mesmo e de desempenhar com eficácia suas funções de

reduzir conflitos e minorar as incertezas dos sistemas político e econômico, restringindo as divergências de interesses e impedindo sua generalização? Entendemos que não.

A concepção clássica da independência dos poderes do Estado tem sido utilizada freqüentemente como um subterfúgio para neutralizar qualquer possibilidade de controle social sobre os poderes do Estado, notadamente sobre o Poder Judiciário. Em realidade, a relação entre os poderes constituídos não tem se caracterizado por uma interdependência pela qual se busque a implementação de políticas públicas comuns. Em decorrência os poderes Legislativo e Judiciário têm atuado como se fossem “estados dentro do estado”, com a adoção de regramentos internos e benefícios de toda a ordem que, muitas vezes, desconsideram a própria Constituição. No caso específico do Poder Judiciário, o último reajuste de vencimentos que os ministros do Supremo Tribunal Federal se autoconcederam, utilizando-se, para tanto, de um expediente meramente administrativo, constitui-se em exemplo ilustrativo.

Estamos convencidos que em sociedades fragmentadas em conflitos de classe como a nossa as instituições estatais não esgotam a realidade do direito. Nesse contexto, a justiça não pode ser entendida dentro de uma perspectiva exclusivamente técnico-formal. O princípio da separação dos Poderes não pode ser utilizado para consolidar a fragmentação do próprio Estado e justificar a impossibilidade de controle social sobre uma atividade que é pública e da mais alta relevância social. Não há Estado Democrático de Direito sem uma atividade jurisdicional autônoma e independente, assim como não há Estado Democrático de Direito sem que a sociedade civil não possa controlar as suas instituições políticas, legislativas e judiciais.”

O controle externo do Poder Judiciário foi defendido por vários parlamentares, tanto durante a Assembléia Nacional Constituinte, como na revisão constitucional de 1993 e, agora, por emenda à Constituição. Na área jurídica, encontra especial apoio na Ordem dos Advogados do Brasil, embora vozes discordantes, na advocacia, tenham se manifestado. Embora com conteúdo e matizes diversas, a proposta, em geral, vem sendo defendida sob a alegação de que o Poder Judiciário seria o único dos Poderes do Estado a não se submeter a um controle por outro Poder, o que seria inadmissível no Estado Democrático de Direito Moderno, bem como pelas mazelas existentes no seio do judiciário, principalmente no que toca à morosidade, ao difícil acesso, à administração, nepotismo e aos abusos de poder relacionados ao Judiciário. Nesse sentido, as palavras de José Eduardo Sabo Paes:

“De igual forma sobre os Poderes Legislativo e Executivo existe um Controle Externo, não existindo no âmbito do Poder Judiciário órgão composto por membros de outros poderes a fim de controlá-lo exclusivamente.”

(Controle externo do Poder Judiciário)

4.2. Críticas ao Controle Externo

A idéia de controle externo do Poder Judiciário vem sendo bastante criticada pela magistratura, em particular. Dentre os vários argumentos contrários, cabe ressaltar os seguintes:

a) O controle externo violaria a independência do Poder Judiciário:

“Interrompo a citação para assinalar que, de igual forma, os Juízes são independentes e livres, o que não é garantia sua, mas da boa aplicação da lei, e absurdo seria que através da criação de um Conselho Externo do Poder Judiciário perdessem essa independência, indispensável à administração da Justiça, existente em benefício do cidadão e que deve ser defendida pelos advogados para o próprio bom exercício do seu *munus*.

(...)

A Ordem dos Advogados e o Poder Judiciário encontram-se na mesmíssima posição no que diz respeito à pretensão de um seu controle por órgãos externos, e a independência de ambos é que mantém e manterá a esperança na Justiça.”

(Desembargador Thiago Ribas Filho, O controle externo do Poder Judiciário)

“...não é constitucional, nem prudente ou necessário, que se crie órgão misto na estrutura do Poder Judiciário, ou entidade alheia a seus quadros, com a finalidade de exercer o controle externo da justiça ou da magistratura. A independência do poder não suporta interferência dessa índole sem desnaturá-lo, prejudicando a liberdade de consciência, essencial às aplicações das leis e ao resguardo ao direito das pessoas... a independência da justiça é um direito constitucional que protege o Poder e acautela contra o abuso o patrimônio moral e material dos indivíduos. Fiscalizar o exercício desse *direito constitucional* não significa destruir sua afirmação e sua existência.”

(Senador e Professor Josaphat Marinho, *apud* Luiz Flávio Gomes, A questão do controle externo)

E, tratando da indispensabilidade da separação dos Poderes, lembra a advertência de Friedrich, segundo a qual “muitas das pessoas que hoje atribuem pouca importância à separação, não percebem que iniciam o caminho para a ditadura.”

(Antônio de Pádua Ribeiro, O Poder Judiciário: algumas reflexões)

b) O controle externo e a separação dos poderes:

“No sistema presidencial de governo as coisas ocorrem diferentemente, certo que o sistema presidencial de governo foi consagrado nas urnas, pelo povo, no plebiscito de abril próximo passado. No sistema presidencial de governo, a separação dos poderes dá-se com nitidez. A constituição brasileira estabelece que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (C.F., art. 2º). A separação dos poderes é característica do sistema presidencial de governo: os Poderes exercem as suas atribuições com independência e sem subordinação nenhuma, não havendo o predomínio de um Poder sobre o outro. A separação dos Poderes, aliás, como garantia do sistema presidencial de governo, constitui limitação material ao poder constituinte derivado ou de revisão, assim cláusula pétreia (C.F., art. 60, § 4º, inciso III).

No presidencialismo, o Poder Executivo se diz monocrático, no sentido de que se concentram no Presidente da República as funções de Chefe de Estado e de Chefe de Governo. O presidencialismo surgiu com a Constituição americana de 1787. Na Convenção de Filadélfia, os *pais* fundadores tinham em mãos o “*Bill of Rights*” de 1689, que surgiu no bojo da “Gloriosa Revolução”. Com o “*Bill of Rights*”, os ingleses fizeram, em termos empíricos, o que cem anos depois Montesquieu teorizou no “*Espírito das Leis*”, livro que, registra Afonso Arinos de Melo Franco, é o “mais célebre de todo o século XVIII, o estudo histórico-jurídico de maior repercussão política que a humanidade conheceu antes do “*Capital*”, de Marx, cujo dinamismo ideológico superou incontestavelmente a “*Política*”, de Aristóteles, a “*República*”, de Platão, o “*Príncipe*”, de Maquiavel, ou o “*Governo Civil*”, de Locke” (Afonso Arinos de Melo Franco, “O Som do Outro Sino — Um breviário liberal”, *Civilização Brasileira*, e UnB, Rio, 1978, p. 200). Com o “*Bill of Rights*”, os ingleses estabeleceram, em termos empíricos, a separação das funções do Estado: enquanto o monarca governava, o parlamento legislava e os juízes, com independência em relação ao monarca e ao parlamento, aplicariam conscientemente a lei a casos particulares. Os convencionais de Filadélfia

tinham em mãos o “*Bill of Rights*”: constituiriam um parlamento, instituiriam um poder judiciário e porque não tinham um rei, porque queriam uma república, o chefe do Poder Executivo seria um Presidente que o povo elegeria. Surgiu, então, o sistema presidencial de governo, em que as funções estatais — legislativa, administrativa e jurisdicional — seriam exercidas por órgãos distintos e independentes, mas harmônicos entre si. Essa harmonia é conseguida na medida em que se pratica a doutrina que os norte-americanos denominam de “*checks and balances*”, freios e contrapesos. Essa doutrina, que institui uma certa colaboração entre os poderes, e da qual resulta uma fiscalização mútua, para o fim de realizar justamente aquilo que Montesquieu propugnava: a limitação do poder pelo poder. No “*Espírito das Leis*”, teorizando a respeito da separação dos poderes, e trabalhando sobre o “*Bill of Rights*”, que denominou de Constituição da Inglaterra, escreveu Montesquieu que “em todo o Estado há três espécies de poderes, o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do Direito das gentes, e o Poder Executivo das que dependem do Direito Civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios (...) Chama-se a última o poder de julgar e a outra simplesmente o Poder Executivo do Estado.” (“*O Espírito das Leis*”, Livro XI, cap. VI, Ed. UnB, p. 187). (...)

Concluindo, podemos afirmar que o controle externo do Judiciário não seria compatível com o sistema presidencial de governo, em que há nítida separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ademais, o controle externo atentaria contra garantias de independência e de imparcialidade do Poder Judiciário, causando danos à cidadania, assim aos jurisdicionados. De outro lado, a doutrina dos freios e contrapesos, própria do sistema presidencial de governo, e mais os mecanismos de fiscalização hoje existentes — o ingresso na carreira mediante concurso público, com a participação da O.A.B, a publicidade dos julgamentos e a obrigatoriedade de as decisões serem fundamentadas, a existência do “quinto” constitucional, com a participação, nos Tribunais, de juízes oriundos da advocacia e do Ministério Público, a estipulação dos orçamentos em conjunto com os demais Poderes, a fiscalização externa da gestão orçamentária pelos Tribunais de Contas, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal, dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais pelo Chefe do

Poder Executivo, depois de aprovada a escolha, pelo Senado Federal, dos indicados para o STF e para os Tribunais Superiores, o “*impeachment*” dos Ministros do Supremo Tribunal, pelo Senado, o amplo sistema de recursos previsto na Constituição e nas leis processuais, e a possibilidade de fiscalização da gestão patrimonial, orçamentária e administrativa pelos cidadãos, por entidades representativas da sociedade e pelo Ministério Público, mediante a propositura, por exemplo, de ações populares, ações civis públicas e ações diretas de inconstitucionalidade — demonstram que o Judiciário não é um Poder sem controle.”

(Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura: uma proposta)

c) O controle externo, na experiência de outros países:

“Um outro argumento apresentado é o de que órgãos de controle do Judiciário existem em outros países como a França e a Itália, o que evidenciaria que a sua criação no Brasil não representaria uma afronta à sua Magistratura e uma arremetida autoritária.

Nesses países, ao contrário do nosso, o Judiciário não constitui um Poder, é um simples Departamento do Executivo.

Ao final do ano de 1987, os jornais deram notícia de fato envolvendo o Juiz Jean Pierre Michau, que tentou, sem êxito, apurar a participação do Ministro da Cooperação no escândalo Carrefour Development, deslocando-se, inclusive para o Brasil, para ouvir o Delegado Arnaldo Campana, ex-Secretário da Polícia Civil do Rio de Janeiro, e o Juiz Calude Grellier, que indiciou o acadêmico Mechel Droit, acusando-o de prevaricação na concessão de frequências para as rádios FM de Paris, nada tendo conseguido ante a reação do poder político que o afastou da instrução, uma vez que o indiciado é um dos homens mais poderosos do setor de comunicação de massa, pois, além de membro da Academia de Letras, é também escritor e editorialista do matutino *Le Figaro* e guru da direita.

A propósito de tais fatos, o jurista Maurice Duverger, um dos mais respeitáveis constitucionalistas franceses, afirmou que as decisões dos Juízes incomodam e perturbam o equilíbrio das forças na área política e, por isso, o Poder Executivo está interferindo no trabalho dos magistrados, porque teme as consequências de suas decisões. “Eu diria que a Justiça na França ruma para a desestabilização”, completa Duverger.

Apesar das pressões feitas pelo Ministério do Interior, acusado de ter falsificado o passaporte com o qual Ives Challier, réu do processo, pôde viver durante um ano no Brasil, o Juiz Michau não deu importância às ameaças do Ministro Charles Pasqua e só desistiu de prosseguir nas apurações quando, alegando que a falsificação do passaporte de Challier era “Segredo de defesa nacional”, o governo evitou o comparecimento do Ministro Pasqua ao Tribunal. Como prêmio de consolação, o magistrado recebeu o apoio de seus colegas e da Presidência da Corte Suprema, mas nunca conseguiu indiciar todos os verdadeiros culpados (O Globo, 22 nov. 1987).”

(Thiago Ribas Filho, O controle externo do Poder Judiciário)

“Em muitas áreas do conhecimento humano são plenamente válidas as experiências estrangeiras, que costumam servir de paradigmas para nós. Mas se existe uma instituição que muito pouco contribuiu para o aperfeiçoamento do Estado de Direito, outra não pode ser senão o Conselho Superior *externo*. A experiência estrangeira neste campo tem sido uma amarga decepção, ressalvado um único aspecto bastante positivo do CSM italiano e do português que consiste na eleição de juízes para comporem tal Conselho. Como o Estado Democrático atual é um *Estado de Partidos*, em muitos países o que se nota claramente não é somente a *governamentalização* desses Conselhos *externos*, senão sobretudo sua *partidarização*, com o sério risco de total dependência (no mínimo de reverência perniciosa) que se cria entre os membros *critériosamente* escolhidos para integrá-los, ainda que sejam juízes, e os partidos ou pessoas responsáveis por essa escolha. Todo esse procedimento de seleção (cooptação, pode-se dizer) expressa nada mais nada menos que uma faceta, dentre tantas outras, da absoluta hegemonia do Poder Político neste final do segundo milênio. E é nisso que reside a explicação do mau funcionamento desses *órgãos externos*, cada vez mais criticados, onde existem.

O Conselho Superior espanhol (*Consejo General del Poder Judicial*), por exemplo, embora criado em 1978, até hoje não conseguiu esgotar todas as possibilidades legais de sua competência; é o único órgão criado por aquela Constituição que até hoje não encontrou seu devido espaço institucional. Daí ter dito seu atual Vice-Presidente, em recente entrevista, que esse órgão *está morto e não contribui em nada para a Justiça*, é dizer, “trabalha dentro de umas coordenadas muito estreitas, porque suas competências são escassas, sobretudo no que se refere a decisões”. “O peso maior da nossa atividade” — acrescentou o Vice-Presidente — “é de assessoramento ao Poder

Executivo ou de traslado de petições ao Ministério da Justiça. Em outros países que contam também com tais órgãos de controle externo os exemplos não são nada abonadores: um Presidente italiano, que também preside o Conselho Superior da Magistratura, chegou ao absurdo de impedi-lo de discutir alguns assuntos inerentes à Magistratura, o que provocou a *greve* mais compacta de toda a história da Magistratura italiana no final do ano de 1991.

(...)

Mais que órgão de governo da Magistratura, os Conselhos *externos*, na verdade, mais parecem órgãos *do* Governo *na* Magistratura, com a função de instrumentalizar o controle tanto do acesso, da promoção, da aposentadoria etc. dos juízes como da inteira *política judicial*. Essa foi a forma encontrada para que o Poder Executivo continue exercendo o seu controle sobre o Poder Judiciário, seja de forma direta (no que se relaciona com a parte econômica e muitas vezes com a administrativa), seja de forma indireta (através dos Conselhos Superiores *externos*). E quando altos interesses do Poder Político entram em jogo é que se nota mais claramente o quanto é pernicioso para o verdadeiro e igualitário Estado Democrático de Direito esse *controle externo partidizado* dos juízes e da Magistratura. Casos recentes ocorridos na França e na Itália demonstram como tais Conselhos *políticos* podem cumprir seu papel de *correia de transmissão*. Na França, em 1988 e em 1990, o Poder Político aprovou leis de anistia de todos os delitos cometidos para o financiamento ilegal das campanhas eleitorais. Os vários casos foram apurados para individualizar a responsabilidade penal dos *não políticos*. Dentre eles destaca-se o das *falsas faturas* (assunto *urba-graco*), que se relaciona com o financiamento criminoso do Partido Socialista e da campanha do Presidente Mitterrand (vide o libre *L'enquête Impossible*, de Galдино). Com a contribuição do Conselho Superior francês, que é presidido pelo próprio Mitterrand, foi feito todo o possível para *enterrar* o assunto. No banco dos réus sentaram, obviamente, somente os que não foram beneficiados com as referidas leis de anistia. As leis foram aprovadas sob a filosofia de que é melhor uma descarga de desprestígio de uma só vez que em várias doses durante vários anos.

Quanto à Itália, em 20 de novembro de 1991 (o chamado *giorno della vergogne*) o Conselho Superior italiano foi impedido de discutir um assunto (independência do Ministério Público em relação ao Executivo) que estava programado, porque o Presidente da República proibiu *tout court* sua discussão e, depois, não só acompanhou a reunião por controle interno de TV, como mandou policiais ao local

para *garantir a segurança*. Independentemente de se saber se ele podia ou não fazer a proibição, é intolerável que o chefe de Estado e também Presidente do CSM não permita que este órgão discuta assuntos de interesse da Magistratura.”

(Luiz Flávio Gomes, A questão do controle externo do Poder Judiciário)

d) Sobre a falta de controle, em relação ao Poder Judiciário:

“Com certa frequência afirmam que o juiz não é controlado por ninguém, que está isento de freios, que no Estado de Direito nenhum órgão pode ficar sem controle etc. Que seu controle precisa ser aprimorado e democratizado parece muito evidente. Mas não é correto afirmar que ele não tem controle. O primeiro e fundamental controle do juiz consiste em que ele só pode aplicar a legislação aprovada pelo Poder Político. O juiz, desse modo, decide os conflitos que lhe apresentam de acordo com as pautas jurídicas traçadas em outro âmbito de poder. Tudo que invocar como fundamento da decisão tem que encontrar apoio no ordenamento jurídico vigente, sob pena de perda da sua legitimidade democrática. O orçamento da Magistratura, de outro lado, não é elaborado e executado imediatamente por ela: só depois de aprovado pelo Legislativo é que pode ser executado.

A autonomia financeira do Judiciário é limitada por orçamentos elaborados em conjunto com os demais poderes. As unidades administrativas do Judiciário estão sujeitas à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Tribunais de Contas, que são órgãos auxiliares do Poder Legislativo. No concurso de ingresso para a carreira de Juiz há a obrigatória e salutar participação da Ordem dos Advogados do Brasil. De todos os Tribunais um quinto dos seus ocupantes são oriundos das classes dos Advogados e do Ministério Público. Do Tribunal do Júri participam juízes leigos. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, são nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal. Um terço do Superior Tribunal de Justiça é composto de Advogados e membros do Ministério Público.

O Juiz, ademais, é controlado, no aspecto disciplinar, pelas corregedorias, e pode ser suspenso, posto em disponibilidade ou aposentado; é controlado pelo próprio ordenamento jurídico porque tem que fundamentar suas decisões e estas obrigatoriamente são públicas, o que permite seu controle pelos Advogados, pelo Ministério Público,

pelas partes, pelos órgãos jurisdicionais superiores, pela imprensa etc. Por fim, no nosso sistema, o juiz não goza de imunidade, por isso, tem responsabilidade penal, civil e administrativa pelos seus atos (cf. art. 35 da LOMN). As aquisições da Magistratura seguem a lei de licitações, sua estrutura administrativa não pode ser criada ou alterada sem o devido processo legislativo, suas unidades administrativas estão sujeitas à auditoria externa, suas verbas orçamentárias são controladas pelo Executivo etc.”

(Luiz Flávio Gomes, A questão do controle externo do Poder Judiciário, páginas 34 e 35)

e) O controle externo e a solução dos problemas da Justiça:

“O chamado ‘controle externo do Poder Judiciário’, apontado como o mecanismo salvador da Justiça, é antes de tudo uma grande ilusão. Por mais que pense, não consigo atinar qual é o objetivo desse controle. À falta de saber sobre o que lhe recairia por ora, fico absolutamente contra. Portanto, acho que a próxima revisão constitucional poderá aperfeiçoar alguns aspectos do Poder Judiciário, mas deve preservar ao máximo a sua independência. Se desejamos uma Justiça eficiente, precisamos investir pesadamente nela. Precisamos de leis processuais — que, afinal, regulam sua atividade — mais ágeis. Precisamos de cursos de Direito que produzam profissionais de boa qualidade.”

(Antonio Ferraz Dal Posso, Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, In: Tribuna do Direito)

f) A participação de advogados e integrantes do Ministério Público no órgão controlador:

“Ora, a autonomia pressupõe que o controle do Judiciário, tanto o da sua própria atividade administrativa quanto o do desempenho dos seus deveres funcionais, seja exercido por ele próprio e não venha de fora. Nem a OAB, nem o Ministério Público e muito menos o Poder Legislativo devem exercer este controle, mesmo porque, cada qual, em circunstâncias diferentes, são agentes de demandas específicas da sociedade. Conferir-lhes parte que seja deste controle é, em última análise, quebrar a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito.” (Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *apud* Thiago Ribas Filho, O controle externo do Poder Judiciário, página 61)

4.3. Conselho Nacional de Administração da Justiça

Ao mesmo tempo em que se efetua a crítica ao controle externo do Poder Judiciário, assim entendido como Conselho cuja composição integraria não magistrados, aponta-se a necessidade premente da formação de um órgão nacional. As atribuições e composição deste Conselho Nacional da Magistratura não são pacíficas, tendo em vista as proposições até agora feitas. Certo é que o Projeto de Estatuto da Magistratura, encaminhado pelo Supremo Tribunal Federal, ao Congresso Nacional, encontra-se nas mãos do relator, Deputado Ibrahim Abi-Ackel. Pelo projeto, o Conselho seria integrado pelo Presidente e Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal, três outros Ministros do Supremo Tribunal Federal, por este escolhidos, com mandato de dois anos, admitida a recondução por um período, os Presidentes dos quatro Tribunais Superiores, e dois Presidentes de Tribunais de Justiça. E, teria as seguintes atribuições: a) zelar pela autonomia do Poder Judiciário, bem como pelo respeito às prerrogativas e pelo cumprimento dos deveres da magistratura; b) coordenar, no âmbito administrativo, a aplicação do Estatuto pelos tribunais federais ou estaduais; c) conhecer de questões relativas a interesses de ordem institucional do Poder Judiciário; d) responder a consulta formulada por tribunal, sobre questões compreendidas nos itens anteriores, com a finalidade de estabelecer orientação uniforme; e e) elaborar o regimento interno e organizar seus serviços. Em termos de legitimidade, para dirigir-se ao Conselho, o Estatuto elenca os tribunais, o Procurador-Geral da República, o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da Justiça de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral de Estado ou do Distrito Federal e o Conselho Federal ou Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil.

5. Considerações finais e conclusões

1. A autonomia administrativa do Poder Judiciário avançou muito, ao longo da história nacional, alcançando particular expressão na Carta Magna de 1988, embora faça parte da tradição pátria, tendo em consideração a sua existência desde a primeira Constituição da República, em 1891.

2. A autonomia financeira, também, foi expressamente assegurada ao Poder Judiciário, com reserva de poderes, inclusive, em relação à elaboração e encaminhamento de proposta orçamentária, por determinados órgãos do Judiciário. Entretanto, não há, ainda, um percentual ou parâmetros delimitados, em termos de despesas com o Poder Judiciário, no nível constitucional, seja federal ou nos Estados, o que pode gerar eventuais conflitos entre os Poderes, e, por outro lado, tornar vulnerável o autogoverno do Judiciário.

3. A administração do Poder Judiciário, assim como a do Poder Público, de modo geral, deve ser aprimorada, buscando-se o planejamento e otimização dos recursos despendidos. Há que se registrar que os magistrados, em regra, não possuem formação gerencial e administrativa. Tal deficiência deve ser superada, com a atenção e esforço dos juizes, tendo em consideração que a boa aplicação dos recursos públicos, além de medida que atende à necessidade de eficiência e moralidade por parte do Estado, valores estes hoje, mais do que nunca, exigidos pela sociedade, é primordial, a fim de justificar a sua manutenção.

4. A unidade do Poder Judiciário e, por outro lado, a autonomia dos tribunais devem ser conciliados com a integração, através de um planejamento central e nacional, a fim de viabilizar a comunicação e cooperação na estrutura judiciária, sem que, tal integração, sirva de pretexto para a morosidade administrativa, inadmissível e inaceitável dentro dos padrões de velocidade e dinamismo nas relações sociais modernas.

5. A separação de poderes é uma garantia atual contra a concentração de funções, a fim de efetivar o equilíbrio necessário para a existência do Estado Democrático de Direito. Entretanto, no mundo moderno, há a cooperação entre os Poderes, bem como a realização de funções outras, por cada um dos Poderes, de modo secundário. Da mesma forma, deve haver a fiscalização de um Poder em relação ao outro. Nesse sentido, o Poder Legislativo fiscaliza, em termos administrativos e financeiros, os Poderes Executivo e Judiciário, com o auxílio dos Tribunais de Contas, não havendo motivo para ser estabelecida qualquer fiscalização em duplicidade, sob estes aspectos. Do contrário, haveria, sim, desperdício do dinheiro público, atentando-se contra a moralidade e probidade elencadas na Constituição Federal.

6. A relação dos Poderes Executivo e Legislativo com o Poder Judiciário, no Brasil, extrapola a própria fiscalização, na medida em que os Chefes de Governo, no âmbito federal e estadual, são responsáveis pela escolha e nomeação de uma parte dos integrantes dos tribunais, com a anuência dos parlamentares. Esse modelo, embora encontre, em menor medida, similar nos Estados Unidos da América, difere radicalmente do europeu, onde os membros dos tribunais são oriundos, em regra, da magistratura. No Brasil, todos os integrantes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Superior Tribunal Militar são nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal. O Presidente da República nomeia, também, dois dos sete integrantes do Tribunal Superior Eleitoral e três quintos dos membros dos Tribunais Regionais Federais, estes, no entanto, sem a anuência do Senado Federal. Nos Estados, pelo menos um quinto dos integrantes dos tribunais são nomeados pelos Governadores.

7. No Brasil, por tradição e determinação constitucional, o Judiciário é considerado um Poder, independente e harmônico, assegurada a sua autonomia

administrativa e financeira, estando sujeito, em conformidade com o modelo norte-americano e contrariamente ao estabelecido na Europa, ao sistema de *checks and balances*, ou seja, dos freios e contrapesos.

8. Tendo em vista a independência e separação dos Poderes, do modo harmônico, o sistema brasileiro não se coaduna com a ingerência externa no desenvolvimento das suas funções e atribuições constitucionais. Nesse sentido, a fiscalização ou controle existente é sempre *a posteriori*, em relação aos atos e decisões, como, por exemplo, no controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ou, então, de iniciativa, como nas medidas provisórias e projetos de lei encaminhados por iniciativa exclusiva, conforme previsto na Constituição. Portanto, a participação externa no dia-a-dia da administração da Justiça representaria uma quebra na separação dos Poderes.

9. Recentes pesquisas, como a elaborada pelo IUPERJ (Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro), informam que a origem social da magistratura vem, cada vez mais, se distanciando de uma casta representativa e originária das classes tradicionalmente dominantes. Assim, relativamente à escolaridade do pai, 56,4% só alcançaram o primário completo, 14,8% o segundo grau completo e, apenas, 28,7% o superior completo. 63,4% dos entrevistados não têm, nas suas famílias, magistrados, promotores ou defensores públicos. Esses dados são de grande valia, pois desmentem a afirmação, feita até por respeitáveis estudiosos, como o Professor Eugenio Raúl Zaffaroni, de que os juizes, escolhidos por concurso público, são, sempre, egressos dos melhores bancos escolares e representam as classes dominantes, na medida em que freqüentaram os melhores colégios e, por essa razão, puderam galgar a aprovação nos difíceis concursos públicos. Demonstra, sim, a democratização e seriedade no processo de provimento dos cargos da magistratura, indicando a possibilidade de acesso, pelo estudo e retidão na conduta, sem que, para tanto, haja a necessidade de qualquer demagogia ou comprometimento com grupos econômicos.

10. A independência do Poder Judiciário é da maior importância para a garantia da imparcialidade do julgador, sendo descabida a participação de pessoas estranhas à magistratura nos órgãos de governo, correição ou com o objetivo de decidir sobre eventuais remoções e promoção dos juizes, como faz parte da proposta do Deputado José Genoíno, tendo em vista que os advogados e membros do Ministério Público estão a postular perante o Juiz, sendo absurdo que este, ao mesmo tempo em que deve julgar a causa, com imparcialidade, esteja vinculado, funcional e administrativamente, àqueles. Nesse sentido, a indagação do Desembargador Thiago Ribas Filho:

“ — Formando-se um Conselho com a participação de advogados, como ficaria um Juiz ao ter de julgar a causa patrocinada por um

advogado conselheiro ou por escritório integrado por membro do Conselho? Não seria possível o uso de influência em detrimento do tratamento igual devido às partes?

— Integrando parlamentares esse Órgão, não ocorreria algo muito estranho de julgarem eles Juízes que apurariam seus votos numa eleição que viesse a se realizar? Não poderiam eles usar de coação para obter vantagem de seu interesse?"
(O controle externo do Poder Judiciário)

11. Por outro lado, todos os tribunais pátrios são compostos com, pelo menos, um quinto dos seus integrantes oriundos da advocacia e do Ministério Público. Entretanto, os advogados e membros do Ministério Público escolhidos para os tribunais, para que possam exercer com imparcialidade o seu novo dever, como qualquer juiz de carreira, ficam sujeitos a todos os impedimentos e restrições impostos aos magistrados. Portanto, a proposição de controle externo, com advogados e Ministério Público, repetiria a composição dos tribunais, se ficassem afastados das suas funções, ou seria teratológica e atentatória à independência e imparcialidade dos juízes, se mantivessem os advogados e promotores as suas funções anteriores.

12. Nenhum cargo público no Brasil possui tantas restrições e deveres legalmente estabelecidos, como o do magistrado. Este não pode exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; exercer o comércio ou participar de sociedade comercial; exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo associação de classe, e sem remuneração; manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais. Deve, também, residir na comarca ou circunscrição, permanecendo, muitas vezes, de plantão, durante os fins de semana e feriados; comparecer pontualmente à hora do expediente ou sessão, não se ausentando injustificadamente antes de seu término; manter conduta irrepreensível na vida pública e particular; e demais condutas relacionadas no artigo 35, da Lei Complementar nº 35/79. Por fim, os juízes têm que remeter, até o dia dez de cada mês, ao órgão corregedor competente, informação a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão hajam sido excedidos, bem como indicação do número de sentenças proferidas.

13. A atividade jurisdicional é, pela sua própria natureza e tendo em vista o contraditório, sempre acompanhada e fiscalizada pelas partes, e, em certos

feitos, pelo membro do *parquet*. Os recursos e as reclamações ou correições parciais são meios que estão permanentemente à disposição dos interessados. A necessidade de fundamentação garante a transparência da decisão, deixando-a exposta ao juízo de racionalidade. As prerrogativas da função, destarte, são quase todas negativas, ao contrário do que ocorre, por exemplo, hoje, com os advogados, observa a douta Juíza Federal Cláudia Cristina Cristofani Xavier Vianna. Responde, ainda, civilmente, nos termos do artigo 49, da Lei Orgânica da Magistratura. Basta comparar os respectivos estatutos. No da magistratura, são prerrogativas *não* ser preso senão por ordem escrita do Tribunal competente para o julgamento, salvo em flagrante de crime inafiançável; *não* estar sujeito a notificação ou intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; portar arma para *defesa* pessoal etc. Enquanto isso, na Lei nº 8.906/94, são direitos do advogado exercer com liberdade a profissão..., ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade..., comunicar-se com seus clientes..., ter a presença de representante da OAB..., ingressar livremente..., permanecer sentado ou em pé e retirar-se... independentemente de licença, dirigir-se diretamente..., sustentar oralmente..., usar da palavra..., reclamar..., falar..., examinar..., ter vista..., retirar autos..., ser publicamente desagravado..., recusar-se..., retirar-se etc. Faça-se a comparação, também, com os estatutos do Ministério Público, inclusive quanto às vantagens de natureza pecuniária.

14. Não há a menor adequação entre os problemas da prestação jurisdicional no Brasil e as necessidades do jurisdicionado com a proposta de criação de um conselho externo. Tenta-se, todavia, apregoar a formação, muitas vezes, do modo demagógico, com o objetivo de fornecer a falsa ilusão de que o controle externo viria para resolver as pendências do Judiciário. Todavia, a argumentação não se sustenta, diante da mais completa ausência de provas. Como apontado, em breve resumo, acima, há um conjunto de fatores, estruturais e funcionais, que demandam, também, uma pluralidade de medidas, das quais o controle externo, antes de contribuir, poderia até mesmo prejudicar, sensivelmente, a perspectiva de solução.

15. Há uma grande insatisfação social com o Poder Judiciário, principalmente pela sua ineficiência, caracterizada, em particular, pela morosidade, causadora de profundo descrédito. A ausência de celeridade está relacionada com a falta e deficiência na formação dos juízes, o aumento do número de processos, com o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e a facilitação do acesso à Justiça, as dificuldades em termos de recursos materiais e humanos de apoio, complexidade nos procedimentos etc.

16. O Poder Judiciário deve, em razão das suas funções, dar o exemplo, em termos de atuação em conformidade com o Direito e a Justiça. Nesse sentido, as suas decisões administrativas devem primar, em todos os momentos, pela

publicidade, contraditório e motivação, ao contrário do que ainda ocorre em vários tribunais.

17. A crise do Poder Judiciário deve ser amplamente discutida, com a promoção de iniciativas, sem maiores delongas. Além de algumas propostas anteriormente ventiladas no ponto 3 deste trabalho, serão, a seguir, arroladas outras propostas que vêm sendo defendidas nos mais diversos conclave, além de algumas formuladas pelo autor deste *paper*:

17.1. Organizacionais

a) Delimitação da competência do Supremo Tribunal Federal, apenas como Corte constitucional, passando as demais causas para o Superior Tribunal de Justiça.

b) Ampliação do número de Ministros do Supremo Tribunal Federal, de onze para quinze.

c) Criação do Conselho Nacional de Administração da Justiça, com a seguinte composição:

I — o Presidente, o Vice-Presidente e mais um Ministro do Supremo Tribunal Federal, escolhido por este;

II — os Presidentes dos quatro Tribunais Superiores;

III — dois Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dois Presidentes dos Tribunais de Justiça, escolhidos, com os respectivos suplentes, pelos Presidentes desses tribunais, na forma do Regimento Interno do Conselho;

IV — um magistrado federal, um magistrado estadual, um magistrado do Trabalho e um Juiz Militar, escolhidos, respectivamente, pelos seus pares, dentre magistrados de 1ª ou 2ª grau;

V — o Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

O Conselho Nacional da Administração da Justiça seria uma grande inovação, na medida em que é um órgão eminentemente administrativo e do Poder Judiciário, assim considerado na sua unidade, refletindo a pluralidade dos tribunais e juízes do país, de modo abrangente, inclusive com a participação da associação de classe nacional dos magistrados. O Conselho Nacional, dessa forma, poderia, em razão da sua própria composição, enfrentar, com liberdade, as grandes questões relacionadas com a melhora na prestação jurisdicional, sem os problemas, jurídicos e políticos, com que esbarra a proposta de controle externo.

As atribuições do Conselho, descritas no artigo 82, do Projeto de Estatuto da Magistratura Nacional, devem ser ampliadas, principalmente para abarcar o planejamento e integração do Poder Judiciário, bem como exercer a atividade correicional em relação aos tribunais, além de outras funções compatíveis com a autonomia dos tribunais e as necessidades da Justiça.

d) Criação de três novas turmas no Superior Tribunal de Justiça, que passaria a ser composto por quarenta e oito Ministros.

e) Extinção dos juízes classistas, em todas as instâncias, por representarem um dos maiores gastos das despesas da União, em termos de pagamento de julgadores do Poder Judiciário, sem que haja a menor necessidade ou retorno em termos de contribuição para o aprimoramento da prestação jurisdicional. Com a extinção, centenas de órgãos judiciais do trabalho e federais poderão ser criados com os respectivos recursos.

f) Implementação da Escola Nacional da Magistratura, sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Administração da Justiça e participação das associações de classe.

g) Instalação de novas Varas Federais, principalmente nas cidades interiores.

h) Instalação de dois mil Juizados Especiais no Brasil.

i) Criação e instalação de mais varas especializadas, na Justiça comum.

17.2. Processuais e correlatas

a) Possibilidade do Juiz dispor da pena, dentro de determinados limites legais, no processo penal, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos da América.

b) Isenção de pena, segundo convencimento do juiz, para as hipótese de colaboração, inclusive nos crimes de maior gravidade, com a criação de eficiente sistema de proteção para o colaborador e familiares, como vem ocorrendo, *verbi gratia*, na Itália e em outros países.

c) Estabelecimento de novas regras, em termos de sucumbência, para os recursos, visando desestimular a interposição automática ou meramente protelatória, como, atualmente, ocorre com frequência, bem como fortalecer a decisão proferida no 1º grau de jurisdição, sem que isso, por outro lado, implique na limitação do direito ao duplo grau de cognição. Sugere-se que a sucumbência seja progressiva, levando-se em consideração a instância, dada a possibilidade de interposição dos recursos especial e extraordinário.

d) Aprovação dos projetos de lei, encaminhados pela Escola Nacional da Magistratura, em complementação à reforma do processo civil, iniciada em 1993, e ensejadora da reforma do processo penal.

e) Ampliação dos poderes do juiz, em termos de imposição de multas e outras sanções para as partes e procuradores que estiverem descumprindo com os seus deveres processuais ou obstruindo a prestação jurisdicional.

f) Tipificação da conduta do funcionário público que descumprir ordem judicial, como crime.

g) Efeito vinculante no controle incidental da constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da proposta de emenda constitucional elaborada pelo Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, cuja redação dispõe:

“As decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que declarem a inconstitucionalidade de leis e atos normativos e a inconstitucionalidade por omissão têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante para os órgãos e agentes públicos.”

h) Pelo menos na Justiça Federal, a grande maioria das chamadas decisões “repetidas” relaciona-se com questões constitucionais. O mesmo deve ocorrer na Justiça dos Estados e na do Trabalho. Por conseguinte, levando-se em consideração a falta de consenso entre os magistrados e que a medida, ao mesmo tempo que beneficiaria em termos de encerramento do conflito, levaria ao esvaziamento do juízo de primeiro grau, recomenda-se que o efeito vinculante das súmulas seja debatido após a implementação das medidas acima, especialmente a contida na alínea g, ou seja, o efeito vinculante do controle da constitucionalidade pelo Supremo.

6. Bibliografia

ALBUQUERQUE, Valéria Medeiros de. Controle externo do PJ: modelo português. Revista AJUFE, junho de 1994.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. 3ª edição. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.

BORGES NETTO, André Luiz. A revisão constitucional e o controle externo do Poder Judiciário. Revista dos Tribunais, 697: 243-246, novembro de 1993.

BRASIL. Proposta de emenda à constituição nº 112-A. Institui o sistema de controle do Poder Judiciário. Brasília, Câmara dos Deputados, 1995.

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Controle do Judiciário, não do juiz. Folha de São Paulo, São Paulo, 19/08/95.

CLÉVE, Clemerson Merlin. Temas de Direito Constitucional. São Paulo, Editora Acadêmica, 1993.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Centro de Estudos Judiciários). A Justiça Federal através de documentos. Brasília, 1994.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Centro de Estudos Judiciários). A visão interna da Justiça Federal. Brasília, 1995.

CRUZ, Diniz Ferreira da. O controle externo da magistratura. Revista dos Tribunais, 700:256-276, fevereiro de 1994.

DAL POZZO, Antonio Ferraz. Discussão Desfocada. In: Tribuna do Direito, Ano I, nº 4, agosto de 1993, São Paulo, p. 9.

DIAS, Maurício. Informe. Gazeta do Povo, Curitiba, 1/11/95.

FRANÇA NETO, Alfredo. O exercício político da autonomia do Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

GAZETA DO POVO. Procuradores iniciam o 12º encontro hoje. Curitiba, 1º/11/95.

GEBRAN NETO, João Pedro. Escola da Magistratura e Formação do Juiz. In: Escola da Magistratura e Formação do Juiz (Concurso de Monografias promovido pela AJUFE). Brasília, Conselho da Justiça Federal, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. A questão do controle externo do Poder Judiciário. São Paulo, RT, 2ª edição, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. Aspectos políticos: controle externo do Poder Judiciário. Revista dos Tribunais, 697:408-417, novembro de 1993.

GOMES, Luiz Flávio. Controle externo do Poder Judiciário. Revista dos Tribunais, 668: 231-236, junho de 1991.

GOMES, Luiz Flávio. Inconstitucionalidade do controle “externo” do Poder Judiciário. Revista dos Tribunais, 687:246-249, janeiro de 1993.

GOMES, Suzana de Carmargo. Escola da Magistratura e Formação do Juiz. In: Escola da Magistratura e Formação do Juiz (Concurso de Monografias promovido pela AJUFE). Brasília, Conselho da Justiça Federal, 1995.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

INSTITUTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E POLÍTICOS DE SÃO PAULO (IDESP). Pesquisa: crise do Poder Judiciário. São Paulo, 1994.

JORNAL DO MAGISTRADO. São Paulo: Associação dos Magistrados do Brasil, nºs. 27 e 29, 1995.

KIPPER, Celso. Escola da Magistratura e Formação do Juiz. In: Escola da Magistratura e Formação do Juiz (Concurso de Monografias promovido pela AJUFE). Brasília, Conselho da Justiça Federal, 1995.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos. A Constituição Federal de 1967 Comentada — Tomo II. Rio de Janeiro, José Konfino, 1967.

MELLO, José Luiz de Anhaia. Da Separação de Poderes à Guarda da Constituição. São Paulo, RT, 1968.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Causas Perdidas. Gazeta do Povo, Curitiba, 18 de jul. 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Constituição e Revisão — Temas de Direito Político e Constitucional. Rio de Janeiro, Forense, 1991.

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à Justiça. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. A magistratura como poder. Revista dos Tribunais, 698:251-255, dezembro de 1993.

PAES, José Eduardo Sabo. Controle externo do Poder Judiciário. Revista dos Tribunais, nº 696, outubro de 1993.

PAULSEN, Leandro. Justiça Federal: propostas para o futuro. Monografia apresentada em concurso promovido pelo Centro de Estudos Judiciários e Associação dos Juízes Federais, em abril de 1995.

PEPPE, Atílio M. e LESBAUPIN, Ivo (orgs.). Revisão Constitucional e Estado Democrático. São Paulo, Loyola, 1993.

RIBAS FILHO, Thiago. O Controle externo do Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. O Poder Judiciário: algumas reflexões. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Controle da atividade judiciária. Revista dos Tribunais, nº 666, abril de 1991.

SANCTIS, Fausto Martin de. Escola da Magistratura e Formação do Juiz. In: Escola da Magistratura e Formação do Juiz (Concurso de Monografias promovido pela AJUFE). Brasília, Conselho da Justiça Federal, 1995.

SENADO FEDERAL. Constituição da República Federativa do Brasil — Quadro comparativo. Brasília, 1975.

SIFUENTES, Mônica Jacqueline. Escola da Magistratura e Formação do Juiz. In: Escola da Magistratura e Formação do Juiz (Concurso de Monografias promovido pela AJUFE). Brasília, Conselho da Justiça Federal, 1995.

SILVEIRA, José Néri da Silveira. Aspectos institucionais e estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil. Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Plano de Gestão pela Qualidade do Judiciário. Porto Alegre, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. Constituição de 1988 e Processo. São Paulo, Saraiva, 1989.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e soluções na prestação da Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle externo do Poder Judiciário e controle de qualidade do Judiciário e da magistratura: uma proposta. Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, 195:9-23, jan./mar. 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário — Crise, Acertos e Desacertos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

ZVEITER, Waldemar. O controle do Poder Judiciário. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). O Judiciário e a Constituição. São Paulo, Saraiva, 1994.

A UNIVERSIDADE PÚBLICA E O PROFESSOR ESTRANGEIRO

CAIO TÁCITO*

A Universidade brasileira, desde suas origens, estimulou o intercâmbio com o mundo cultural exterior, acolhendo a colaboração de professores estrangeiros nas atividades de pesquisa como na prática do magistério.

Não somente as universidades privadas, dotadas de maior liberdade na formação de seus quadros, como as universidades públicas tradicionalmente se enriqueceram com a relevante contribuição alienígena, na medida em que se promovia a reciprocidade com instituições congêneres de outros países.

A ciência, como a educação, não tem fronteiras geográficas e se aperfeiçoa na permuta de conhecimentos e de experiências no plano da cultura e do ensino.

Entre nós, observadas as peculiaridades da legislação, era tradicional a acolhida, nas universidades públicas, de professores estrangeiros, em condições de maior ou menor permanência, segundo o interesse de seus serviços em atividades culturais ou em cursos regulares ou especiais.

A partir, porém, da vigência da Constituição de 1988, desenhou-se, especialmente no plano federal, um entendimento restritivo à admissão de professores estrangeiros em universidades públicas, diante da literalidade do item I do artigo 37, segundo o qual “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei”.

Entendida *a contrario sensu*, extraiu-se na norma a compreensão de estar interdita a estrangeiros a participação em qualquer relação funcional, ainda que sob regime trabalhista, para a participação universitária.

A norma definidora do acesso à Administração Pública tem antecedentes em Cartas anteriores, embora em menor latitude.

Aludia-se à acessibilidade de brasileiros a “cargos públicos” (Constituição de 1934, art. 168; Constituição de 1946, art. 194; Constituição de 1967, art. 95;

* Professor Emérito da UERJ.

Emenda Constitucional n. 1/69, art. 97), permitindo ao intérprete excluir da limitação as relações de emprego público que não se qualificam com a característica de permanência.

A novidade da tríple referênci do novo texto conduziu ao cauteloso critério exegético de total vedação de acesso de professores estrangeiros, qualquer que fosse a natureza do vínculo que viesse a se constituir.

Mais se agravou a hermenêutica restritiva quando, em função do regime único dos servidores públicos, instituído na nova Constituição, o sistema da Lei n. 8.112, de 1990, colocou em quadro a ser extinto os servidores estrangeiros com estabilidade no serviço público, enquanto não adquirissem nacionalidade brasileira (art. 243, § 6º). E aos não estáveis sequer se permitia o aproveitamento na tabela em extinção (Orientação Normativa n. 72 da Secretaria da Administração Federal).

A admissão de estrangeiros em cargos permanentes ficou totalmente interdita. Apenas se tolerou, socorrendo-se do inciso IX do mesmo artigo 37, fosse permitida, a título excepcional e por prazo improrrogável de 48 meses, com o propósito de atender a necessidades temporárias de excepcional interesse público, a contratação de estrangeiros de notória especialização tão-somente para a execução de serviço em áreas de pesquisa científica e tecnológica, a repelir, conseqüentemente, o acesso ao magistério.

De logo reagiu a Universidade de São Paulo ao colete de força que se impunha à liberdade de captação do saber de mestres estrangeiros.

Em parecer emitido em 14 de fevereiro de 1991, atendendo a consulta da direção da Faculdade de Direito (Revista de Direito Público, volume 97, págs. 77/80), a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro sustentou a necessidade de harmonizar o entendimento da norma do item I do art. 37 da Constituição Federal com as peculiaridades da carreira universitária, diferenciada dos parâmetros burocráticos da administração pública.

A mesma Constituição — destacou a ilustre administrativista — consagra tratamento privilegiado à cultura brasileira em princípios que afirmam a autonomia universitária, asseguram o desenvolvimento livre do ensino e da pesquisa, estimulam a promoção humanística, científica e tecnológica a serem contemplados nos planos nacionais de educação, e conferem ao Estado a missão de promover e estimular o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica (arts. 207; 214, n. V; 218, *caput*) bem como a de apoiar a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia e a de conceder aos que delas se ocupem os meios e condições especiais de trabalho (art. 218, § 3º).

Apontando o contraste entre preceitos deste porte e o obstáculo absoluto à contribuição de estrangeiros, conclui pelo imperativo de conciliar ditames apa-

rentemente contraditórios mediante hermenêutica construtiva que “estabeleça as hipóteses e condições em que a admissão de professores poderá ser feita, respeitando, em áreas onde essa contribuição seja desnecessária, a norma do art. 37, I, da Constituição da República” (loc. cit., p. 80).

À luz dessa autorizada opinião, abonada ainda pela Consultoria Jurídica da Universidade, foi alterado o artigo 121 do Regimento Geral da USP, de modo a permitir o provimento de estrangeiros em cargos da carreira docente.

Impugnada, porém, pelo órgão próprio do Ministério da Justiça, a conversão de visto temporário em permanente para o professor estrangeiro assim admitido, foi convocado a opinar o Professor Miguel Reale, por iniciativa do Reitor da Universidade.

Em parecer exarado em 14 de abril de 1992, o ilustre mestre paulista confirma a competência da Universidade, no uso de sua autonomia, para acolher estrangeiros em cargos e funções docentes (Revista de Direito Administrativo, volume 188, págs. 379/383).

Realça, de início, a impropriedade da interpretação pelo chamado raciocínio *a contrario sensu* que deduz o sentido interditário da admissão de estrangeiros na medida em que se admite a de brasileiros.

Repele, ainda, o radicalismo da Lei n. 8.112/90, de estrita incidência no plano federal, e aponta, em linha oposta, como diretriz constitucional, o princípio geral de igualdade entre brasileiros e estrangeiros, que se abriga, com manifesto sentido preambular, do *caput* do art. 5º da Constituição.

O parecer conclui, em suma, pela pertinência e constitucionalidade da norma universitária própria, permissiva do contrato de professor estrangeiro para atividade docente.

II

A interpretação de que a análise harmônica dos princípios constitucionais deve conduzir à admissibilidade da nomeação de professores estrangeiros para funções docentes, merece, ainda, o apoio de Dalmo de Abreu Dallari e de Maria Garcia (Revista de Direito Público — n. 97 — págs. 125 e 140) bem como o da Procuradoria do Estado do Paraná (Boletim de Direito Administrativo — 1993 — n. 6 — p. 342).

O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em processo n. 110.965/95, consultado sobre a validade do provimento de professor estrangeiro, habilitado em concurso público, manifestou-se, em voto da lavra do Conselheiro José Luiz de Magalhães Lins, pela validade do ato, invocando os mesmos fundamentos que inspiraram outras manifestações favoráveis à tese, inclusive as decisões da Universidade de S. Paulo e de Campinas.

Por último, traz à colação a Emenda Constitucional n. 11 que, a seu juízo, “vem reforçar o entendimento que expusemos no proc. 101.578-4/95, acolhido pelo Plenário e que ora ratificamos; ou seja, o art. 37 *não veda* a admissão de professores estrangeiros pelas universidades públicas” (grifo do original).

III

A Emenda Constitucional n. 11 de 30 de abril de 1996 tem como finalidade, conforme sua ementa, permitir a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades brasileiras.

Nesse sentido, acrescenta ao artigo 207 da Constituição — que dispõe sobre a autonomia universitária — dois parágrafos, assim enunciados:

§ 1º — É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 3º — O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

É significativo que, aditando a norma permissiva, o legislador constituinte derivado manteve inalterado o item I do art. 37, a evidenciar a compatibilidade entre os dois preceitos.

Parece inequívoco que, diante da notoriedade de questionamentos à validade das referidas admissões, o propósito da Emenda Constitucional cuidava de espancar as dúvidas, absorvendo, de modo expresso, a liberdade de admissão, nas universidades, de mestres estrangeiros.

Nada obstante a clareza do texto, o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, por intermédio da Secretaria de Recursos Humanos, em ofício-circular n. 39, de 26 de agosto de 1996 (D.O.U. de 29-8-96), vinculou a eficácia do novo preceito constitucional ao advento de lei regulamentadora.

Eis o texto integral da recomendação dirigida às universidades e instituições de pesquisa científica e tecnológica:

“Considerando a edição da Emenda Constitucional n. 11 de 30 de abril de 1996 que alterou o art. 207 da Constituição Federal facultando as universidades e as instituições de pesquisa científica e tecnológica a admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, esta secretaria informa que, até que se publique lei que regulamente tal contratação, e observada a Lei 6.112, de 11 de dezembro de 1990, os estrangeiros legalmente habilitados, poderão inscrever-se em concursos públicos para provimento de cargos de professor, técnico e cientista”.

A ambigüidade da circular é manifesta. Ao mesmo tempo em que subordina a admissão de professores estrangeiros a evento futuro (“até que se publique

Lei que regulamente tal contratação”) de logo facultamos a inscrição em concurso público, que pressupõe a viabilidade das nomeações.

A arguição de que a Emenda Constitucional n. 11 é de aplicabilidade pendente de regulamentação tem como suporte novo critério de interpretação literal, divorciado da substância do preceito.

Como o parágrafo primeiro, aditado ao artigo 207, após mencionar a faculdade de admissão, concluir com as expressões “na forma da lei”, a prudência burocrática levou a impor uma pausa de espera, para subordinar a eficácia plena da autorização a uma palavra confirmadora do legislador ordinário.

O objetivo claro do Congresso Nacional de colocar termo ao constrangimento das universidades, liberando-as para o intercâmbio científico, estaria, assim, tolhido, ou pelo menos postergado, até o advento da regulamentação.

A interpretação razoável do preceito advindo, considerada especialmente sua finalidade, leva, porém, a nosso ver, à conclusão oposta.

A norma quer, de imediato, permitir a admissão de especialistas estrangeiros nas universidades.

A elas se impõe, no entanto, *ad cautelam*, que as contratações devam ser feitas “na forma da lei”, ou seja, com observância do preceito geral que subordina a investidura em cargo ou emprego público à prévia aprovação em concurso público (Constituição, art. 37, n. II).

Esta interpretação teleológica afina-se com o princípio de razoabilidade que deve presidir, em atenção ao objetivo manifesto da Emenda Constitucional, à aplicação da norma autorizativa.

O Conselho Universitário da UERJ, em sessão de 22 de novembro de 1996, no proc. n. 11.563/96, aprovou fundamentado voto do Conselheiro Professor Gustavo Tepedino, atual Diretor da Faculdade de Direito, que, na linha da boa doutrina, reconhece o sentido acima atribuído à expressão “na forma da lei”.

Ao professor estrangeiro, como bem assinala, dar-se-á tratamento isonômico aos nacionais. A uns e outros estará facultado o acesso à universidade pela via seletiva do concurso público, como pede o sistema constitucional.

Não é outra, a nosso ver, a hermenêutica possível do texto da Emenda Constitucional n. 11/96.

Na medida em que o direito anterior sobre a matéria é compatível com a finalidade do projeto constitucional, não se interrompe a continuidade de sua vigência e a norma constitucional tem aplicabilidade plena e imediata, por se ter como satisfeita a condição.

Este é o sentido da chamada teoria da recepção, acolhida pela unanimidade da doutrina e da jurisprudência.

Não há, assim, como contestar a eficácia da Emenda Constitucional n. 11/96, na medida em que a legislação existente atende ao pressuposto de sua regulação.

Em suma, *legem habemus* e não é mister o advento de nova legislação para que as universidades públicas possam prover, mediante concurso público, cargos permanentes de magistério.

A admissão temporária e excepcional, a que se refere o item IX do art. 37 da Constituição que, no plano federal, está regulada no art. 232 e seguintes da Lei n. 8.112/90, terá sua eficácia aferida no confronto da legislação estadual pertinente.

MANDADO DE INJUNÇÃO — LIMITAÇÃO DA TAXA
DE JUROS — EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS
PROGRAMÁTICAS — CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ART. 192,
§ 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO*

I. Introdução

São conhecidos os freqüentes mandados de injunção de natureza coletiva impetrados perante o Supremo Tribunal Federal por entidades associativas de âmbito nacional, visando ao suprimento da omissão legislativa quanto à regulamentação da norma do artigo 192, § 3º, da Constituição Federal, que decretou a limitação, em 12% (doze por cento) ao ano, das taxas de juros cobráveis nos empréstimos em dinheiro, exibindo o teor seguinte: “*as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar*”. Essas ações injuncionais calcaram-se na premissa de que a Corte de cúpula do Poder Judiciário, conquanto pela mínima maioria de seus ilustres membros, já profligara reiteradas vezes o entendimento no sentido de não ser auto-aplicável o comando supralegal respeitante à limitação de juros, desse modo fazendo condicionar a plenitude de sua eficácia ao advento da lei complementar regulamentadora do sistema financeiro nacional, como previsto no *caput* dessa mesma disposição. É assinalável que a matéria continua a ostentar a mais lídima atualidade, na medida em que o Congresso Nacional, em que pese já decorridos mais de oito anos desde a promulgação da democrática Carta

* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ.

Política de 1988, até hoje ainda não logrou editar, como é de seu dever, a regulamentação de tal preceito de superlativa importância para a ordem econômica e financeira em nosso País.

O presente estudo, inspirado em caso concreto recém tramitado no âmbito da Corte Suprema brasileira, no qual este articulista teve o ensejo de manifestar parecer enquanto órgão da Colenda Instituição do Ministério Público Federal, busca apreciar, a partir do instrumental da exegese constitucional, alguns aspectos palpitantes que envolvem a matéria e que animam o debate a propósito da efetividade dos preceitos constitucionais. Visualiza-se, muito especialmente, a questão das virtualidades da novel garantia do mandado de injunção, do papel regente desempenhável pelas chamadas “normas programáticas” nos sistemas constitucionais contemporâneos e, bem assim, o alcance desejável e de transformação social e econômica capaz de advir das intervenções do Poder Judiciário no exercício indeclinável de interpretar a Constituição e fazê-la efetiva frente a privilégios hegemônicos e realidades adversárias ao projeto de democracia econômica plasmado na Lei Maior.

Na hipótese contenciosa em vislumbre¹, a entidade associativa impetrara perante o Supremo Tribunal Federal mandado de injunção, com pedido de medida liminar, em face do Congresso Nacional, sob o permissivo competencial do art. 102, inciso I, alínea “q”, da Constituição da República, com o objetivo de obter, segundo deduzido *ad litteram* na demanda injuncional, — “... o deferimento da liminar para que esse Tribunal formule a norma para o caso concreto, viabilizando o exercício de seu direito, conferido pela Constituição no art. 192, § 3º, de pagar os juros reais de 12% ao ano, e a final julgue procedente o presente mandamus, para que esse Tribunal, tomando como taxa de juros aquela estabelecida constitucionalmente, elabore a norma para a qual foi chamado a ditar para o caso em tela, pois a falta dessa torna inviável o exercício da defesa dos direitos de seus associados”.

No arrazoado exordial, sustentou e postulou a Impetrante, em síntese:

a) *que a Associação tem por finalidade precípua manter os consumidores e trabalhadores em permanente vigília para a defesa de seus interesses e assistir, defender e reivindicar, administrativa ou juridicamente, as conquistas, direitos e interesses dos trabalhadores e dos consumidores em geral;*

b) *que a cobrança exagerada dos juros por parte das instituições financeiras está levando seus associados a não adimplirem seus compromissos contratuais;*

c) *que fosse concedido o mandado de injunção para fins de garantir, aos associados da Impetrante, a fixação da taxa de juros, cobrável nas operações de empréstimo financeiro que celebrarem, no limite máximo de 12% ao ano;*

d) *que, em se entendendo não ser auto-aplicável o art. 192, § 3º, da Constituição Federal, fosse declarado que o mesmo está a depender, para a sua eficácia plena, de regulamentação legislativa a cargo do Congresso Nacional, o que inviabiliza o exercício, por parte de seus associados, de direitos e liberdades constitucionais e de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, a teor do art. 5º, inciso LXXI, da Carta Política de 1988.*

Impende registrar, desde logo, que o processamento do mandado de injunção restou admitido, não obstante tivesse sido indeferida a medida liminar pelo ilustre Ministro Relator.

Destaca-se, ainda em nota introdutória, a inquestionável legitimidade ativa da associação interponente da injunção, que ostenta inequívoca feição coletiva, na consideração de que impetrou a garantia constitucional em nome próprio, mas com o desiderato precípua de assegurar, para a generalidade dos seus associados, a efetivação da norma constitucional limitadora dos juros financeiros. Isto — advirta-se — tanto em relação aos contratos de empréstimo que de futuro vierem a ser celebrados quanto em relação aos contratos de idêntica natureza já pactuados e em fase de execução, em qualquer caso, de conseguinte, a fim de que o preceito supralegal de ordem pública respeitante à limitação de juros corrija e direcione a autonomia das partes nas contratações de mútuo de dinheiro. E tratando-se de uma associação de âmbito nacional destinada, dentre outros fins, a — “assistir, defender e reivindicar, administrativa ou juridicamente, as conquistas, direitos e interesses dos trabalhadores e dos consumidores em geral”, conforme explicitado no art. 2º dos respectivos estatutos acostados à petição inicial, estes devidamente registrados na competente serventia do registro civil das pessoas jurídicas, não subsiste dúvida de que a mesma acha-se habilitada ao ajuizamento do mandado de injunção. Trata-se, enfim, de genuína expressão do instituto da substituição processual, mercê da legitimidade extraordinária conferida aos entes associativos pelo art. 5º, inci-

¹ Trata-se do Mandado de Injunção nº 486-2/400-RJ (95.9005684-9), figurando como impetrante “ANACONT — Associação de Assistência ao Consumidor e Trabalhador” e, como impetrado, o Congresso Nacional, de que foi Relator o eminente Ministro MAURÍCIO CORREA.

so XXI,² em conjugação com a aplicação analógica do regime de legitimação inerente ao mandado de segurança coletivo, que se irradia desse mesmo comando constitucional, inciso LXXI.³

Sobrevindo as informações solicitadas ao Congresso Nacional, seu então ilustre 2º Vice-Presidente, no exercício da Presidência do Senado Federal, Senador JÚLIO CAMPOS, trouxe aos autos, tão apenas, com o Ofício nº 729/95-GB, de 12 de julho de 1995, a notícia acerca da tramitação de plúrimos projetos de lei em curso nas duas Casas Legislativas visando à regulamentação da norma do art. 192, § 3º, da Lei Maior, salientando, ademais, a pendência de proposta de Emenda Constitucional, de nº 41, de 1995, subscrita pelo Senador SÉRGIO MACHADO e Outros, tendo por objeto a revogação da precitada disposição constitucional.

II. A evolução da disciplina da taxa de juros no direito brasileiro

Feita essa introdução de caráter propedêutico, cumpre cotejar a vigente legislação brasileira concernente à limitação da cobrança de juros reais nos empréstimos em dinheiro, no âmbito do sistema financeiro nacional, com vistas à avaliação de sua adaptabilidade à norma do art. 192, § 3º, da Constituição da República de 1988. Sabe-se que, com o advento do Código Civil de 1916, a taxa anual de juros foi inicialmente limitada, por força de seu artigo 1.062, em 6% ao ano, isto na hipótese de inexistir convenção disposta de modo diverso, ao abrigo da autonomia de vontade das partes quanto à fixação, por cláusula expressa, de outra e diferenciada taxa de juros, na forma autorizada no art. 1.262 da mesma codificação civilista. Posteriormente, e com vistas a reprimir a

2 Sobre a questão da legitimidade ativa nas ações constitucionais de caráter coletivo, mencione-se, dentre outros, os estudos de ALFREDO BUZARD, *Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988*, publicado na Revista de Processo 61/195; e de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Uma análise comparativa entre os objetos e as legitimações ativas das ações vocacionadas à tutela dos interesses metaindividuais: mandado de segurança coletivo...*, constante do livro "Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho", Ed. RT, 1995, pág. 520.

3 Os precedentes já colecionados na matéria pelo Supremo Tribunal Federal escoram a tese da admissibilidade da medida e da legitimidade ativa da associação impetrante em situações como a presente, a exemplo do acórdão plenário no Mandado de Injunção nº 361/94 — RJ, de que foi Relator o Ministro NÉRI DA SILVEIRA, cuja ementa enuncia: "MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO. ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE, NO CASO, DE ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TÊM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS..." (Cf. Diário de Justiça de 17.06.94, pág. 15.707)

exorbitância dos juros estipuláveis nos contratos privados, sobreveio o Decreto nº 22.626, de 7 de abril de 1933, que proibiu a contratação da remuneração do capital em patamar superior ao dobro da taxa legal, ou seja, além do limite de 12% ao ano. Vale ressaltar que, na égide desse regime limitador dos juros reais, não se estabelecia qualquer distinção quanto a natureza da parte mutuante, o que significa dizer que o teto legal aplicava-se indistintamente às pessoas físicas e jurídicas e, quanto a essas, às sociedades civis ou comerciais, aí incluídos os bancos e demais instituições financeiras.

Todavia, com a edição da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que organizou o assim chamado *Sistema Financeiro Nacional* e conferiu competências normativas ao Conselho Monetário Nacional, órgão colegiado instituído por esse mesmo diploma legal, abriu-se ensanchas à fixação de taxas de juros acima do limite legal de 12% ao ano, isto com exclusividade para os estabelecimentos bancários e instituições de crédito operantes no mercado financeiro. Assim é que estatuiu a Lei 4.595/64, no art. 4º, incisos VI, IX e XXII, dentre outras disposições aplicáveis, *in verbis*:

Art. 4º — *Compete ao Conselho Monetário Nacional, segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República:*

VI — *Disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras.*

IX — *Limitar, sempre que necessário, as taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros, inclusive os prestados pelo Banco Central do Brasil, assegurando taxas favorecidas aos financiamentos que se destinem a promover:*

XXII — *Estatuir normas para as operações das instituições financeiras públicas, para preservar sua solidez e adequar seu funcionamento aos objetivos desta Lei.*

Com base nessa competência normatizante, o Conselho Monetário Nacional editou sucessivas resoluções que, em síntese, resguardaram os bancos e as demais instituições financeiras das restrições quanto ao percentual máximo das taxas de juros ditadas pela legislação civilista de índole geral. Posteriormente, a exclusão dos bancos e instituições financeiras do regime legal ordinário de limitação de juros restou reconhecida no verbete da Súmula 596 do Supremo

Tribunal Federal, ao estatuir que — “as disposições do Decreto nº 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional.” Não há olvidar, contudo, que a própria delegação de competência normativa conferida pela Lei 4.595/64 ao Conselho Monetário Nacional, para dispor acerca da limitação de juros no mercado financeiro, tornou-se alvo, com o advento da nova ordem constitucional brasileira, do questionamento de ordem temporal patrocinado pelo art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o enunciado seguinte: “Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuem ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I — ação normativa; II — alocação ou transferência de recursos de qualquer espécie.

De todo modo, é certo, com efeito, que até o advento da Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 a questão da limitação dos juros vigorou entre nós tão apenas ao nível da legalidade infraconstitucional, elevando-se, a partir daí, por força do prefalado art. 192, § 3º, da nova Carta Política, ao altiplano da normatividade supralegal. Em virtude da *constitucionalização* da matéria, descortina-se, desde logo, a imperiosa perspectiva de questionamento da constitucionalidade das retro aludidas normas legais que, no período pós-64, autorizaram a extrapolação do limite máximo das taxas de juros reais por parte das instituições financeiras. Há que se questionar, inclusive e sobretudo, à luz da nova Constituição da República, a própria subsistência do enunciado da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, ao ressaltar das restrições impostas pelo Decreto 22.626/33 as taxas de juros e os encargos financeiros cobráveis nas operações realizadas pelas instituições, privadas ou estatais, que integram o sistema financeiro nacional. Impõe-se questionar, ainda e destacadamente, o teor da *Circular 1.365* do Banco Central do Brasil, datada de 6 de outubro de 1988 (*surpreendentemente, apenas um dia após a promulgação da nova Constituição!*), dirigida a todas as instituições financeiras integrantes do sistema financeiro nacional e fundamentada em nada menos do que nove *consideranda*, a qual, expressando o exercício do poder normativo e fiscalizatório do Banco Central, exhibe a determinação seguinte: “*Enquanto não for editada a lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional, prevista no art. 192 da Constituição da República Federativa do Brasil, as operações ativas, passivas e acessórias das instituições financeiras e demais entidades sujeitas à autorização de funcionamento e fiscalização por parte do Banco Central do Brasil, permanecerão sujeitas ao regime da Lei 4.595, de 31.12.64, 4.728, de 14.7.65, 6.385, de 7.12.76 e demais disposições legais e regulamentares vigentes aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional*”.

Com efeito, o exame da permanência dessa série de atos normativos especiais em face da Constituição democrática de 1988 é o quanto buscamos empreender nos tópicos seguintes.

III. A natureza da eficácia da norma do art. 192, § 3º, da Constituição, segundo o supremo tribunal federal

Releva acentuar que, em seguida à promulgação da Constituição de 1988, o então Presidente da República JOSÉ SARNEY aprovou parecer do então Consultor-Geral da República, Doutor SAULO RAMOS, concluindo no sentido de não ser *auto-aplicável* o preceito inscrito no § 3º do art. 192 da Lei Maior, referente à imposição do limite máximo das taxas de juros reais exigíveis nos contratos de empréstimo de dinheiro. No entender daquele parecerista oficial do governo da União a operância da indigitada disposição constitucional estaria a depender da superveniente edição de norma regulamentadora, seja ela a lei complementar a reger o sistema financeiro nacional, no molde alvitado no *caput* do mesmo articulado normativo, seja a lei ordinária destinada a tipificar e apenar o crime de usura, na esteira da remissão que se contém naquele parágrafo terceiro onde se instala a limitação dos juros. Tem oportunidade lembrar, neste passo, que não foram poucos os juristas de superior prestígio que de pronto aderiram a esse entendimento, em pareceres encomendados por entidades patronais do sistema financeiro, a exemplo da Federação Nacional dos Bancos e da Federação Brasileira das Associações de bancos.⁴

É assinalável que o ato do Chefe do Poder Executivo da União contendo a aprovação do parecer do então titular da Consultoria Geral da República, consoante publicado no Diário Oficial da União de 7.10.88 (Seção I — pág. 19.675), *portanto apenas dois dias após a promulgação da vigente Constituição brasileira*, traduz norma jurídica de observância compulsória por todos os

4 Vale registrar, pela curiosidade, que apenas o volume 88 da Revista de Direito Público, publicada pela Editora Revista dos Tribunais, foi sede editorial de inúmeros desses encomendados pareceres, todos eles sustentando a carência de auto-aplicabilidade da norma constitucional limitadora dos juros reais. Assim, por exemplo, os trabalhos de HELY LOPES MEIRELLES, “*Tabelamento de juros*”, na RDP vol. 88, págs. 147 e segs.; de CAIO TÁCITO, “*O artigo 192 da Constituição Federal e seu parágrafo 3º*”, na RDP vol. 88, págs. 151 e segs.; IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, “*Tabelamento de juros reais e sua conformação jurídica*”, na RDP, vol. 88, págs. 182 e segs.; CELSO RIBEIRO BASTOS, “*Tabelamento de Juros*”, na RDP, vol. 88, págs. 172 e segs.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “*Os princípios do Direito Constitucional e o art. 192 da Carta Magna*”, na RDP vol. 88, págs. 162 e segs.; JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*Tabelamento de Juros*”, na RDP, vol. 88, págs. 158 e segs.

órgãos e agentes da Administração Federal, o que se dá, inclusive, por imperativo dos artigos 22, § 2º, e 23, do Decreto nº 92.889, de 7 de julho de 1986. Releva acentuar que tal decisão do Presidente da República sobreveio, inclusive, para respaldar a *Circular 1.365/88* do Banco Central do Brasil, editada um dia antes, determinando a todos os bancos e demais instituições financeiras a desconsideração da limitação constitucional dos juros reais prevista no art. 192, § 3º, da Constituição Federal, sob a motivação de não ser esta *auto-aplicável* e ter sua eficácia dependente da adventícia edição da lei complementar reguladora do Sistema Financeiro Nacional. De todo modo, a natureza normativa do assentimento presidencial ao prefalado parecer da Consultoria Geral da República ensejou a admissibilidade da primeira ação direta de inconstitucionalidade intentada por partido político, na esteira do permissivo inaugurado pelo art. 103, VIII, da novel Carta Política. Por esse instrumento de controle judicial concentrado da inconsistência constitucional das regras de direito, buscou-se o reconhecimento da auto-aplicabilidade do dispositivo supralegal atinente à limitação dos juros, com o afastamento das conclusões do prefalado parecer revestido da adesão do Chefe da Nação. Cuida-se da ADIN nº 4-DF, de autoria do Partido Democrático Trabalhista — PDT, protocolada em nossa Corte Maior em 12.10.88 e distribuída à Relatoria do Ministro SYDNEY SANCHES, que, por escassa maioria, restou julgada improcedente. Eis, em prol da melhor compreensão da matéria, excertos conclusivos do aresto do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

“...Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do sistema financeiro nacional (art. 192), estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de admitir-se a eficácia imediata e isolada do disposto em seu § 3º, sobre taxas de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só tratamento global do sistema financeiro nacional, na futura lei complementar, com observância de todas as normas do caput, dos incisos e parágrafos do art. 192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.

Em conseqüência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a segunda determinando a observância da legislação anterior à Constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional.

Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos”.⁵

Convém reconhecer, ademais, que tal julgado da Corte guardiã da Constituição, por isso que proferido em sede de ação direta ou de controle concentrado de constitucionalidade das leis, irradia efeitos *erga omnes*, além de ser *vinculativo* para a atividade judicante de valoração da ordem jurídica em todas as instâncias do Poder Judiciário, de acordo com os ensinamentos doutrinários consagrados nesse sítio da teoria constitucional.⁶

IV. A natureza satisfativa e mandamental da garantia da injunção

Conquanto seja justo reconhecer — já hoje decorridos cerca de nove anos da histórica promulgação da Constituição brasileira de 1988 — que inúmeros estudiosos se ocuparam do empolgante instituto do mandado de injunção,⁷

5 O acórdão está publicado no Diário de Justiça de 17.02.89, pág. 968.

6 Cf., *exempli gratia*, ALFREDO BUZAID, em *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, Ed. Saraiva, São Paulo, 1958, págs. 135 e segs.; JOSÉ AFONSO DA SILVA, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Malheiros Editores, 10ª edição, 1994, págs. 57-59; REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, Ed. Revista dos Tribunais, 1987, págs. 114 e segs.; SACHA ALMON NAVARRO COELHO, em *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, Ed. Del Rey, 1993, pág. 203; CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, em *Temas de Direito Público*, Ed. Del Rey, 1994, págs. 134 e segs.; além do recente ensaio de nossa autoria, SIQUEIRA CASTRO, sob o título *Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos*, na Revista Forense, volume 335, págs. 37-44.

7 Pode-se lembrar aqui, dentre tantos outros por igual citáveis, os trabalhos de temática específica de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Mandado de Injunção*, in “*Livro de Estudos Jurídicos*” nº 1, Coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante, Ed. Instituto de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1991; e *Mandado de Injunção. A auto-aplicação do inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988*, in “*Direito, Política, Filosofia, Poesia — Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale no seu octagésimo aniversário*”, Ed. Saraiva, São Paulo, 1992; J.J. CALMON DE PASSOS, *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data*, Ed. Forense, 1989; ULDERICO PIRES DOS SANTOS, *Mandado de Injunção. Estudos e Considerações*, Ed. Paumape, São Paulo, 1988; SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, coordenação da obra coletiva intitulada *Mandados de Segurança e de Injunção*, Ed. Saraiva, 1990; HUMBERTO THEODORO JUNIOR, *Mandado de Injunção*, na obra coletiva *Mandados de Segurança e de Injunção*, Ed. Saraiva, 1990; IRINEU STRENGER, *Mandado de Injunção*, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1989; IVO DANTAS, *Mandado de Injunção: Guia Teórico e Prático*, Ed. Aide, Rio de Janeiro, 1989; MARCELO FIGUEIREDO, *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, Ed. RT, São Paulo, 1991; DIOMAR ACKEL FILHO, *Mandado de Injunção*, Ed. Revista dos Tribunais, fevereiro de 1988; CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Mandado de Injunção*, Revista Forense, vol. 305, Ed. Forense, 1988; GALENO LACERDA, *Requisitos do Mandado de Injunção*, Seminário

permitimo-nos ressaltar a precursora visão que ocorreu-nos externar ainda ao ensejo da promulgação da Constituição da República, quanto à natureza satisfativa, concreta e mandamental da garantia da injunção, isto ao tempo em que se iniciava o acirrado debate acerca da sua operacionalidade. Tal empreendemos então — é certo — com o dirigido propósito de diferenciá-la da *ação de inconstitucionalidade por omissão*, consoante concebida no art. 103, § 2º, do estatuto supremo. A reprodução dessa explicação nesta assentada assume foros de retrospectiva histórica, com a carga natural do ressentimento gerado pela frustrante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se seguiu a propósito da aplicação dessa garantia da efetividade dos direitos fundamentais, cuja introdução em nossa ordenação constitucional foi de início tão auspiciosa. Assim é que a esse tempo já sustentáramos: — “...*Ainda é cedo para se adiantar qual será a trajetória do mandado de injunção na nova ordenação constitucional brasileira a partir da promulgação da Constituição de 1988. Já se sente, à vista dos acirrados debates travados na imprensa, o enfrentamento entre as forças conservadoras, que não medem esforços e argumentos cerebrinos para minimizar o alcance jurídico e bem assim a utilidade político social do mandado de injunção, e as mentes progressistas e comprometidas com as causas populares que, com superiores e sadias razões, profligam para interpretar com grandeza de espírito essa nova e formidável garantia constitucional, pondo-a a serviço da concretização dos direitos fundamentais. De nossa parte, acreditamos, numa análise preliminar, que tal instrumento protetor da aplicabilidade dos direitos e liberdades constitucionais deva merecer uma compreensão ‘extensiva’ e livre de entraves formalísticos e adredemente forjados para inviabilizar o novel instituto. Tal se deve até mesmo por razões de coerência para com as origens anglo-saxônicas de tal garantia, que encontra no cenário medieval do século XIV na velha Inglaterra, na evolução da Court of Chancery e nas primeiras medidas de equidade (‘equity’) lá geradas, entre elas o primitivo writ of injunction ou injunctive relief, seu protótipo genealógico. O mesmo se diga quanto à recepção da ‘injunção judicial’ saxônica pelo direito norte-americano, que lhe deu vasta e correntia utilização sempre que a falta de regulamentação ou inexistência de providência judicial nos ritos do common law não ofereciam satisfatória proteção aos direitos e liberdades civis. Mencione-se, bem a propósito, que o mandado de injunção brasileiro guarda íntima*

sobre os Novos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira, CEPAD/Rio de Janeiro, dezembro de 1988; ADHEMAR FERREIRA MACIEL, *O mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão*, in *Revista de Direito Público*, vol. 98; MARCELO DUARTE, *Mandado de Injunção*, na *Revista de Informação Legislativa*, Ed. Senado Federal, Brasília, nº 110, abril-junho 1991; CARLOS ARI SUNDFIELD, *Mandado de Injunção*, in *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, vol. 94; CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, *Constituição e Processo — Questões Polêmicas — A nova feição do mandado de injunção*, in *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, vol. 100.

relação com a ‘injunção regulatória’ (‘regulatory injunction’) e bem assim com a ‘injunção estrutural’ (‘structural injunction’) do processo constitucional nos Estados Unidos da América, as quais possibilitaram que a notável Suprema Corte daquele País prestasse a efetiva tutela com vistas a reprimir abusos do poder econômico e, com eloqüente êxito, para impor a política judicial (‘policy judge-made’) coibidora da segregação racial nas escolas e universidades americanas, isto através da grande série de decisões nos ‘school desegregation cases’ (Cf. a obra clássica no direito norte-americano, sob o título ‘Injunction’, do Professor da Universidade de Chicago, OWEN FISS, Ed. The Foundation Press, New York, 1972). Queremos dizer com isso, sem prejuízo de um mais aprofundado exame da matéria, que pretendemos posteriormente empreender, que o nosso mandado de injunção não pode de modo algum ser confundido com a ‘ação de inconstitucionalidade por omissão’. Esta, já se viu, a nova Constituição do Brasil inscreveu na competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 103, § 2º), legitimando à sua proposição um seletivo grupo de órgãos e entidades, com o propósito de proclamar ‘em tese’, e com os efeitos erga omnes próprios dos julgamentos constitucionais da Suprema Corte no campo do controle concentrado da constitucionalidade das leis, a falta de ato dos Poderes orgânicos da soberania, máxime daqueles de natureza legislativa, cuja inexistência importa em contrariedade à Lei Maior, tudo a fim de que o órgão competente, a partir da exortação de nosso Pretório Excelso, promova o resgate de sua inércia e proceda ao suprimento da providência exigida constitucionalmente. De maneira diversa, o mandado de injunção possui índole e finalidade ‘satisfativa’, ostentando a sentença ou acórdão que o concede, por isso mesmo, natureza de tipo ‘mandamental’. Significa dizer, com efeito, que o nosso bem-vindo ‘writ of injunction’ não se presta específica e diretamente à obtenção da norma regulamentar faltante e impeditiva do exercício do direito ou liberdade constitucional, mas objetiva, isto sim, alcançar uma tutela judicial concreta, inclusive e necessariamente nas primeiras instâncias dos órgãos competentes do Poder Judiciário. Verifica-se, assim que o mandado de injunção tem de comum com a ‘ação de inconstitucionalidade por omissão’ a constatação da inexistência de providência do Poder Público, que, contudo, é de natureza normativa e regulamentar no primeiro e de qualquer natureza nesta última. Também, num e noutro procedimento judicial ocorrerá, quando procedente o pedido, a declaração da lacuna normativa, declaração essa que será pronunciada incidenter tantum no processo injuntivo, mas que terá caráter principal (principaliter tantum) na ação direta de inconstitucionalidade omissiva. Nesta, a causa petendi se constitui na omissão do Poder Público considerada incondizente com a Constituição; já na injunção, por se tratar de processo de jurisdição tipicamente contenciosa e de índole condenatória, passível portanto de execução, ou, se se preferir, de natureza ‘mandamental satisfativa’, a causa de postular será, de imediato, o próprio fato da lesão perpetrada na esfera

jurídica do impetrante como consequência da lacuna legislativa, ou seja, a impossibilidade fática do exercício de direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania por força da omissão imputável ao legislador. Todavia, não é demais enfatizar, diferem essencialmente essas duas garantias constitucionais quanto ao seu escopo. Enquanto a 'ação de inconstitucionalidade por omissão' visa obter, de futuro, a edição da norma ou do ato inexistente, o mandado de injunção destina-se a atingir o próprio e efetivo exercício do direito supralegal que se acha inviabilizado pela inércia legislativa ou regulamentar. Em virtude de sua serventia imediata e concreta, e que independe de qualquer legislação complementar (inclusive processual) para ser desde logo impetrado, eis que auto-aplicável, pode-se vaticinar que esse instrumento protetor da aplicabilidade da Constituição esteja fadado a transformar-se em uma das mais importantes garantias para a proteção judicial das liberdades públicas e dos primazes direitos sociais e econômicos em nosso País, haja vista a tradição de lentidão, e mesmo de insuficiência, da regulamentação congressual dos direitos e liberdades assegurados na Lei Maior".⁸

Nesse mesmo sentido, e logo em seguida à promulgação da nova Constituição, registrou-se a opinião do ilustre Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, da prestigiosa Universidade de São Paulo, preconizando: "Mandado de injunção não se confunde com ação de inconstitucionalidade por omissão. Esta visa a obter uma decisão que estimule a produção de normas (leis, etc.) necessárias a integrar a eficácia do mandamento constitucional que as requeira. O mandado de injunção visa a obter o direito em favor do impetrante, quando inexistentem normas regulamentadoras do artigo constitucional que outorgue direitos, liberdades ou prerrogativas. O mandado de injunção não é instrumento destinado a obter a produção de normas regulamentadoras. Para isso, existe a ação de inconstitucionalidade por omissão. A tentativa de assimilar mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão objetiva esvaziar esse extraordinário remédio constitucional".⁹

8 SIQUEIRA CASTRO, *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*, Ed. Forense, 2ª edição, 1989, págs. 363-367. Acerca das origens e associações históricas do mandado de injunção brasileiro, veja-se, ainda, dentre outros: MACIEL, ADHEMAR FERREIRA — *Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão*, na obra coletiva *Mandado de Segurança e de Injunção*, organizada por SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Ed. Saraiva, 1990, pp. 363-385; SILVA, JOSÉ AFONSO — em *Mandado de Injunção e Habeas Data*, Ed. RT, 1989, págs. 9-14; J.J. CALMON DE PASSOS — *Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção, Habeas Data — Constituição e Processo*, Ed. Forense, 1989, pp. 103-104; e TORRES, RICARDO LOBO — *O Mandado de Injunção e a Legalidade Tributária*, *Revista de Direito Administrativo*, 187, 1992, pp. 94-110.

9 No artigo intitulado "Mandado de Injunção, Direito do Cidadão", publicado no *Jornal do Brasil*, edição de 26.9.88.

Colhe-se, também, em semelhante diapasão, o recente escólio do insigne Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, ao verberar: "A diferença entre mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão está justamente nisto: na ação de inconstitucionalidade por omissão, que se inscreve no contencioso jurisdicional abstrato, de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a matéria é versada apenas em abstrato e, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para adoção das providências necessárias. Em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo no prazo de trinta dias (CF — art. 103, § 2º). No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável".¹⁰

Em que pesem as esperanças irradiadas pela bem-vinda figuração constitucional da ação de injunção, foi verdadeiramente desoladora a assimilação dessa garantia por parte do Supremo Tribunal Federal, que, desde o início, identificou-a à ação de inconstitucionalidade por omissão. A bem dizer, a despeito de todo esse esforço doutrinário, outra foi a senda que nossa Corte Maior entendeu de percorrer. As posições que têm sido até o presente assumidas pela maioria de seus integrantes, infelizmente, fulminam as expectativas de quantos consideramos consistir o mandado de injunção numa super e multifuncional garantia integradora da ordem jurídica, destinada a tornar-se, especialmente no campo dos direitos econômicos e sociais, uma fecunda guardiã da efetividade do sistema constitucional democrático restaurado e ampliado em 1988. Assim é que a Suprema Corte brasileira, fazendo ouvidos moucos ao clamor das demandas emancipatórias da cidadania e em prol da efetividade dos direitos econômicos e sociais, fez consagrar uma visão minimizante da significação do instituto recém concebido pelo legislador constituinte. Esse entendimento pretoriano tomou corpo no acórdão prolatado em 23 de novembro de 1989, no julgamento da questão de ordem no Mandado de Injunção nº 107-DF, de que foi Relator o Ministro MOREIRA ALVES, cuja ementa assentou: "Mandado de injunção. Questão de ordem sobre sua auto-aplicabilidade, ou não. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de

10 Na obra "Temas de Direito Público", Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1994, p. 171.

que ela dependa com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, parágrafo 2º, da Carta Magna)”¹¹

Contra a concepção inspiradora de tal enunciado jurisprudencial não tardaram a se contrapor advertências ultra autorizadas, como a de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em artigo sintomaticamente intitulado de “S.O.S. para o Mandado de Injunção”, em que houve por bem proclamar: — “O melhor modo de compreender um remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência de “norma regulamentadora” e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parênteses, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões...) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia — e serve — a boa e velha notificação. Nem se responda que a isto, ou a pouco mais, se reduz em verdade, na própria Carta da República, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, parágrafo 2º. (...) Não se afigura crível que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separadamente: um deles, é óbvio, estaria sobrando. A assimilação mostra-se descabida — e funesta; despoja a individualidade do mandado de injunção e subtrai-lhe toda e qualquer possibilidade de frutificar. Sejamos sinceros: quem sairá de seus cuidados para requerer providência tão inócua? A prevalecer este entendimento — como há motivos para temer que aconteça —, mais valerá que, na primeira reforma constitucional, se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será tempo, ainda, de salvá-lo? A última palavra, naturalmente, caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá de regular a matéria. Enquanto isto, é de desejar que ninguém assuma, para com instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de coveiro apressado”¹²

Semelhante ponto de vista vem de ser expressado em obra recém editada pela Professora REGINA QUARESMA, ao sustentar com lucidez: — “O ‘writ’ injuntivo pode vir a ser viabilizado, já que juristas respeitáveis divergem frontalmente da doutrina que sepulta o novo instituto (tese da subsidiariedade), demonstrando as pungentes possibilidades de dar eficácia aos preceitos constitucionais carecedores de regulamentação. Pautamo-nos, como se sabe, nas lições de José Afonso da Silva, José Carlos Barbosa Moreira, Carlos Roberto de Siqueira Castro e de Luiz Roberto Barroso, para quem, repetimos, a tese

da inserção do mandado de injunção no âmbito da inconstitucionalidade por omissão é equívoca e absurda. Por vários significantes motivos, senão vejamos: não teria sentido o Constituinte originário criar dois institutos com o mesmo objetivo, inclusive que não têm poderes para sancionar/coagir o legislador a legislar; (o legislador brasileiro tem um certo ‘tropismo’ pelo exótico, mas isto seria, no mínimo, atestado de insanidade); o Constituinte negou ao cidadão, por várias vezes, durante os trabalhos constituintes, a legitimidade ativa para propor a ação de inconstitucionalidade por omissão, por que fazê-lo indiretamente? O mandado de injunção pretende satisfazer direitos particulares enquanto a ação de inconstitucionalidade por omissão liga-se diretamente à tutela da supremacia da Constituição.”¹³

É justo reconhecer, nada obstante, quiçá diante do clamor de tantas decepções causadas, que o nosso Magno Pretório, conquanto tenha de início, com insensata inspiração, feito assimilar a ação injuncional aos caracteres próprios da ação de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 103, § 2º, da Constituição Federal, já ultimamente engendra soluções voltadas a revitalizar e emprestar maior consequência a essa garantia supralegal corregedora da mora legislativa, inclusive prescrevendo prazos e sanções para a hipótese de contumácia da inércia legiferante. Pode-se destacar, no elenco das tentativas energizantes dessa garantia constitucional, o acórdão no Mandado de Injunção nº 283-DF, em 20 de março de 1991, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, onde já se vislumbra uma abertura animadora, embora incapaz de remediar, na raiz, a deformação na compreensão desse instituto virtuoso. Nesse aresto, como em vários outros que se seguiram, adotou-se a assinação de prazo para suprimento da lacuna legislativa, consoante registrado na ementa de tal aresto, onde lê-se:

“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, parágrafo 3º, do ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite — não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107-QO) — que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contém pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade por omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (Cf. Mandados de Injunção nº

11 Cf. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 133, págs. 11-60.

12 Publicado no Jornal do Brasil, edição de 11.9.90.

13 REGINA QUARESMA, *O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão — Teoria e Prática*, Ed. Forense, 1995, pág. 66.

168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (...), vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado é a entidade estatal à qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação à ordem de legislar contida no art. 8º, parágrafo 3º, ADCT, comunicando-se ao Congresso Nacional e à Presidência da República; b) assinar prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que seja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável.”¹⁴

Outro avanço corregedor das restrições que a princípio esvaziaram as virtualidades da ação injuncional acha-se refletido no acórdão prolatado em 2 de agosto do mesmo ano de 1991, ao ensejo do julgamento do Mandado de Injunção nº 232-1-RJ, relatado pelo Ministro MOREIRA ALVES, a propósito da omissão legiferante quanto aos requisitos para fruição, por parte das entidades beneficiadas de assistência social, da isenção da contribuição para a seguridade

¹⁴ Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 135, pp. 882-904. Nesse julgamento, levantaram-se, mais uma vez, às vozes dos Ministros que esposam uma visão mais avançada sobre o instituto: CARLOS VELLOSO (“...No mandado de injunção, reconhecendo o juiz ou tribunal, em concreto, que o direito que a Constituição concede é ineficaz ou inviável, em razão da ausência de norma infraconstitucional, fará ele, juiz ou tribunal, por força do próprio mandado de injunção, a integração do direito à ordem jurídica, assim tornando-o eficaz e exercitável...” p. 897) e MARCO AURÉLIO (“...Senhor Presidente, defiro o mandado de injunção, no sentido de fixar a reparação de que cogita a lei, nos termos do pedido inicial formulado pelo autor”, p. 895).

social, nos moldes com que prevista no artigo 195, § 7º, da Constituição Federal. Eis a ementa sugestiva:

“Mandado de injunção. — Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal. — Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 5º do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”¹⁵

Conquanto sejam assinaláveis esses esforços voltados à correção de veniais desvios pretorianos e à revitalização do mandado de injunção no sistema pátrio de garantias constitucionais, é com tristeza que se há de reconhecer que essa medida tão superiormente inspirada restou imobilizada e rendida a uma visão passadista e refreadora de seu potencial de transformação de realidades sociais e econômicas tão inóspitas e atentatórias dos direitos humanos. Pode-se afirmar, bem por isso, que o mandado de injunção subsiste entre nós como uma espécie de *promessa não cumprida* da democracia brasileira, para tomar de empéstimo expressão peculiar aos escritos de NORBERTO BOBBIO.¹⁶

V. A contumaz inércia do Congresso Nacional em regulamentar a norma constitucional referente à limitação dos juros reais — art. 192, § 3º — o fenômeno da “anomia” constitucional provocado pelos interesses hegemônicos do capitalismo financeiro.

Sem obstância de todos esses comentários, é ver-se, no contexto que ora se aprecia, que a *mora legislatoris* já assume foros de contumácia, na certeza de que há mais de 9 (nove) anos, e já por três legislaturas, o Congresso Nacional persiste em procrastinar a edição da lei complementar de regulamentação da norma do § 3º do art. 192 da Constituição Federal, em que pese já haver sido

¹⁵ Supremo Tribunal Federal, Serviço de Jurisprudência, D.J. 27-03-92, Ementário nº 1655-1.

¹⁶ NORBERTO BOBBIO, *O futuro da democracia — uma defesa das regras do jogo*, Ed. Paz e Terra, 5ª edição, 1986, pág. 33.

exortado a tanto por sucessivos oficiamentos do Supremo Tribunal Federal, a partir de ações de injunção acolhidas para efeito dessa restrita e acanhada finalidade. Todavia, por não ser o Estado o sujeito passivo do direito constitucional obstado pela ausência da norma regulamentadora — eis que a satisfação concreta de tal direito à limitação dos juros reais em 12% impõe uma contraprestação na órbita dos bancos e das demais instituições financeiras que figuram nos incontáveis contratos de empréstimo de moeda celebrados com a indefinida massa de consumidores do crédito bancário —, tem entendido a nossa Magna Corte não ser cabível a assinação de prazo para o suprimento da mora legislativa, tampouco a imposição de preceito cominatório para o caso de persistir a inércia do Congresso Nacional. Nesse sentido está o aresto no Mandado de Injunção nº 361/94 — RJ, já de início mencionado, cuja ementa enuncia, no quanto diretamente interessa ao tema aqui focalizado:

“MANDADO DE INJUNÇÃO.

I —

II — MORA LEGISLATIVA: EXIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO. CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. A MORA — QUE É PRESSUPOSTO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO LEGISLATIVA —, É DE SER RECONHECIDA, EM CADA CASO, QUANDO, DADO O TEMPO CORRIDO DA PROMULGAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA E O RELEVO DA MATÉRIA, SE DEVA CONSIDERAR SUPERADO O PRAZO RAZOÁVEL PARA A EDIÇÃO DO ATO LEGISLATIVO NECESSÁRIO A EFETIVIDADE DA LEI FUNDAMENTAL. VENCIDO O TEMPO RAZOÁVEL, NEM A INEXISTÊNCIA DE PRAZO CONSTITUCIONAL PARA O ADIMPLEMENTO DO DEVER DE LEGISLAR, NEM A PENDÊNCIA DE PROJETOS DE LEI TENDENTES A CUMPRÍ-LO, PODEM DESCARACTERIZAR A EVIDÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PERSISTENTE OMISSÃO DE LEGISLAR.

III — JUROS REAIS (CF — ART. 192, § 3º). PASSADOS QUASE CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO E DADA A INEQUÍVOCA RELEVÂNCIA DA DECISÃO CONSTITUINTE PARALISADA PELA FALTA DA LEI COMPLEMENTAR NECESSÁRIA À SUA EFICÁCIA — CONFORME JÁ ASSENTADO PELO STF (ADIN Nº 4, DJ 25.06.93, RELATOR MINISTRO SYDNEY SANCHES) —, DECLARA-SE INCONSTITUCIONAL A PERSISTENTE OMISSÃO LEGISLATIVA A RESPEITO, PARA QUE A SUPRA O CONGRESSO NACIONAL.

IV — MANDADO DE INJUNÇÃO: NATUREZA MANDAMENTAL (MI 107 — MINISTRO MOREIRA ALVES.— RTJ 133/11): DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL, QUANDO — POR NÃO SER O ESTADO O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA (V.G. MI 283 — RELATOR MINISTRO PERTENCE — RTJ 135/882) —, NÃO SEJA POSSÍVEL COMINAR CONSEQUÊNCIAS APÓS O TERMO FINAL DA DILAÇÃO ASSINADA. (D.J. de 17.06.94, pág. 15.707)

Essa linha de compreensão judicatória reveste-se, por certo, de logicidade e coerência *vis-à-vis* a orientação pretoriana que equivocadamente se cristalizou na matéria, máxime por se tratar, no caso em comento, de ação de natureza coletiva, em que a entidade impetrante se qualifica como substituto processual de uma coletividade indeterminada de consumidores do crédito bancário. Nessas plúrimas relações contratuais — é bom que se advirta — cada contratante é, individualmente, sujeito de direitos e obrigações em situações contratuais singularizadas, embora os contornos materiais das mesmas sejam de todo desconhecidos (eis que desinfluentes) da relação processual de índole plurissubjetiva demarcada no mandado de injunção coletivo. Tudo porque cada contrato de empréstimo reflexamente protegido pela demanda injuncional de tal natureza apresenta, de per si, uma identidade própria e inconfundível com as avenças congêneres e, de igual modo, alcançadas pelo arco protetor dessa ação constitucional deduzida em juízo em prol dos associados da entidade impetrante, isto notadamente no que toca aos sujeitos e aos objetos das respectivas e incontáveis relações obrigacionais. É intuitivo supor, nessa ordem de convicções, que em cada instrumento contratual de mútuo de dinheiro figurem contratantes os mais diversos (diferentes bancos e infinidade de tomadores), sobremodo variando, também, o objeto e as condições do financiamento, o que torna naturalmente difícil uma solução de concretização judicial dos incontáveis direitos individuais na via do mandado de injunção de amplitude coletiva. Desde — é claro — que assentido — segundo a visão doutrinária que temos preconizado — que a garantia injuncional não visa à edição de norma geral e abstrata supridora da mora legiferante, mas sim à satisfação concreta do direito obliterado pela mora legislativa. Força é convir que as dificuldades de concreção satisfativa e mandamental da garantia da injunção avultam em tal cenário de demarcação plurissubjetiva e indeterminada na relação processual de feição coletiva. Tal não constitui, porém, empecilho intransponível para a efetividade da ação injuncional, que se intenciona seja dotada de efeitos reparadores concretos e de satisfação integral do direito violado pela inobservância da limitação constitucional res-

peitantes aos juros reais. É natural supor, nessa contextualização, que o deferimento da ordem de injunção coletiva, não devendo consumir-se na edição da norma regulamentadora faltante, deverá, *tout court*, nulificar as cláusulas contratuais que embasam a cobrança de juros extrapolante dos marcos ditados pela Constituição Federal (art. 192, § 3º), reduzindo a equação usurária ao nível constitucionalmente tolerado, isto para todos quantos, consumidores do crédito bancário e das demais instituições financeiras, estejam amparados pelo arco subjetivo do mandado de injunção coletivo, em razão do vínculo associativo com a entidade impetrante da medida injuncional.

Mas, como não é essa a visão esposada pelo Supremo Tribunal Federal nesse campo de questões, adstrita tão apenas ao estéril oficiamento ao Congresso Nacional para que se emende a mora legislativa, afigura-se assaz constrangedor verificar que a inércia prolongada e censurável de ambas as Casas do Poder Legislativo tenha a consequência de frenagem da eficácia normativa da Constituição em tema tão relevante para a ordem econômica e financeira. A Constituição de 1988, que tantas esperanças irradiou para o grande povo brasileiro das cidades e dos campos, não pode sofrer a sabotagem dos poderosos interesses do capital financeiro que desde então assediam o Congresso Nacional. Não é demais lembrar que desde a interrupção do ciclo democrático com o golpe militar de 1964, as políticas econômicas dos governos autoritários que se seguiram, associados aos interesses do capitalismo financeiro nacional e internacional, concederam aos bancos e às instituições financeiras o monopólio da usura em nosso País, privilegiando indecorosamente o capital especulativo em detrimento do setor industrial e produtivo da economia, tudo com as seqüelas da mais perversa nocividade social. Há, pois, de ter limites e correição a perenização da omissão legislativa a que assistimos, máxime em assunto da importância da limitação constitucional das taxas de juros, que — não há ignorar — toca fundo em questões sensíveis ao modelo econômico e ao figurino de democracia social e econômica projetado pela Lei Maior. Este, bem se sabe, elenca, dentre os seus fundamentos, a *dignidade da pessoa humana* e os *valores sociais do trabalho* (art. 1º, III e IV), tudo com o objetivo de *construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º, incisos I, II e III), além de adotar, como postulados gerais da atividade econômica, a *defesa do consumidor* e a *busca do pleno emprego* (art. 170, V e VIII). Enquanto persistir a orgia dos juros astronômicos e a chamada *ciranda financeira*, que enriquece a poucos, degenera em perniciosa especulação, penaliza o capital produtivo, amplia os índices de inadimplência, multiplica os casos de falência e de concordata de empresas brasileiras, aumenta os níveis de desemprego e, de um modo geral, empobrece o conjunto da nação, esvaíam-se esses princípios constitucionais vetores da democratização da economia

nacional. E bem se sabe que essas *normas de princípio* não são menos importantes ou, se se preferir, são até mais relevantes do que as normas preceituais reunidas na Constituição, consoante sustentado por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, na conhecida passagem: “*Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes 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 ... Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais...*”¹⁷

É natural e compreensível que as dificuldades para a efetividade de uma Constituição social democrática se agigantem em ambientes heterogêneos de *terceiro mundo*, marcados por contradições classistas e agudas disparidades regionais e sociais que fracionam o sentido da solidariedade e bloqueiam o espírito comunitário.¹⁸ O *nominalismo* ou *semantismo* constitucional, a que alude KARL LOEWENSTEIN¹⁹, não se dá, com evidência, por culpa da Constituição ou da generosidade futurista do legislador constituinte em transformar em direitos supralégais os anseios humanitaristas em prol de maior igualdade material e de efetivas liberdades para todo o povo. Dá-se, isto sim, em virtude dos privilégios castiços e hegemônicos de grande parte de nossas elites, que não se cansam de fustigar a nova e democrática Constituição com seu discurso paralisante da emancipação histórica, impondo, com as armas de dominação que lhes são próprias, o conservadorismo refratário às transformações sociais e à redenção do conjunto da nacionalidade. É que o modelo econômico perverso e a estratificação social gritantemente injusta, que lhe é conseqüente, consubstanciam a matéria-prima a ser trabalhada pela Constituição na árdua tarefa de produzir um novo tipo de convívio social mais consentâneo com o sistema de

17 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em “*Elementos de Direito Administrativo*”, Ed. RT, São Paulo, 1986, p. 230.

18 Veja-se, nessa abordagem, no plano interno e internacional, os textos de RAUL MACHADO HORTA, “*Constituição e Direitos Individuais*”, na Revista de Direito Constitucional e Ciência Política, Ed. Forense, nº 4, janeiro-junho de 1985, pág. 17; e ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, “*A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais*”, na Revista Brasileira de Estudos Políticos, Ed. Universidade Federal de Minas Gerais, vol. 71, julho de 1990, págs. 20 e segs.

19 KARL LOEWENSTEIN, “*Teoria da Constituição*”, Ed. Ariel, Barcelona, 1986, págs. 5 e segs.

valores prestigiados por suas normas e princípios. Em tal ambiente de *anomia constitucional* e de *conspiração contra a Constituição*, a luta pela implementação do *Estado Democrático de Direito*,²⁰ como projetado pela Constituição porta-voz de mudanças e esperanças da sociedade, torna-se a diuturna refrega entre as elites detentoras do poder político e econômico e as massas trabalhadoras das cidades e dos campos. Nessa ordem de convicções, não se pode, verdadeiramente — como no caso da limitação dos juros reais cobráveis nas operações de empréstimo —, condenar o projeto moralizador do mercado financeiro e o empenho para o avanço civilizatório refletido na Constituição, isto só pelo fato de a realidade a ser transformada segundo suas diretrizes apresentar-se a léguas de distância do ideário constituinte, como muitos fazem a pretexto de defender interesses inconfessáveis. Diz bem JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA quanto à resistência egoística e ultraconservadora que desde a promulgação hostiliza a nossa Carta Política de 1988: “A *Constituição raramente tem atingido, entre nós, o nível de efetividade comum em normas de hierarquia inferior... A campanha dos interesses contrariados geralmente encontra aliado poderoso na tendência de certos meios ao imobilismo. Este se explica muitas vezes como produto de convicções conservadoras. Se determinada modificação do ordenamento se afigura perigosamente radical ao ocupante de cargo ou posição capaz de influenciar o curso dos acontecimentos na matéria, é natural que ele se sinta inclinado a utilizar o seu poder para bloquear a inovação ou minimizar-lhes os efeitos*”.²¹

20 Em que pese a suspeição *neo-liberal* de origem que impregna a locução *Estado Democrático de Direito*, esta, a partir do constitucionalismo pós-moderno dos anos 70, passou a condensar o conjunto de valores humanitários e de dignidade da pessoa humana em que radicam as comunidades políticas nacionais neste fim de milênio. Nessa perspectiva conceitual e histórica, tornou-se sinônima do arcabouço axiológico do *Estado material de Direito*, engenhado pelo constitucionalismo social neste século findante, em contraposição ao *Estado burguês de Direito*, cunhado e implantado pelo liberalismo dos séculos 18 e 19. Daí a expressão qualificar e servir de designativo das organizações estatais, com mínimas variantes redacionais, nas Constituições do 2º pós-guerra de muitas nações que se reencontraram com os postulados da democracia orgânica, a exemplo da Itália (art. 1º), da Alemanha (art. 20, I), de Portugal (art. 2º), da Espanha (art. 1º, I) e do Brasil (art. 1º). Sobre o tema, recomenda-se a leitura, dentre tantos outros, dos conhecidos textos de PABLO LUCAS VERDU, *La lucha por el Estado de Derecho*, Ed. Real Colégio de España, Bolonha, 1975, págs. 92 e segs.; HANS PETER SCHNEIDER, *Democracia y Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1991; BERTRAND JOUVENEL, *As origens do Estado Moderno*, Ed. Zahar, 1980; PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Ed. Forense, Rio, 4ª edição, 1980; RALPH MILIBAND, *O Estado na Sociedade Capitalista*, Ed. Zahar, 1980; e a interessante crítica de JOSÉ AFONSO DA SILVA, no ensaio *O Estado Democrático de Direito*, na Revista de Direito Administrativo, Ed. Fundação Getúlio Vargas, vol. 173, julho-setembro de 1988, págs. 18 e segs.

21 JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em “*O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição*”, na Revista Forense, vol. 304, outubro-dezembro de 1988, pág. 152.

VI. Soluções possíveis para garantir a efetividade das normas constitucionais “não auto-aplicáveis” — efeitos exigíveis às normas constitucionais “programáticas” e de conteúdo “proibitório”

Muito embora, de nossa parte, inclinemo-nos firmemente por considerar a regra supralegal de limitação dos juros reais um imperativo categórico e proibitivo de *aplicação imediata e auto-suficiente*, ao lado de tantos outros que, de igual modo, sofrem o ataque da reação conservadora e os efeitos da artificiosa constrição de sua eficácia, é alvissareiro verificar que algumas instâncias judiciais, imbuídas de melhor inspiração que o Supremo Tribunal Federal, já esboçam soluções remediadoras da morosidade legislativa na implementação da Constituição, fazendo-o na convicção de que a ausência de norma regulamentar de direitos constitucionais não pode ter a consequência de tornar inefetivos, para além de período razoável, os comandos da Lei Maior. Do contrário, a supremacia *formal e material*, de que desfrutam as normas e princípios da Constituição, sucumbiria diante do efeito *paralisante* irradiado pela omissão de órgão de um Poder constituído (o Legislativo), como tal, e por definição, subserviente aos comandos supraleais ditados pelo Poder constituinte. Tal tem se dado não apenas no âmbito de tribunais estaduais com referência à questão da limitação dos juros reais ora apreciada,²² mas também em nível de tribunais superiores e em contextos outros e de similar importância social e econômica. Assim, por exemplo, quanto ao direito de greve do servidor público, que o art. 37, VII, da Constituição da República condicionou aos *termos e limites definidos*

22 Não são poucos os arestos proferidos pela Justiça dos Estados que expressam uma vigorosa reação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal no relativo à aplicabilidade da regra do art. 192, § 3º, da Constituição da República. Assim, por exemplo, o acórdão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul na Apelação nº 189078439, com a ementa seguinte: “*Juros. Limite de 12% ao ano. Incidência imediata da norma constitucional. A norma do § 3º do art. 192 da CF é de eficácia plena, por isso que contém, em seu enunciado, todos os elementos necessários à sua aplicação. Logo, é auto-executável, de incidência imediata*” (publicado na Revista dos Tribunais vol. 653, março de 1990, págs. 192-193). Ajunte-se o acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do mesmo Estado sulista, na Apelação nº 191024199, assim ementado: “*Juros — Limite constitucional — art. 192, § 3º, da CF — Norma que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação — Norma que não se restringe às relações envolvendo contratos de mútuo ou financiamento — Aplicabilidade a todas as transações de realização de crédito bancário*” (Cf. Revista dos Tribunais, vol. 675, janeiro de 1992, págs. 194-195). No mesmo sentido, o acórdão do Tribunal de Alçada do Paraná na Apelação nº 43.000-4, cuja ementa enuncia: “*Cédula Rural Pignoratícia — Execução — Multa — Verba que se impõe quando expressamente prevista no contrato — JUROS — Limite constitucional — Art. 192, § 3º, da CF — Norma auto-aplicável — Necessidade de regulamentação somente no tocante à definição da ilicitude penal (crime de usura), naturalmente em respeito ao princípio da reserva legal*” (Cf. Revista dos Tribunais, vol. 675, janeiro de 1992, págs. 188-190).

em lei complementar, o Superior Tribunal de Justiça, no RMS 2.865-3 — SC, de que foi Relator o eminente Ministro VICENTE CERNICCHIARO, houve por bem deixar assentado em aresto revelador da engenhosidade judicante e da reverência pretoriana aos preceitos de superior hierarquia sediados no estatuto supremo do Estado brasileiro:

“A Constituição da República garante o direito de greve aos funcionários públicos, ‘nos limites definidos em lei complementar’ (art. 37, VII). Essa legislação não poderá recusar a paralisação da atividade, essência da greve, universalmente reconhecida. Além disso, são passados quatro anos da vigência da Carta Política. O legislador manteve-se inerte. Esses dois dados conferem legalidade ao exercício do direito, observando-se, analogicamente, princípios e leis existentes. Caso contrário, chegar-se-ia a um absurdo: a eficácia da Constituição depende de norma hierarquicamente inferior”.²³

Tem-se, nesse paradigma jurisprudencial, um elogiável esforço exegético em prol da efetividade de normas constitucionais sujeitas à limitação de operação, ou de *eficácia limitada*, a teor da conhecida classificação de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a propósito da aplicabilidade das normas constitucionais.²⁴ A solução encontrada, no caso, foi sobremodo simples e realizável dentro dos padrões da vigente legalidade, ou seja, aplicou-se, na falta da legislação complementar específica, as normas já existentes e regulatórias do direito de greve, perfazendo-se sua extensão aos servidores públicos, no que for compatível com os princípios e regras, constitucionais e legais, peculiares à Administração Pública.

Retrata-se, aí, com efeito, o perene desafio da realização do ideário constituinte plasmado nas Constituições analíticas, expansivas e programáticas do Estado Democrático de Direito editadas por toda parte a partir dos anos 70, fenômeno que perturba em especial as normas constitucionais ditas *programáticas*. É, enfim, o dilema a que o Professor JEAN-LOUIS AUTIN, da Universidade de Montpellier, descreve sob a expressão *ilusões e virtudes do Estado de Direito*, consistente no afã de tornar realidade o modelo de convivência social projetado constitucionalmente, o qual condiciona a eficiência e a própria legitimidade histórica da concepção solidarista e coletivista do Estado contemporâneo, enfatizando: “...il s’agit d’adopter une démarche critique qui s’articule autour de deux propositions: la volonté de créer un État de Droit représente

une utopie qui a constitué un puissant facteur de légitimation de l’État mais aussi un élément générateur de fâcheuses illusions car la réalité n’a jamais correspondu et ne peut sans doute correspondre au modèle idéal; il est vrai, en revanche, que l’idéologie de l’État de droit par les effets induits qu’elle engendre, les besoins qu’elle suscite, comporte des exigences qui contraignent l’État à donner quelque consistance à la représentation qu’il offre, sous peine de remettre en cause sa propre légitimité”.²⁵

Não há deixar de reconhecer — como já dito — que em torno da questão da limitação dos juros reais no limite máximo de 12% ao ano, conforme evolante do preceituado no art. 192, § 3º, gravitam interesses financeiros poderosos e soberbamente articulados, que tudo fazem para procrastinar a efetivação de tal regra constitucional, imbuída por certo de alto alcance moralizador, de estímulo aos setores produtivos e da consequência de gerar emprego e riqueza, além do superior propósito de desconcentração isonômica e democrática do capital privado. Tudo porque, como bem sabido, nos últimos tempos em nosso País, a especulação gerada com a intermediação de operações financeiras chegou a atingir a impressionante escala correspondente a 25% (vinte e cinco por cento), ou seja, a 1/4 (um quarto) do Produto Interno Bruto. Mais grave e preocupante é reconhecer que tal *ciranda financeira* arrastou para o círculo vicioso do artificialismo dos juros a Fazenda Pública da União, dos Estados e dos Municípios, que, para a rolagem diária de sua dívida interna, se alimentam (e realimentam) da superestimação da taxa de juros nas operações de compra e venda dos títulos da dívida pública mobiliária. É fato de conhecimento geral que, a cada manhã, a chamada “*mesa de open market*” do Banco Central abre a negociação dos títulos públicos federais, fixando a taxa de juros que irá orientar o mercado financeiro em todo o País ao longo do dia. Basta considerar que, apenas no primeiro semestre de 1995, os juros reais com a amortização da dívida mobiliária líquida da União, Estados e Municípios totalizou R\$ 6,5 bilhões (seis bilhões e quinhentos milhões de reais), sendo certo que, em termos nominais (valores correntes), os juros da dívida mobiliária líquida das três entidades federativas alcançou no mesmo período a grandeza de R\$ 12,7 bilhões (doze bilhões e setecentos milhões de reais), segundo informações prestadas pelo Banco Central nos autos do mandado de injunção de início reportado. Ajunte-se, a título de ilustração, que o lucro dos bancos tem atingido nas últimas décadas cifras verdadeiramente astronômicas, a ponto de colocar a economia brasileira a reboque dos cinco maiores conglomerados financeiros que imperam no mercado financeiro. Assim é que o BRADESCO, que é o maior grupo

23 Cf. Revista dos Tribunais, 700/185, ano 1993.

24 Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, em *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, págs. 109 e segs.

25 JEAN-LOUIS AUTIN, no artigo monográfico intitulado “*Illusions et vertus de l’État de Droit Administratif*”, integrante da obra coletiva sob a direção de DOMINIQUE COLAS, sob o título *L’État de Droit*, Ed. Presses Universitaires de France, 1987, pág. 146.

financeiro do País e que atualmente movimentava 35 bilhões de reais em empréstimos e aplicações de toda espécie, acaba de alcançar, nos resultados do exercício fiscal de 1996, o impressionante lucro de 824,5 milhões de reais, o que nem mesmo as montadoras multinacionais de automóveis jamais conseguiram obter no Brasil.²⁶ Tudo isto explica a reação desabrida dos operadores do sistema financeiro nacional contra a limitação dos juros usurários e, bem assim, sua avidez em manter o monopólio da usura no Brasil, a ponto de, a partir de 1964, contarem com a cumplicidade, intencionada ou não, das entidades governativas da Federação, que desse modo se tornaram dependentes ou mesmo reféns do processo especulativo de rolagem da dívida pública.²⁷ Tal esclarece, também, a permanente elevação das taxas de juros a altiplanos inexplicáveis e que asfixiam o crédito industrial, rural e dos bens de consumo, isto até mesmo, por espantoso, nas fases de estabilidade inflacionária e monetária, como a que vivenciamos presentemente em decorrência das medidas de controle da inflação editadas no contexto do denominado *Plano Real*, hoje convertido na Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995. Nada justifica, em síntese, nestes dias, a cobrança de juros nos contratos de mútuo financeiro em níveis superiores a 20% (vinte por cento) ao mês, com acumulação de juros anuais além de quatro dígitos ou na faixa de milhares percentuais, como abertamente praticado por muitas instituições financeiras e empresas de cartões de crédito, quando se verifica que a inflação média nos últimos meses contabiliza taxas não superiores a 1,5% (um e meio por cento).²⁸ Esse quadro de acintosa resistência e, até mesmo, de sabotagem contra a Constituição, por parte dos condutores do mercado financeiro, fragiliza a potência normativa e transformadora da regra constitucional constitutiva das taxas de juros, que verga-se diante de realidades tão renitentes à sua eficácia em plenitude. Daí a lição sempre atual de KONRAD HESSE: “a

26 Cf. reportagem da Revista VEJA, edição de 22 de janeiro de 1997, sob o título “O imperador do Bradesco”, págs. 102 e segs.; e, ainda, a notícia de primeira do jornal GAZETA MERCANTIL, edição de 21 de janeiro de 1997, intitulada “Bradesco teve lucro de R\$ 824,5”.

27 Esse pernicioso atrelamento do setor público e privado aos bancos e demais instituições financeiras vem explicar a criação do “Programa de Estímulo à Restruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional”, presentemente regulado pela Medida Provisória nº 1.507-15, de 9 de janeiro de 1997, adotando mecanismos de proteção a titulares de créditos contra entidades financeiras, conforme instituídos pelo Conselho Monetário Nacional. Trata-se, em suma, de um autêntico e privilegiado socorro público para capitalização do sistema bancário, que não tem paradeiro com relação ao segmento industrial e comercial da economia.

28 De acordo com estudo realizado pela ANEFAC — Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade, as taxas de juros cobradas nas várias modalidades de operações de crédito ao consumidor chegaram ao extremo de atingir, nos exercícios de 1995 e 1996, o índice astronômico de 45,16% ao mês, o que significa 8.653,13% ao ano (Cf. reportagem do jornal FOLHA DE SÃO PAULO, edição de 13 de novembro de 1996, caderno 2, pág. 5, sob o título “Juro ao consumidor vai de 0.69% a 45%”).

norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade... Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições... A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização... Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela... Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas... Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (‘Wille zur Macht’), mas também a vontade da Constituição (‘Wille zur Verfassung’).²⁹

Em face da insólita situação do mercado de juros nas aplicações e empréstimos financeiros, e tendo em linha de consideração a jurisprudência que entre nós se assentou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, isto no que concerne designadamente às virtualidades do mandado de injunção e à restrição da eficácia do preceito constitucional de limitação dos juros reais, abre-se à Suprema Corte guardiã da Constituição duas destacadas alternativas em face dessa questão revestida de dramaticidade social e econômica, a saber: *a)* manter-se, sem mais outra providência edificante do sistema constitucional, a linha de julgados prolatados nesse campo de questões, cingida ao inócuo oficiamento ao Congresso Nacional para efeito de reiteração da mora legislativa, ou; *b)* buscar-se solução que — diante da contumaz inércia do legislador congressual em editar a lei complementar reguladora do sistema financeiro nacional, y *compris* as regras de limitação dos juros reais, e isto sem o mais mínimo abalo do prestígio e da autoridade da jurisprudência já firmada — venha determinar, até o advento da legislação constitucionalmente programada, as normas legais em vigência que sejam consentâneas com os princípios constitucionais respeitantes aos juros cobráveis nos empréstimos pecuniários, com a conseqüente rejeição das regras outras que não se compatibilizam ou se afastam da idealização constituinte no tema de que ora se cogita. A adoção da primeira alternativa alvitrada não deixa, de certo modo, de ser desmoralizante para a autoridade dos julgados de nosso Tribunal Maior: ensejaria tão apenas a reedição da solução já tantas vezes reiterada nos julgamentos dos sucessivos mandados de injunção apresentados à superior cognição da Suprema Corte, tendo por objeto a mesmíssima lacuna legislativa quanto à limitação dos juros reais, como seja a solução conducente a um novo oficiamento ao Congresso Nacional, a fim de

29 KONRAD HESSE, na obra “A força normativa da Constituição”, Ed. Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991, págs. 15 e 19.

comunicar a continuidade — já por nove anos — da mora legislante. A segunda alternativa — da qual nos ocuparemos a seguir, a título de singelos subsídios à reflexão de tema de tão notória importância constitucional, política, econômica e social — pressupõe considerações acerca da exegese e da eficácia das normas constitucionais ditas *programáticas* e não auto-aplicáveis, respeitada, de conseqüente, a categorização já atribuída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à regra do parágrafo 3º do art. 192 da Constituição Federal. Por esse alvitrado *approach*, além da re-proclamação da mora legislativa e da reiteração da conseqüente comunicação ao Congresso da União, se definirá a legislação aplicável e consentânea com as limitações constitucionais prevalentes na matéria da taxação dos juros reais, declarando-se, sobremais, na esteira do corrente sistema de controle *difuso e concreto* da constitucionalidade das leis, a objeção constituinte dirigida às normas legais e infralegais que compadecem com a cobrança exorbitante de juros financeiros acima do teto de 12% ao ano.

No quanto diretamente interessa a esse tópico da análise ora empreendida, pode-se utilizar, por seu consagrado mérito, o magistério do Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, descritivo dos três elementos qualificadores das normas programáticas, ao expor:

“I — são normas que têm por objeto a disciplina dos interesses econômico-sociais, tais como: realização da justiça social; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico; proteção à saúde; previdência social; intervenção do Estado na ordem econômica; proteção aos trabalhadores; amparo à família; combate à ignorância; estímulo à cultura, à ciência e à tecnologia;

II — são normas que não tiveram força suficiente para desenvolver-se integralmente, sendo acolhidas ‘em princípio’, como programas a ser realizado pelo Estado, por meio de leis ordinárias ou de outras providências;

III — são normas de eficácia reduzida, não sendo operantes relativamente aos interesses que lhe constituem objeto específico e essencial, mas produzem importantes efeitos jurídicos, como teremos a oportunidade de demonstrar”³⁰.

30 JOSÉ AFONSO DA SILVA, em *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., pág. 138.

O que releva notar, efetivamente, é que, a despeito da *programaticidade* de certas normas constitucionais, não são essas destituídas de efeitos, nem tampouco se acham em estado de suspensão ou no aguardo da edição da lei integrativa. A bem dizer, já não provocam maior ressonância os esquemas doutrinários que, no passado, negavam *juridicidade* e foros de *imperatividade* às normas ditas programáticas. A advertência crítica de JOSÉ AFONSO DA SILVA reveste-se, aqui, de exemplaridade: — “*Essa tese, hoje combatida seriamente, responsável pela caracterização, como programática, de toda norma constitucional incômoda. É fácil, realmente, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática, e, assim, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado*”³¹. Deve parecer a todos evidente que semelhante e simplista compreensão não oferece qualquer serventia para a efetivação das normas e princípios sublimados na Constituição, além de prestigiar a inércia e a morosidade legislativa, conferindo ao legislador constituído instrumento de efeito paralisante dos comandos constitucionais ou, se se preferir, um autêntico *antídoto contra a Constituição*. Daí lecionar o mesmo Professor da prestigiosa Universidade de São Paulo, com arrimo na mais respeitável doutrina italiana:

“*CRISAFULLI, que dissecou a temática das normas programáticas, sustentou-lhe a juridicidade (e a eficácia, ainda que reduzida), argumentando que enunciam verdadeiras normas jurídicas e, por isso, são tão preceptivas como as outras; regulam comportamentos públicos destinados, por sua vez, a incidir sobre as matérias que lhes são objeto, sendo, nesse limite, vinculantes, como conseqüência da eficácia formal prevalecente da fonte (a Constituição), no que respeita às leis ordinárias, pelo que estas, se anteriores e contrárias, ficam invalidadas, se posteriores e conflitantes, são inconstitucionais. Ora, se elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra seu caráter imperativo; imperatividade que se afere nos limites de sua eficácia reduzida, mas sempre imperatividade. Por outro lado, esse comportamento e comando, delas resultantes, criam uma situação, não apenas de expectativa, mas de vantagem efetiva, ainda que diminuta, em favor de todos aqueles sujeitos que se acham em condições de se beneficiarem com a vantagem de sua aplicação e observância... Entre nós, PONTES DE MIRANDA e ALFREDO BUZARD*

31 Idem, pág. 139.

não vacilam no reconhecer-lhes juridicidade e eficácia. O primeiro, em texto já citado, fala em regras jurídicas programáticas como algo que era político partidário, programático, e entrou no sistema jurídico, cerceando-se, com isso, a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter outro programa. O segundo é incisivo, quando afirma ser errôneo pretender distinguir, numa constituição, cláusulas mandatórias e diretórias, programáticas ou de orientação, atribuindo-lhes eficácia jurídica diversa... O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei... Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências sócio-culturais da comunidade, princípios básicos, que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente... Esses ditames estão, aliás, configurados expressamente na ordem jurídica brasileira, quando estatui, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Ora, as normas constitucionais de princípio programático têm por objeto precisamente configurar os fins sociais a que se dirige o Estado e a sociedade, consoante exigências do bem comum; se assim é, toda lei ou normas integrantes da ordem jurídica nacional hão de conformar-se à pauta de valor indicada, ao menos tendencialmente, pelas normas programáticas da constituição... Do que expusemos nos parágrafos anteriores, fácil é extrair outro efeito notabilíssimo das normas constitucionais programáticas, como exprime BALLADORE PALLIERI, que conclui: 'Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constranger, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás'. Assim, descortina-se a eficácia das normas programáticas em relação à legislação futura, desvendando, aí, sua função de condicionamento da atividade do legislador ordinário, mas também da administração e da jurisdição, cujos atos hão de respeitar os princípios nelas consagrados. PONTES DE MIRANDA é preciso sobre o assunto, prelecionando que: 'A legislação, a execução e a própria justiça

ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função', e, mais adiante, reafirma que elas cerceiam a atividade dos legisladores futuros, que, no assunto programado, não podem ter outro programa".³²

Permite-se, para completude da ilustração, reproduzir, no original, a lição de VEZIO CRISAFULLI, em que radica a exposição doutrinária do ilustre catedrático de São Paulo:

"...Ora, si prenda uno di questi principi costituzionali e lo si consideri, invece, nel quadro di un ordinamento a costituzione rigida: è chiaro che, se esso è posto da una fonte superiore alla legge ordinaria, quale anzitutto la stessa Costituzione, il vincolo che ne deriva per la potestà legislativa non potrà più qualificarsi 'direttivo', ma sarà senz'altro obbligatorio (con conseguente invalidità della legge emanata in senso contrastante). È quanto si è verificato in Italia, con la trasformazione dell'ordinamento da sistema flessibile a sistema a rigidità costituzionale, nel quale pertanto non può ormai parlarsi di un vincolo meramente direttivo (o programmatico, in senso equivalente: in senso, cioè, di vincolo non propriamente obbligatorio) posto dai principi costituzionali nei confronti della potestà legislativa; bensì e soltanto di vincolo obbligatorio".³³

Está-se, como se vê, no campo das omissões legislativas consistentes na ruptura do dever constitucional de legislar. JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, da secular Universidade de Coimbra, assim as define em obra notável: "omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas, destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas".³⁴ Ensina-nos o mesmo ilustre Professor lusitano que — "a discussão em torno da legiferação como actividade constitucionalmente vinculada reconduz-se ao problema das ordens de legislar, ou seja, à questão do dever positivo de actuação do legislador no cumprimento de certas 'imposições constitucionais'... O legislador está normativo-constitucionalmente obrigado a

32 Idem, págs. 139-144.

33 VEZIO CRISAFULLI, na obra *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Edição Dott. A. Giuffrè, Milão, 1952, pág. 18.

34 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, no livro "*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador — contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*", Ed. Coimbra, 1994, pág. 338.

cumprir ou realizar os preceitos constitucionais que careçam de concretização legislativa, sendo importante debater-se o meio de evitar que ele protele essas tarefas para 'calendas gregas'. Precisamente por isso, a questão das imposições constitucionais não é apenas um problema de execução oportuna ou inoportuna de 'ordens legiferantes', mas também um problema de cumprimento global da constituição... A falta de cumprimento das imposições constitucionais, por parte das instâncias legiferantes, pode colocar-nos nos 'limites da paciência' em face do legislador".³⁵ Em seguida, e após dissertar com invulgar proficiência sobre tema tão sedutor, o festejado catedrático da nação irmã chega à conclusão de que as normas programáticas revogam o direito objetivo anterior que com elas se incompatibilizam, donde caber aos órgãos judiciários incumbidos da concreção da Constituição, no exercício do controle difuso da constitucionalidade das leis e das omissões legislativas, que lhe é ínsito, proclamar a revogação das regras legais anteriores à promulgação de uma nova Carta Política, porém com ela inconciliáveis, bem como a contrariedade constitucional daquelas editadas já sob a égide do novel estatuto presidente da ordem jurídica. Em textual:

"Em muitos preceitos constitucionais que contêm 'normas programáticas' (determinações dos fins do Estado ou definição de tarefas estaduais) é possível detectar uma imposição, expressa ou implicitamente concludente, no sentido de o legislador concretizar os 'grandes fins' constitucionais... Estas normas são todas directivas materiais constitucionais e assumem relevo de uma tripla forma: (1) como imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; (2) como directivas materiais, vinculando positivamente os órgãos concretizadores; (3) como limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos atos que as contrariam... A tarefa de 'actualização' das imposições constitucionais não é uma tarefa apenas legislativa, mas uma tarefa que incumbe a todos os órgãos constitucionalmente responsáveis pela aplicação da lei fundamental. No entanto, o sentido amplo de actualização, que acaba de referir-se, não é, rigorosamente, um problema específico das imposições constitucionais: ele alarga-se ao conjunto das normas constitucionais. Específico da 'actualização' é, porém, o seguinte: (1) necessidade absoluta da conformação legislativa das imposições constitucionais; (2) falta da 'lei actualizadora'. Quando assim se coloca o problema da 'actualização', facilmente se verifica que o

³⁵ Idem, págs. 255-256.

punctum saliens da questão se situa já não na vinculação jurídica do legislador pelas imposições constitucionais, mas no 'alargamento' da competência da jurisdição. Da actualidade das imposições transita-se para a actualização das mesmas. A imposição constitucional 'actual' deve transformar-se em actos jurídicos 'actualizados'. O conteúdo da 'actualização' constitucional prende-se, pois, não só com a 'mudança da natureza' das imposições constitucionais, mas também com as complexas questões de 'densidade' das normas constitucionais e de concretização judicial 'concorrente', 'substitutiva' e 'derrogativa' de leis. O tema tem sido sobretudo visualizado a partir da óptica da extensão e limites do 'direito judicial' ('Richterrecht'). Daí que as questões se concentrem na discussão de um hipotético 'princípio da imediação constitucional judicial' e na análise da concretização judicial como forma subsidiária de actualização das imposições constitucionais...³⁶

Eis aí a remediação do desvio jurisprudencial que fragilizou a eficácia da restrição constitucional quanto aos juros reais cobráveis nas operações de empréstimo de dinheiro e de financiamento de bens ao público consumidor: aplicar o comando proibitivo incrustado no art. 192, § 3º, da Constituição da República, desprezando, por ser com este incompatível e não recepcionado, as normas infraconstitucionais e até mesmo infralegais que autorizaram o monopólio da usura pela classe dos banqueiros em nosso País.

Com efeito, se se admitir que a restrição à cobrança de juros reais embutida no art. 192, § 3º, de nossa Lei Maior possa configurar regra de natureza programática e não auto-aplicável, consoante sugerem, sem a nossa adesão, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal antes colacionados, parece indisputável que seus efeitos, mínimos que sejam, haverão de operar a revogação das normas legais e sublegais que, em frontal colisão com a nova Constituição, autorizavam a cobrança de juros reais acima do patamar de 12% ao ano. Assim é que as normas constitucionais ditas programáticas que contenham imposições de legislar e sejam expressivas da chamada *Constituição compromissória* peculiar ao *Estado Social de Direito*, conquanto não possam efetivamente obrigar o Poder Legislativo a exercer a função que lhe é precípua e, com isso, adimplir o dever constitucional de editar as leis de regulamentação do estatuto supremo, por certo não sofrem e não podem jamais sofrer, de forma absoluta e irremediável, o efeito paralisante ou de suspensividade normativa resultante da inércia legiferante. Tal seria, como antes assinalado, permitir a capitulação dos coman-

³⁶ Idem, págs. 315, 319-320.

dos ditados pelo Poder Constituinte ante a sabotagem inercial imputável a um dos Poderes constituídos, no caso, o Congresso Nacional.

Já se viu que, a par da sua *eficácia interpretativa*, que se traduz num dirigismo exegético *vis-à-vis* a legislação subalterna, operam as normas constitucionais programáticas a revogação da legislação anterior que seja incondizente com os princípios ou preceitos nelas incutidos. Esse aspecto restou bem acentuado por LUIS ROBERTO BARROSO em texto dedicado à efetividade das normas constitucionais, onde lê-se: — “*Segundo proclama abalizada doutrina, delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo ‘negativo’ de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames... Nesse sentido, é possível dizer-se que existe um dever de abstenção, ao qual corresponde um direito subjetivo de exigir-la*”.³⁷

Tal é tanto mais verdadeiro quando se trata, como na hipótese da vedação da cobrança de juros reais acima de 12% ao ano, de norma de índole marcadamente *proibitória*, que, por si só, desautoriza, pela via da revogação, as regras permissivas de comportamentos contrários aos seus comandos. Nessa visão esquemática, é justo conjecturar, a título de figuração paralela, que, muito embora ainda não se tenha editado a lei penal tipificadora do crime de tortura, em obséquio à imposição de legislar ditada pelo art. 5º, inciso XLIII, da vigente Constituição Federal, nem por isso poderiam sobreviver, na égide do novo estatuto supremo, normas legais permissivas ou complacentes com tal previsão delituosa. O mesmo se há de afirmar com relação ao crime de usura, configuratório, na órbita penal, da cobrança de juros reais extrapolantes dos limites constitucionais, por igual dependente de lei tipificadora. A lacuna infraconstitucional não autoriza, como intuitivo, a prática da usura, de resto já proscribita do nosso sistema normativo por força inarredável do art. 192, § 3º, da Constituição Federal de 1988. A bem dizer, todas e quaisquer normas autorizativas de tais práticas atentatórias da nova Constituição, seja a tortura seja a usura, estarão, sem a mais mínima dúvida em nosso espírito, colhidas pelo efeito revogatório do diploma de maior e intangível hierarquia, tanto que traduzido em normas de caráter *proibitório*, em que pese possa estar sua incriminação formal sujeita à edição da norma de tipificação penal.

Assim, é assaz clara, proibitória, auto-suficiente e auto-aplicável, a regra constitucional respeitante à limitação dos juros reais, como tal dispensante de qualquer adminículo legislativo para operar em plenitude. O magistério, já clássico, de JOSÉ AFONSO DA SILVA, acerca dos caracteres das normas

³⁷ LUIS ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, Ed. Renovar, pág. 113.

constitucionais dotadas da chamada *eficácia plena* ilumina o aspecto ora em digressão: “*Uma norma constitucional é auto-aplicável (correspondente, ‘mutatis mutandis’, às de eficácia plena) quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime... Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados*”.³⁸

E não há ignorar, nesse contexto, que os comandos constitucionais e, de um modo geral, as regras jurídicas contendo preceito proibitório, ou seja, em suma — as *normas proibitivas*, como é a natureza do imperativo supralegal de limitação dos juros reais, mais fortemente do que quaisquer outros, revestem-se de *auto-suficiência* e de *auto-aplicabilidade*. São, bem por isso, revestidas de *eficácia plena*, ao menos no quanto concerne precipuamente à proibição de conduta adversa àquela expressa no articulado normativo.

As sólidas lições de RUI BARBOSA, fincadas nos mais veneráveis ensinamentos do constitucionalismo norte-americano, a propósito das disposições proibitórias e das normas auto-aplicáveis, assim chamadas, respectivamente, *prohibitory provisions* e *self-executing rules*, projetam luzes nesse campo de questões. Como se verá na transcrição a seguir, conquanto estejam exemplarizadas com disposições da nossa pioneira Constituição Republicana de 1891, são, todas elas, perfeitamente traduzidas nas correspondentes normas proibitivas contempladas na nova e vigorante Carta Política de 1988. Em textual:

“*Entre os textos constitucionais executáveis sem o concurso de legislação applicativa sobressaem os de carácter proibitório.*

“*It is the prevailing doctrine, though there is contrary authority, that prohibitory constitutional provisions are self-executing*” (6 *American and English Encyclopedia of Law*, 912, “b”).

“*All negative or prohibitive provisions in a constitution are self-executing*” (*Law v. People*, 87 *Illinois* 385; COOLEY: ‘*Constitutional Limitations*’, 7ª edição, pág. 120, nota 5).

³⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA, na obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Ed. RT, São Paulo, 1968, pág. 92.

'The rule favored by the weight of authority is that prohibitive and restrictive provisions are self-executing, and may be enforced by the Courts independent of any legislative action' (Encyclopedia of Law and Procedure, vol. 8, pág. 754).

'No proibir que se faça alguma coisa não há nada que exija ulterior acção da lei. A acção ulterior da lei poderá vir a ser necessaria, afim de castigar as infracções da regra prohibitiva. Isto, porém, é coisa totalmente diversa da prohibição em si mesma'. ('There is nothing in forbidding a thing to be done which requires future action. Future action may be necessary to punish a violation of the prohibition; but that is a matter totally different from the prohibition itself' — Cf. Groves v. Saugter, 15 Peters 457, 10 Law Ed/ 803).

'Prohibitory provisions in a Constitution are usually self-executing' (Willis v. St. Paul Sanitation C., 16 L.R.A. 285).

'É que a norma prohibitiva encerra em si mesma tudo quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a prohibição, embora a sancção conta o acto, que a violar, ainda não esteja definida.'

'Se uma Constituição prohibe formalmente certos e determinados actos, a prática de qualquer delles transgride 'ipso facto' o preceito constitucional; porquanto a interdicção, como interdicção, na medida traçada pelos seus termos, é cabal quanto à obrigação, que, juridicamente, estabelece 'erga omnes', e há de ser respeitada.'

'Assim, quando a nossa Constituição declara que 'nenhuma pena passará da pessoa do delinquente', que 'fica abolida a pena de galés, a do banimento e a de morte'; quando estatue que ninguém soffrerá privação dos seus direitos por motivo religioso; quando prescreve que nenhum imposto se cobrará senão em virtude de lei anterior (art. 72, §§ 19, 20, 21, 28 e 30); quando veda ao Governo Federal criar distincções de qualquer natureza em favor dos portos de uns contra os de outros Estados (art. 8º); quando prohibe aos Estados tributar bens, rendas ou serviços da União, assim como a esta, reciprocamente, lançar impostos sobre serviços, rendas ou bens dos Estados (art. 10); quando exclue a decretação de leis retroativas pelos Estados, ou pela União (art. 11), a inibição que resulta desses textos, assim como de quaesquer outros que apresentem o mesmo character, é absoluta e immediata.'

*'Nenhuma legislação complementar se requer, para que elles operem e obriguem em plenitude...'*³⁹

Com efeito, tendo o parágrafo 3º do art. 192 da vigente Constituição Federal ditado prohibição categórica à cobrança de juros reais acima do patamar de 12%, aí incluídas comissões e quaisquer modalidades de remunerações directa ou indirectamente relacionadas à concessão contratual de empréstimo em dinheiro, é forçoso reconhecer, em face dos mais comesinhos e acatados princípios da exegese constitucional, que tem-se, em tal preceito proibitório, um indesviável padrão de conduta, a obrigar os sujeitos de direito na esfera tanto pública quanto privada. Como regra impositiva de obrigação de não fazer ou, se se preferir, de não contratar, seja na qualidade de mutuante seja como mutuário, acima do limite constitucional de juros reais, trata-se, também, de norma bastante em si mesma, o que vale dizer, *auto-aplicável* — "*self-executing*", a teor do consagrado acervo doutrinário e jurisprudencial estadunidense. E tal se impõe independentemente de se considerar subsistente, ou não, a previsão legal punitiva do crime de usura, como, de resto, já objeto do art. 4º da Lei nº 1.521/51, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular.⁴⁰

Por esse conjunto de razões, as precitadas regras legais e infralegais que conferiram, em regime de privilégio, aos bancos e instituições financeiras a prerrogativa de contratar e cobrar juros além do percentual de 12% ao ano imposto pelo Decreto nº 22.626/33, ou seja, as apontadas disposições da Lei nº 4.595/64, da Circular nº 1.365/88 do Banco Central e subseqüentes Resoluções do Conselho Monetário Nacional, acham-se, após o advento da Carta Política de 1988, constitucionalmente desautorizadas e, desse modo, excluídas do sistema normativo pátrio por imperativo da *revogação*, esta exteriorizada na inoccorrência da recepção de tais preceitos pela nova Constituição do Brasil.

É que toda vez que a Constituição incorpora um tema até então tratado apenas na legislação de menor grau, operando a *constitucionalização* da matéria, tal exige a adequação da legislação precedente aos novos parâmetros de matriz

³⁹ RUI BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, volume II, págs. 480-483, Ed. Saraiva, 1933.

⁴⁰ Nesse sentido, estatui o art. 4º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951: "*constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando: a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro, superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira, ou ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito; b) obter ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.*"

constitucional, o que poderá dar-se mediante a chamada interpretação conforme a constituição, que a doutrina alemã designa “*verfassungskonforme Auslegung*”, ou, na hipótese extrema, mediante a revogação do conjunto normativo inconciliável com a nova Carta Política. ENRIQUE ALONSO GARCÍA, conceituado catedrático da Universidade de Madri, deita luzes na questão, a partir da experiência da Corte Constitucional espanhola, ao expor: “*Cuando una norma constitucional, generalmente mucho más abstracta, incide sobre un instituto legal, no es nada extraño que toda la dogmática (reconocida o no expresamente en la regulación del instituto) se incorpore al derecho constitucional... Al recaer la sentencia constitucional sobre textos legales y actos y normas jurídicas, toda la temática de ese sector del ordenamiento se ve inmiscuida y disecionada por el principio constitucional en juego. No quiere ello decir que se haya producido una constitucionalización del derecho ordinario, sino de ‘la temática’ concreta del mismo en la que determinados aspectos pueden verse afectados (interpretados conforme a la Constitución, rechazados como inconstitucionales o matizados a la luz de la Constitución)*.”⁴¹

Tal é o que se passa no caso em apreciação. Tendo a Constituição Federal de 1988 cuidado de limitar em 12% ao ano os juros reais cobráveis nos empréstimos pecuniários, todas as normas legais e sublegais antecedentes que dispunham, direta ou indiretamente, sobre a matéria, hão de adaptar-se, na sua doravante aplicação, ao figurino constitucional. Não podendo fazê-lo, por incompatibilidade intransponível, são tidas por revogadas, eis que não se pode conceber antinomias irremediáveis num sistema normativo modelado pelo princípio da hierarquia, da rigidez e da supremacia da Constituição.

E dispensa-se, para o alcance de tal conclusão, de reabrir nesta assentada a controvérsia doutrinária e pretoriana acerca da chamada *inconstitucionalidade material superveniente*, sabido que essa Magna Corte, ao ensejo do julgamento da ADIN nº 7, placitou o entendimento, por maioria, de que as leis anteriores à nova Constituição que com esta guardem contrariedade não mais se sujeitam aos ritos do controle concentrado e abstrato da constitucionalidade dos atos normativos, eis que são tidas por revogadas pelo subsequente estatuto político de superior hierarquia.⁴² Bem por isso, sufragou-se a tese no sentido de não ser

cabível, em situações que tais, o ajuizamento das ações diretas tutelares da supremacia da Constituição. Assim sendo, as normas legais e infralegais que entraram em rota de colisão com a norma constitucional, assim chamada *programática* e de conteúdo *proibitório*, respeitante à limitação dos juros reais, encontram-se definitivamente revogadas desde a promulgação da novel Lei Maior.

Dúvida não há, por outro lado, de que a inconstitucionalidade, assim resolvida pelo expediente intertemporal da revogação, pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição em sede do controle *ordinário e difuso* da adequação das leis à Constituição. Tal proclamação poderá efetivar-se, com efeito, no julgamento dos sucessivos mandados de injunção que demandam a efetividade da vedação constitucional quanto à cobrança de juros reais acima do limite de 12% ao ano, caso o Supremo Tribunal Federal delibere por adotar a solução alternativa ora alvitrada. Se assim for, e sem ignorar a assente jurisprudência que qualificou como *não auto-aplicável* o preceito do § 3º do art. 192 da nova Carta Republicana, caberá reconhecer-se a revogação, por inocorrência de *recepção*, dos atos normativos de índole específica e conflitantes com a Constituição Federal que fixaram ou de algum modo consentiram na fixação, referentemente aos contratos de empréstimo celebrados no âmbito do sistema financeiro nacional, de taxas de juros superiores ao limite supralegal de 12% ao ano. O reconhecimento dessa contradição por parte do Excelso Pretório, e bem assim da resultante revogação constitucional daquela legislação extravagante, ensejará a natural conseqüência de as normas gerais respeitantes à contratação de taxas de juros, consoante previstas no Código Civil Brasileiro (arts. 1.062 e 1.262) e na denominada *Lei de Usura* (Decreto nº 22.626/33), reocuparem, por inteiro, o espaço da legalidade infraconstitucional na matéria, inclusive alcançando a definição dos juros reais nos contratos de empréstimos pactuáveis no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Com isso, e sem necessidade de cogitar-se, aqui, do chamado efeito repristinatório, de resto de difícil sustentação,⁴³ dar-se-á correntia aplicação ao preceituado no art. 2º, § 2º, da Lei

a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado... A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade” (acórdão publicado na RTJ 145/339).

43 Não há desconhecer, aqui, que o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro adota o princípio de *supra direito* de que — “*salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência*”. Todavia, em se tratando da relação vertical de inconstitucionalidade, já se entende, em setores doutrinários de expressão,

41 ENRIQUE ALONSO GARCÍA, na obra *La Interpretacion de la Constitución*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1984, pág. 505.

42 Vale lembrar, aqui, o candente e valioso debate que grassou no julgamento da ADIN nº 7, no qual restou vencido o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, sendo registrável a ementa desse importante aresto no campo do Direito Constitucional intertemporal, sob a douta relatoria do ilustre Ministro CELSO DE MELLO, onde lê-se: — “*Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88. Inconstitucionalidade superveniente. Inocorrência. Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção. Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato. Ação direta não conhecida... A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe*

de Introdução ao Código Civil, dispondo que — *a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*. Por essa razão, e a *contrario sensu*, a subsistência da lei geral, que não sofreu a ação derogatória das normas especiais permissivas da contratação de juros usurários, reassume normatividade em perspectiva global no campo de questões ora focalizado, conforme, de resto, idealizado por doutrinadores de nomeada.⁴⁴ Com efeito — em expressão mais simples e direta — tem-se que a revogação (por contrariedade constitucional) das normas anteriores e de caráter especial, que restaram repudiadas pelo novo estatuto supremo, deixa íntegro e em plenitude o regime normativo civilista, de índole geral e abrangente, respeitante à limitação dos juros reais.

Por derradeiro, não há esquecer que o dirigismo constituinte na vida dos contratos, consistente na limitação dos juros reais, consubstancia postulado essencialmente protetor do setor do trabalho frente ao setor do capital, o que vale dizer, norma de proteção da classe trabalhadora e assalariada, que depende do sistema creditício para a aquisição de toda sorte de bens de consumo. Sob essa ótica, trata-se de preceito constitucional exteriorizado em proibição de

que a insubsistência originária da norma incompatível com a Constituição enseja a restauração do direito por ela circunstancialmente revogado, quando sobrevenha a proclamação da contrariedade constitucional em sede do sistema que se adotar para a tutela abstrata da supremacia do estatuto supremo. Nessa vertente, dispõe o art. 282 (1) da Constituição de Portugal, com a redação ditada pela Lei Constitucional nº 1, de 1982: “*A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a repristinação das normas que ela, eventualmente, haja revogado*”. É bem verdade, contudo, que, no contexto ora examinado, em se cogitando de *inconstitucionalidade superveniente* das normas complacentes com a cobrança de juros reais além do limite constitucional, o que significa dizer de *revogação por inocorrência de recepção*, de acordo com o entendimento exteriorizado na precitada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há falar de declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, que exige rito fiscalizatório concentrado e abstrato. Nada obstante, em sede de controle difuso de constitucionalidade, ocorrente na generalidade dos procedimentos judiciais de natureza subjetiva, individual ou coletiva, a exemplo da garantia do mandado de injunção, pode-se incursionar na perspectiva da superveniência do conflito normativo hierárquico, para o propósito de se proclamar, concretamente e *incidenter tantum*, a incongruência de um ato normativo em face do diploma constituinte revestido de supralegalidade. O efeito prático dessa compreensão teórica estaria em se admitir a declaração concreta da inconstitucionalidade na precisa relação processual de que se cogite, com o afastamento da norma inconstitucional com a Constituição e a conseqüente aplicação restauradora do ciclo de normatividade interrompido pela norma assim proclamada inconstitucional. Permite-se sugerir, para desenvolvimento do tema, as reflexões de JORGE MIRANDA, conquanto contrário à ocorrência de efeitos repristinatórios na hipótese de inconstitucionalidade material superveniente (Cf. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, 1991, tomo 2, págs. 285 e segs.).

⁴⁴ Assim, por exemplo, dentre outros, SERPA LOPES, *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*, Ed. Freitas Bastos, 1959, págs. 56-57.

cogência pública, a traduzir a intervenção do Estado na ordem econômica e financeira, e destinado a restringir as autonomias privadas egoísticas e deletérias ao bem comum, na esteira do humanismo cristão e solidarista que informa o regime democrático nesta ante-véspera do terceiro milênio. Em síntese, cuida-se de comando refletor da concepção do *Estado Democrático de Direito*, em boa hora esposada pelo preâmbulo da nova Constituição do Brasil e, com realce, nos objetivos fundamentais da organização nacional e da ordem social, conforme promanam dos artigos 3º e 193 da Lei Maior. Com isso a própria licitude dos contratos de empréstimo ficará condicionada à observância do limite supralegal atinente à taxa de juros reais, que condiciona, em prol da economia popular e do mercado de crédito e consumo de bens, a autonomia dos contratantes.⁴⁵

VII. Conclusão

Ao cabo dessas razões, somos inclinados a considerar pertinente a concessão do mandado de injunção coletivo pelo Supremo Tribunal Federal, nas circunstâncias de início descritas. Porém, isto não apenas a fim de que, constatada outra vez mais a mora legislativa consistente na falta de regulamentação do preceito do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, seja reiterado o costumeiro ofício de comunicação ao Congresso Nacional, na esteira e em coerência com a iterativa orientação placitada por aquela Excelsa Corte. Cremos, todavia, bem mais que isso, que há de crescer-se a declaração judicial, *incidenter tantum* — mercê do exercício do controle *ordinário e difuso* da constitucionalidade das leis próprio da jurisdição contenciosa e intersubjetiva, mas com a autoridade

⁴⁵ Essa visão quanto ao papel *dirigente* das autonomias privadas desempenhado pelas normas de intervenção estatal, máxime as de matriz constitucional, é superiormente desenvolvida pela Professora ANA PRATA, da Universidade de Lisboa, ao sustentar: “*As normas interventoras têm de assumir uma directa repercussão jurídica na esfera de domínio da vontade privada, incidindo ou no âmbito de actividades permitidas aos sujeitos privados ou, dentro destas, no instrumento de actuação daqueles: o negócio jurídico — na sua constituição ou no seu conteúdo. Isto é, porque a vontade privada não é fonte directa ou imediata de efeitos jurídicos, mas tem a sua eficácia subordinada à necessária mediatização da lei e, conseqüentemente, às formas que tal mediatização assumam. O Estado pode, por duas vias, operar a sua intervenção nas relações de mercado: negando eficácia jurídica à vontade privada quando esta se manifesta em condições de flagrante frustração dos pressupostos da sua força vinculativa ou quando dela resultam conseqüências ostensivamente nefastas para o bem-estar social; ou conformando, de forma correctora, os efeitos jurídicos desencadeados pela manifestação de vontade, fazendo intervir no regulamento negócios interesses alheios, de um ponto de vista imediato, aqueles que ditaram esse regulamento*” (extraído da obra “*A tutela constitucional da autonomia privada*, Ed. Almedina, Coimbra, págs. 40-43).

peculiar aos julgados da Magna Corte guardiã da Constituição —,⁴⁶ da insubsistência, da revogação ou da “*não recepção*” (*por contrariedade constitucional superveniente*), a partir da promulgação da Constituição de 1988, das disposições constantes das reportadas normas legais e infralegais (e.g. art. 4º, incisos VI, IX e XXII, da Lei 4.595/64, Resoluções do Conselho Monetário Nacional e *Circular* 1.365/88 do Banco Central do Brasil) que assentiram com a contratação e cobrança de taxa de juros reais acima do limite de 12% ao ano.

Em arremate desse feixe de ponderações, juntamos nossa convicção de que, à vista do virtual e irremediável confronto de tais normas complacentes com a extrapolação do limite constitucional da taxa de juros reais — todas elas de caráter *extravagante e especial* — com o preceito de cogência pública constante do art. 192, § 3º, da nova Constituição da República, haverá espaço exegético para a aplicação expandida das regras de *índole geral* coibidoras dos juros usurários, notadamente aquelas compendiadas no Código Civil (arts. 1.062

46 Não se pode ignorar, contudo, que os procedimentos para a fiscalização *concreta e subjetiva* de constitucionalidade das leis diferem-se em vários aspectos das assim chamadas *ações diretas* que exteriorizam os processos de fiscalização *abstrata* ou *objetiva* da contrariedade constitucional. Daí ser pertinente questionar no tocante à aplicabilidade genérica e indistinta, a ambos esses modelos de controle de constitucionalidade, das normas processuais que, por sua especial natureza, sejam direcionadas apenas aos processos de jurisdição contenciosa ou intersubjetiva. A exposição doutrinária de VITALINO CANAS ilumina esse aspecto da questão: “*De tudo o que escrevemos nas páginas anteriores só se pode extrair uma conclusão: o direito processual constitucional não pode deixar de ser um direito processual autônomo, regido por princípios próprios, necessariamente pouco fungíveis com os dos processos jurisdicionais típicos. Estes últimos têm por fim resolver lides ou conflitos intersubjetivos de interesses que se manifestem em concreto. E se não se quiser ficar preso no conceito, porventura demasiado rígido, de lide, pelo menos terá de se reconhecer que nesses processos vêm sempre envolvidos interesses subjectivos... Diferentemente, os processos de fiscalização da constitucionalidade (...) são processos objectivos, já que não visam o julgamento de lides ou até mesmo de simples controvérsias (embora por vezes haja controvérsia sobre a questão); isso não é, porém, indispensável ou inevitável, mas sim de questões de constitucionalidade suscitadas em abstracto (...). Por esse motivo, os princípios processuais a que está submetido o processo constitucional não são os mesmos que regem, por natureza, os processos jurisdicionais... O processo constitucional exige, portanto, um corpo próprio de regras de processo (...). Esta última condição requer do Tribunal Constitucional uma constante vigília, de modo a evitar tentativas de aplicação contra naturam das regras do processo civil a situações em que elas não podem ser aplicadas*” (na obra “*Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional — Natureza e Princípios Estruturantes*”, Coimbra Editora, 1986, págs. 87/89). Assim sendo, na situação ora focalizada, a declaração de inconstitucionalidade das normas legais e infralegais divergentes do preceito proibitório do art. 192, § 3º, da Constituição da República haverá de incidir *incidenter tantum* na relação processual instaurada com o mandado de segurança coletivo, beneficiando, porém, os associados da entidade associativa impetrante que hajam sido penalizados pela contratação de taxa de juros reais acima do patamar constitucional de 12%.

e 1.262) e no Decreto nº 22.626/33. A reassunção da globalidade do espaço normativo pelas regras da codificação civilista e pelo Decreto nº 22.626/33, que as complementou, deve-se, nesse contexto, não por inferência de efeito repristinatório, reconhecidamente de difícil sustentação, mas sim por natural e imperativa aplicação do preceito de hermenêutica intertemporal que se contém no art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, segundo o qual — “*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*”. Bem por isso, e na esteira dos nossos comentadores desse importante diploma de “*sobredireito*” acerca da aplicação espacial e temporal das normas jurídicas, não há duvidar, em primeiro lugar, que as regras gerais civilistas não sofreram em tempo algum a ação derogatória dos preceitos especiais impostos pelo regime golpista militar pós 64 no que concerne à contratação das taxas de juros. Não é demais recordar que, a partir desse infortúnio histórico, os bancos e as demais instituições financeiras obtiveram o monopólio da usura em nosso País, passando a explorar, com a cumplicidade governamental, a agiotagem consentida e privilegiada. O resultado dessa política perversa e anti-social todos conhecem: o capital especulativo e inflacionário implantou entre nós a ciranda financeira em prejuízo dos investimentos no setor produtivo industrial e comercial da economia, que geram emprego e prosperidade econômica global. De conseguinte, com a revogação (pelo fenômeno da “*não recepção*”), pela Constituição social-democrática de 1988, daqueles ditames extravagantes e especiais, que haviam circunscrito a restrição usurária civilista ao âmbito dos contratos de mútuo celebrados fora do sistema financeiro nacional, parece lógico e jurídico que o conjunto de normas genéricas, igualitárias, proibitivas e incriminantes da usura reassumiu a plenitude de sua abrangência, operando-se — por assim dizer — a global retomada do espaço normativo na matéria. A dicção *imperativa e proibitória* do preceito do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, conquanto se possa visualizá-lo como norma constitucional *programática*, o que se concede tão apenas em prol do debate e aprofundamento teórico da questão, afasta e revoga indispensavelmente as regras legais e infralegais que contravenham a norma de superior e incontrastável hierarquia no sistema normativo presidido por uma Constituição *rígida*.

Eis aí, a nosso ver, o que tem faltado à série de pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal na apreciação dos múltiplos mandados de injunção que se insurgem contra a pretensa falta de regulamentação da regra de limitação constitucional dos juros reais, como prevista no artigo 192, § 3º, da Lei Maior. Se entende a facção majoritária da Suprema Corte — com a nossa mais veemente reprovação — que tal preceito constitucional está a carecer de eficácia plena, ou seja — numa palavra — que não é *auto-aplicável*, não há, porém, nenhuma razão plausível a justificar a omissão judicatória quanto à proclamação

da notória e insofismável inconstitucionalidade das normas especiais autorizativas da cobrança de juros usurários apenas no âmbito do sistema financeiro. Trata-se de surpreendente capitulação do dever institucional e indeclinável de velar pela supremacia da Constituição e de decretar, no exercício ordinário da jurisdição e do controle difuso e concreto da constitucionalidade das leis, a rejeição pelo sistema constitucional das normas jurídicas com o mesmo inconciliáveis.

É sentimento geral do constitucionalismo democrático que a Corte guardiã da Constituição não pode quedar-se inerte e genuflexa diante da omissão legislativa em concretizar a Constituição, transformando-se (*e desacreditando-se*) como mera expedidora de ofícios burocraticamente mal respondidos pelo Congresso Nacional. Como Poder orgânico da soberania encarregado da tarefa inexcusável de velar pela aplicação da Constituição no seio das instituições governativas e da sociedade civil, nos termos solenes do art. 102 da Carta Política de 1988, impõe-se à Suprema Corte, valendo-se dos instrumentos multiformes oferecidos pelo atual estágio de desenvolvimento da exegese constitucional, tornar efetivos as normas e princípios constitucionais. É primorosa, nessa ordem de idéias, a exposição de CANOTILHO, ao sustentar a propósito da “*actualização*” das normas constitucionais: “*De actualização das normas constitucionais fala a doutrina quando: (1) o prazo estipulado pela constituição para a concretização legislativa de certas imposições foi ultrapassado, sem que tenha havido cumprimento dos preceitos impositivos; (2) se afirma a força imediatamente vinculante das imposições, sempre que não haja acto de transformação legislativa... A tarefa de ‘actualização’ das imposições constitucionais não é uma tarefa apenas legislativa, mas uma tarefa que incumbe a todos os órgãos constitucionalmente responsáveis pela aplicação da lei fundamental... Quando se coloca o problema da ‘actualização’, facilmente se verifica que o ‘punctum saliens’ da questão se situa já não na vinculação jurídica do legislador pelas imposições constitucionais, mas no ‘alargamento’ da competência da ‘jurisdição’ e da ‘administração’ às tarefas de actualização da Constituição... Colocada a questão das ‘competências’ de actualização, os termos da controvérsia podem resumir-se assim: (1) a Administração e os Tribunais estão subordinados à Constituição e à lei; (2) a vinculação, pelas normas constitucionais, precede a vinculação pela lei; (3) da vinculação prevalente e imediata da Constituição, segue-se uma ‘mediação’ do conteúdo das normas constitucionais, com o conseqüente dever de actualização por parte de todos os órgãos constitucionais.*”⁴⁷ É justo o que se passa com a oportunidade

47 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, “*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador — Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*”, Coimbra Editora, 1994, págs. 318-320.

“*político-institucional*” ensejada pelo ajuizamento do vertente mandado de injunção no âmbito da competência originária do Supremo Tribunal Federal: aqui, tanto a garantia injuncional quanto a questão da limitação dos juros reais são institutos constitucionais a dependerem de efetivação jurisdicional, ou seja, no dizer de CANOTILHO, de “*actualização*” pela Corte guardiã da Constituição, em virtude da omissão congressual. Cuida-se, todavia, de efetivação ou “*actualização*” concreta e casuística, destituída, por conseguinte, da generalidade e da abstratividade próprias às deliberações legislativas de caráter geral.⁴⁸ Assim sendo, a declaração judicial incidental, caso a caso, da inconstitucionalidade das reportadas regras inconstitucionais com o regime supralegal dos juros reais, é, a um só tempo, exigência e conseqüência do *papel estruturante* que a Constituição pós-moderna há de desempenhar na dinâmica das relações individuais e coletivas⁴⁹, cuja efetivação incumbe, em grande parte, ao Augusto Tribunal incumbido da guarda do estatuto supremo.

Mas, em que pese a desilusão causada a tantos com o triste destino a que se condenou a previsão constitucional do mandado de injunção e da limitação dos juros reais, é sempre tempo (*last, but not least*) para a esperançosa correção de rumos e reencontro com o sentimento constitucional da nação. Resta confiar, pois, que o Supremo Tribunal Federal, mercê de suas mais relíquias tradições de sabedoria constitucional, haverá, em boa hora, de reorientar sua jurisprudência em tema de tão estimável importância.

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 1997

48 Daí concluir, coroado de razão, o festejado Professor de Coimbra: “*A ‘actualização’ constitucional através das entidades judiciais ou dos entes administrativos não é uma autorização ilimitada para ‘complementação actualizadora’ ‘praeter legem’, embora ‘intra constitutionem’, das imposições legiferantes. É que, mesmo que se admita uma actualização judicial (e administrativa), não pode esconder-se a distância que vai desde uma actualização concreta pelo direito judicial a uma actualização abstracta e geral, típica do legislador. Isto leva-nos ao problema da concretização judicial e da concretização legislativa*” (CANOTILHO, *idem*, pág. 321).

49 Sobre esse *papel estruturante* das relações humanas desempenhado pelos contemporâneos diplomas constitucionais, consulte-se o livro de JUAN FERNANDO BADÍA, “*Estructura interna de la Constitución — Su Dinámica Política y Factores de la dinámica política*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, especialmente às págs. 359 e segs.

A CONSTITUIÇÃO E O CONFLITO DE NORMAS NO ESPAÇO. DIREITO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

LUÍS ROBERTO BARROSO*

O direito internacional privado visa a solucionar o conflito de leis no espaço, vale dizer, o entrechoque de normas que emanam de soberanias diferentes.¹ Ele regula os fatos em conexão com leis autônomas e divergentes.² A despeito da denominação imprecisa,³ sua atuação não se restringe ao campo do direito

¹ Sobre o tema, na literatura nacional mais recente, vejam-se, Haroldo Valladão, *Direito Internacional Privado*, vol. 1, 1974, Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, 1994, Oscar Tenório, *Direito Internacional Privado*, 1976, Amílcar de Castro, *Direito Internacional Privado*, 1987, Irineu Strenger, *Curso de Direito Internacional Privado*, 1978, Wilson de Souza Campos Batalha, *Tratado de Direito Internacional Privado*, 1977, e Agostinho Fernandes Dias da Silva, *Introdução ao Direito Internacional Privado*, 1975. Na literatura internacional, são fontes de referência clássicas as obras seguintes: Savigny, *Traité de Droit Romain* (1855-1860); Story, *Comentários sobre el Conflito de las Leyes* (1834); Pillet, *Principes de Droit International Privé* (1903); Nyboyet, *Traité de Droit International Privé Français* (1944); Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado* (1963); Battifol & Lagarde, *Droit International Privé* (1981-1983).

² Haroldo Valladão, ob. cit., p. 4, e Oscar Tenorio, ob. cit., p.13. Existe vasta controvérsia acerca do objeto do Direito Internacional Privado, não sendo esta a sede própria para reeditá-la. Conforme o País ou o autor, tem sido incluído no domínio do direito internacional privado o estudo da nacionalidade, da condição jurídica do estrangeiro, da teoria dos direitos adquiridos, do conflito de jurisdição e do reconhecimento de sentenças estrangeiras. Há consenso, todavia, em que a solução do conflito de leis é sua principal razão de existir. V. amplo levantamento sobre o tema em Jacob Dolinger, ob. cit., p. 1 e ss.

³ A denominação Direito Internacional Privado foi utilizada pela primeira vez por Joseph Story (*Comentários sobre os Conflitos de las Leyes*, 1834, p.12) e adotada na França por M. Foelix (*Traité du Droit International Privé ou du conflit des Lois de différent nations, en matière de droit privé*, 1843). Embora se mantenha fiel à denominação tradicional, a doutrina é unânime em condenar o termo *internacional* — o direito internacional privado é predominantemente interno e não disciplina relações entre nações — e o termo *privado*, já que abrange conflitos regidos pelo direito público, sendo o seu próprio papel de solução de conflitos de leis de natureza eminentemente pública.

* Professor Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da UERJ.

privado, estendendo-se a diferentes domínios do direito público, haja vista existirem conflitos potenciais entre normas constitucionais, penais, fiscais e financeiras dos diferentes Estados.

O direito internacional privado abrange os conflitos de leis, sem qualquer cogitação a respeito da natureza das normas da divisão clássica.⁴ Seu papel não é o de formular a regra que vai reger o caso concreto, mas, sim, indicar, dentre as normas que dispõem diferentemente sobre uma mesma matéria, qual deverá prevalecer em uma dada situação. Por tal razão, diz-se que as normas de direito internacional privado são indiretas.⁵

As regras de direito internacional privado são, normalmente, disposições de direito interno, de vez que cada ordenamento jurídico estabelece suas próprias regras de solução de conflitos. Tais preceitos, que se denominam regras de conexão, indicam qual dos ordenamentos jurídicos em contato com uma dada relação deverá prevalecer e discipliná-la.

Paralelamente a isto, e ingressando em faixa de intensa conexão com o direito internacional público, existem normas que não são criadas pelo órgão legislativo interno, mas, sim, resultam de acordos entre Estados: são os tratados e convenções internacionais. Surge, aí, nova possibilidade de conflito: o que venha a contrapor a norma internacional e os princípios e regras de direito interno. É o chamado conflito entre fontes. Para os fins do estudo aqui desenvolvido, interessa especialmente a incompatibilidade entre o tratado e a Constituição.

Há, ainda, outro ponto relevante na determinação de qual lei vai reger a hipótese. É que ao solucionar um conflito de leis, a regra de direito internacional privado pode indicar como aplicável uma lei de seu próprio ordenamento — a *lex fori* — ou pode apontar para a aplicação de norma de outro ordenamento jurídico. Disto resulta que aos juízes e tribunais de um Estado caberá, por vezes, aplicar direito estrangeiro. Ao fazê-lo, terão de apreciar alguns aspectos importantes desta interação de duas ordens legais. Dentre eles se inclui a verificação da compatibilidade entre a norma estrangeira e a Constituição, seja a do Estado de origem, seja a do foro.

A expressão direito constitucional internacional é aqui empregada em associação com a idéia de direito internacional privado acima exposta. Por tal designação se identifica o conjunto de princípios e de regras que envolvem a

4 Oscar Tenório, ob. cit., p.13.

5 V. Jacob Dolinger, ob. cit., p. 48: “Estas normas do Direito Internacional Privado apenas indicam qual, dentre os sistemas jurídicos de alguma forma ligados à hipótese, deve ser aplicado”. O autor refere, também, alguns casos em que, excepcionalmente, a regra de direito internacional privado terá caráter direto, substancial.

solução dos conflitos existentes entre as normas internacionais e estrangeiras, de um lado, e as normas constitucionais, de outro.

Na acepção adotada, o conceito de direito constitucional internacional não se confunde com o estudo dos preceitos constitucionais que, genérica e difusamente, tenham algum reflexo internacional, como os que versam a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro ou as relações externas do País⁶. O objeto de que aqui se cuida é mais restrito: trata-se tão-somente de encontrar a solução para os conflitos do tipo acima descritos.

1. O tratado internacional e a Constituição

O tema do conflito entre as normas internacionais e a ordem interna evoca duas grandes correntes doutrinárias que disputam o melhor equacionamento da questão: o dualismo, pregado no âmbito internacional por Triepel e Anzilotti,⁷ e seguido no Brasil por Amílcar de Castro; e o monismo, concepção desenvolvida por Hans Kelsen, e seguido no Brasil pela maior parte da doutrina, inclusive Valladão,⁸ Tenório,⁹ Celso Albuquerque Mello¹⁰ e Marotta Rangel.¹¹

Para os dualistas, inexistente conflito possível entre a ordem internacional e a ordem interna simplesmente porque não há qualquer interseção entre ambas. São esferas distintas, que não se tocam. Assim, as normas de direito internacional disciplinam as relações entre Estados, e entre estes e os demais protagonistas da sociedade internacional. De sua parte, o direito interno rege as relações intra-estatais, sem qualquer conexão com elementos externos. Nesta ordem de idéias, um ato internacional qualquer, como um tratado normativo, somente operará efeitos no âmbito interno de um Estado se uma lei vier incorporá-lo ao ordenamento jurídico positivo. Os autores se referem a esta lei como “ordem de execução”.¹²

6 É nesta acepção mais ampla que a expressão foi empregada por Celso Albuquerque Mello, em seu *Direito Constitucional Internacional*, 1994.

7 Vejam-se Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, p. 169 e ss., e Dionisio Anzilotti, *Cours de Droit International*, 1929, p. 49 e ss. Vejam-se, também, Triepel, *Recueil des Cours* (Cursos proferidos na Academia de DIP da Haya) 1/79 e ss. *apud* Haroldo Valladão, ob. cit., p. 51 e Anzilotti, *Curso de Derecho Internacional*, p. 48, *apud* Amílcar de Castro, ob. cit., p. 123.

8 Ob. cit., ps. 53 e 94.

9 Ob. cit., ps. 93 e ss.

10 Ob. cit., p. 344.

11 V. Os *Conflitos entre o Direito Interno e os Tratados Internacionais*, in Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional 44/45, p. 29.

12 Amílcar de Castro, ob. cit., p. 123, citando Morelli, *Nozioni di Diritto Internazionale*, p. 91 e ss.

O monismo jurídico afirma, com melhor razão, que o Direito constitui uma unidade, um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram este sistema. Por assim ser, torna-se imperativa a existência de normas que coordenem estes dois domínios e que estabeleçam qual deles deve prevalecer em caso de conflito. Kelsen admite, em tese, o monismo com prevalência da ordem interna e o monismo com prevalência da ordem internacional, embora seja partidário deste último.¹³ A superioridade do direito internacional sobre o direito interno de cada Estado foi afirmada, desde 1930, pela Corte Permanente de Justiça Internacional.¹⁴

A Constituição da maior parte dos Países europeus contém regras sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, normalmente no sentido de considerar este último como parte integrante do primeiro.¹⁵ Não, assim, a Constituição da França, de 1958, que é expressa no sentido da superioridade do direito internacional, bem como a da Holanda, de 1983.¹⁶ A verdade, no entanto, é que a jurisprudência restritiva dos tribunais tende a neutralizar esta supremacia formal,¹⁷ salvo quanto ao direito comunitário europeu, que tem desfrutado de primazia sobre o direito interno.¹⁸

13 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1979, p. 437 e ss., especialmente 442 a 447.

14 Em parecer consultivo proferido em 31.07.30, assim pronunciou-se a Corte: "É princípio geral reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei não podem prevalecer sobre as do tratado" (*apud* Hildebrando Accioly, *Manual de Direito Internacional Público*, 1978, p. 6).

15 V. Constituição da Áustria, de 1929, art. 9º; Constituição da Alemanha, de 1949, art. 25; Constituição da Itália, de 1947, art. 10.

16 Constituição da França, art. 55: "Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir de sua publicação, uma autoridade superior à das leis, desde que respeitadas pela outra parte signatária". Constituição da Holanda, art. 94: "As disposições legais em vigor no Reino deixarão de se aplicar quando colidirem com disposições de tratados obrigatórias para todas as pessoas ou com decisões de organizações internacionais". No mesmo sentido é o art. 15, nº 4 da nova Constituição russa, aprovada por referendo popular em 12.12.93 (v. Gennady M. Danilenko, *The New Russian Constitution and International Law*, in *American Journal of International Law* 88/451, 1994, p. 464 e ss).

17 Jacob Dolinger, *ob. cit.*, p. 83.

18 *Idem*. V. também Celso Albuquerque Mello, *ob. cit.*, p. 325: "Quanto ao D. Comunitário ele tem sido visto como um ramo do DIP com características próprias, por exemplo, a supranacionalidade, a cessão de competências soberanas à comunidade. Ele é considerado uma categoria especial dentro da ordem jurídica dos Estados-membros. Esta é a posição da Corte de Justiça das Comunidades Europeias". Sobre o tema, v. *infra*, acórdão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, nota. J.J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, 1991, p. 915-16) assinala que os tratados institutivos das comunidades europeias e as disposições comunitárias dotadas de aplicabilidade direta impõem-se sobre a legislação interna, quer com base no princípio da especialidade ou no da *competência prevalente*. Note-se que, nesta segunda hipótese, a prevalência não implica em ab-rogação das normas internas precedentes ou na invalidade das subseqüentes (*Anwendungsvorrang*).

Nos Estados Unidos, a jurisprudência, de longa data, considerou os tratados e convenções internacionais incorporados ao direito interno, na interpretação dada ao art. 6º, 2ª seção da Constituição. Aos atos internacionais adequadamente aprovados pelo Congresso reconhece-se o mesmo nível das leis federais, de forma tal que o posterior prevalece sobre o anterior.¹⁹ Paradoxalmente, na prática, o direito internacional é freqüentemente privilegiado, por força de uma atitude de deferência dos tribunais americanos, que somente consideram derrogados os atos internacionais quando seja evidente a intenção do Legislativo neste sentido.²⁰

No Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado críticas diversas.²¹ Não obstante, no que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e norma interna *infraconstitucional*, a doutrina, como assinalamos pouco atrás, é amplamente majoritária no sentido do monismo jurídico, com primazia para o direito internacional. Por tal postulado, o tratado prevalece sobre o direito interno, de forma a alterar a lei anterior, mas não pode ser alterado por lei superveniente. Este entendimento é positivado no art. 98 do Código Tributário Nacional.²²

Curiosamente, os autores, à unanimidade, vislumbravam esta mesma orientação na jurisprudência constante e reiterada do Supremo Tribunal Federal. Por tal razão, causou imensa reação a decisão proferida pela Corte no recurso extraordinário nº 80.004, que teria quebrado longa tradição ao decidir:

*"Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/69 que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título".*²³

19 *V. Cherokee Tobacco*, 78 U.S. (11 Wall) 616 (1871); *The Paquete Habana*, 175 U.S. 677 (1900); *Cook v. United States*, 288 U.S. 102 (1933); *Diggs v. Schultz*, 470 F. 2d 461 (D.C. Circuit) (1972), cert. den., 411 U.S. 931.

20 *V. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States* (1988) § 14.

21 Celso Albuquerque Mello, *ob. cit.*, p. 343, e Luís Roberto Barroso, *A Brief Guide to Brazil's New Constitution and Some International Issues Arising Under It*, p. 22, mimeo, 1989.

22 CTN, art. 98: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha".

23 RTJ 83/809 (1978). A decisão foi criticada por José Carlos de Magalhães, que lavrou: "O que fica dessa decisão, contudo, é a impressão de recuo do Supremo à aceitação da prevalência do direito internacional. (...) Afastando-se da orientação anterior, não atentaram aqueles Ministros para a problemática da responsabilidade do Estado na ordem internacional" (O Supremo Tribunal Federal e as Relações entre Direito Interno e Direito Internacional, in *Boletim Brasileiro*

Decisões posteriores da Suprema Corte mantiveram a mesma linha de entendimento, consoante fundamentação do Ministro e internacionalista José Francisco Rezek:

*“O STF deve garantir prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta pelo país de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio”.*²⁴

A verdade é que, em exame detido da jurisprudência, Jacob Dolinger constatou que a leitura que a maioria dos autores fazia das decisões do STF era antes reflexo de sua própria crença no primado do direito internacional do que expressão da realidade dos julgados. Ao contrário do sugerido, a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se à regra geral: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

Existem apenas duas ordens de exceções a esta equiparação entre tratado e lei ordinária na jurisprudência do Supremo. A primeira dá-se em matéria fiscal, onde o CTN (art. 98), como visto, é expresso quanto à prevalência da norma internacional. A segunda exceção colhe os casos de extradição, onde se considera que a lei interna (Lei nº 6.815, de 19.08.80), que é geral, cede vez ao tratado, que é regra especial. Confirma-se o afirmado, em palavras do próprio Dolinger, Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

“Nossa conclusão é que, excetuadas as hipóteses de tratado-contrato,²⁵ nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a

*alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos.”*²⁶

Posta a questão das relações entre o direito internacional e as disposições internas infraconstitucionais, cumpre agora investigar o tópico mais relevante para os fins aqui propostos: como se situa o Direito em face do conflito entre o direito internacional e a Constituição. O tema é envolto em controvérsias.

Seria possível cogitar, em um primeiro lance de vista, da invalidade de norma constitucional que se encontrasse em confronto com determinadas normas internacionais fundamentais, emanadas dos princípios gerais do direito e dos costumes dos povos civilizados.²⁷ Tal seria o caso de preceitos que estabelecessem a submissão jurídica de um País vizinho, prescrevesse sua anexação ou por qualquer outra via ofendesse a soberania de um outro Estado. Igual juízo recairia sobre uma disposição que pregasse o genocídio.²⁸ Os exemplos poderiam multiplicar-se, embora sempre tangenciando o absurdo. Nas hipóteses aventadas, afirmar-se-ia a supremacia do direito internacional sobre o direito constitucional.

De fato, a idéia da soberania ilimitada do poder constituinte não merece abrigo. Não é possível emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições.²⁹ A questão acima delineada — confronto da ordem constitucional com certos valores universais —, embora suscite a interessantíssima discussão acerca dos limites materiais do poder constituinte originário, é mais teórica do que real, pelo que se situa fora do objeto de um estudo mais preocupado com a aplicação concreta do direito constitucional.

²⁶ Ob. cit., p. 102. Sobre a distinção entre tratado-lei e tratado-contrato, v. *infra*.

²⁷ O Estatuto da Corte Internacional de Justiça prevê como fontes do direito internacional público — isto é, normas internacionais — os tratados (convenções internacionais), o costume internacional e os princípios gerais do direito. Faz referência, ainda, à jurisprudência e à doutrina como fontes auxiliares, e facultou o emprego da equidade (art. 38).

²⁸ Agostinho Fernandes Dias da Silva (ob. cit., p. 33) sugere alguns outros exemplos, como o de norma constitucional que estabelecesse o domínio universal como objetivo nacional, que afirmasse a hegemonia nacional sobre um continente ou elegesse a guerra como meio de solução de conflitos. E averbou: “As normas internacionais básicas são indenunciáveis e irrevogáveis, por isso prevalecerão sempre”.

²⁹ V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 1983, p. 86.

de Direito Internacional 61-69/53, 1975-79, p. 56). Celso Albuquerque Mello também condenou o julgado: “Entretanto, houve no Brasil um grande retrocesso no RE nº 80.004, decidido em 1978, em que o STF decidiu que uma lei revoga tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre direito dos tratados (1969) que não admite o término do tratado por mudança de direito superveniente” (ob. cit., p. 344).

²⁴ RTJ 115/969, 973 (1986) e RTJ 119/22, 30 (1987). Também a legislação ordinária desprezou a preferência dos doutrinadores pelo primado das normas internacionais. Assim é que a Lei nº 7.357, de 9.02.85, passou a reger os cheques sem atenção à Lei Uniforme de Genebra, fruto de convenção que fora firmada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 57.595, de 7.01.66.

²⁵ Sobre a distinção entre tratado contrato e tratado normativo, v. *infra*.

A análise a seguir desenvolvida concentra-se no confronto entre o ordenamento interno superior e o direito internacional convencional. E muito embora haja quem sustente que todo direito verdadeiramente internacional repousa sobre o consentimento,³⁰ interessa-nos aqui, particularmente, o específico ato de vontade, convencional por excelência, que é o tratado internacional,³¹ e como ele se coloca diante da Constituição do Estado que o celebrou.

Assim como no direito interno uma norma sujeita-se ao contraste constitucional tanto do ponto de vista formal quanto material, também os tratados internacionais submetem-se a esta dupla apreciação. Por via de consequência, é possível avaliá-los sob dois aspectos: o de sua constitucionalidade extrínseca e o de sua constitucionalidade intrínseca.

A inconstitucionalidade, na primeira hipótese, também denominada ratificação imperfeita, ocorre quando o tratado aprovado viola as regras constitucionais de competência e de procedimento para sua celebração, aprovação parlamentar, ratificação e entrada em vigor.³² A doutrina oscilou entre admitir-lhe a validade, a despeito do vício formal, ou proclamar-lhe a nulidade.³³ A convenção sobre Direito dos Tratados (Viena, 1969) tomou partido na controvérsia, afirmando a validade do tratado em tal hipótese, salvo manifesta violação de norma fundamental sobre competência.³⁴

A doutrina monista do primado do direito internacional só admite esta hipótese de inconstitucionalidade do tratado, rejeitando qualquer possibilidade de seu exame intrínseco para verificação da compatibilidade com a Lei maior. Diversos são os autores de reputação que sustentam a primazia do tratado sobre a própria Constituição.

30 José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, 1989, p. 3.

31 Os tratados são atualmente a fonte mais importante do direito internacional (v. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, vol. I, p. 157). A Convenção sobre Direito dos Tratados (Viena, 1969) fornece a seguinte definição (art. 1º, a): "Tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo direito internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica".

32 Na Constituição brasileira, a celebração de tratados, convenções e atos internacionais é competência privativa do Presidente da República, sujeita a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII) ao qual incumbe resolver definitivamente sobre quaisquer acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I). Sobre o tema, embora referente ao regime constitucional anterior v. José Francisco Rezek, *Direito dos Tratados*, 1984, p. 185 e ss. Já sob a Constituição atual, v. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Internacional Público*, cit., p. 156 e ss.

33 V. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 321.

34 Convenção, art. 46: "Um Estado não poderá invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental".

Hildebrando Accioly é taxativo ao afirmar que a lei constitucional não pode isentar o Estado de responsabilidade por violação de seus deveres internacionais. Invoca, em favor de seu ponto de vista, decisão da Corte Permanente de Arbitragem, de Haia, onde se deliberou que "as disposições constitucionais de um Estado não poderiam ser opostas aos direitos internacionais de estrangeiros"³⁵. E cita, também, julgado da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 4 de fevereiro de 1932, onde se declarou:

"Um Estado não pode invocar contra outro Estado sua própria constituição para se esquivar a obrigações que lhe incumbem em virtude do direito internacional ou de tratados vigentes".³⁶

Haroldo Valladão, nesta mesma linha de entendimento, sustenta que a disposição interna, mesmo de natureza constitucional, não poderá ser observada se contraria preceito em vigor de direito internacional básico, geral ou de direito internacional convencional, isto é, de tratado válido e vigente³⁷. Acompanha-o, neste passo, *Agustinho Fernandes da Silva*, para quem o tratado deve ser observado até extinguir-se ou ser denunciado. Enfatiza que a forma própria de revogação de um tratado por vontade de uma das partes é a denúncia, e não a previsão constitucional em contrário.³⁸

Os dois autores, todavia, fazem uma distinção clara e relevante, de natureza temporal: as proposições enunciadas acima somente se aplicam quando o tratado já se encontre em vigor no momento de promulgação da Constituição. Na hipótese inversa, em que o tratado é celebrado na vigência de uma dada Carta, sendo com ela incompatível, aí não prevalecerá, por não haver se constituído legitimamente. Em palavras de Valladão:

"Assim, prevalecem as regras dos tratados anteriores ao texto constitucional; só não prevalece a norma internacional que vier a ser aprovada e ratificada após vigência do texto constitucional que a ela se opõe, pois nesse caso decorreria dum ato internacional inválido, não vigente, pois não podia ter sido aprovado nem ratificado. É distinção necessária para os atos convencionais internacionais".³⁹

Em sentido diverso, e com melhor razão, parte substancial da doutrina brasileira. *Aurelino Leal*, já em 1925, averbava:

35 Hildebrando Accioly, ob. cit., p. 56.

36 Idem.

37 Haroldo Valladão, ob. cit., p. 94.

38 Agustinho Fernandes Dias da Silva, ob. cit., p. 33.

39 Haroldo Valladão, ob. cit., p. 94.

“A mim me parece que se os assuntos regulados nos tratados forem compatíveis com as alterações introduzidas no regime constitucional, nada há que se oponha a que as mesmas continuem em vigor. Se, porém, as modificações feitas na lei suprema colidirem com a matéria regulada nos acordos internacionais, não se me afigura que os mesmos prevaleçam contra a nova orientação constitucional, a menos que o poder constituinte consigne na reforma uma disposição garantindo a sua vigência”.⁴⁰

Na mesma linha é o magistério de *Carlos Maximiliano*:

“A Constituição é a lei suprema do país; contra a sua letra, ou espírito, não prevalecem resoluções dos poderes federais, constituições, decretos ou sentenças federais, nem tratados, ou quaisquer outros atos diplomáticos”.⁴¹

Também internacionalistas da melhor linhagem endossam a idéia de prevalência da Constituição, quando não por opção doutrinária, ao menos por constatação da realidade e do princípio da supremacia constitucional. Veja-se, em seqüência, a opinião de *Oscar Tenório* e *José Francisco Rezek*, respectivamente:

“A decretação da inconstitucionalidade dos tratados pelo Supremo Tribunal Federal não se limita aos elementos de validade, como a ratificação e a promulgação, mas se estende ao confronto entre a letra do tratado e a letra da Constituição. Uma nova Constituição cria uma nova ordem jurídica. Subsistem apenas as normas pretéritas não incompatíveis com ela. Assim, os tratados anteriores a ela perdem sua eficácia desde que contrários à Constituição”.⁴²

“A constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesmo, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição

em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique que a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder”.⁴³

No direito comparado europeu, à exceção de Portugal, que adota um regime híbrido,⁴⁴ e da Holanda, onde a aprovação do tratado por três quartos dos Estados Gerais modifica a Constituição, a regra é que tratados que conflitem com a Lei Fundamental não possam ser aprovados sem prévia revisão constitucional. É o que dispõem, expressamente, v.g. as Constituições da França (art. 54), da Espanha (art. 95, I) e da Alemanha (art. 79, I).⁴⁵

A este propósito, aliás, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) apreciou, recentemente, recurso constitucional contra a participação da Alemanha na União Européia, apresentado por um grupo de políticos e professores, incluindo um ex-dirigente da Comunidade Econômica Européia, e por membros do Partido Verde alemão que integram o Parlamento Europeu.⁴⁶

Os requerentes alegaram, dentre outras coisas, que o Ato de Adesão ao Tratado e o Ato que emendara a Constituição violavam seus direitos políticos de representação, seus direitos individuais (pela transferência de atribuições para sua proteção à União Européia), bem como ofendiam o princípio democrático, a soberania nacional e o direito de serem pagos em *Deutsche Mark* (e não em uma futura moeda comum), além de deverem ser submetidos a referendo popular.

Em decisão longamente fundamentada, datada de 12.10.93, a Corte rejeitou a impugnação e permitiu a entrada em vigor do Tratado da União Européia (também conhecido como *Tratado de Maastricht*), em novembro de 1993. Não obstante isto, o Tribunal Constitucional Federal cuidou de qualificar diversas questões e assentou relevantes premissas a propósito de sua interpretação das relações entre o direito constitucional e o direito comunitário. Os diferentes aspectos da decisão podem ser sintetizados nas proposições seguintes:

43 José Francisco Rezek, *Direito Internacional Público*, cit., p. 103-04.

44 Dispõe o art. 277, 2 da Constituição Portuguesa: “A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”.

45 Com relação especificamente ao direito comunitário, v. nota 18.

46 *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 47 (1993), p. 3.047 e ss. A íntegra do acórdão, vertido para o inglês, está publicada no *International Legal Materials*, vol. XXXIII (1994), p. 388 e ss.

40 Aurelino Leal, *Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, 1925, p. 628.

41 Carlos Maximiliano, *Heremênutica e Aplicação do Direito*, 1981, p. 314.

42 Oscar Tenório, ob. cit., p. 94.

1. o Direito alemão proíbe a diminuição do poder do Estado através da transferência de deveres e responsabilidades do Parlamento Federal, na extensão em que isto importar em violação do princípio democrático;

2. o princípio democrático não impede que a República Federal da Alemanha torne-se membro de uma comunidade intergovernamental organizada em base supranacional;

3. se uma comunidade de Estados assume poderes e responsabilidades de soberania, os povos dos Estados-membros precisam legitimar este processo através dos seus parlamentos nacionais;

4. o princípio democrático impõe limites à extensão de funções e poderes a serem transferidos para a comunidade europeia. O Parlamento Federal deverá reter funções e poderes de importância substancial;

5. o programa de integração e os direitos transferidos à comunidade europeia supranacional devem ser especificados com precisão. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal determinar se os direitos de soberania exercidos pelas instituições e entidades dirigentes europeias estão dentro dos limites ou se extrapolam os que lhe foram conferidos;

6. a interpretação das regras de competência do Tratado de Maastricht não deverá importar em extensão do tratado. Se tal ocorrer, a Alemanha não ficará vinculada;

7. o Tribunal Constitucional Federal e a Corte Europeia de Justiça exercem jurisdição em uma “relação cooperativa”;

8. o Tratado de Maastricht estabelece uma comunidade intergovernamental para criação de uma unidade mais estreita entre os povos da Europa. Cada um desses povos é organizado em um Estado próprio, inexistindo, pois, um Estado da Europa, com seu próprio povo;

9. a) o Tratado de Maastricht não confere à União Europeia autodeterminação na obtenção de recursos financeiros ou de qualquer outra natureza destinados a atender seus objetivos. É necessário o consentimento dos Estados.

b) a ratificação do tratado não sujeita a República Federativa da Alemanha a um processo incontrolável e imprevisível que conduza inexoravelmente à unificação monetária. O Tratado de Maastricht simplesmente prepara o caminho para a integração gradual da Comunidade Europeia em uma comunidade de leis. Qualquer passo adiante depende do consentimento do Governo Federal, sujeito à deliberação do Parlamento.⁴⁷

47 *International Legal Materials*, cit., p. 393-397. Resumo e tradução para o português de responsabilidade do autor.

Nos Estados Unidos, muito embora seja indiscutível a superioridade da Constituição sobre os atos internacionais,⁴⁸ a Suprema Corte jamais declarou um tratado inconstitucional.⁴⁹ Tal fato pode ser creditado, em parte, a uma associação exagerada, quando não equivocada, que os tribunais fazem entre questões internacionais e “questões políticas”, o que excluiria aquelas do controle judicial.⁵⁰

De modo que, a despeito do imenso prestígio e independência do Poder Judiciário nos Estados Unidos, há uma persistente tradição de os juizes e tribunais cederem o passo à avaliação dos Poderes Políticos, notadamente ao Presidente da República, sempre que a matéria envolva relações internacionais de qualquer natureza. Há toda uma linha de casos ratificando esta atitude de deferência ao Executivo.⁵¹ Esta orientação, aliás, chegou ao extremo de cancelar, em mais de um caso, as decisões do Poder Executivo de seqüestrar, em Estado estrangeiro, pessoas contra as quais se houvesse instaurado processo criminal nos Estados Unidos, para sujeitá-las a julgamento naquele País. A questão, por sua gravidade e relevância, merece breve digressão.

48 *V. Restatement (third) of Foreign Relations Law of the United States* (1988), § 111 (p. 43): “In their character as law of the United States, rules of international law and provisions of international agreements of the United States are subject to the Bill of Rights and other prohibitions, restrictions, and requirements of the Constitution, and cannot be given effect in violation of them. However, failure of the United States to carry out an obligation on the ground of its unconstitutionality will not relieve the United States of responsibility under international law”.

49 Sobre o tema, v. Louis Henkin, *Foreign Affairs and the Constitution*, 1975. Para um painel amplo e atualizado das relações entre direito interno e direito internacional na perspectiva norte-americana, v. John H. Jackson, *Status of Treaties in Domestic Legal Systems: a Policy Analysis*, in *American Journal of International Law*, vol. 86 (1992), p. 310 e ss.

50 E assim se passa a despeito da advertência do Justise Brennan, ao relatar e julgar *Baker v. Carr* (369 U.S. 186) (1962), um dos principais precedentes que delineou a “political question doctrine”: “It is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance” (É equívoco supor que qualquer litígio que tangencie as relações internacionais situa-se fora do conhecimento judicial).

51 Vejam-se, por exemplo, *United States v. Curtiss — Wright Corp* (299 U.S. 304) (1936), *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* (376 U.S. 398) (1964), *First National Citibank v. Banco Nacional de Cuba* (406 U.S. 759) (1972), *Alfred Dunhill of London, Inc. v. Republic of Cuba* (425 U.S. 682) (1976), *Goldwater v. Carter* (444 U.S. 996) (1979), *Dames & Moore v. Reagan* (453 U.S. 654) (1981). Veja-se, também, o interessantíssimo caso *United States v. Palestine Liberation Organization* (U.S. District Court, Southern District of New York, 1988). O caso mais recente julgado pela Suprema Corte foi *Barquero v. United States (International Legal Materials 33/904)* (1994), onde se afirmou a constitucionalidade do tratado celebrado entre Estados Unidos e México sobre troca de informações tributárias. O tratado permite que, mediante requerimento do outro País, a autoridade governamental requisite a qualquer banco comercial informações sobre determinado correntista.

Em *United States v. Verdugo Urquidez*, a Suprema Corte, reformando decisão do Tribunal Federal do 9º Circuito, decidiu que a Constituição americana, ou ao menos a 4ª Emenda (que assegura a inviolabilidade das pessoas, suas casas, documentos e bens contra buscas e apreensões ilegais) não se aplicava fora dos Estados Unidos. Como consequência, não poderia ser invocada por cidadão mexicano levado à força para julgamento nos Estados Unidos (com a concordância do Governo mexicano), cuja casa, no México, havia sido objeto de busca ilegal por agentes norte-americanos.⁵²

Pouco mais adiante, em decisão que estremeceu a comunidade jurídica internacional, a Suprema Corte, por maioria, e reformando decisão de duas instâncias inferiores, admitiu ser possível submeter a julgamento nos Estados Unidos cidadão mexicano que fora seqüestrado no México, sem anuência do Governo daquele País, que formulou protesto diplomático veemente. Servindo-se de um argumento primário — o de que o tratado de extradição entre Estados Unidos e México não proibia expressamente o seqüestro — a Suprema Corte afastou a incidência do tratado (que teria força de lei, como já vimos) e aplicou uma antiquíssima jurisprudência pela qual admitia que, uma vez apresentado à Justiça, um acusado pudesse ser submetido a julgamento, independentemente de haver sido conduzido por meio lícito ou ilícito. Em desfecho, a Corte admitiu que o seqüestro violava princípios de direito internacional, mas entendeu que a decisão sobre a restituição ou não do acusado ao seu País, de onde fora retirado à força, era uma questão da competência discricionária do Executivo. Já que ele estava nos Estados Unidos, cabia à Justiça julgá-lo.⁵³

Retomando a linha de raciocínio, e passando ao caso brasileiro, vai-se constatar que, entre nós, desde a primeira Constituição republicana⁵⁴ se admite a verificação da constitucionalidade intrínseca de um tratado. Em acórdão de 14 de junho de 1974, o STF declarou a inconstitucionalidade, em parte, de alguns artigos da Convenção da OIT nº 110, referente às condições de trabalhadores em fazenda.⁵⁵ A Constituição de 1967-69 ensejava tal tipo de pronun-

ciamento, em regra que foi reproduzida na Carta atual. De fato, no art. 102, III, a da Constituição de 1988, prevê-se o cabimento de recurso extraordinário quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal⁵⁶.

É bem de ver que a dicção pura e simples da cláusula constitucional, tal como vem sendo reproduzida nos diferentes Diplomas, não infirma, *prima facie*, a tese defendida por Haroldo Valladão e acima exposta. É que, em verdade, ao prever declaração de inconstitucionalidade de tratado, o texto constitucional só pode estar se referindo àquele que seja posterior à Constituição. Isto porque, consoante regra consolidada do direito constitucional intertemporal brasileiro, não se declara a inconstitucionalidade de preceito anterior à Constituição. Portanto, a letra expressa da Lei maior não dirime a dúvida sobre a possibilidade do tratado anterior prevalecer, mesmo que contraste com a nova norma constitucional.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no apagar das luzes do regime constitucional anterior, afastou, de forma taxativa, quaisquer incertezas que pudessem existir. A questão se impôs relativamente à cobrança do imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) na importação de bens de capital de Países membros do GATT. À vista do entendimento consolidado, a Corte editou o verbete nº 575 da Súmula, com o seguinte teor: “À mercadoria importada de país signatário do GATT ou membro da ALALC, estende-se a isenção do Imposto de Circulação de Mercadorias concedida a similar nacional”.

Sobreveio, todavia, a Emenda Constitucional nº 23, de 1º/12/83, que acrescentou um § 11 ao art. 23 do Texto, determinando a incidência do tributo sobre as mercadorias importadas, sem qualquer distinção quanto ao país de origem.⁵⁷ O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão mantendo a isenção, nos casos de importação de bem de capital de países signatários do GATT. A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, sob o fundamento de que o Tribunal *a quo* prestigiara o acordo internacional em detrimento do texto constitucional emendado.

Ao apreciar o caso, o STF firmou posição estreme de dúvida ao decidir:

56 “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal ... III. Julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: ... b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

57 Ficou assim a redação do texto constitucional: “Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: ... § 11. O imposto a que se refere o item II (ICM) incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento”.

52 110 S. Ct. 1.056 (1990). Sobre este caso especificamente, v. Andreas F. Lowenfeld, U.S. Law Enforcement Abroad: *The Constitution and International Law*, Continued, in AJIL 84/444 (1990), especialmente p. 491-93.

53 *United States v. Alvarez Machain*, 31 I.L.M. 900 (1992). Na conclusão de seu veemente voto dissidente, consignou *Justice Stevens*: “Eu suspeito que a maior parte dos tribunais do mundo civilizado ficará perplexa pela decisão ‘monstruosa’ que esta Corte anuncia hoje. Toda nação que tem interesse em preservar o estado de direito (*the Rule of the Law*) é afetada, direta ou indiretamente, por uma decisão deste caráter”. Para uma crítica igualmente contundente de tal acórdão, v. Michael J. Glennon, *State Sponsored Abduction: A Comment on United States v. Alvarez-Machain*, in AJIL 86/756 (1992).

54 Constituição Federal de 24.02.1891, art. 59, § 1º, a.

55 V. Celso D. de Albuquerque Mello, *Direito Constitucional Internacional*, cit., p. 324.

“Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...)

Os acordos internacionais, como é o caso do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), protegem os produtos originários dos países contratantes. Todavia, não há como admitir, como deixou entender a decisão recorrida, que na nova tributação autorizada pela Emenda Constitucional nº 23, deva ser atendido o que prescreve um tratado internacional (...)

Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política”.⁵⁸

Em decisões posteriores, o STF atenuou o resultado prático de tal decisão, passando a entender inexistir incompatibilidade entre o acordo do GATT e o texto constitucional resultante da EC nº 23/83.⁵⁹ Assentou-se, no RE 114.784, que “a Emenda Constitucional não visou a retirar fundamento a essa avença internacional”.⁶⁰ Mas o princípio da supremacia da Constituição sobre os atos internacionais convencionais restou intangido.

Em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

A) os tratados internacionais são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado que é a denúncia;

B) o tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*,⁶¹

58 RTJ 121/270 (1987), RE nº 109.173-SP, Rel. Min. Carlos Madeira.

59 RTJ 124/358 (1987).

60 RTJ 126/804, 806 (1987). Não se está, no particular, de acordo com a leitura que faz deste acórdão o Professor Jacob Dolinger, ao extrair dele o sentido de que os tratados contratuais, como o do GATT, em contraposição aos tratados normativos, não são afetados por normas de direito interno, inclusive constitucionais (ob. cit., p. 101).

61 Embora não haja precedente, é possível cogitar-se do cabimento de ação direta de inconstitucionalidade contra o decreto que o promulga, haja vista seu *status* equiparado ao de ato normativo federal.

por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz,⁶² se for com ele incompatível.

2. A norma estrangeira e a Constituição

Como já assinalado anteriormente, o direito internacional privado tem por objeto principal a indicação da lei aplicável, sempre que uma dada relação jurídica esteja em contato com mais de um ordenamento. Por vezes, a norma indicada será a do próprio Estado do juiz ou Tribunal que esteja apreciando a questão. Neste caso, diz-se que a lei aplicável é a lei do foro, a *lex fori*.⁶³

Outras vezes, todavia, a regra de conexão do direito internacional privado apontará para a aplicação de uma lei estrangeira. Vale dizer: conforme seja a questão submetida a juízo, os sistemas jurídicos civilizados admitem a aplicação, no território do Estado, de lei estrangeira para a solução de uma controvérsia.⁶⁴ Por evidente, inexistente qualquer violação da soberania do Estado em tal hipótese, de vez que a aplicação do direito estrangeiro é consentida, voluntariamente, pela norma interna.

A aplicação do direito estrangeiro pelos tribunais é capítulo obrigatório de todos os livros de direito internacional privado.⁶⁵ Não cabe, aqui, aprofundar esta questão em nível teórico. Faz-se, todavia, a seguir, uma breve síntese do conhecimento convencional e cristalizado sobre o tema, cujas implicações práticas são mais relevantes do que aparentam a um primeiro lance de vista.

62 Não parece própria a referência a revogação, porque, a rigor técnico, o tratado não deixa de vigor até o momento da denúncia.

63 Atente-se, aqui, para a distinção óbvia que existe entre *lei* aplicável e *tribunal* competente para aplicá-la. Não obstante, o mais comum é que a regra de direito internacional privado indique a *lex fori*.

64 Dois exemplos corriqueiros de aplicação da lei estrangeira por Tribunal brasileiro: a) de acordo com o art. 9º da LICC, as obrigações se regem pela lei do país em que se constituírem. Portanto, se duas empresas litigarem no Brasil acerca de um contrato firmado em Londres, aplica-se à questão a lei inglesa. (Aliás, em matéria contratual, onde vigora a autonomia da vontade, as partes podem simplesmente eleger a lei a ser aplicada, independentemente do local de celebração do ajuste); b) um indivíduo domiciliado na Itália morre deixando bens no Brasil. Aberto o inventário perante o foro brasileiro, o juiz aplicará a lei italiana para disciplinar a ordem de vocação hereditária, porque o art. 10 da LICC estabelece que a sucessão por morte se rege pela lei do domicílio.

65 A propósito, vejam-se, por todos: Haroldo Valladão, ob. cit., p. 450 e ss., Oscar Tenório, ob. cit., p. 145 e ss., e Jacob Dolinger, ob. cit., p. 223 e ss.

A primeira indagação de relevo que surgiu acerca da aplicação do direito estrangeiro foi a de saber se ele deveria ser encarado como um fato ou como direito. Os efeitos de tal distinção são evidentes: fatos dependem de alegação pela parte e de prova; o direito, ao contrário, presume-se de conhecimento do juiz (*iura novit curia*) e pode ser aplicado de ofício, independentemente de alegação ou prova. Diversos Estados tratam o direito estrangeiro como fato.⁶⁶ Não assim, porém, o ordenamento brasileiro, onde o direito estrangeiro tem status de lei, embora o juiz possa transferir para a parte o ônus de provar-lhe o teor e a vigência⁶⁷.

A segunda questão que mobilizou os estudiosos foi a da interpretação e aplicação do direito estrangeiro. É que diante da lei de outro País, ao juiz se impõe determinar: a) se deve equipará-la a qualquer outra norma interna, integrando-a ao sistema jurídico do foro; b) ou se deve tratá-la com o sentido que lhe é dado pelo sistema jurídico estrangeiro.

Normalmente, a segunda proposição é a que prevalece. Por vezes, no entanto, o direito estrangeiro há de curvar-se aos princípios e valores do foro. Logo à frente se voltará ao ponto.

a) A norma estrangeira e a Constituição de origem

A maior parte da doutrina e mesmo alguns precedentes internacionais convergem no sentido de que, ao aplicar o direito estrangeiro, o magistrado deverá fazê-lo em sua integralidade, acolhendo-lhe os preceitos e as remissões. Nesta ordem de idéias, caber-lhe-á levar em conta a legislação estrangeira em seus diferentes níveis, o que inclui a Constituição.

É neste sentido a jurisprudência da Corte Permanente de Justiça. Em decisões proferidas em 1929, a propósito de casos conhecidos como *Serbiam Loans* e *Brazilian Loans*, a Corte firmou os princípios que a orientam. Estabeleceu, assim, que, uma vez determinada a aplicação da lei de um dado Estado, deve ela ser aplicada como o seria naquele Estado. Aplicar uma norma diferentemente de como procederiam os tribunais do País cuja lei foi indicada entraria em colisão com toda a teoria de adequada aplicação da lei estrangeira. A Corte, portanto, deve empenhar-se em fazer uma justa apreciação da jurisprudência dos tribunais locais.⁶⁸

66 Tal é o caso da França e do Reino Unido. Na Itália há decisões em ambos os sentidos. V. Jacob Dolinger, ob. cit., p. 224-26.

67 V. CPC, art. 337: "A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz".

68 P.C.I.J., Ser. A, nºs 20/21, p. 5, 40-47, p. 93, 120-125 (1929), apud Henkin, Pugh, Schachter e Smit, *International Law*, 1987, p. 139: "Once the Court has arrived at the conclusion that it

No mesmo sentido dispõe o art. 2º da Convenção aprovada pela Conferência Internacional Especializada sobre Direito Internacional Privado (Montevideo, 1979), que determina que o direito estrangeiro será aplicado da mesma forma que o seria pelos juízes do País do qual emana a regra aplicada.⁶⁹ Bem assim, igualmente, o art. 409 do Código de Bustamante, que é norma positiva no Brasil, e que determina que na aplicação do direito estrangeiro deve-se atentar para o sentido que se lhe dá no País de sua origem.⁷⁰ Ou seja: deve-se respeitar a interpretação doutrinária e jurisprudencial que lá se produz.

Embora em diferente cenário, a questão se põe com grande significação nos Estados Unidos. É que lá a parte mais expressiva do direito substantivo é estadual, pelo que as regras de direito de família, sucessões, contratos, comerciais, penais, etc. variam de Estado para Estado. Como consequência, a disciplina dos *conflicts of laws*, que corresponde ao direito internacional privado dos países de tradição romano-germânica, concentra-se na indicação da lei aplicável às relações que mantêm conexões com os ordenamentos jurídicos de mais de um Estado da Federação.

Além disto, de acordo com as regras próprias sobre jurisdição e competência lá vigentes,⁷¹ cabe muitas vezes à Justiça Federal solucionar litígios que envolvem a aplicação de direito estadual. Pois bem: a Suprema Corte firmou, de longa data, orientação no sentido de que, ao aplicar lei estadual, deve o juiz ou tribunal federal dar-lhe o sentido que lhe confere o mais alto tribunal do Estado cuja lei está sendo aplicada.⁷²

Ficou assinalado, linhas atrás, que ao aplicar o direito estrangeiro o intérprete deve fazê-lo integralmente, observando, inclusive, as regras próprias de hierarquia das leis e de direito intertemporal vigentes no País de origem. Dentro

is necessary to apply the municipal law of a particular country, there seems to be no doubt that it must seek to apply it as it would be applied in that country. (...) Of course, the Court will endeavour to make a just appreciation of the jurisprudence of municipal courts".

69 V. a íntegra da Convenção em Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*, 1994, 627-30. O art. 2º dispõe: "Os juízes e as autoridades dos Estados Partes ficarão obrigados a aplicar o direito estrangeiro tal como o fariam os juízes do Estado cujo direito seja aplicável, sem prejuízo de que as partes possam alegar e provar a existência e o conteúdo da lei estrangeira invocada".

70 Idem, p. 568.

71 Nos termos do art. 3º da Constituição, as duas grandes categorias de casos que recaem na competência das cortes federais são: a) os que envolvem a aplicação da Constituição, das leis federais e dos tratados internacionais (*federal question jurisdiction*) e b) os que têm como partes cidadãos de Estados diferentes da federação (*diversity jurisdiction*). Nesta segunda hipótese, as cortes federais se vêem rotineiramente na contingência de aplicar direito estadual. V. Charles Alan Wright, *Law of Federal Courts*, 1983, capítulos 3 e 4, e Louisell, Hazard Jr. e Tait, *Pleading and Procedure*, 1983, p. 16-17.

72 V. *Eric R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

desta lógica, deverá prestigiar, em primeiro lugar, as normas constitucionais, cuja supremacia é princípio generalizadamente aceito. E se constatar que uma dada norma inferior é incompatível com a Constituição, deverá cogitar de pronunciar-lhe a inconstitucionalidade, nos limites e com os efeitos que o juiz estrangeiro poderia fazê-lo.

Se no direito estrangeiro, por exemplo, considerar-se que a norma anterior à Constituição e com ela incompatível fica revogada, igual tratamento à questão deverá dar-lhe o juiz brasileiro que eventualmente devesse aplicá-la a um caso concreto. Mas se a lei editada já na vigência de uma dada Constituição for com ela incompatível, é de indagar-se: pode o juiz ou tribunal do foro declarar-lhe a inconstitucionalidade perante a Constituição estrangeira e, por via de consequência, deixar de aplicá-la?

Haroldo Valladão responde afirmativamente, sem opor qualquer restrição.⁷³ A questão, todavia, exige uma certa qualificação. É que, como já ficou assentado, o juiz que aplica direito estrangeiro há de interpretá-lo de acordo com as práticas do País de origem, atentando para a legislação, doutrina e jurisprudência. Ora bem: nem todos os Estados admitem o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Na França e na Suíça, para citar dois exemplos, esta possibilidade não existe.⁷⁴ Ao contrário, nos Estados Unidos e na Alemanha, tal exame é corriqueiro.

Assim, então, o controle da constitucionalidade de lei estrangeira em face da Constituição estrangeira há de ser exercido, pelo órgão jurisdicional do foro, nos mesmos moldes e limites em que o faria o juiz ou tribunal do ordenamento de origem. Quando se tratar da aplicação de lei estrangeira de País onde não seja legítimo ao Poder Judiciário pronunciar, *in concreto ou in abstracto*, a inconstitucionalidade de uma lei, não poderá o juiz ou tribunal do foro fazê-lo.⁷⁵

73 Ob. cit., p. 460-461.

74 Note-se, todavia, que na França o Comitê Consultivo para a revisão constitucional, constituído pelo Presidente da República por Decreto de 2.12.92, e presidido pelo Professor Georges Vedel, propôs a instituição do controle repressivo de constitucionalidade em tema de direitos fundamentais. Pela proposta, a alínea 12 do art. 62 passaria a ter a seguinte redação: "*Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée. Elle ne peut être appliquée aux procédures en cours.*" Veja-se *Propositions pour une révision de la Constitution*, 1993. Na Suíça, inexistente o controle de constitucionalidade das leis federais, mas faz-se o controle das normas cantonais. Sobre o tema, vejam-se Philippe Maystadt, *Le controle de constitutionnalité en Suisse*, in *Actualité du Controle Juridictionnel des Lois*, 1973, p. 161 e ss., e Pedro Cruz Villalón, *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad*, 1987, p. 53 e ss.

75 No mesmo sentido, v. João Batista Machado, ob. cit., p. 244. Em sentido diverso, v. Luiz Antonio Severo da Costa, *Da Aplicação do Direito Estrangeiro pelo Juiz Nacional*, 1968, p. 40: "Se tem dúvidas sobre a constitucionalidade do diploma legal, mas se aquela Corte (N.A.: refere-se ele à Suprema Corte do País estrangeiro) ainda não se manifestou a respeito, deve considerar válida tal lei, pois não pode chamar a si atribuição específica daquele órgão".

Desnecessário remarcar a evidência de que o órgão judicial brasileiro, ao pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei, o fará sempre em caráter incidental, para o fim exclusivo de negar-lhe aplicação ao caso concreto. Jamais se cuidará de uma decisão em tese, mesmo que isto seja possível à luz do ordenamento de origem, porque não se pode reconhecer tal competência a qualquer tribunal que não seja o do País do qual promana a lei. No Brasil, tudo que se pode pretender é negar *eficácia* à norma estrangeira, sem que isto afete sua *validade* e sua *vigência*.

A questão do reconhecimento da inconstitucionalidade de norma estrangeira perante o ordenamento de origem já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Na vigência da Carta de 1988, pelo menos dois acórdãos abordaram o tema, embora sem maior aprofundamento.

O primeiro deles diz respeito ao controvertido caso de extradição requerida pela República Argentina do ex-líder dos *Montoneros* Mario Eduardo Firmenich.⁷⁶ O Governo requerente imputava ao extraditando um longo elenco de práticas delituosas, em relação às quais havia decretos de custódia cautelar expedidos pela Justiça Argentina, e que incluíam: associação ilícita, diversos homicídios, atentado com lesões corporais, posse de explosivos e armas e uso de documento público falsificado.

Toda a discussão gravitou em torno de duas questões básicas: a) a interpretação, vigência e validade da Lei de Anistia editada pelo Congresso argentino, e posteriormente revogada pelo próprio Legislativo, com efeitos retroativos, sob o fundamento de que era inconstitucional;⁷⁷ b) a natureza dos delitos imputados ao extraditando — comum ou política — tendo em vista o disposto no inc. LII do art. 5º da Constituição brasileira, que veda a extradição por crime político ou de opinião.

Em meio a outros argumentos, a defesa do extraditando, além de procurar remarcar o caráter político das infrações, fundou-se:

- a) na inconstitucionalidade da lei que revogou retroativamente a anistia;
- b) na inconstitucionalidade do art. 2º da própria Lei da Anistia, que, discriminatoriamente, excluía do benefício pessoas na situação do extraditando.

As duas inconstitucionalidades argüidas eram em face da Constituição argentina.

76 RTJ 111/16 (1984), Extradição nº 417, Rel. Ministro Oscar Dias Corrêa.

77 Era importante ter em linha de conta, na apreciação do tema, que, por força do tratado de extradição entre Brasil e Argentina, não seria concedida a extradição quando, pelo mesmo fato, o *deliçante* tivesse sido anistiado no Estado requerente ou requerido (art. III).

O Tribunal Pleno do STF, em votação dividida, concedeu a extradição, com ressalvas,⁷⁸ concluindo que: a) a Lei de Anistia do País requerente era inaplicável à hipótese, não atingindo o extraditando, consoante previsão expressa no seu próprio texto; b) havia prevalência dos crimes comuns sobre os políticos; c) era improcedente a alegação de que o extraditando seria julgado em seu País por tribunal de exceção.

Os três votos vencidos, contrários à extradição, foram da lavra do próprio Relator, Min. Alfredo Buzaid, e dos Ministros José Francisco Rezek e Aldir Passarinho. Os dois primeiros enfrentaram diretamente a questão da inconstitucionalidade da lei que cassara a anistia.

Em seu voto, o Ministro Buzaid rechaçou o argumento do Estado requerente de que a Corte não teria competência para apreciar a validade da lei argentina, e concluiu:

“A declaração de inconstitucionalidade é atribuição privativa do Poder Judiciário no Brasil ou das Cortes Constitucionais nos países que as adotaram (...). Não a pode exercer o Legislativo, porque a sua função consiste em elaborar ou revogar leis, não em apreciar a sua validade.

*(...) A conclusão a que se chega é que o legislador não tem competência constitucional para declarar a inconstitucionalidade de uma lei”.*⁷⁹

Acompanhou-o, no particular, o Ministro Rezek, pronunciando igualmente a invalidade da lei argentina, nos termos seguintes:

*“Os tribunais derrubam, ex tunc, leis que padecem do vício de inconstitucionalidade. O parlamento, em toda parte, tem o poder de revogar normas com efeito ex nunc; jamais o de declará-las nulas, com efeito retroativo, sob o argumento de inconstitucionalidade”.*⁸⁰

O Ministro Aldir Passarinho negou a extradição por considerar os crimes de natureza política. É bem de ver que ele e todos os demais Ministros — Oscar Corrêa, Néri da Silveira, Rafael Mayer, Decio Miranda, Soares Muñoz, Moreira

⁷⁸ Foram excluídas as imputações de caráter político puramente (liderança de movimento político, porte de armas e explosivos e uso de documentos falsos), bem como ressaltou-se que não poderiam ser impostas ao extraditando penas superiores a trinta anos de prisão em relação a cada crime.

⁷⁹ RTJ 111/16 (1985), 28.

⁸⁰ Idem, 30-31.

Alves e Djaci Falcão — deixaram de discutir, especificamente, a questão da validade ou não da lei que anulava a anistia. Curiosamente, todos, sem exceção, fundamentaram seus votos no art. 2º da sobredita Lei de Anistia, que excluía o extraditando de seus benefícios. Veja-se que nenhum dos Ministros deixou de aplicar a lei por reputá-la revogada ou anulada pela lei superveniente. Justamente ao contrário, interpretaram-na para concluir que não aproveitava ao extraditando. Disto resulta que, embora não de forma expressa — mas com implícita evidência — negaram validade e eficácia à lei posterior que cassava retroativamente a anistia.

Por lapso do Relator originário, que a ele não fez menção, nenhum dos Ministros apreciou um outro fundamento da defesa: o da inconstitucionalidade do próprio art. 2º da Lei de Anistia, que ao prevê-la parcial e excludente, violava preceito expresso da Carta argentina. Tal omissão ensejou a interposição, pelo extraditando, de embargos de declaração, apreciados, igualmente, pelo Tribunal Pleno.⁸¹

Sem atentar para a imensa contradição em que incorriam, diversos Ministros, ao julgar os embargos, negaram a possibilidade de apreciação da constitucionalidade ou não de lei argentina perante sua própria Constituição. Confiaram-se tais pronunciamentos.

Ministro Oscar Corrêa: “Não lhe cabia (ao STF), substituindo-se ao juízo do País requerente, examinar a inconstitucionalidade da Lei revocatória, que, aliás, não interferiu no julgamento, saliente-se. Seria indébita e inadmissível invasão de esfera de competência”.⁸²

Ministro Néri da Silveira: “Penso que não cabe ao STF enfrentar a alegação de inconstitucionalidade da lei argentina. Certo está que o Poder Judiciário argentino não declarou inconstitucional o art. 2º da discutida Lei de Anistia”.⁸³

Ministro Rafael Mayer: “Entendo ... que é impossível ao Supremo Tribunal exercer um controle de constitucionalidade sobre uma lei argentina, pois é o exercício de jurisdição que não temos, mas tão-somente aquele País, pelo seu Supremo Tribunal, com relação às suas leis”.⁸⁴

Ministro Djaci Falcão: “O texto de lei estrangeira não é passível de exame interpretativo no plano constitucional, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade. Entendimento em sentido contrário poderia conduzir-nos a uma divergência interpretativa com a própria Corte Suprema do País requerente da extradição”.⁸⁵

⁸¹ RTJ 113/1 (1985).

⁸² Idem, 4.

⁸³ Idem, p. 5-6.

⁸⁴ Idem, p. 6.

⁸⁵ Idem, p. 7-8.

Ministro Cordeiro Guerra: “Não há que considerar a interpretação do Direito Constitucional Argentino porque não temos jurisdição na Argentina, nem somos um Tribunal supranacional, para dizer como os outros devem julgar. (...) O que poderíamos examinar, em matéria constitucional, é se a Lei de Anistia, tal como foi concebida e vige na Argentina, violaria a ordem jurídica ou constitucional brasileira”.⁸⁶

Ministro Moreira Alves: “A meu ver, em processo de extradição, não cabe ao Supremo Tribunal Federal examinar a compatibilidade, ou não, da legislação do país requerente com a Constituição ali vigente”.⁸⁷

É de interesse observar que o voto do Ministro Moreira Alves sugere que, *a contrario sensu*, fora do processo de extradição, é possível examinar a constitucionalidade da lei estrangeira perante o ordenamento de origem.

Melhor intuindo a evidência, o Ministro *Soares Muñoz*, reformulando seu voto anterior que concedia a extradição, assim decidiu:

“No que diz respeito à lei posterior, que havia revogado a anistia, entendi que era ela ineficaz, visto que, uma vez concedida a anistia, não era mais possível revogá-la. Ora, se assim entendi com relação à lei revocatória, não vejo razão para me omitir no que diz respeito à argüida inconstitucionalidade da lei, enquanto restringe aquilo que a Constituição Federal estabelece de maneira imperativa, que deve ser geral. A Constituição Argentina determina que a anistia deve ser geral, isto é, não pode ser concedida anistia restrita. Se a lei desrespeitou a Lei Maior, é ineficaz. Não estou declarando a inconstitucionalidade da lei. Estou apenas afastando-a do caso concreto. Não preciso fazer nenhuma comunicação à Corte Argentina, como não faz o juiz singular, quando afasta uma lei inconstitucional. A lei continua em vigor; ela é apenas arredada no caso concreto. Eu a afasto.

*Afasto-a, como já afastei a lei revocatória”.*⁸⁸

Do estudo do caso que se vem de empreender, chega-se a uma conclusão paradoxal. De fato, o STF estabeleceu, como premissa, que não lhe cabia apreciar a constitucionalidade de norma estrangeira em face do ordenamento de origem. Em seguida, e contraditoriamente, fugindo ao silogismo natural, julgou a questão deixando de aplicar, por inconstitucional, lei que revogara a Lei de Anistia argentina.

⁸⁶ Idem, p. 8.

⁸⁷ Idem, p. 7.

⁸⁸ Idem, p. 7. Em idêntico sentido foi o voto do Ministro José Francisco Rezek, p. 5.

Na verdade, a premissa é que era equivocada. O STF, bem como qualquer juiz ou tribunal, pode pronunciar, *in concreto*, a inconstitucionalidade de lei estrangeira em face da Constituição brasileira, desde que o possam fazer as autoridades judiciárias do Estado de origem da lei perante sua própria Constituição.

Alguns anos depois, já na vigência da Constituição de 1988, o STF examinou um pedido de extradição de um brasileiro naturalizado, fundado no permissivo constitucional do art. 5º, LI, que admite tal medida em caso de “comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da lei”.⁸⁹ O requerimento foi formulado pelo Governo da Itália, Estado com o qual o Brasil não mantém tratado de extradição. Para legitimar o pedido, o Estado requerente apresentou promessa de reciprocidade.

Curiosamente, o relator para acórdão neste caso foi o Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, que havia sido, exatamente, o advogado de defesa de Mario Firmenich na Extradição nº 417, acima apreciada. O relator observou que o art. 26 da Constituição da Itália impedia que o Estado requerente oferecesse reciprocidade naquela hipótese, por isso que só admite a extradição de nacionais se houver previsão expressa em convenção internacional.⁹¹ O acórdão, quanto à parte aqui relevante, veio assim ementado:

“Extradição de brasileiro e promessa de reciprocidade do Estado requerente: invalidade desta, à luz da Constituição italiana, que o STF pode declarar.

A validade e a conseqüente eficácia da promessa de reciprocidade ao Estado requerido, em que fundado o pedido de extradição, pres-supõem que, invertidos os papéis, o ordenamento do Estado requerente lhe permita honrá-la: não é o caso da Itália, quando se cuida de extraditando brasileiro; pois o art. 26 da Constituição italiana só admite a extradição do nacional italiano quando expressamente prevista pelas convenções internacionais, o que não ocorre na espécie.

(...) Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, juiz da extradição passiva, no Brasil, julgar da invalidade, perante a

⁸⁹ RDA 190/94 (1992), Extradição nº 541, Relator Min. Sepúlveda Pertence.

⁹⁰ Lei 6.815/80, art. 76: a extradição exige tratado ou promessa de reciprocidade.

⁹¹ Constituição italiana, art. 26. “L’extradizione del cittadino puo essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali. Non puo in alcun caso essere ammessa per reati politici” (A extradição do cidadão somente pode ser consentida quando seja expressamente prevista pelas convenções internacionais. Em hipótese alguma pode ser admitida por crimes políticos).

*ordem jurídica do Estado requerente, da promessa de reciprocidade em que baseado o pedido, a fim de negar-lhe a eficácia extradicional pretendida”.*⁹²

É interessante observar que a questão da inconstitucionalidade da promessa de reciprocidade, que constou de breve passagem do voto do relator e mereceu especial destaque na ementa do acórdão, não foi objeto de maior discussão ou aprofundamento. Aliás, o Ministro Carlos Mário Velloso, ao proferir seu voto, assinalou que, precisamente quanto à questão da reciprocidade, guardava “dúvidas a respeito”.

De todo modo, a posição mais recente do STF é no sentido de que pode a Corte apreciar a constitucionalidade dos atos estrangeiros à luz do ordenamento de origem, negando-lhes aplicação quando seja o caso. Tal entendimento tem nossa adesão.⁹³

b) A norma estrangeira e a Constituição brasileira

A norma que soluciona um conflito de leis no espaço indica a regra que vai reger uma relação que se encontrava sob a incidência potencial de mais de um ordenamento. Ao fazê-lo, apontará como aplicável (a) ora a lei do foro, (b) ora a lei estrangeira. Quando a indicação recai sobre a lei do foro, não se apresentam maiores dificuldades, haja vista que ela integra o sistema e com ele se harmoniza. Quando a lei indicada é estrangeira, a regra é que o juiz acate a indicação e a aplique.

Não é difícil intuir, no entanto, que podem surgir dificuldades na aplicação, no foro, de lei emanada de outro sistema jurídico. Para neutralizar certos contrastes mais contundentes, praticamente todos os Estados estabelecem uma grande categoria de limitação à aplicação do direito estrangeiro. Esta restrição se consubstancia em um instituto amplo, fluido e de difícil apreensão conceitual que é a *ordem pública*⁹⁴.

⁹² RDA 190/94 (1992), cit.

⁹³ V. sobre o tema, José Carlos Barbosa Moreira, *Le Juge Brésilien et le Droit Étranger*, in *Temas de Direito Processual*, 4ª série, 1989, p. 299 e ss., especialmente 309.

⁹⁴ Sobre o tema, v. a tese clássica de Jacob Dolinger, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, bem como seu *Direito Internacional Privado*, cit., p. 323 e ss. Vejam-se, também: Clovis Beviláqua, *Direito Internacional Privado*, p. 77 e ss.; Haroldo Valladão, ob. cit., p. 472 e ss.; Oscar Tenório, ob. cit., p. 315 e ss.; Amílcar de Castro, ob. cit., p. 273 e ss.; Irineu Strenger, ob. cit., p. 510 e ss.; Agostinho Fernandes Dias da Silva, ob. cit., p. 131 e ss.; João Batista Machado, ob. cit., p. 253 e ss.

O princípio recebe abrigo expresso no art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil em vigor, com a dicção seguinte:

“Art. 17. 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.”

Sem embargo da tríplice referência do dispositivo, é certo que a soberania nacional e os bons costumes expressam variações da ordem pública. O conceito é antigo⁹⁵ e de trânsito universal.⁹⁶ Trata-se de uma cláusula geral, de conteúdo elástico e variável, que tem levado os autores a se referirem a ela como um conceito indeterminado *a priori*, e mesmo indefinível.⁹⁷ Sem embargo, é possível identificar a ordem pública como um princípio geral de preservação de valores jurídicos, morais e econômicos de determinada sociedade política.

Fundados em distinção formulada por Brocher,⁹⁸ os autores costumam fazer referência à ordem pública *interna* e à ordem pública *internacional*. No fundo, a ordem pública constitui princípio único, que irradia seus efeitos em planos diversos. Internamente, ele opera no sentido de limitar a autonomia de vontade das partes em domínios nos quais devem prevalecer, cogentemente, os comandos estatais.⁹⁹

⁹⁵ Embora diversos autores atribuam a primazia do tratamento do tema a Savigny, que sobre ele escreveu em 1849 (ano da 1ª edição de sua obra), é certo que dele cuidou anteriormente Joseph Story (in *Comentários sobre el Conflito de las Leyes*, vol. 1, 1834, p. 32-33, *apud* Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 325): “*Nación alguna puede ser justamente requerida á ceder sus conveniencias politicas e instituciones fundamentales en favor de las de otra nación. Mucho menos puede nación alguna ser requerida a sacrificar sus intereses a favor de otra, ó á practicar doctrinas que, en un concepto moral ó político sean incompatibles con su seguridad ó felicidad, ó con su conciencia de la justicia y del deber*”.

⁹⁶ O princípio é adotado nos diferentes sistemas jurídicos, quer de formação romano-germânica, quer de base costumeira (*common-law*). O *Restatement on Conflict of Laws Second*, na regra 90, dispõe: “Nenhuma ação será aceita com base em lei estrangeira cuja execução seja contrária à *strong public policy* do foro”. A Corte de Cassação francesa, por sua vez, deixou acertado que “a definição de ordem pública nacional depende, em larga medida, da opinião que prevaleça em cada momento na França” (*apud* Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*, cit., p. 327).

⁹⁷ João Batista Machado, ob. cit., p. 259.

⁹⁸ Charles Brocher, *Cours de Droit International Privé*, t. 1, 1882, nº 44, *apud* Haroldo Valladão, ob. cit., p. 323.

⁹⁹ V. Victor Nunes Leal, *Classificação das Normas Jurídicas*, in *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 39 e ss. V. também, Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 1993, p. 71.

No plano internacional, que é o que interessa aqui, o princípio se manifesta de forma dúplice: (a) ora envolve a aplicação direta da lei estrangeira indicada pela regra de conexão; (b) ora envolve a aplicação *indireta* da lei estrangeira, pelo reconhecimento de direitos adquiridos e de situações constituídas no exterior. Nas duas hipóteses, a ordem pública opera no sentido de impedir a eficácia dos atos jurídicos contrastantes com os valores do foro, embora sua aplicação seja mais rígida no primeiro caso.

Não é difícil ilustrar o afirmado. A ordem pública brasileira jamais admitiria que um indivíduo domiciliado na Arábia Saudita, onde a poligamia é legítima, pudesse contrair no Brasil um segundo ou terceiro casamento simultâneo. Esta é uma situação. Por outro lado, diante de um fato já consumado no exterior, será possível, sem afronta à ordem pública, reconhecer efeitos ao segundo ou terceiro casamentos para os fins, por exemplo, do recebimento de pensão alimentícia ou de atribuição da condição de herdeiros à prole do casal. Como se vê, o conceito atua com intensidade diferente quando se trate de constituição de situação jurídica nova (aplicação direta da norma estrangeira) ou reconhecimento de situação já constituída (aplicação indireta da lei estrangeira).

Veja-se que diante da impossibilidade de se reconhecer eficácia à lei estrangeira, por afronta à ordem pública, há consenso doutrinário de que deva aplicar-se, à espécie, a *lex fori*. A exclusão da lei estrangeira deverá ser tão estrita quanto possível, aproveitando-se a parte remanescente que possa ser aceita no foro.¹⁰⁰

Cabe, agora, fazer as aproximações cabíveis entre ordem pública e Constituição. O efeito da ordem pública, no plano internacional, é o de impedir a aplicação de direito estrangeiro, seja direta ou indiretamente. Trata-se de um princípio de amplo espectro, difuso e cambiante, que é externo à norma positiva, à letra expressa do texto legal. Como é comum dizer-se, é um princípio “exógeno às leis”.¹⁰¹ Conseqüência natural de tal premissa é que se encontrem aspectos inerentes à ordem pública fora do texto constitucional. Será possível, assim, negar aplicação à norma estrangeira por afronta à ordem pública brasileira, mesmo que ela não se confronte, direta ou imediatamente, com a Constituição.

Tem-se como assente, então, que nem tudo que viola a ordem pública viola a Constituição. A recíproca, todavia, segundo ampla linha de entendimento, não

100 V. Jacob Dolinger, *A Evolução da Ordem Pública...*, cit., p. 258: “Apurado pelo Tribunal que a lei, a sentença ou o contrato estrangeiros contêm disposição inaceitável no foro, deverá compor uma solução em que se aproveite o que for admissível da convenção, da norma ou decisão estrangeiras, substituindo a parte rejeitada por norma da *lex fori*”.

101 *Idem*, p. 255.

é verdadeira. De fato, tem predominado o entendimento de que sempre que a norma estrangeira estiver em contraste com a Constituição estará, *ipso iure*, violando a ordem pública. O tema é interessante e complexo.¹⁰²

Entre os internacionalistas — que, por formação, tentam minimizar as restrições à aplicação do direito estrangeiro — desenvolveu-se a crença que procurava negar a identidade necessária entre o conteúdo da ordem pública internacional e os princípios constitucionais. Sustentou-se, assim, que haveria normas da Constituição que teriam relevância e outras que seriam indiferentes à caracterização da exceção de ordem pública. Reproduzindo posição corrente na doutrina italiana, escreveu *Rui Moura Ramos*:

“É assim que alguns não vão além de recomendar a atuação da ordem pública apenas quando a contradição aberta com a Constituição se traduz na negação da essência de um direito fundamental, afirmando ao mesmo tempo de forma clara que, longe de se referir a todas as normas constitucionais, a ordem pública apenas contende com aqueles poucos princípios fundamentais que possam fazer-se derivar imediatamente da Constituição, que vivem directamente na consciência jurídica da comunidade do foro e que por isso devem ser respeitados por todos os sistemas jurídicos que pretendem aplicar nesse Estado”.¹⁰³

No Brasil, todavia, jamais se cogitou de exceção dessa ordem ao princípio da supremacia constitucional. Ademais, o *Código de Bustamante* tem disposição expressa a respeito, retirando a matéria da turbulência doutrinária e dando-lhe solução de direito positivo. Confirma-se, a propósito, o teor do art. 4º do referido Código de Direito Internacional Privado, resultante de convenção internacional ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 18.871, de 13.08.29:

“Art. 4º Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”.

À luz de tal previsão, todas as disposições formalmente integradas à Constituição brasileira são tidas como de ordem pública internacional e impedem a

102 V. ampla discussão da matéria em Rui Manuel Gens de Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição*, 1980, p. 210 e ss. A submissão de lei estrangeira ao controle de constitucionalidade perante a Lei Fundamental do foro foi afirmada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, em decisão datada de 4 de maio de 1971 (BVerfGE 31, 58). V. Jan Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübingen, 1990, p. 31-32.

103 *Ob. cit.*, p. 218, invocando a lição de Barile, *Ordine Pubblico Internazionale e Costituzione*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 56 (1973), p. 729.

aplicação de direito estrangeiro com elas contrastantes. Em seu resultado prático, a exceção da ordem pública consubstanciada na norma constitucional ora terá efeito negativo — por vedar algo que o ordenamento externo permite —, ora terá efeito positivo, por permitir algo que a *lex causae* vedava.

Há, ainda, uma previsão expressa na Constituição brasileira, cunhada em norma unilateral,¹⁰⁴ que derroga expressamente o direito estrangeiro em princípio aplicável. É a que consta do inciso XXXI do art. 5º: “A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus”.

Ainda neste domínio, das relações entre a Constituição e o direito internacional e estrangeiro, haveria espaço para ampla discussão acerca da aplicação extraterritorial das normas constitucionais. A delimitação de nosso objeto de estudo, todavia, remete este tema para outra oportunidade.¹⁰⁵

Compendiando tudo que se vem de afirmar neste tópico, é possível afirmar, com base na melhor doutrina e na jurisprudência dos tribunais que:

A) quando da aplicação de lei estrangeira, cabe ao juiz ou tribunal brasileiro aplicá-la como o fariam os órgãos judiciários do País do qual promana a norma. Se em tal jurisdição se admitir a pronúncia de inconstitucionalidade de uma lei, poderá o juiz ou tribunal proceder da mesma forma, deixando de aplicar, ao caso concreto, preceito estrangeiro incompatível com o ordenamento de origem;

B) com muito mais razão, deverão os juízes e tribunais brasileiros negar aplicação à norma estrangeira que esteja em confronto com a Constituição brasileira. Com efeito, as normas constitucionais são tidas como de ordem pública internacional, impedindo a eficácia de leis, decisões judiciais e atos jurídicos estrangeiros com elas incompatíveis.

¹⁰⁴ *Unilateral* é a norma de solução de conflito de leis que prevê somente a aplicação da própria lei, da lei nacional — “aplica-se a lei brasileira” — em contraposição às normas *bilaterais*, que se servem de critério geral e universal — “aplica-se a lei do domicílio da pessoa”, “aplica-se a lei do local do contrato”.

¹⁰⁵ Nesta área encontram-se questões como a proteção dos nacionais no exterior; a de dever o Estado, em sua atuação no exterior, respeitar suas próprias normas constitucionais, etc. A questão da aplicação extraterritorial das normas constitucionais tem gerado inúmeras ações judiciais nos Estados Unidos, em temas os mais diversos, envolvendo a tortura e morte de um cidadão nicaraguense por agentes da CIA atuando na América Central (*Sanchez-Espinosa v. Reagan*, 770 F. 2d 202 — D. C. Circ. 1985); a invasão do domicílio de um cidadão mexicano, sem mandado, por agentes do Drug Enforcement Agency (*U.S. v. Verdugo — Urquidez*, já referido, etc. Sobre o tema, na doutrina americana, v. Jules Lobel, *The Constitution Abroad* e Andreas Lowenfeld, *U.S. Law Enforcement Abroad: The Constitution and International Law*, ambos publicados no *American Journal of International Law*, vol. 83, nº 4 (1989), pp. 871 e 880, respectivamente.

PERFIL CONSTITUCIONAL DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

MARIA CRISTINA DE CICCIO*

Sumário: 1. Âmbito de aplicação do instituto. Crítica às teses que sustentam a necessidade de que o adquirente seja uma instituição financeira. — 2. Crítica à posição que procura solucionar a questão com base na alienação fiduciária de ações nominativas de sociedades anônimas. — 3. Crítica à tentativa de individualizar a figura do adquirente distinguindo entre o texto originário e o modificado da lei em exame. — 4. Necessidade de levar em conta a previsão constitucional da possibilidade de prisão civil do depositário “infel” a quem é equiparado legalmente o alienante-fiduciário. Dúvidas sobre a legitimidade constitucional da norma. — 5. O desenvolvimento e a tutela do mercado como limites à aplicação do instituto. É inconcebível perseguir a tutela do mercado através da compressão do direito à liberdade pessoal do devedor. — 6. O perfil constitucional do instituto. Necessidade de “ler” as normas sobre a alienação fiduciária em garantia à luz dos valores expressos na Constituição de 1988. — 7. As diferenças fundamentais entre os institutos da alienação fiduciária e do depósito impedem a sua equiparação. — 8. A liberdade pessoal como manifestação tangível dos direitos fundamentais. A exigência de proteção da pessoa é realizável somente mediante uma atividade hermenêutica que tenda a evitar que os interesses mercantis comprimam aqueles próprios da pessoa. Atualidade da questão de legitimidade constitucional da disciplina em exame em relação ao Projeto do Código Civil que prevê uma análoga disciplina da propriedade fiduciária. — 9. Possibilidade concedida ao credor de indicar, a seu critério, os bens do devedor a serem penhorados como ulterior injustificado privilégio, a dano do devedor. — 10. Incidência e compatibilidade das regras ditadas pelo Código do Consumidor com a disciplina em exame.

* Professora de Direito Civil da Universidade de Camerino (Itália) e Professora Visitante da Faculdade de Direito da UERJ.

1. Desde a introdução no ordenamento brasileiro da alienação fiduciária em garantia, um dos problemas mais debatidos foi o relativo ao seu âmbito de aplicação, já que a lei nada estabeleceu relativamente aos pressupostos subjetivos, limitando-se a determinar que o seu objeto deveria ser um bem móvel. A colocação da alienação fiduciária em garantia no corpo da lei que disciplinou o Mercado de Capitais e criou medidas para o seu desenvolvimento suscitou uma questão interpretativa relativa à figura do adquirente-credor. A doutrina e a jurisprudência dominantes, optando por uma interpretação restritiva da lei, sustentam, com variedade de argumentação, a necessidade de que o adquirente-credor seja uma instituição financeira.

Sob essa ótica, alguns autores afirmam que o legislador criou um instituto que integra o sistema do mercado de capitais e não simplesmente “uma espécie de negócio jurídico” que possa ser utilizado “para a comodidade dos contratantes em simples relações de direito privado”: um negócio, em suma, que procure racionalizar as sociedades de investimento¹. Para outros, a introdução desse tipo de garantia é vinculada ao crédito direto ao consumidor², decorrendo daí a limitação do adquirente somente às instituições financeiras³. Uma outra corrente sustenta que a alienação fiduciária é inaplicável às “relações civis” porque contraria o princípio da causalidade do contrato e o monopólio das

Caixas Econômicas, o que seria admissível somente se realizado através de lei civil e não financeira e comercial⁴.

Tais orientações podem ser criticadas enquanto centradas na colocação do instituto no âmbito da lei sobre Mercado de Capitais. Primeiramente, pode-se observar que a própria lei nº 4.728 de 1965 reservou uma seção inteira (XI — artigos 53 a 59) à disciplina sobre a “tributação de rendas de títulos de crédito e ações”, assunto sabidamente estranho ao Mercado de Capitais⁵; disciplinou os aspectos penais de vários procedimentos; introduziu modificações à lei de sociedades por ações. Afirmou-se, também, que, em verdade, nada impede que em uma lei especial⁶ se encontre expresso um princípio de direito comum⁷. A tais teses, pode-se objetar que se é inegável que a alienação fiduciária em garantia representa um instrumento fundamental no funcionamento do crédito ao consumo, constituindo a principal modalidade de garantia utilizada no setor e principalmente pelas instituições financeiras, é de outro modo evidente que tal circunstância sozinha não autoriza sustentar uma espécie de exclusividade em favor de tais sociedades, dado que tal instrumento é largamente utilizado também por outras instituições que operam no setor financeiro. Impõe-se solução diversa, ao contrário, quando se trata de “autorizar” o uso da garantia também aos particulares.

Passível de crítica mostra-se a opinião pela qual a extensão do instituto às relações interprivadas comportaria a favor desses últimos um tratamento discriminatório na medida em que as instituições financeiras são sujeitas a controles, enquanto que os particulares estariam livres para realizar esse tipo de operação sem serem submetidos às exigências de controle⁸. A tese, além de não

1 Essa é a posição de BUZOID, A., *Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Revista dos Tribunais*, 1969, vol. 401, pág. 19, para quem a criação desse instituto responde a uma exigência do mercado financeiro, que mobiliza recursos de capital disponíveis e os aplica com ampla segurança, a fim de melhorar em modo vantajoso as operações de crédito.

2 Na Exposição de Motivos do projeto que se transformou no Decreto-lei nº 911 de 1969, o Ministro colocou em evidência que a reforma do instituto era necessária em virtude da importância crescente do crédito ao consumo e que a elaboração do projeto, em última análise, visava oferecer maiores garantias às operações realizadas pelas financeiras.

3 Assim, WALD, A., *Curso de Direito Civil, Obrigações e Contratos*, Rio de Janeiro, 1969, pág. 258; OPTIZ, O. e OPTIZ S.C.B., *Alienação Fiduciária em Garantia*, Rio de Janeiro, 1970, pág. 143; OLIVEIRA DEDA, A.O., *Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Revista Forense*, 1971, vol. 234, pág. 31; GOMES, O., *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª edição, São Paulo, 1971, pág. 54, que, todavia, na 3ª edição (1972) modificou a própria posição sustentando que “a afirmada intenção do legislador falta de valor hermenêutico. É possível que ele não quisesse introduzir uma nova figura para o uso dos contraentes em geral, mas nenhum motivo impede o seu emprego por parte de qualquer pessoa que, de comum acordo e no exercício da autonomia da vontade, adote o mecanismo de tal garantia”. O autor, todavia, na 4ª edição (1975) parece ter mudado novamente orientação quando afirma que “sustentar o monopólio da alienação fiduciária a favor das sociedades financeiras não exclui a possibilidade: 1ª da sua utilização por parte de entes públicos ou privados expressamente autorizados por lei a admiti-la; 2ª da sua constituição, em forma similar, tendo, portanto, a mesma finalidade mas no esquema da propriedade resolúvel, assim como previsto no Código Civil, ou ainda, como negócio indireto de fidúcia *cum creditore*, aos quais não se aplicam as regras particulares da alienação do Decreto-lei nº 911” (p. 187 ss.).

4 Nesse sentido PINTO FALCÃO, A., *Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Revista Forense*, 1970, vol. 230, pág. 401 ss.; ID., *Alienação Fiduciária em Garantia*, *ius novum de direito comum ou de texto excepcional*, in *Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara*, 1970, pág. 84 ss., para quem como o direito civil brasileiro, ao contrário daquele alemão, que conhece a transferência abstrata seja de bens imóveis seja de bens móveis, “não conhece como contrato típico abstrato o de “alienação”, mas sim uma série de atos e contratos típicos não-abstratos, que se incluem na categoria da alienação (gênero e espécies), o famoso art. 66 e seus parágrafos da Lei nº 4.727 de 1965, constitui *ius novum*, mas a desenvolver-se no âmbito daquela lei, que declaradamente tem cunho financeiro-comercial e não civil” (pág. 91); *contra*, MOREIRA ALVES, J.C., *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 110 ss.

5 Salientou esse fato CUNHA PEIXOTO, E. da, *Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Mensagem Econômica*, 1970, nº 194, pág. 110 ss.

6 Contesta a qualificação de lei especial à Lei nº 4.728 de 1965, justamente pela disparidade das matérias ali tratadas, FORSTER, N.J., *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª edição, Porto Alegre, 1976, pág. 152.

7 V., a propósito, MOREIRA ALVES, J.C., *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 114.

8 É o entendimento de BECK DA SILVA, L.A. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1990, pág. 32.

justificar efetivamente a escolha favorável à interpretação restritiva da disciplina, não leva em consideração o fato de que os controles e a vigilância no setor não se relacionam com o tipo de contrato ou de garantia utilizados pelos operadores, mas têm um significado mais amplo, compreendendo até atividades e atos que condicionam não só o início, mas também, o desenvolvimento do setor; eles são predispostos, de fato, para assegurar a probidade no decorrer das operações e a estabilidade patrimonial das instituições.

2. Em posição contrária colocam-se alguns autores que são propensos a uma interpretação “alargada”, com base no brocardo *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*⁹. Afirma-se, de fato, que quando o texto legal dispõe de modo amplo, sem limites evidentes, o intérprete deve aplicá-lo a todos os casos particulares que possam ser enquadrados na hipótese geral prevista explicitamente¹⁰. Não se percebe no texto da lei que enfocamos nenhuma referência específica às instituições financeiras; sempre que o legislador pretendeu a intervenção obrigatória de uma instituição financeira, afirma-se, o fez expressamente, como por exemplo no artigo 26 da mesma lei que, em relação às obrigações com cláusula de correção monetária, condiciona a emissão das debêntures à subscrição por parte das instituições financeiras especificamente autorizadas pelo Banco Central¹¹. Entre os seguidores da interpretação não restritiva da disciplina, há quem sustente, como fundamento da própria tese, que mesmo antes da criação do instituto, o ordenamento previa a alienação de ações nominativas de sociedades por ações¹², razão pela qual, *a fortiori*, deve-se

9 O primeiro autor a rechaçar a tese restritiva foi GOTTSCHALK, E.F., *Negócio Fiduciário*, in *Revista Forense*, 1970, vol. 230, pág. 397, que se declara “surpreso” ao verificar a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo — 6ª Câmara Cível, AI nº 176.242 de 13 de fevereiro de 1969, de restringir o âmbito de aplicação da lei a instituições financeiras, dado que tal restrição não decorre do texto da lei que, apesar de declarar que disciplina o mercado de capitais e de estabelecer medidas para o seu desenvolvimento, não se limita a regulamentar a atividade das sociedades financeiras. No mesmo sentido, ROCHA GUIMARÃES, J., *Aspectos da Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Revista Forense*, 1972, vol. 239, pág. 333; CUNHA PEIXOTO, E. da, *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 25; FORSTER, N.J., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 150 ss.

10 Assim, expressamente, MAXIMILIANO, C., *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1941, pág. 296.

11 Nesse sentido, SILVA, L.A. da, *Âmbito de aplicação da Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Revista Legislação Mineira*, 1970, pág. 1 ss.; ROCHA GUIMARÃES, J., *Aspectos da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 332 ss. Tais autores parecem preferir assim a técnica interpretativa do argumento *a contrario*; v., sobre esse ponto, TARELLO, G., “*Argomenti interpretativi*”, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, I, Torino, 1987, pág. 419 ss.; GUASTINI, R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato* coordenado por G. Iudica, P. Zatti, Milão, 1993, pág. 363 ss.

12 Assim, FORSTER, N.J., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 150 ss., na esteira de PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 23, 3ª edição, São Paulo, 1984, pág.

“admitir a alienação fiduciária de veículos e outros bens quando não participam as financeiras”¹³. A rigor, parece fugir a tal corrente doutrinária o fato de que, na realidade, nos encontramos diante de duas *fattispecie* diferentes. Uma coisa é falar de transferência em garantia em geral, que tem uma disciplina própria: no caso de negócio fiduciário, com a transferência da propriedade o fiduciário torna-se (temporariamente) proprietário do bem, mas deve restituir a propriedade ao fiduciante, ou em razão da resolução da propriedade *ipso iure*, ou porque verificou-se a condição suspensiva por ter surgido a obrigação de restituir¹⁴. Outra coisa, ao contrário, é a alienação fiduciária em garantia *ex* lei nº 4.728 de 1965, que apresenta características próprias incompatíveis com o negócio fiduciário puro.

3. Em posição parcialmente diversa, coloca-se quem, na tentativa de encontrar uma resposta adequada à questão, distingue o texto originário da lei nº 4.728 daquele modificado pelo Decreto-lei nº 911 de 1969¹⁵. Na sua forma primitiva, a disciplina em questão determinava que o contrato contivesse a indicação da taxa de juros, “se previsto”. O condicional usado pelo legislador levou os seguidores dessa tese a sustentar uma implícita possibilidade de que a alienação fiduciária em garantia fosse utilizada na hipótese de empréstimo gratuito, o que seria incompatível com as operações realizadas no mercado financeiro. Além disso, antes das modificações introduzidas, os princípios que disciplinavam o instituto determinavam uma situação de equilíbrio na tutela dos interesses do credor e do devedor, atribuindo a esse último uma proteção equivalente àquela do devedor pignoratício, anticrético ou hipotecário, na medida em que permitia reaver a eventual diferença entre o preço da venda e o valor da dívida e proibia, sob pena de nulidade, o pacto comissório. Tal equilíbrio, afirma-se, “dispensava, para a tutela do devedor, que o credor estivesse submetido à vigilância de qualquer órgão estatal”¹⁶. Além disso, não existia nenhum motivo de ordem pública que impusesse uma restrição de tal natureza; pelo contrário, a própria lei, ao criar a alienação fiduciária em garantia, reconheceu implicitamente a necessidade do instituto para melhor tutelar o crédito não só das financeiras, mas de qualquer particular, “o que, obviamente, inte-

287, que, todavia, faz uma referência geral à possibilidade de transferência fiduciária das ações no ordenamento brasileiro, “desde que sejam satisfeitos os pressupostos de forma e de conteúdo da transferência e que exista, a mais, a fidejussão”; mostra-se contrário à possibilidade de uma transferência em garantia das ações nominativas, MIRANDA VALVERDE, T. de, *Sociedades por Ações*, I, Rio de Janeiro, 1941, pág. 194.

13 Textualmente, FORSTER, N.J., *o.c.*, pág. 153.

14 Cfr. em propósito, PONTES DE MIRANDA, *o.c.*, págs. 287, 289.

15 Posição que adota MOREIRA ALVES, J.C., *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 106 ss.

16 MOREIRA ALVES, J.C., *o.c.*, pág. 117.

ressava também à vida econômica e à segurança jurídica do país”¹⁷. O Decreto-lei nº 911 no entender dessa teoria, apesar de ter previsto expressamente a sub-rogação do terceiro no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária, teria modificado o panorama anterior no momento em que incidiu negativamente e de modo considerável sobre a disciplina da defesa processual do devedor. A disciplina da ação de busca e apreensão limitou de tal forma a defesa do devedor que se tornou evidente a inaplicabilidade do instituto às relações privadas¹⁸. Ao devedor é defeso fazer qualquer alegação que não seja o pagamento ou o adimplemento das obrigações contratuais (artigo 3, par. 2), não podendo sequer invocar em sua defesa a inexistência da relação obrigacional ou a nulidade do financiamento garantido em virtude de juros usurários¹⁹. A tese em exame baseia-se principalmente no perigo de usura na medida em que afirma a ruptura do equilíbrio entre os interesses do credor e do devedor, dando-se preferência àquele. Desse modo, “para não chegar à iniquidade, facilitando-se a usura, é necessário interpretar restritivamente o termo *credor* utilizado genericamente no referido Decreto-lei”²⁰. Tal teoria admite contudo que o instituto seja utilizado não só pelas instituições financeiras, mas também pelos entes estatais e paraestatais que não se enquadram no âmbito das instituições financeiras como, por exemplo, os consórcios que se situam no quadro do sistema financeiro nacional e que se realizam sob a vigilância do poder público.

Uma tal concepção do problema, não obstante apresente o mérito de colocar em evidência a substancial paridade de função que desenvolvem as sociedades de financiamento e os entes estatais e paraestatais que operam com a poupança popular, não parece, porém, totalmente aceitável porque apresenta uma solução que não leva em consideração todos os aspectos essenciais do problema. De fato, se uma tal abordagem, à primeira vista, poderia parecer aceitável nos limites em que estende o raio de ação da disciplina a outras instituições além das financeiras e exclui a sua utilização pelos particulares, provoca não poucas perplexidades quando, centrando-se no perigo de usura, afirma que na hipótese de sub-rogação *ex* artigo 6 do Decreto-lei nº 911 o problema nem mesmo existe dado que o privado “sub-rogar-se-á no crédito que fora constituído em favor da instituição financeira ou da entidade estatal ou paraestatal”²¹. Nem se objete

17 MOREIRA ALVES, J.C., *o.l.u.c.*

18 MOREIRA ALVES, J.C., *o.c.*, pág. 118.

19 V., todavia, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Ap. nº 585.053.929, de 25 de março de 1985, *in* RJTJ do Rio Grande do Sul, 1986, vol. 166, pág. 417, que afirma que o devedor pode excepcionar a invalidade do contrato sobre o qual se baseia a ação de busca e apreensão.

20 MOREIRA ALVES, J.C., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 120.

21 MOREIRA ALVES, J.C., *o.c.*, pág. 120.

que a presunção de que gozam tais instituições como entidades de natureza pública, a vigilância à qual são submetidas e o interesse público que releva em tal caso justificam a predominância que se atribui à tutela do credor, comportando, por conseguinte, a diminuição do risco que sofre o devedor com a limitação à sua defesa²². Primeiramente, a limitação processual à defesa do devedor deriva diretamente da disciplina prevista para esse fim, podendo-se afirmar que é *in re ipsa*: o teor do artigo 6, além disso, não deixa dúvidas sobre o fato de que o privado sub-rogar-se-á também na garantia representada pela alienação fiduciária; isso significa que poderá propor as ações previstas pela disciplina em questão para satisfazer o próprio interesse, inclusive a busca e apreensão que, limitando o direito de defesa do devedor, impediria, segundo os seguidores dessa tese, a utilização do instituto por parte dos particulares e a ação de depósito que permite a prisão civil do devedor.

Não parece aceitável, também, a afirmação pela qual antes das modificações introduzidas pelo Decreto-lei nº 911 os princípios que disciplinavam o instituto determinavam uma situação de equilíbrio em relação à tutela dos interesses do credor e do devedor na medida em que previa a restituição do eventual saldo e proibia o pacto comissório (art. 66, par. 6)²³. Deixando de lado a circunstância de que a proibição do pacto comissório é prevista no Código Civil (artigo 765), consistindo, portanto, em um remédio de caráter geral já presente no ordenamento, é evidente que também na vigência do texto originário era manifesto o desequilíbrio que determinava, contra o devedor, a sua equiparação à figura do depositário, como teremos oportunidade de esclarecer.

Se é certo que na hipótese de crédito direto ao consumo, o adquirente poderá ser somente uma instituição financeira em virtude de expressa disposição do Banco Central e pelo fato de se tratar de atividade privativa desses sujeitos; que no caso de garantia da cédula de crédito industrial somente certas instituições podem operar nessa área sendo, portanto, a elas restritas as operações relativas e por conseguinte as garantias que as assistem (Decreto-lei nº 413 de 1969)²⁴; que a expressão “instituições financeiras” deve ser entendida em sentido amplo, incluindo também os entes estatais e paraestatais que operam no setor financeiro; é também verdade que não é possível fazer derivar, por exclusão, a possibilidade que os particulares utilizem essa forma de garantia nas hipóteses não compreendidas em tais espécies²⁵. Na realidade, as orientações passadas

22 MOREIRA ALVES, J.C., *o.l.c.*

23 Assim, MOREIRA ALVES, J.C., *o.c.*, pág. 117.

24 V., sobre esse ponto, PENALVA SANTOS, J.A., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 73, que oportunamente distingue “três formas de alienar-se fiduciariamente”, acrescentando às duas citadas no texto, uma terceira residual, na qual poderia participar, como adquirente, qualquer pessoa.

25 Assim, ao contrário, PENALVA SANTOS, J.A., *o.l.u.c.*, sem contudo motivar a própria afirmação.

em resenha não levam na devida consideração as características peculiares do instituto. A solução do problema, portanto, deve ser procurada enfrentando-se a questão sob um prisma diferente.

4. É justa a afirmação de que a disciplina do instituto prejudicou demasiadamente a defesa do devedor, impedindo-lhe de utilizar os meios de prova presentes no ordenamento e de propor exceções, mas essa afirmação não supera o problema relativo ao âmbito de aplicação da garantia. É oportuno esclarecer a propósito que a alienação em si é uma garantia perfeitamente adequada a tutelar os interesses das partes mesmo quando inserida nas relações interprivadas; o que a faz inadequada a esse fim é a equiparação do devedor à figura do depositário²⁶.

No direito brasileiro, como se sabe, é prevista constitucionalmente a possibilidade da prisão civil do depositário infiel²⁷, assim entendendo aquele depositário que não cumpre a própria obrigação de restituir, a pedido do credor, os bens recebidos em custódia. A diferença que existe entre devedor-alienante e depositário é manifesta: o “comprador a crédito” ainda que não tenha pago totalmente o preço e tenha alienado o bem em garantia ao próprio credor, considera-se como o verdadeiro e único proprietário do bem; o depositário (legal ou convencional), ao contrário, é aquele a quem alguém entrega bens de sua propriedade para a guarda²⁸ e, às vezes, a administração dos mesmos; ele, desde o início da relação sabe que guarda bem alheio e que quando o administra o faz com o objetivo de tornar eficaz o depósito. O “comprador a crédito”, por sua vez, age como verdadeiro proprietário e administra o bem de acordo com os próprios critérios e a benefício pessoal. A disciplina do depósito prevista no

Código Civil, a bem ver, exorbita da finalidade do negócio de garantia. É suficiente pensar na obrigação de imediata restituição do bem a pedido do depositante (artigo 1.265)²⁹, na inversão do ônus da prova do caso fortuito que prevê uma culpa *iuris tantum* (artigo 1.277), e, principalmente, na constrição à restituição do bem através da prisão civil (artigo 1.287)³⁰. Uma confirmação dessa asserção é possível encontrar na norma *ex* artigo 1, par. 9 do Decreto-lei nº 911 de 1969, com a qual o legislador nega ao devedor-alienante o direito de retenção³¹ do bem pelas despesas e os danos decorrentes do depósito³².

Remetendo o estudo da questão sob o perfil constitucional ao parágrafo específico, pode-se, todavia, relevar a incompatibilidade da disciplina entre as duas figuras que, em um sistema caracterizado pelo respeito ao princípio da legalidade, deveria levar à eliminação da ficção jurídica à qual recorreu o legislador de 1965, com o fim declarado de contribuir ao desenvolvimento do mercado. A gravidade da disciplina do depósito, com o risco da prisão civil que acarreta, deveria induzir o intérprete a uma prudente avaliação do fenômeno, coisa que até agora a doutrina³³ e a jurisprudência que se ocuparam do problema, com algumas pequenas exceções³⁴, recusaram-se a fazer. A orientação domi-

29 Sobre esse ponto, cfr. BARROS MONTEIRO, W. de, *o.u.c.*, pág. 227 s.

30 Sobre o assunto, cfr. a interessante análise feita por ARAÚJO LIMA, P.B. de, *Considerações em torno da Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Revista Forense*, 1971, vol. 236, pág. 400 ss.

31 Cfr., em propósito, GOMES, O., *Contratos*, 6ª edição, Rio de Janeiro, 1977, pág. 403 ss., esp. pág. 408.

32 Cfr. PENALVA SANTOS, J.A., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 73, que evidencia outros problemas correlatos ao direito de retenção não resolvidos pelo Decreto-lei nº 911. Primeiramente, no caso de veículos, o DETRAN pode seqüestrar o veículo objeto da garantia até o pagamento das multas devidas pelo devedor-alienante; se, face a inadimplência, o credor pedir a busca e apreensão do bem, o Órgão pode recusar-se a entregá-lo até o pagamento integral da quantia que lhe é devida. Nesse caso, se o devedor não possuir outros bens ou então desaparecer, o credor, para reaver o veículo deverá efetuar o pagamento da dívida, o que nem sempre é oportuno, principalmente se o seu valor for elevado. A outra hipótese que ficou sem solução é quando o carro se encontra em uma oficina mecânica e o seu proprietário, no momento da busca e apreensão, alega o direito de retenção que lhe compete.

33 Cfr. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, São Paulo, 1968, pág. 252; CARVALHO, M.P. de, *Da proteção processual da alienação fiduciária em garantia*, cit., pág. 335; RESTIFFE NETO, P. *Constitucionalidade da prisão do fiduciante infiel*, in *RT Informa*, 1973, pág. 29; FORSTER, N.J., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., págs. 168 e 138 s.; GOMES, O., *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª edição, cit., pág. 122; MOREIRA ALVES, J.C., *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 235.

34 Cfr., de fato, JACOBINA RABELLO, J.G., *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*, cit., TEPEDINO, G., *Efeitos da crise econômica na execução dos contratos*, in *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 1995, n. 2, p. 199 ss.; VILLAÇA AZEVEDO, A., *Prisão Civil por Dívidas*, cit.

26 V., de fato, TJ do Estado de Minas Gerais — 3ª Câmara Cível, Ap. nº 40.332 de 3 de outubro de 1974, in *RT*, 1975, vol. 476, pág. 211 ss. e in LIMONGI FRANÇA, R., *Jurisprudência dos Contratos*, São Paulo, 1977, pág. 355 ss., o qual afirma que a alienação fiduciária em garantia não constitui privilégio exclusivo das financeiras, “podendo ser utilizado por qualquer pessoa”. Todavia, esclarece mais à frente, a obrigação garantida deve representar uma alienação do devedor ao credor, devendo, assim, o juiz examinar com atenção a possibilidade de um negócio simulado com o escopo de aproveitar dos privilégios concedidos pelo instituto ao credor. Tais privilégios “São exceções no direito brasileiro que não podem ser estendidos por analogia”. No mesmo sentido manifestaram-se: TJ do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível, Ap. nº 587.051.400; TJ do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível, Ap. nº 586.043.093, ambas in BECK DA SILVA, L.A., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 103 ss.

27 Relewa que na hipótese do depositário infiel somente “a tradição da prisão pela ruptura da confiança do depositante em relação ao depositário continua a justificá-la”, JACOBINA RABELLO, J.G., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 98.

28 A *custodia rei* é a própria essência do contrato, por isso, para que fique configurado o depósito, é necessário que a guarda do bem resulte do contrato como fim precípua: assim BARROS MONTEIRO, W. de, *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*, 2, 22ª edição, São Paulo, Saraiva, 1988, pág. 226, e *ivi* indicações jurisprudenciais.

nante, de fato, limitou-se, um pouco apressadamente, a afirmar que apesar da divergência entre as duas figuras, é admissível a ação de depósito e a prisão civil do alienante porque é a própria lei que o considera depositário com todas as responsabilidades e as obrigações que derivam dessa posição, de acordo com as leis civil e penal. Tal equiparação, afirma-se, não é proibida e não contraria a Constituição dado que somente na hipótese em que não seja possível localizar o bem será admissível a prisão civil “permanecendo inabalável o princípio consagrado no texto constitucional”³⁵. A rigor, porém, a Constituição é clara ao declarar a proibição da prisão civil, com a única exceção representada pelas hipóteses de inadimplemento de obrigação alimentar e do depositário infiel. Tal princípio, incidindo sobre o primário direito fundamental à liberdade pessoal e sobre a dignidade humana, não pode ser interpretado extensivamente se de tal procedimento hermenêutico decorre um resultado negativo à pessoa. Nem seria possível objetar que o referido comportamento do legislador não seria lesivo da norma constitucional na medida em que a prisão, na espécie, não tem natureza penal, mas sim, de sanção civil³⁶ e que portanto não incorreria em violação do princípio *nullun crimen sine lege*. A tutela civilística reservada ao credor-adquirente, já bem intensa, é, no caso em espécie, reforçada por uma forma de restrição da liberdade pessoal ao fim de consentir uma certa efetividade da recuperação do bem através da ameaça de prisão. Não se pode negar a evidência de que, de natureza penal ou não, a sanção comporta a privação da liberdade do devedor, o que, em um Estado de Direito, deveria acontecer somente nos casos expressamente previstos por lei.

Das argumentações apresentadas deriva o absurdo de que os particulares possam usufruir de um tipo de coerção assim grave e lesiva da dignidade da pessoa com o fim de obter maior segurança para a satisfação dos próprios interesses. À parte a duvidosa legitimidade da equiparação referida, também no caso de uma aplicação restrita da alienação fiduciária, ou seja, limitada somente às instituições financeiras em sentido amplo, há sempre o fato que não parece lícito que o legislador se arrogue o direito de “criar” novas figuras de depositário, alargando de modo despropositado o raio de abrangência da exceção ao princípio constitucional da proibição de prisão por dívida. A hipótese específica de inadimplemento em questão, além disso, não alcança absolutamente um nível

35 Textualmente, na esteira de NEGRISOLLO, F., *Da ação de depósito no contrato de alienação fiduciária em garantia*, in *Justitia*, órgão do Ministério Público de São Paulo, 1975, pág. 89, BECK DA SILVA, L.A., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 83, que afirma ser estranho que o direito positivo brasileiro contemple outras situações de equiparação ao depositário, como por exemplo os administradores de armazéns gerais, sem que tenham sido “levantadas tantas vozes contrárias” (pág. 84).

36 Sustenta a natureza civil da sanção, SILVA PEREIRA, C.M. da, *Instituições de Direito Civil*, III, cit., pág. 322.

de gravidade tal que resulte intolerável para o contexto social, mesmo porque é perfeitamente remediável através do recurso às formas de tutela civil.

O credor tem à disposição diversos meios para tutelar o próprio interesse, não só a busca e apreensão mas, por exemplo, também a execução. Na hipótese em que o devedor seja uma pessoa jurídica e não uma pessoa física, dificilmente o credor recorrerá à prisão civil se o bem não for encontrado. Nesse caso, por uma questão prática, o credor privilegiará a execução, excutindo os bens necessários para pagar-se. A prisão civil, de fato, além de ser um instituto anacrônico, não se justifica nem sob a ótica da função satisfatória porque de *per si* não trará nenhum resultado útil ao credor. Se o devedor não possuir bens, o credor deverá conformar-se a sofrer os danos decorrentes do inadimplemento, em nada beneficiando-lhe a prisão do devedor. Se, ao contrário, existirem outros bens no patrimônio, o credor, utilizando a faculdade que lhe atribui a lei (art. 5 do Decreto-lei nº 911), poderá satisfazer as próprias razões recorrendo à execução. Vê-se, então, como a sanção em exame exorbita manifestamente dos objetivos que visa a alcançar, até aniquilá-los, já que a prisão acarreta para o devedor-pessoa física a impossibilidade temporânea de produzir para si e para sua família. No caso de pessoa jurídica, apesar da impossibilidade de prisão civil do representante, a ação de depósito acarreta de qualquer modo a perda de credibilidade de frente ao mercado, com possíveis conseqüências danosas ao mesmo mercado que se quer tutelar com a disciplina em exame. A sanção, como se sabe, pode desenvolver várias funções, ou seja, pode ser repressiva, reparativa ou promocional, constituindo uma certeza que, enquanto predisposta, exerce sempre uma função mínima de prevenção³⁷. Na hipótese em consideração, essa função é com certeza repressiva na medida em que visa a castigar a pessoa do devedor pelo seu comportamento não correto em relação ao credor³⁸. Mas a sanção, principalmente aquela repressiva, deve ser idônea ao objetivo e não fim em si mesma³⁹. Procurou-se demonstrar a inutilidade da prisão civil

37 Assim, GAVAZZA, G., *Sanzione, I) Teoria generale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1992, n. 7, pág. 5 ss.

38 E, poder-se-ia dizer, não da sociedade porque apesar do seu comportamento reprovável, não é mais de quanto não seja aquele de um normal devedor, fora de um contrato de alienação fiduciária em garantia que não cumpre as próprias obrigações e ao qual (justamente) não é cominada uma sanção restritiva da liberdade pessoal.

39 Ensina BOBBIO, N., *Sanzione*, in *Novissimo digesto italiano*, XVI, Torino, UTET, 1969, pág. 530 ss., que as sanções, como medidas de conservação do sistema, consideram “la violazione come un evento negativo dell’ordine sociale che deve essere in un modo o nell’altro espiato”; “hanno una funzione impeditiva, se pure indiretta, in virtù della minaccia che contengono di un male futuro e hanno como scopo ultimo la restaurazione di un ordine turbato” (pág. 537). Mais adiante, o autor evidencia que uma sanção jurídica, como resposta a uma violação, “non consiste quasi mai direttamente in un atto di forza”, resolvendo-se, geralmente, em uma

para alcançar o objetivo para o qual foi predisposta; isso nos autoriza a reafirmar que, na realidade, o verdadeiro motivo que levou o legislador a prever esse tipo de sanção através da equiparação do devedor ao depositário, foi somente aquele de oferecer ao credor um instrumento (eficaz) de pressão psicológica para constranger o devedor ao adimplemento⁴⁰. Sobre a legitimidade de uma tal opção é lícito duvidar, principalmente em um Estado de Direito moldado no princípio da legalidade que, se no momento da promulgação da lei era assente, hoje representa a característica fundamental do ordenamento brasileiro⁴¹.

5. Se o desenvolvimento e a tutela do mercado representam os dados de suporte do juízo de valor por parte do ordenamento em relação à figura em exame, eles, todavia, assinalam, contemporaneamente, também o limite do seu âmbito de aplicação. Isso decorre de uma intrínseca exigência de razoabilidade sistemática que liga a interpretação da norma ao princípio do qual essa é expressão. A tutela do mercado, de fato, não pode ser fim em si mesma, mas deve ser predisposta de modo tal que não sacrifique ulteriores e relevantes interesses de outras categorias sociais⁴². O legislador tem o dever de coordenar os interesses em jogo e de prestar atenção especial à exigência de tutela do hipossuficiente. À falta de tal coordenação, é tarefa do intérprete, na hipótese em exame, encontrar um ponto de mediação entre o interesse do credor-financiador a obter sempre maiores garantias para satisfazer o próprio crédito, comportando, como consequência, uma maior segurança do sistema econômico, e a exigência de tutela do devedor ou consumidor. Assim, se o fim almejado é o desenvolvimento do mercado, não é suficiente assegurar aos operadores no sistema financeiro os instrumentos jurídicos para garantir uma imediata recuperação das quantias emprestadas, sendo necessário assegurar também um certo equilíbrio entre as antagônicas posições, para evitar o aniquilamento dos valores relativos à pessoa humana. É inconcebível que a tutela do crédito seja perseguida através da compressão do direito à liberdade pessoal do devedor. O sacrifício

obrigação secundária, como pode ser o ressarcimento do dano, o pagamento de uma multa, etc. Nesses casos, “la conseguenza spiacevole, in cui consiste la risposta alla violazione è unicamente di natura patrimoniale”, do momento em que “l’impedimento o il male fisico in cui consiste l’uso della forza stanno magari sullo sfondo, ma non sono essi stessi la sanzione” (pág. 538).

40 Isso é reconhecido expressamente pela 2ª STF, in RTJ, RE n. 100.351-SP de 12 de novembro de 1985, in *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 1986, vol. 116, pág. 1.074, o qual afirma que a prisão civil é mera técnica processual de coerção.

41 Sustenta a ilegalidade da norma que prevê a equiparação do alienante ao depositário, FERRAZ NOGUEIRA, A. de P., na declaração de voto expressa no Agravo de Instrumento nº 536.643-8 de 5 de outubro de 1993, 3ª Câmara Cível do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, in *Lex — Julgados do Tribunal de Alçada de São Paulo*, 1994, pág. 90.

42 Para análogas considerações em relação à atividade de empresa, LISERRE, A., *Tutele costituzionali dell’autonomia privata, Profili preliminari*, Milão, Giuffrè, 1971, p. 47 ss.

que decorre, de fato, não pode servir como justificativa ou não pode, de qualquer jeito, traduzir-se em uma vantagem para a economia pública.

6. Ter analisado o âmbito de ação do instituto e a sua possível utilização nas relações privadas, oferece a oportunidade de enfrentar outro aspecto do problema, até agora pouco desenvolvido pela doutrina que se ocupou do estudo desta figura; isso porque os autores que até então trataram a matéria limitaram-se à sistematização teórica do instituto. Não parece porém que seja possível prescindir da análise dos perfis relativos à tutela dada ao devedor e, conseqüentemente, da necessidade de individuar regras de comportamento para as partes do contrato.

A regulamentação legal privilegiou principalmente as exigências de defesa do credor, tendência que encontra (talvez) justificativa na necessidade de tutela do mercado⁴³. Para tanto, vista a previsão da exceção ao princípio da proibição da prisão por dívidas em relação ao depositário infiel, o legislador equiparou o devedor-alienante à figura do depositário; o que acarreta como consequência a possibilidade da prisão civil⁴⁴ no caso de não restituição do bem objeto da garantia (artigo 1.287 Código Civil). É necessário evidenciar, todavia, que a tutela do mercado não pode ser atuada com prejuízo dos direitos e, *a fortiori*, da dignidade da pessoa. Nesta perspectiva, causa perplexidade a afirmação do Supremo Tribunal Federal de que “Pretender-se limitar a permissão constitucional da prisão civil tão-somente, aos casos de depósito típicos, seria vedar ao legislador os meios próprios e adequados à garantia dos bens financiados e necessários ao desenvolvimento comercial e industrial do País [...]”⁴⁵. Se,

43 Releva o fim utilitarista que está subentendido na escolha do legislador, J.G. JACOBINA RABELLO, *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*, 2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1987, pág. 104 ss.

44 Segundo J.X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Comercial*, VI, Parte Segunda, Rio de Janeiro, 1938, pág. 438, a prisão do devedor neste caso não é “propriamente uma pena, mas o meio coercitivo para o depositário infiel restituir o objeto confiado à sua guarda”; para E. MAGALHÃES NORONHA, trata-se de uma das hipóteses de pena provisória previstas no artigo 34 do Código Penal; em sentido contrário v. N. HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, VII, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1958, pág. 147.

45 STF, 2ª Turma, RE 80.789-SP de 11 de abril de 1975, Rel. Min. Cordeiro Guerra, in *Revista dos Tribunais*, 1975, vol. 476, pág. 264 ss. Substancialmente conforme a esse entendimento mostram-se MOREIRA ALVES, J.C., *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1987, pág. 27 ss., para quem é “compreensível que o legislador tenha estendido a exceção constitucional da prisão civil por infidelidade do depositário ao regular a alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei n. 911 de 1-10-1969, artigo 4), visando impor ao fiduciante as responsabilidades civil e penal inerentes à figura do depositário, onde não há contrato de depósito, mas depósito legal ou necessário, instituído na Lei sobre Mercado de Capitais, já que era sua intenção reforçar necessariamente os meios de segurança das instituições de crédito e financiamento ao consumidor direto dos bens de produção, que exercem função

porém, no momento da promulgação da Lei n. 4.728 e sucessivas modificações os fatores sócio-político-econômicos forneciam uma aparência de justificativa à gravidade do sistema de garantia predisposto a favor do credor⁴⁶, a normalização da situação política com a volta ao Estado de Direito⁴⁷ e, sucessivamente, a promulgação da nova Constituição de 1988 não podem deixar de incidir sobre a análise do instituto em exame, em relação ao qual o intérprete não pode (e não deve) renunciar a uma atividade de controle.

Os princípios e os objetivos fundamentais da República estão fixados nos artigos 1 e 3, evidenciando-se entre eles o previsto no artigo 1, III — a dignidade da pessoa humana. Tais preceitos são os princípios informadores de toda a ordem constitucional; o inteiro capítulo relativo à ordem econômica e social (artigos 170-192), por sua vez, é informado pelos princípios solidaristas e humanitários. É opinião comum na doutrina alienígena que o legislador não pode ficar indiferente em presença das escolhas precisas feitas pelo Constituinte; por conseguinte, a lei ordinária poderá somente especificar os princípios já existentes no ordenamento a nível constitucional, procurando evitar a discrepância que continuamente se produz entre a realidade jurídica e a realidade social.

Nessa ótica, o aspecto da disciplina que provoca maior perplexidade, justamente pela excepcionalidade da hipótese de prisão civil⁴⁸, é exatamente a

relevante no sistema financeiro e na política de desenvolvimento do País”; CARVALHO, M.P. de, *Da Proteção Processual da Alienação Fiduciária em Garantia*, in *Revista Forense*, 1971, vol. 233, pág. 335.

46 Justamente, portanto, AZAMBUJA, R.R.B., *Desafio ao Direito, Correio do Povo*, 9 de agosto de 1979, evidenciou que “Não se coaduna com o Estado de Direito uma legislação casuística e personalista no mau sentido, fruto da ausência gradativa dos juristas na feitura das leis, ou dos regimes de força, em que o Direito fica ao sabor das conveniências”.

47 É importante sublinhar que já então, sob a vigência do regime militar, alguns Juízes mais sensíveis acharam oportuno interpretar restritivamente a norma que prevê a prisão civil do alienante. Cfr., de fato, Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo de 1969 e de 1972, onde se lê que “Quando a Constituição falou de depositário infiel, quis esclarecer que somente este seria sujeito àquela medida. Não quis ampliar a aplicação da coerção e nem mesmo deixar ao arbítrio do legislador ordinário. Se assim não fosse, através de uma cadeia de equiparações sem limites, o legislador alcançaria os responsáveis por dívidas civis, sendo suficiente a tal fim que o texto legal, contrariando os princípios transformasse os devedores em depositários ou responsáveis por dívidas alimentares”. Já SAMPAIO DÓRIA, A. de, *Direito Constitucional*, São Paulo, 1960, vol. 4, p. 683, havia sustentado tese análoga quando afirmou que “o que o bom senso repele, é responder a liberdade individual pelo pagamento de dívidas, salvo em caso de fraude. A liberdade poderá responder pela fraude, e não pela dívida em si”. Acrescente-se, também, que a própria natureza da matéria regulada impõe uma interpretação restritiva: nesse sentido, 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, 3ª Câmara, AI 5 de outubro de 1993, n. 536643-8, in *Lex — Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo*, 1994, p. 87 ss.

48 Sustenta justamente CAVALCANTI LUNA, J.B., *Reserva de Domínio*, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, 1973, n. 28, pág. 24, que

equiparação do alienante à figura do depositário⁴⁹, e conseqüentemente, a admissibilidade da prisão civil no caso de infidelidade na execução da obrigação de restituição do bem. Isto porque o legislador ordinário brasileiro, confiante na possibilidade que oferece a disciplina do depósito (que neste contexto exerce o papel de instrumento eficaz de pressão psicológica sobre o devedor⁵⁰), ilegitimamente, estendeu o alcance do conceito do instituto, de modo que a prisão civil, cuja previsão nos tempos modernos é, por si só, reprovável⁵¹, acaba por alcançar um raio de incidência muito maior em relação ao primitivo⁵². O

“Pelo medieval Decreto n. 911, o indigitado comprador, transformado, contra a manifestada vontade contratual, em depositário infiel, sofre “*capitis diminutio*” que a cultura jurídica dos povos civilizados já havia profligado, em boa e saudosa hora”.

49 A artificialidade da ficção utilizada pelo legislador é sustentada por ARAÚJO LIMA, P.B. de, *Considerações em torno da Alienação Fiduciária*, in *Revista Forense*, 1971, vol. 236, pág. 401 ss., o qual acha suficiente para a tutela das pretensões creditórias a ação de busca e apreensão e ao mesmo tempo adverte os operadores sobre o risco de “forçar” a lei com o objetivo de obter uma “responsabilidade subsidiária” e de provocar prisões, já que “o doente poderia morrer por excesso de remédio” (pág. 402).

50 Adverte que o devedor, quando adquire um bem a prestação que depois alienará fiduciariamente não tem em mente a possibilidade de prisão, JACOBINA RABELLO, J.G., *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*, cit., pág. 102.

51 Apesar disso, a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 14 de novembro de 1950 admite que uma pessoa possa ser privada da liberdade com o fim de garantir a execução de uma obrigação estabelecida na lei: artigo 5, n. 1. No ordenamento italiano, também, a prisão por dívidas foi ab-rogada completamente somente com a reforma de 1942: cfr., RICCA, L. *Debiti (arresto personale per)*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milão, Giuffrè, 1962, pág. 740 ss., o qual afirma que “l’abolizione dell’istituto di cui si è trattato non è tanto dovuta alla sovrana potestà quanto alla sensibilità del legislatore, interprete di una esigenza generale di ordine sociale, che si impone come fondamentale tendenza dell’intero sistema” (pág. 743). Na Itália ainda vige a norma *ex* artigo 10 do *regio decreto legge* de 15 de março de 1927, que prevê a reclusão de até seis meses para o possuidor ou o detentor que destrua ou estrague o autoveículo objeto do privilégio ali previsto e devidamente inscrito, ou, então, o esconda, ou, de qualquer jeito, o subtraia da garantia do credor.

No plano internacional, deve-se relevar que também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José, 22 de novembro de 1969, com entrada em vigor no Brasil dia 25 de setembro de 1992, ratificada com Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992 (*DOU* de 9 de novembro de 1992) exprime o princípio da proibição da prisão por dívidas, com exceção das dívidas alimentares: art. 7 “Direito à Liberdade Pessoal. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

52 Assim, JACOBINA RABELLO, J.G., *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*, cit., pág. 1.

problema que surge, portanto, é o de verificar a compatibilidade de tal disciplina com os princípios vigentes no ordenamento, seja em relação ao momento da promulgação da lei que disciplina a alienação fiduciária em garantia, seja em relação ao momento atual, na vigência da nova Constituição.

Ao equiparar o devedor-alienante ao depositário, a intenção do legislador foi, expressamente, a de reforçar (abundantemente) a garantia do credor que financia a compra de produtos, com a ameaça de prisão civil⁵³. A ficção jurídica foi necessária devido a proibição constitucional da prisão por dívidas, com exceção da hipótese de depositário infiel e de inadimplemento de obrigação alimentar⁵⁴. A Constituição de 1988, apesar do seu caráter super garantista, colocado em evidência pelo longo elenco de direitos fundamentais⁵⁵, manteve as exceções já mencionadas ao princípio da proibição de prisão por dívidas; exceções que, justamente porque comprimem uma liberdade — aquela pessoal — deverão ser interpretadas restritivamente⁵⁶. Já foi evidenciado que o legisla-

Desde a sua previsão no Código Civil de 1916, o legislador ordinário prescreveu a prisão civil para a hipótese de dívida garantida por penhor rural (lei 30 de agosto de 1937, nº 492); para o caso de não cumprimento da prestação alimentícia (artigo 920, código de processo civil de 1939); o Decreto-lei nº 7.661 de 1945 a prescreveu para o falido que é inadimplente de qualquer das obrigações impostas pela lei; a Lei nº 5.478 de 1968, sobre alimentos. Uma outra hipótese equivalente pode ser encontrada no Decreto-lei nº 167 de 14 de fevereiro de 1967, que equipara o emitente de títulos de crédito rural ou os terceiros dadores de garantia real ao depositário (artigo 17) e, em modo similar, no Decreto-lei nº 413 de 9 de janeiro de 1969, sobre títulos de crédito industrial (artigo 28).

53 V., sobre esse ponto, JACOBINA RABELLO, J.G., *o.u.c.*, pág. 102 ss., esp. 106, para quem o legislador ordinário, na alienação fiduciária, tomou em consideração “a liberdade das partes de contratar a perda do direito de ir e vir, mesmo se de modo passageiro e por sentença do juiz, quando o próprio constituinte, neste sagrado campo, tinha imposto restrições à ação do Estado”.

54 Em relação à dívida alimentar, o ordenamento italiano prevê sanções especiais, também no campo penal, já que essa hipótese de inadimplência integra a figura penal de violação das obrigações de assistência familiar (artigo 570 código penal).

55 Característica das constituições pós-revolucionárias (sobre esse ponto, seja consentido remeter a DE CICCIO, M.C., *I diritti fondamentali nel diritto portoghese*, in *Scritti*, Camerino, 1994, pág. 53 ss.), ainda que não se possa afirmar que a Lei Maior do Brasil seja consequência de uma verdadeira revolução, mas de uma reação à chamada “Revolução de 1964”. Como evidenciou BITTAR, C.A., *A Constituição de 1988 e sua Interpretação*, in *Revista dos Tribunais*, 1988, vol. 635, pág. 32 ss., a Constituição brasileira instituiu uma nova ordem constitucional no País, reformulando a estrutura do Estado brasileiro, definindo as suas relações com os concidadãos e com o Exterior e traçando parâmetros para a regulamentação da vida privada no País. Ela foi elaborada na perspectiva de introduzir uma ordem democrática, amplamente participativa que privilegiasse os direitos individuais. O constituinte, talvez com uma excessiva regulamentação analítica, preocupou-se não só com a personalidade do indivíduo, mas também com a tutela dos direitos sociais e dos direitos coletivos ou difusos.

56 Afirma que a prisão civil do devedor prevista na lei n. 4.728 de 1965 “não ofende a Constituição porque a própria lei o constitui depositário”, STF, RE 84.779-PR, de 17 de março de 1976.

dor deve legislar respeitando os valores fundamentais do ordenamento⁵⁷, sendo trabalho do intérprete verificar se a norma, jamais modificada, não tenha assumido no contexto geral significado e conteúdo diferentes daqueles originários⁵⁸; de modo que, em uma visão sistemática, ele não possa se afastar dos seus princípios fundamentais⁵⁹. Causa, portanto, alguma perplexidade a afirmação dos juízes do Superior Tribunal de Justiça⁶⁰, pela qual, como a Constituição de

57 Cfr. a afirmação de FERREIRA FILHO, M.G., *Direito Constitucional Comparado: O Poder Constituinte*, São Paulo, 1974, vol. 1, pág. 117, para quem a ordem jurídica volta ao ponto inicial sempre que uma Constituição se torna eficaz e que as leis devem ser elaboradas de acordo com a Constituição. Todavia, salvo incompatibilidades entre a legislação ordinária anterior e as normas da nova Constituição, considera-se que estas normas ordinárias fiquem válidas e eficazes (pág. 116). O autor evidencia que a legislação anterior à Constituição persiste “seja por determinação expressa, seja à falta de determinação expressa, desde que não seja incompatível com a Constituição nova” (pág. 117). V., todavia, o pensamento expresso pelo autor em *Prisão de Depositário Infiel*, in *Revista dos Tribunais*, 1994, vol. 705, p. 39 ss., onde (fazendo própria a afirmação de C. MAXIMILIANO, *Heremênutica e Aplicação do Direito*, cit., pela qual “Forte é a presunção de constitucionalidade de um ato ou de uma interpretação, quando datam de um grande número de anos”), sustenta que a alienação fiduciária em garantia está presente no ordenamento há quase trinta anos e que “somente agora solevou-se a inconstitucionalidade da prisão civil em questões dela decorrentes” (p. 41), para concluir, depois, em favor da tese da constitucionalidade da prisão do alienante fiduciário deduzindo que “Ora, do art. 5, LXVII claramente se deduz que a Lei Maior brasileira não coloca a liberdade acima de qualquer crédito” (pelo contrário, prefere o crédito alimentar a ela) (p. 44).

58 Assim, PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2ª edição, Nápoles, ESI, 1991, pág. 212, segundo o qual, a interpretação é, por definição, lógico-sistemática e teleológico-axiológica, isto é, finalizada à atuação dos novos valores constitucionais. Sobre o assunto, v., a interessante afirmação de ESSER, J., *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di S. Patti e G. Zaccaria, 1ª edição, Nápoles, ESI, 1983, pág. 118 ss., sobre a “atualização” da *ratio legis* da parte do intérprete. Para o autor, “l’applicazione della legge si basa su di un’interpretazione in cui giocano un ruolo essenziale fattori assiologico-valutativi”; mas, v. já BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed. rev. e ampl. por G. Crifò, Milão, 1971, pág. 261 ss.

59 No mesmo sentido do texto, MARINHO, J., *Perspectivas do controle de constitucionalidade*, in *Revista de Direito Público*, 1978, pág. 24, para quem “em questões fundamentais de direitos e de política, relativos à liberdade humana [...] a letra dos textos legais deve ser submetida a comparação severa com as idéias e os conceitos admitidos na Constituição”.

60 É a tese do Ministro Paulo Brossard em pedido de HC decidido em sentido desfavorável pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, feita própria pelo Ministro-Relator Anselmo Santiago, STJ, 6ª Câmara, HC n. 2.771-0-DF de 21 de março de 1995, que, reformando a decisão precedente, concedeu ordem de habeas-corpus por maioria de votos, in *DJU*, 5 de junho de 1995. O Ministro baseia a própria tese na posição de RUI BARBOSA, *Obras Completas*, XXIII, Rio de Janeiro, 1896, III, p. 238, para quem, a definição das instituições não definidas no texto constitucional, encontra-se nas leis, na jurisprudência, nas tradições, nas idéias vigentes no tempo em que foi emanado o texto. Nesta perspectiva, assume importância

1988, ao prever as exceções à proibição de prisão por dívidas, reproduz o texto das Constituições precedentes, “entende-se mantida a exegese anteriormente construída”; além do mais, prosseguem, quando a Constituição se reporta a um conceito jurídico estruturado pela legislação ordinária, deve-se entender que ela se refere ao conceito assim como admitido no direito anterior, no qual a Constituição irá inserir-se.

A pessoa humana está no ápice dos valores do ordenamento, razão pela qual propriedade, empresa e mercado ficam funcionalizados à realização daquele valor. É, de fato, o próprio texto constitucional que determina que a ordem econômica tem como fim assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social. A expressão “função social” da propriedade presente no artigo 5, XXIII, (relativo aos direitos e garantias fundamentais⁶¹), identifica-se nos interesses “destinados à atuação da pessoa humana na sua completa dignidade também social”⁶². Os novos valores presentes no ordenamento impõem uma reflexão que leve definitivamente à superação dos enfoques cristalizados da doutrina brasileira e que dê o justo realce à decisiva funcionalização das situações patrimoniais aos valores sociais e existenciais⁶³, na lógica do sistema oferecida pelos valores constitucionais. Para avaliar a importância desse tipo de abordagem, é suficiente ler a recente decisão do STF em *habeas corpus* impetrado contra um mandado de segurança, na matéria que estamos examinando. O impetrante aduziu em sua defesa a inconstitucionalidade da norma, fazendo referência expressa à Convenção sobre Direitos Humanos de Costa Rica, da qual o Brasil é firmatário, que confirma a proibição da prisão por dívidas, salvo o caso de inadimplemento de obrigação alimentar. Alegando que o Pacto de San José é “um Tratado de princípios gerais que nem mesmo

a lição de TRABUCCHI, A., *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 2, Milão, Giuffrè, 1978, p. 2.074, no sentido que “il diritto da rispettare nella legalità non è la storia passata, ma tocca una vita che continuamente si rinnova”.

61 A preocupação pela função social da propriedade estava já presente nas Constituições de 1946 (artigo 147) e de 1967 (artigo 160, III), com a diferença que nesses textos, a função social era expressão de um princípio de ordem econômica e social, enquanto que na nova Constituição assume a dignidade de direito fundamental.

62 PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Camerino-Nápoles, Jovene, 1971, p. 9 ss.; ID., *Il diritto nella legalità costituzionale*, cit., p. 447 ss.

63 Isto foi muito bem evidenciado por TEPEDINO, G., *Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988*, in *Rassegna di diritto civile*, Nápoles, ESI, n. 1 de 1991, pág. 96 ss., o qual afirma que “A prescindere dalle pressioni corporative esercitate sull’Assemblea Costituente, e dalle reali intenzioni dei corrispondenti gruppi sociali, il testo ha innovato in modo probabilmente senza precedenti tra le moderne configurazioni legislative occidentali, nel senso della funzionalizzazione della proprietà ai valori sociali e esistenziali”, motivo pelo qual aparecem injustificadas muitas das críticas que foram feitas à nova Constituição (pág. 100).

são princípios de natureza legal ordinária”; que o texto da Convenção faz referência à privação da liberdade física, em geral, com as exceções das hipóteses e das condições “previamente fixadas pelas constituições políticas”; e depois de ter afirmado a sua natureza infraconstitucional que, portanto, não pode contradizer ao Texto constitucional, por maioria de votos, decidiu-se a favor da constitucionalidade da equiparação do alienante fiduciário ao depositário. Não se levou em conta que se é verdade que as normas infraconstitucionais, como o é um Tratado, não devem ser contrárias à Constituição, é também verdade que a esta contraditoriedade, refere-se em negativo, no sentido que não podem ser contrárias aos princípios e aos valores vigentes no ordenamento. Ora, do texto da Convenção parece emergir um princípio alinhado à Constituição brasileira. Mais: o catálogo dos direitos fundamentais presente na Constituição de 1988 é um catálogo aberto, no sentido que não exclui outros direitos previstos nos tratados internacionais ou que decorram do “regime e dos princípios” adotados pela Lei Maior.

Diante do exposto, é fácil afirmar que as normas sobre a alienação fiduciária em garantia deverão ser lidas à luz destes novos valores e não como heranças de princípios que não podem mais encontrar guarida no sistema porque incompatíveis com o novo tecido normativo. É nesta ótica, portanto, que devem ser analisadas as normas colocadas à tutela do credor, tanto mais aquela relativa à prisão civil do devedor e a outra relativa à escolha do bem a ser penhorado.

7. As Constituições precedentes previam a exceção relativa ao depositário infiel acrescentando a fórmula “na forma da lei”⁶⁴; isso autorizou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer condições ao legislador ordinário para “criar novos casos de depósito, como permite a Constituição, no seu poder legiferante”⁶⁵. É evidente o erro que comete a Corte já que a fórmula, na realidade, significa que o constituinte remeteu ao legislador ordinário a regulamentação do procedimento⁶⁶, não pretendendo de modo nenhum atribuir-lhe ainda mais implicitamente, a possibilidade de criar novos casos de restrição da liberdade pessoal⁶⁷. Jacobina Rabello, o precursor dos estudos sobre o aspecto da ilegiti-

64 A inexistência desta fórmula no atual texto da Carta Constitucional contribuiu a reforçar a tendência contrária à equiparação do alienante-fiduciário ao depositário, ainda que, a rigor, como já salientamos precedentemente, a presença desta cláusula, na verdade, não autorizava o legislador a criar novas figuras de depositário, mas somente remetia a ele a disciplina do procedimento de prisão civil.

65 In *Revista dos Tribunais*, 1975, vol. 476, pág. 264.

66 No mesmo sentido, JACOBINA RABELLO, J.G., *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*, cit., pág. 100.

67 V., a propósito, SAMPAIO, N. de SOUZA, *O Poder de Reforma Constitucional*, Salvador, 1954, pág. 92 ss., o qual atribui caráter supraestatal aos direitos fundamentais, “cujo respeito é obrigatório até para um poder de maior hierarquia do que o reformador — o poder constituinte”, e, por conseguinte, nega que esta matéria seja suscetível de reforma *in peius*.

midade constitucional da norma que estamos considerando, evidenciou também que o Governo revolucionário, depois de ter aprovado o Decreto-lei n. 911, emendou a Constituição sem tocar na regra que proíbe a prisão do devedor; com exceção dos casos do depositário infiel e do responsável por inadimplemento de obrigação alimentar⁶⁸.

Para justificar a equiparação do alienante ao depositário, alguns autores afirmaram que a expressão “depositário infiel” utilizada na Carta constitucional deve ser entendida em sentido genérico, compreendendo “quem recusa a entrega de bem alheio”⁶⁹; outros entendem que ao credor-fiduciário caiba sempre a pretensão da restituição, “com o que corolário desta a ação de depósito”⁷⁰. O alienante, contudo, não pode ser equiparado ao depositário porque são diferentes as situações em que se encontram; em primeiro lugar, o bem não é entregue pelo credor ao devedor, mas, ao contrário, é este último que aliena fiduciariamente o bem ao credor; a obrigação do depositário consiste essencialmente na restituição do bem ao depositante, enquanto que a obrigação do devedor é pagar a dívida e somente incidentalmente, isto é, na hipótese de inadimplência, deverá restituir o bem ao credor. Além disso o escopo da alienação fiduciária é a garantia e o do depósito é a custódia⁷¹. A alienação foi introduzida no Brasil para que o devedor pudesse adquirir o bem e utilizá-lo, apesar da garantia; o depositário, ao contrário, não pode utilizar o bem depositado, devendo guardá-lo para poder restituí-lo ao depositante⁷². No depósito, de fato, é essencial o elemento “confiança” que o depositante coloca na pessoa do depositário; ao contrário, na alienação fiduciária, quando muito, será o devedor que terá de confiar em que o credor aja com lealdade, por isso o devedor não poderá jamais ser “infiel” no sentido desejado pelo legislador. A demonstração que, de um ponto de vista funcional, as duas figuras não são equiparáveis está na exclusão

68 *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil do Devedor*, cit., pág. 108 ss.

69 Assim PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, tomo V, pág. 252.

70 Nesse sentido GOMES, O., *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 1971, pág. 122, o qual todavia admite que o devedor-fiduciante não é, a rigor, depositário, já que não recebe a coisa para guardar, nem o credor fiduciário a entrega a tal fim, exigindo-a quando não mais lhe interessa a guarda por outrem. A lei o equipara ao depositário para lhe impor os ônus e as responsabilidades inerentes ao exercício desta função. Para o credor, que é fiduciário, a ação do depósito não é meio satisfatório da execução do crédito. É destinada simplesmente a facilitá-la.

71 Afirma que a guarda do bem é a obrigação típica do contrato de depósito, entre outros, PEREIRA, C.M. da SILVA, *Instituições de Direito Civil*, III, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, pág. 319; RODRIGUES, S., *Direito Civil*, III, São Paulo, Ed. Saraiva, 1987, pág. 278. Recentemente, evidencia a diferença entre os dois institutos, AZEVEDO, A. VILLAGA, *Prisão Civil por Dívidas*, 1ª edição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, págs. 111 e 119.

72 PEREIRA, C.M. da SILVA, *o.u.c.*, pág. 319 ss.

que o legislador faz da aplicabilidade do artigo 1.279 do Código Civil, que prevê o direito de restituição a favor do depositário. É evidente que a equiparação foi feita com a única finalidade de oferecer ao credor uma arma de pressão eficaz sobre o devedor, contornando (ilegitimamente) a proibição constitucional de prisão por dívidas. Na alienação fiduciária em garantia, além disso, o credor não pode propor diretamente a ação de depósito⁷³, devendo primeiramente pedir a busca e apreensão e somente se esta for negativa, pedir ao juiz a conversão da busca em ação de depósito⁷⁴. Mesmo porque, a infidelidade do devedor caracteriza-se tão-somente quando, constituído em mora o devedor, o bem não for encontrado ou não se achar na posse do devedor (artigo 4 do Decreto-lei nº 911)⁷⁵.

8. Ao analisar o problema em foco, não se pode olvidar que a liberdade pessoal representa uma das manifestações mais importantes dos direitos funda-

73 Nesse sentido manifestou-se também SILVA, L.A. BECK da, *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 80 ss. *Contra*, ALVES, J.C. MOREIRA, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 217, para quem a lei não proíbe ao credor a utilização da ação de depósito, argumentando que “se a lei tivesse querido impô-la, o teria feito expressamente”. CARVALHO, M.P. de, *Da Proteção Processual da Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 335, afirma a esse propósito que o artigo 4 do Decreto-lei nº 911 não deve ser visto como condição para o exercício da ação de depósito da parte do credor, o qual poderá propô-la mesmo sabendo que o bem se encontra nas mãos do devedor. Afirmarções contraditórias encontram-se em FORSTER, N.J., *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 130 ss., que antes sustenta que a ação de busca e apreensão e a ação de depósito têm “destino e finalidade” diferentes, competindo ao credor verificar qual entre as duas lhe é mais conveniente (pág. 130), e que exigir a precedência de uma em relação à outra “seria além de contrário aos termos da lei, inteiramente ilógico”. Mais adiante, todavia, parece sustentar um pensamento contrário quando afirma que a ação de depósito é o remédio previsto no Decreto-lei nº 911 de 1969 “somente para o caso em que o bem alienado fiduciariamente não ser encontrado ou não se achar na posse do devedor (artigo 4º)”, explicitando depois que “Quer dizer, na sistemática do Decreto-lei nº 911, a ação de depósito já constitui uma segunda etapa, subsequente à medida da busca e apreensão, que não foi exitosa”. Cfr. também a posição de GOMES, O., *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª edição, cit., pág. 163, para quem o credor “é o juiz soberano do procedimento a ser utilizado para o conseguimento do resultado visado”. O autor, porém, na 4ª edição de seu livro parece ter mudado de opinião quando afirma que a ação de depósito tem como pressuposto a busca e apreensão negativa. No sentido do texto, RABELLO, J.G. JACOBINA, *Alienação Fiduciária em Garantia e Prisão Civil Do Devedor*, cit., pág. 120 ss.

74 Esse parece ser a orientação da jurisprudência: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI nº 585.037.161, 5ª Câmara Cível — Palmeira das Missões; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, AI nº 586.009.193, 6ª Câmara Cível — Porto Alegre; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ap. Cível nº 585.035.645, 5ª Câmara Cível — Porto Alegre, todas citadas por SILVA, L.A. BECK da, *o.c.*, pág. 88 ss.

75 No sentido do texto, RESTIFFE NETO, P., *Garantia Fiduciária*, 2ª edição, São Paulo, Ed., 1976, págs. 457 e 501 ss., para quem “A ação de depósito tem o seu antecedente lógico *sine qua non* na busca e apreensão negativa”.

mentais e justamente em relação à tutela deles se evidenciam as perplexidades sobre a constitucionalidade da norma que prevê a prisão civil do devedor-alienante. As “liberdades” são situações que, enquanto fundamentais para o desenvolvimento e para a realização da personalidade humana, devem ser de *per se* tuteladas. O valor “liberdade”, como direito de ir e vir, encontra-se em um nível de importância muito superior ao do desenvolvimento econômico⁷⁶, de modo que o respeito, a dignidade, e a liberdade da pessoa representam interesses primários, colocados no vértice da Constituição e que não podem ser sacrificados para a satisfação de interesses de outra natureza. Pode-se afirmar com segurança, de fato, que é universalmente reconhecida a preeminência do valor da pessoa. Na declarada necessidade de tutelar o credor em função do bom andamento do mercado (financeiro) emerge o limite da autonomia do legislador que queira estender o alcance da norma que prevê a prisão do depositário infiel. Com efeito, em uma visão unitária do sistema, não é mais admissível uma proteção do mercado em si mesma, mas somente enquanto destinada a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. Os direitos fundamentais, enquanto relativos às pessoas, devem ser reconhecidos e respeitados como tais — não obstante qualquer justificativa de caráter político-ideológico — se não por outro motivo, porque representam uma conquista das civilizações modernas. Por outro lado, se é verdade que a certeza do direito não pode prescindir do dado normativo, isto não significa que este último possa ser aceito pelo intérprete como um elemento estático; pelo contrário, impõe-se uma reconstrução que considere a dinâmica própria da dialética fato-norma⁷⁷. Ambas as referências são indispensáveis ao processo interpretativo e a prevalência de um elemento em detrimento do outro traria como consequência a perda de contato com a chamada norma vivente⁷⁸. Foi observado, de fato, que a validade de uma teoria da interpretação deve ser estimada em relação a uma determinada realidade normativa e não com uma arbitrária, mesmo se bem intencionada, opção político-ideológica de cada operador do direito. Conseqüentemente, atitude preliminar do intérprete deve ser uma sua preventiva avaliação do ordenamento. Os preceitos constitucionais alteram a justificativa ideológica de cada regra jurídica, razão pela qual os direitos fundamentais deverão ser examinados pelo intérprete como expressão do princípio de ordem pública, de modo que, colo-

76 Assim, JACOBINA RABELLO, J.C., *o.c.*, pág. 105.

77 Sobre esse ponto, v. REALE, M., *O Direito como Experiência*, São Paulo, Ed., 1968, pág. 25 ss.; PERLINGIERI, P., *Profili del diritto civile*, 3ª edição, Nápoles, ESI, 1994, pág.

78 Nesse sentido, PERLINGIERI, P., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, 1ª edição, Nápoles, ESI, 1979, pág. 44 ss., agora também in *Scuole, Tendenze e Metodi*, 1ª edição, Nápoles, ESI, 1988, pág. 73 ss.

cados em confronto com os direitos patrimoniais os condicionem, para permitir a afirmação de que a supremacia hierárquica dos direitos e das garantias individuais modelarão a inteira ordem normativa. Nesta perspectiva, o valor e a tutela da pessoa humana e dos direitos a ela conexos acabam por incidir na interpretação e na aplicação das normas⁷⁹, operando, desse modo, a chamada despatrimonialização do Direito Privado⁸⁰. A exigência imperiosa de proteção da pessoa é realizável somente através de uma atividade hermenêutica que tenda a evitar que os interesses mercantis comprimam aqueles próprios da pessoa. Afirmar que a Constituição ocupa o lugar mais alto da hierarquia das fontes não significa apenas que a norma constitucional só possa ser modificada mediante um procedimento complexo, mas, sobretudo, que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado à luz dos valores que ela contém⁸¹. Justamente foi observado que a norma existe e exerce a sua função juntamente com o ordenamento, mudando o seu significado com o dinamismo do ordenamento ao qual pertence⁸².

A atualidade da questão de legitimidade constitucional da norma que estamos examinando coloca-se em evidência no momento em que se observe que no Projeto do Código Civil, a propriedade fiduciária derivada da alienação fiduciária foi prevista e disciplinada no Livro III, Título III, Capítulo X, artigos 1.535-1.542, recalando, sob o perfil civilístico da matéria, a disciplina prevista na Lei n. 4.728 de 1965 e sucessivas modificações e, desse modo, prevendo a equiparação do devedor-alienante ao depositário.

Excluimos, precedentemente, a utilização da alienação fiduciária nas relações privadas justamente alegando a aberração da disciplina que oferece a

79 PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pág. 212.

80 DONISI, C., *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, pág. 644 ss.

81 Sustenta a necessidade de uma visão unitária do ordenamento, PERLINGIERI, P., *Profili del diritto civile*, cit., pág. 50; ASCARELLI, T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Diritto e Economia*, 1955, pág. 1.179 ss.; PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e privato*, in *Enciclopedia del diritto*, Milão, Giuffrè, vol. XII, 1964, pág. 696 ss.; GIORGIANNI, M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e di procedura civile*, 1961, pág. 401 ss. Justamente, portanto, TELLES JUNIOR, G. da SILVA, *Carta aos Brasileiros*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1977, pág. 415, quando afirma que “uma lei só é válida se, em seu mérito, suas disposições não se opõem ao pensamento da Constituição”. Nessa “carta” que representava a mensagem de aniversário dos cursos jurídicos e dirigida especialmente aos jovens, o autor expõe com rigor científico a legitimidade das leis e das Constituições como fatores que geram a verdadeira democracia, a única propulsora do desenvolvimento econômico, o qual, todavia, não pode sobrestar os direitos protegidos pelo Estado de Direito, como valores soberanos inspiradores dos ordenamentos jurídicos das nações verdadeiramente civilizadas.

82 Assim PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pág. 212.

possibilidade da prisão civil do devedor, deixando-o à mercê do credor, e a excepcionalidade da regulamentação adotada tendo em vista uma afirmada exigência de maior tutela do mercado. Com a previsão explícita da figura no projeto do Código Civil, é óbvio que a questão não mais se apresentará, de modo que qualquer pessoa poderá utilizar esse instituto. Se este aspecto da disciplina provocou muita perplexidade sob a ótica da legitimidade constitucional pelos motivos já esclarecidos, perplexidade ainda maior levantaria a aprovação definitiva do projeto. Consideramos inconstitucional a regra que permite a prisão civil do devedor, seja em relação ao momento de promulgação da lei n. 4.728, seja (principalmente) depois do advento da Constituição de 1988. O projeto do Código Civil foi elaborado no período do Estado de Exceção então vigente no Brasil, e foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 1985, quando já se procurava restabelecer a democracia no País e, por conseguinte, restabelecer também o respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana. Atualmente, o projeto se encontra em tramitação no Senado. Esperamos e fazemos votos que a sensibilidade demonstrada pelo constituinte possa de qualquer modo “contagiar” o legislador ordinário para que o Código Civil possa ser aprovado expurgado daquelas normas que, elaboradas antes da Carta Constitucional, sejam de qualquer modo com ela incompatíveis. Se tal não acontecer, incumbirá ao intérprete recolocar o direito na sua justa dimensão.

9. A disciplina da alienação fiduciária em garantia prevê um outro injustificado “privilegio” concedido pelo legislador ao credor: aquele de poder indicar, a seu critério, os bens do devedor que poderão ser penhorados (artigo 5 Decreto-lei n. 911). Todavia, o Código de Processo Civil (artigos 652 e 655) atribui tal faculdade ao devedor, “observada a ordem ali indicada”; a norma, segundo alguns autores, reflete o direito de propriedade garantido constitucionalmente⁸³. O credor tem interesse em realizar o seu crédito, sendo-lhe, a tal fim, indiferente sobre quais bens recairá a penhora; na hipótese em que os bens penhorados não sejam suficientes, o Código de Processo Civil prevê o reforço da penhora, a ser pedido em base ao artigo 667, II. Este privilegio dado ao credor foi estendido ao máximo, permitindo, inclusive, em derrogação às normas processuais, a penhora de livros, utensílios e instrumentos necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão (artigo 5, parágrafo único). A regra da impossibilidade de penhorar, de modo absoluto, determinados bens era prevista já no Código de Processo de 1939 (artigo 942, IX) e responde pelo menos a um princípio de bom senso e de civilização, estando presente também em outras legislações modernas; é natural, de fato, que se poupem ao devedor aqueles bens que são indispensáveis às exigências primárias da própria vida e de sua família e que podem, afinal, contribuir à satisfação, mesmo se atrasada, dos

interesses do credor. É, portanto, inadmissível que o legislador ordinário possa, a seu arbítrio, aniquilar princípios tão basilares em nome “da exigência de tutela do mercado”.

10. A ampla utilização desta forma de garantia à tutela do crédito direto ao consumidor concedido pelas instituições financeiras oferece a oportunidade de verificar a incidência e a compatibilidade das regras ditadas pelo Código do Consumidor com a disciplina do instituto que estamos examinando.

O conceito de direitos humanos sofreu importantes modificações nos últimos tempos: daquele individualista nascido dos ideais da Revolução francesa, os direitos humanos evoluíram para um conceito coletivo. As mesmas violações destes direitos, hoje, não derivam somente de atos estatais representados pelo abuso ou pelo excesso de poder, mas, freqüentemente, de atos de outros entes sociais, como por exemplo, as empresas particulares⁸⁴. A noção de direitos humanos, além disso, nos tempos modernos, não compreende somente “os direitos civis e políticos”, tendo-se alargado aos “direitos sociais” e ainda além, incluindo também “os direitos dos consumidores”⁸⁵.

Depois da cessação do “Estado de exceção” em vigor no Brasil, com a ab-rogação dos Atos Institucionais que conferiam legitimidade aos atos do Governo “revolucionário” e a promulgação da nova Constituição, no ápice dos valores protegidos pelo ordenamento coloca-se a pessoa humana, com conseqüente funcionalização dos interesses patrimoniais ao seu pleno desenvolvimento. Por conseguinte, à luz da hierarquia dos valores constitucionais, qualquer interesse para ser protegido deverá ou refletir imediatamente uma situação jurídica subjetiva de natureza existencial, ou, no caso de uma situação jurídica patrimonial, ser a essa funcionalizada⁸⁶. Uma confirmação desse enfoque po-

84 AMARAL, L.O. de OLIVEIRA, *História e Fundamentos do Direito do Consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, 1989, vol. 648, pág. 31 ss.

85 Cfr. a Declaração das Nações Unidas sobre o progresso e o desenvolvimento social, aprovada pela Assembléia Geral (Resolução nº 2.542 de 11 de dezembro de 1969, artigos 5 e 10). A Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, na 29ª sessão realizada em 1973, em Genebra, reconheceu como direitos fundamentais e universais do consumidor, os princípios pelos quais os bens e serviços colocados no mercado devem ser sãos e seguros para o uso; promovidos e apresentados de modo tal que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; que a voz do consumidor seja ouvida no processo de decisão dos governos que determina o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; que o consumidor tenha o direito de ser informado sobre as condições dos bens e serviços e também tenha o direito a preços justos.

86 PERLINGIERI, P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, 1ª edição, Camerino, Jovene, 1972, pág. 150 ss.; ID., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico*, cit., p. 98, o qual auspicia a reconstrução de um sistema de “Direito Civil Constitucional” moldado na “funcionalização” das situações subjetivas patrimoniais às situações existenciais, às quais se reconhece

83 Nesse sentido SILVA, L.A. BECK da, *Alienação Fiduciária em Garantia*, cit., pág. 64.

demos obter no próprio corpo da Constituição de 1988 onde, no artigo 170, vemos que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na liberdade de iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, com a observância, entre outros, do princípio de defesa do consumidor. Sob essa ótica, o princípio da liberdade de iniciativa econômica encontra além dos limites da função social da propriedade, da proibição do domínio dos mercados e do arbitrário aumento dos lucros — presentes nas Constituições de 1946 (artigo 45), de 1967 (artigo 157), na emenda constitucional n. 1 de 1969 (artigo 160) —, o outro relativo à defesa do consumidor (artigo 5, XXXII, Constituição)⁸⁷.

O problema que se apresenta então e que nesta sede, para não fugir do escopo do presente trabalho, poderá ser somente mencionado, é aquele relativo à aplicabilidade da disciplina do direito do consumidor às instituições financeiras. O artigo 2 do Código do Consumidor define consumidor qualquer pessoa física ou jurídica que adquira ou utilize produtos ou serviços como destinatário final; por serviços entende-se qualquer atividade oferecida no mercado de consumo mediante remuneração: entre esses incluem-se, expressamente, aqueles de natureza bancária, financeira, creditícia e de seguro (artigo 3, par. 2). No sistema do Código do Consumidor, o banco está incluído no conceito de fornecedor e as suas atividades se enquadram, segundo o caso, nas noções de produto ou serviço. O Código, de fato, não seguiu os critérios do Código Civil para a noção de produto ou serviço. Adotou uma noção muito mais ampla de produto (artigo 3, par. 1) em comparação àquela de “bem” ou de “coisa” do Código Civil, compreendendo, desse modo, também o crédito como bem imaterial⁸⁸. Tais conceitos foram repisados pelo artigo 52 do mesmo Código, que submete expressamente à disciplina ali prevista “os produtos ou serviços que

justamente em obséquio aos cânones constitucionais, uma indiscutível preeminência. Cfr. também DONISI, C., *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*, cit., pág. 644 ss. e, na doutrina brasileira, TEPEDINO, M.C. B.M., *A caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, 1993, n. 65, pág. 21 ss.

⁸⁷ “O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor”. Pode-se notar que esta norma representa um corolário da Resolução ONU n.º 39/248, de 10 de abril de 1985, fonte da recomendação aos Governos de desenvolver, reforçar ou manter uma política de proteção ao consumidor.

⁸⁸ Assim NERY JÚNIOR, N., *Da proteção contratual*, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, 1991, pág. 309 ss., para quem o Código de Defesa do Consumidor não fez nenhuma distinção entre bens materialmente consumíveis e bens juridicamente consumíveis, razão pela qual não seria lícito ao intérprete fazê-la, tanto mais que objeto das relações jurídicas de consumo são, na maior parte dos casos, justamente os bens juridicamente consumíveis.

envolvem concessão de crédito ou de financiamento ao consumidor”. Assim, entram no seu âmbito de aplicação, por exemplo, os contratos de mútuo, de cartão de crédito, de financiamento de produtos duráveis garantidos por alienação fiduciária⁸⁹ ou reserva de domínio, desde que configurem uma relação jurídica de consumo⁹⁰. Um estudioso da matéria⁹¹, de fato, colocou em evidência que o aspecto central da problemática relativa ao enquadramento das atividades bancárias como relações jurídicas de consumo encontra-se na finalidade dos contratos realizados com os bancos, de modo que é possível sustentar a aplicabilidade da disciplina do Código toda vez que a concessão de dinheiro ou de crédito seja utilizada pelo devedor como destinatário final. Existiria mesmo uma presunção *iuris tantum* no sentido que a pessoa física que toma dinheiro emprestado, ou obtém um crédito bancário o faz para sua utilização pessoal, como destinatário final⁹², cabendo ao banco a prova contrária⁹³. Nos contratos bancários que têm por objeto o crédito, portanto, haverá uma relação de consumo se o devedor destina o crédito para sua utilização pessoal, no sentido esclarecido em precedência; enquanto que em relação aos contratos de financiamento de bens duráveis ao consumidor, é fácil considerá-los como contratos de consumo na medida em que o seu objeto consiste justamente no empréstimo

⁸⁹ Bens de consumo duráveis é uma categoria econômica e não jurídica e se refere a determinadas espécies de bens e não aos fins para os quais são destinados. Conseqüentemente não somente os consumidores finais, mas também os setores produtivos podem utilizar o financiamento direto; por isso a necessidade de esclarecer que o financiamento garantido por alienação fiduciária será submetido à disciplina do Código de Defesa do Consumidor tão-somente em presença de uma relação jurídica de consumo.

⁹⁰ Nesse sentido, NERY JÚNIOR, N., in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., sub artigo 52, pág. 371 ss. *Contra*, no sentido que o artigo 52 não se aplica às instituições financeiras por se tratar de produto entregue a quem não é destinatário final, WALD, A., *O direito do consumidor e as suas repercussões em relação às instituições financeiras*, in *Revista dos Tribunais*, 1991, vol. 666, pág. 15 ss., mesmo se, mais adiante, nas conclusões, o autor afirma que “Nos casos de crédito ao consumidor, nos quais a instituição financeira é interveniente ou participante, em virtude da concessão de crédito vinculado à compra de bem ou à prestação de serviços, poder-se-á entender que cabe aplicar-lhe o disposto no art. 52 [...] não se lhe aplicando, de modo algum, as demais disposições da lei do consumidor” (pág. 17).

⁹¹ NERY JÚNIOR, N., *Da proteção contratual*, cit., pág. 305, o qual, como se sabe, participou ativamente na elaboração do projeto ao Código de Defesa do Consumidor.

⁹² Assim ALMEIDA, C. FERREIRA de, *Os Direitos dos Consumidores*, Coimbra, 1982, pág. 142, nota 179.

⁹³ V., a propósito, a norma *ex* artigo 6, n.º VIII, que prevê a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. V. sobre esse ponto, FILOMENO J.G. BRITO, *Dos direitos básicos do consumidor*, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, cit., pág. 60 ss., esp. pág. 71 ss. Tratando-se de pessoa jurídica vige a presunção contrária, ou seja, compete a ela e não ao banco o ônus de provar que o dinheiro ou o crédito foram utilizados como destinatário final.

de dinheiro ao consumidor para que ele possa adquirir produtos ou serviços no mercado de consumo, como destinatário final⁹⁴.

É importante lembrar ainda que o Código faz uma referência expressa à alienação fiduciária em garantia no artigo 53, estabelecendo que “nos contratos de compra e venda de bens móveis ou imóveis a prestação, assim como nas alienações fiduciárias em garantia, são consideradas nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, por motivo de inadimplência, pede a resolução do contrato e a restituição do produto alienado”⁹⁵. A norma deve ser coordenada com aquela *ex* artigo 2 do Decreto-lei n. 911 que permite ao credor a venda do bem alienado fiduciariamente para o pagamento integral da dívida, com a restituição do eventual saldo ao devedor.

A rigor, a tutela do consumidor, tornando-se uma tarefa do Estado, acaba por influir sobre a interpretação. Tanto é verdade que os seguidores da tese da não aplicabilidade da disciplina do Código aos serviços bancários reconhecem que as novas normas em tema de defesa do consumidor exercitarão uma

⁹⁴ *Contra*, WALD, A., *O direito do consumidor*, cit., pág. 13 ss. o qual afirma que o Código exclui do seu âmbito os bens juridicamente consumíveis, “pelo fato de se referir (a defesa do consumidor), aos produtos adquiridos pelo destinatário final, o que não ocorre com os produtos utilizados para a alienação a terceiros [...], pois quem aliena, evidentemente não é destinatário final”; a relação de consumo referir-se-ia somente aos bens de consumo ou de uso adquiridos pelo destinatário final para uso próprio ou de sua família, assim que entre os produtos referidos no artigo 2 do Código não estão incluídos nem o dinheiro, nem o crédito, os quais “constituem instrumento ou meio de pagamento que circulam na sociedade e em relação aos quais não existe um destinatário final” (pág. 16).

⁹⁵ O projeto previa um parágrafo 1 estabelecendo que “na hipótese prevista nesse artigo o devedor inadimplente terá direito à compensação ou à restituição das prestações quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, detraída a vantagem econômica usufruída com o uso”. O parágrafo foi vetado pelo Presidente da República com o fundamento que “seria necessário oferecer disciplina mais adequada à resolução dos contratos de compra e venda, por inadimplência do comprador. A venda de bens mediante pagamento a prestação comporta diversos custos para o vendedor que não foram previstos na formulação do dispositivo. A restituição das prestações, monetariamente corrigidas, sem levar em conta estes aspectos, implica tratamento iníquo, com conseqüências imprevisíveis e danosas para os diferentes setores da economia”. NERY JÚNIOR, N., in *Código de Defesa do Consumidor*, cit., *sub* artigo 53, pág. 380, afirma que de qualquer maneira o texto vedado servirá de parâmetro aos juízes na solução das controvérsias que verterão sobre compra e venda de móveis ou imóveis com pagamento a prestação.

A *ratio* do veto está com certeza na previsão da correção monetária das prestações, razão pela qual teria sido suficiente estabelecer a restituição simples ou então o necessário ressarcimento dos danos em favor do credor, para garantir pelo menos um mínimo de tutela do devedor-consumidor. Na realidade, uma disciplina assim configurada já existe em outros ordenamentos, como, por exemplo, no italiano, que a dispõe no artigo 1.526 do Código Civil.

influência sobre o inteiro sistema jurídico, concorrendo a reforçar a orientação jurisprudencial que já precedentemente avaliava com maior rigor e severidade os contratos de adesão⁹⁶, a repreensão aos abusos do direito e a aplicação mais ampla da teoria da imprevisão⁹⁷.

⁹⁶ Agora disciplinados nos artigos 46-54 do Código de Defesa do Consumidor.
⁹⁷ É o pensamento de WALD, A., *O direito do consumidor*, cit., pág. 17.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

RICARDO LOBO TORRES*

1 — *Conceito*

As contribuições sociais se subsumem no conceito genérico de contribuição. É a contraprestação devida pela assistência prestada pelo Estado a determinado grupo da sociedade, de que decorra benefício especial para o cidadão que dele participa. Dois elementos, portanto, são imprescindíveis para caracterizá-la: a atividade estatal dirigida ao grupo e o benefício individual do cidadão.

A atividade estatal, como nas contribuições em geral, é prestada *uti universi*, ou seja, sem a consideração do interesse ou da vontade do indivíduo. Dirige-se ao grupo, ainda que os indivíduos que o compõem não se encontrem em relação hierárquica ou de trabalho, como acontece com os profissionais autônomos ou com os sócios das empresas.¹

Por outro lado, na contribuição social existe a vantagem individual auferida pelo obrigado, que pode ser futura e aleatória.

A contribuição social se aproxima dos outros tributos sob muitos aspectos.² Aproxima-se dos impostos na medida em que a prestação pública é indivisível, o que levou alguns juristas infundadamente a considerar a contribuição previ-

1 RE 66.153-RJ, Ac. da 2ª T., do STF, de 2.5.69, Rel. Adalicio Nogueira, RTJ 50/139; RE 67.779, Ac. da 2ª T., de 29.9.69, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, RTJ 52/65; RE 66.127/RJ, Ac. da 1ª T., de 23.10.69, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 33/40; RE 66.319/SP, Ac. da 1ª T., de 13.5.69, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, RTJ 53/42.

2 RE 94.419-2-PR, Ac. da 2ª T., de 30.8.83, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 23.9.83: "As contribuições previdenciárias não são impostos ou taxas, mas contribuições especiais".

* Professor Titular de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UERJ.

denciária paga pelos empregadores como imposto.³ Assemelha-se às taxas porque nelas existe também a vantagem especial do obrigado, que é um *plus* em comparação com a vantagem geral da comunidade, o que também motivou, por parte de alguns juristas, a sua assimilação às taxas⁴ no que concerne às contribuições previdenciárias dos empregados.

A CF 88 abriu, entretanto, a possibilidade de criação de contribuições sobre o faturamento e o lucro, que são figuras anômalas incompatíveis com o verdadeiro conceito de contribuição. Confundem-se com a figura do imposto (de renda ou de vendas), por lhes faltar a característica contraprestacional típica das contribuições especiais. A mesma coisa acontece com a contribuição sobre a movimentação financeira (CPMF), criada pela EC 12/96, que é o mesmo imposto sobre a movimentação financeira (IPMF), instituído pela EC/3/93, agora travestido de contribuição especial. Na realidade são “impostos com destinação especial” (*Zwecksteuern, imposte di scopo*).

2 — Natureza

As contribuições sociais, até a Constituição de 1967, na sua redação originária, não se incluíam no sistema tributário;⁵ com a Emenda Constitucional nº 1/69, passaram a ter a sua instituição autorizada pelo art. 21, § 2º, item I, juntamente com a de outros tributos; com a Emenda Constitucional nº 8/77, foram retiradas daquele art. 21, § 2º, item I, passando a integrar o art. 43, X, que cuidava da competência legislativa genérica da União. A doutrina se inclinou, à unanimidade, com o advento da Emenda Constitucional nº 1/69, a considerar as contribuições sociais como tributo.⁶ Depois da Emenda Constitucional nº 8/77, entretanto, que as retirou do elenco topográfico dos

3 Cf. JÉZE, Gaston. *Cours Élémentaire de Science des Finances*. Paris: Giard & Brière, 1909, p. 509; ATALIBA, Geraldo. “Regime Constitucional da Parafiscalidade”. *RDA* 86: 22, 1966; GRECO, Marco Aurélio. “A Chamada Contribuição Previdenciária”. *Revista de Direito Público* 19: 385.

4 Cf. G. JÉZE, op. cit., p. 509; G. ATALIBA, op. cit., p. 25; MARCO AURELIO GRECO, op. cit., p. 385.

5 Cf. art. 121, § 1º, da Constituição de 1934, que autorizou a cobrança de “contribuição igual da União, do empregador e do empregado em favor da velhice, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte”; art. 137, letra m, da Constituição de 1937; art. 157, item XVI, da Constituição de 1946; art. 158, item XVI, da Constituição de 1967, todos subordinados ao Capítulo “Da Ordem Econômica e Social”.

6 Cf. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 289; SOUZA, Rubens Gomes de. “Natureza Tributária da Contribuição do FGTS”. *Revista de Direito Administrativo* 115: 39, 1974.

tributos (o do art. 21, § 2º, item I), as opiniões se dividiram: alguns juristas insistiram em que a alteração constitucional não havia modificado a natureza tributária da contribuição, com o que praticamente passaram a defender uma natureza supraconstitucional para aquele ingresso;⁷ outros, entretanto, defenderam que a modificação topográfica e de competência implicou na alteração da própria natureza do ingresso,⁸ posição esta que foi adotada também pelo Supremo Tribunal Federal, que só reconhece a natureza tributária das contribuições sociais no interregno entre as Emendas Constitucionais de 1969 (nº 1) e de 1977 (nº 8).⁹ Como considerávamos uma das diferenciais específicas do tributo a sua emanção do poder tributário de legislar regulado

7 BARRETO, Aires Fernandino. “As Contribuições no Sistema Constitucional Tributário”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Contribuições Especiais Fundo PIS/PASEP*. Caderno de Pesquisas Tributárias nº 2. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1977, p. 25; LACOMBE, Americo M. “Natureza da Contribuição Previdenciária”. *Revista de Direito Tributário* 13/14: 260: “... qualquer analista que pretender estudar a natureza jurídica da contribuição social, referida no último artigo (43, X), chegará a inexorável conclusão que se trata da mesma contribuição previdenciária, referida anteriormente, e que possui natureza de tributo”; VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “A Decadência e a Prescrição do Crédito Tributário: As Contribuições Previdenciárias. A Lei nº 6.830, de 22.9.80. Disposições Inovadoras”. *Revista de Direito Tributário* 9/10: 201: “O simples fato, pois, de ter a EC/8, de 1977, alterado a redação do inciso I, do § 2º, do art. 21, da EC/1, de 1969, dali retirando a contribuição previdenciária, não seria suficiente para alterar-lhe a natureza jurídica. Não seria colocando um nome de mulher num homem, que este deixaria de ser homem. O que importa, repito, é a natureza jurídica do instituto”; COELHO, Sacha Calmon Navarro. “Natureza Tributária da Contribuição para o FUNRURAL”. *Revista de Direito Tributário* 5: 301: “Por primeiro, causa espécie que duas figuras absolutamente iguais do ponto de vista ontológico e jurídico sejam consideradas diferentes pela jurisprudência a quem caberia afirmar a aludida identidade”.

8 Cf. MORAES, Bernardo Ribeiro de. “Contribuições Especiais no Ordenamento Jurídico Brasileiro”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Contribuições Especiais Fundo PIS/PASEP*. Caderno de Pesquisas Tributárias nº 2. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1977, p. 73; BRITO, Edvaldo. “Problemas Jurídicos da Contribuição para o Fundo PIS”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Contribuições Especiais. Fundo PIS/PASEP*. Cadernos de Pesquisas Tributárias nº 2. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1977, p. 127; MÉLEGA, Luiz. “Natureza Jurídica da Contribuição de Previdência Social”. In: BRANDÃO MACHADO (Coord.). *Direito Tributário*. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 390; BRANDÃO MACHADO. “São Tributos as Contribuições Sociais?” In: TAVO-LARO/BRANDÃO MACHADO/IVES GANDRA MARTINS (Coord.). *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado*. Estudos em Homenagem a Gilberto de Ulhoa Canto. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 72.

9 Cf. RE 86.595-BA, Ac. do Pleno de 7.6.78, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 87/271, no qual o Min. Moreira Alves afirmou: “Por isso mesmo, e para retirar delas o caráter de tributo, a Emenda Constitucional nº 8/77 alterou a redação desse inciso... o que indica, sem qualquer dúvida, que essas contribuições não se enquadram entre os tributos, aos quais já aludia, e continua aludindo, o inciso I desse mesmo art. 43”; RE 100.325.1-Ceará, Ac. da 1ª T., de 28.6.83, Rel. Min. Soares Muñoz, DJ de 12.8.83.

pelos arts. 18, 21, 22, 23 e 24 da Constituição, pareceu-nos que realmente já não havia motivos para se atribuir natureza tributária às contribuições sociais.¹⁰ Relevante observar, ainda, que o fato de retirar as contribuições sociais do elenco dos tributos não implicava subtraí-la à incidência do princípio da legalidade genérica do Estado de Direito, mas, apenas, do princípio da estrita legalidade tributária.¹¹

Com o advento da CF 88 novas modificações foram introduzidas. As contribuições sociais voltaram ao bojo da Constituição Tributária, reaparecendo no elenco das contribuições especiais da competência privativa da União (art. 149). Claro que o *argumento topográfico*, que prevaleceu quando da edição da EC 8/77, deve ser invocado no sentido inverso para se reconhecer às contribuições sociais a recuperação da natureza tributária, não obstante seja formalista e epidérmico. Estariam essas contribuições sociais, a nosso ver, melhor colocadas no campo da Constituição Social; porém, desde que o constituinte fez a opção pelo seu retorno à Constituição Tributária, não há fundamento para se buscar uma natureza supraconstitucional para o ingresso que sirva de obstáculo a sua movimentação pelo texto fundamental. Mas não é apenas o argumento topográfico que pode ser utilizado na controvérsia até hoje existente no direito brasileiro,¹² posto que se devem levar em consideração alguns outros pontos: 1 — grande parte da doutrina brasileira, preponderantemente positivista, rejeitava a orientação do STF no sentido da natureza não-tributária das contribuições sociais sob o regime da EC 8/77, buscando subordinar o ingresso a um princípio de legalidade absoluta,¹³ que, a nosso ver, embora vitorioso, em nada fortalecia os direitos fundamentais do contribuinte e ainda veio a colaborar para a subversão dos conceitos básicos sobre a matéria nos anos posteriores; 2 — havia, por parte do constituinte de 1988, a atitude socializante e paternalista da indis-

10 TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 660.

11 Cf. ISENSEE, Josef. "Steuerstaat als Staatsform". *Festschrift für Hans Peter Ipsen*, 1977, p. 430.

12 Defendem a natureza não-tributária das contribuições sociais, entre outros: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 128; VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA, "Natureza Jurídica das Contribuições do art. 149 da Constituição". *Repertório IOB de Jurisprudência* 1:8.471, 1995: "... entendo que as contribuições do art. 149 da Constituição não têm natureza jurídica de tributo. Fossem tributos e não haveria necessidade de dizer que as normas gerais previstas no art. 146 e certos princípios tributários se lhes aplicam".

13 Cf. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, *Sistema Tributário na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 121: "mostrei a necessidade de se outorgar às contribuições sociais o mesmo regime dos demais tributos, especialmente dos impostos, visto que se a elas não fossem aplicadas as regras restritivas da competência residual da União, a incidência seria o veículo escolhido pela União para suprir suas crônicas deficiências de caixas, sempre que vedadas as demais vias".

criminada intervenção no domínio social, o que conduzia ao engordamento da noção de tributo e de Estado; 3 — copiou-se o sistema da Dinamarca, Noruega e Suécia de prestações públicas gratuitas na área da saúde (art. 196), abandonando-se o regime contributivo até então vigente e ainda hoje seguido nos Estados Unidos, França, Alemanha e demais países não-escandinavos e adotando-se o critério de transferir para as empresas e a sociedade em geral a obrigação de financiá-lo através de "impostos" sobre o faturamento e o lucro, embora apelidados de contribuições sociais. O STF, acertadamente, deu pela natureza tributária das contribuições sociais.¹⁴

A situação no direito estrangeiro é igualmente confusa. Na Espanha inúmeras modificações da legislação conduziram a doutrina a concluir que as cotas da seguridade social se sujeitam a alguns princípios da fiscalidade (legalidade, não-confiscatoriedade),¹⁵ e se tornam impostos com destinação especial por força do disposto no art. 26, 2, da *Ley General Tributaria*: "*Participam de la naturaleza de los impuestos las denominadas exacciones parafiscales quando se exijam sin especial consideración a servicios o actos de la Administración que beneficien o afecten al sujeto pasivo*". Na Itália o próprio ingresso destinado ao financiamento das prestações de saúde tem o apelido de *taxa (tassa sulla salute)*; a Corte Constitucional, entretanto, considera as cotas destinadas ao serviço sanitário nacional de natureza não-tributária;¹⁶ mas a doutrina, majoritariamente, se manifesta no sentido de que as entradas destinadas à seguridade social se caracterizam como impostos com destinação especial (*imposte di scopo*).¹⁷ Na Alemanha a legislação e a construção teórica têm mais coerência e profundidade; as contribuições sociais, principalmente as destinadas à seguridade social (*Sozialversicherungsbeiträge*), se colocam fora do campo tributário, que abrange os impostos, taxas e contribuições (*Steuern, Gebühren, Beiträge*), aparecendo ora subordinadas ao conceito de ingresso ou tributo especial (*Sonderabgabe*),¹⁸ ora de modo autônomo frente aos tributos;¹⁹ são ingressos

14 Cf. RE 138.284, Ac. do Pleno, de 1.7.92, Rel. Min. Carlos Mário Velloso, RTJ 143: 313; RE 150.755, Ac. do Pleno, de 18.11.92, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RDA 193: 107, 1993.

15 Cf. MARTIN QUERALT, Juan et al. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 116; ALBIÑANA, Cesar. *Sistema Tributario Español y Comparado*. Madrid: Ed. ICE, 1983, p. 569.

16 Sentença 431 de 1987.

17 Cf. RUSSO, Pasquale. *Lezioni di Diritto Tributario*. Milano: Giuffrè, 1992, v. 1, p. 31; FANTOZZI, Augusto. *Diritto Tributario*. Torino: UET, 1991, p. 65; GANGEMI, Lello. *Tratado de Hacienda Publica*. Madrid: Ed. Derecho Financiero, 1964, v. 1, p. 428.

18 Cf. TIPKE/LANG. *Steuerrecht*. Köln: O. Schmidt, 1989, p. 75; HENSELER, Paul. *Begriffsmerkmale und Legitimation von Sonderabgaben*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1984, p. 138; PATZIG, Werner. "Steuern, Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben". *Die öffentliche Verwaltung* 1981, p. 732.

19 Cf. KIRCHHOF, Ferdinand. *Grundriss des Abgabenrechts*. *Steuern, Gebühren, Beiträge*

não-fiscais (*nichtfiskalisch*) ou quase-fiscais (*Quasi-Steuern*);²⁰ caracterizam-se pelas seguintes notas: não se vinculam ao art. 105, que autoriza a criação dos impostos (*Steuern*), mas ao art. 74 da Constituição, que prevê as contribuições para a seguridade (*die öffentliche Fürsorge*); têm natureza causal, visando à garantia dos direitos do grupo a que pertence o contribuinte; fundamentam-se na solidariedade e não na capacidade contributiva; destinam-se a fundos especiais, que se não confundem com as despesas globais do Estado; se houver abuso na edificação do seu conceito, que lhes retire a natureza contraprestacional, passam a seguir o regime constitucional dos impostos com destinação especial (*Zwecksteuern*).²¹

3 — Parafiscalidade e fiscalidade

Enquanto a *fiscalidade* se caracteriza pela destinação dos ingressos ao Fisco, a *parafiscalidade* consiste na sua destinação ao PARAFISCO, isto é, aos órgãos que, não pertencendo ao núcleo da administração do Estado, são paraestatais, incumbidos de prestar serviços paralelos e inessenciais através de receitas paraorçamentárias. A parafiscalidade, portanto, não deveria se confundir com a fiscalidade, nem as prestações parafiscais com os tributos, eis que constituiria autêntica *contradictio in terminis* falar em “tributos paratributários” ou em “fiscalidade parafiscal”: o que é paratributário não pode ser tributário e o que é fiscal não pode ser ao mesmo tempo parafiscal.²² Em tema de parafiscalidade existe, de início, um problema lingüístico, pois inúmeros autores consideram o termo “parafiscal”, como dizia Aliomar Baleeiro,²³ um “neologismo afortunado”, mas não lhe dão, do ponto de vista semântico, um conteúdo ou um significado compatível com o novo significante, senão que lhe atribuem o mesmo significado do velho termo “fiscal” ou “tributário”;²⁴ dito de outro

EG und Sonderabgaben. Heidelberg: C. F. Müller, 1991, que as classifica como específica categoria de ingressos especiais (*Sonderlasten*), ao lado dos *Sonderabgaben*.

20 Cf. SCHEMMEL, Loltran. *Quasi-Steuern*. Wiesbaden: Karl-Bräner-Institut, 1980, p. 12.

21 Cf. TIPKE/LANG, op. cit., p. 75; RICHTER, Wolfgang. *Zur Verfassungsmässigkeit von Sonderabgaben*. Baden-Baden: Nomos, 1977, p. 48; W. PATZIG, op. cit., p. 736.

22 Contra: NASCIMENTO, A. Theodoro. *Preços, Taxas e Parafiscalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 423: “A essa categoria tributária... o legislador brasileiro denominou de contribuição parafiscal”; SOUZA, Rubens Gomes de. “A Previdência Social e os Municípios”. *Revista de Direito Administrativo* 115: 93, 1974, que admite “uma dicotomia apenas metodológica entre tributos fiscais e tributos parafiscais”. Na Itália também há autores que defendem a natureza tributária dos “contributi parafiscali” – cf. INGROSSO, Giovanni. *I Contributi nel Sistema Tributario Italiano*. Nápoles: CEDEJ, 1964, p. 310.

23 *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 269.

24 O próprio BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense,

modo, grande parte da doutrina aceita a palavra “parafiscalidade” mas lhe recusa o significado, esvaziando-lhe o sentido.²⁵

O conceito de parafiscalidade firmou-se após a 2ª Guerra Mundial para abarcar os ingressos destinados à previdência social e a outros encargos interencionistas do Estado, exercidos pelos órgãos paralelos à Administração Direta. Empregou-o o Relatório Schuman, na França, e a doutrina se dividiu, considerando-o alguns como um conceito autônomo, enquanto outros o inseriram na própria fiscalidade.

Morselli²⁶ se destacou entre os que defendiam a especificidade do fenômeno parafiscal, com afirmar que a parafiscalidade é produto da descentralização institucional e que, embora semelhante à fiscalidade do ponto de vista técnico, dela se separa no que concerne à essência e ao valor; enquanto os impostos fiscais ou políticos visam a obter recursos para as atividades fundamentais do Estado com base no princípio da capacidade contributiva, os ingressos parafiscais, cobrados com base no princípio da solidariedade ou do altruísmo, procuram atender às despesas inessenciais, relacionadas com a previdência social e o interesse de grupos, que nos últimos anos foram atribuídos ao Estado. Morselli²⁷ sublinhava a intransitividade entre os dois fenômenos, decorrente da existência do “*interiore politico nell'imposta tradizionale*”, dimensão esta inexistente na parafiscalidade, que se situa fora do fato político original.

Preponderou, entretanto, a outra corrente. A parafiscalidade, entendida por alguns como termo de imerecida fortuna,²⁸ foi considerada como fenômeno fiscal e as prestações parafiscais como tributos, assim pela doutrina italiana²⁹ e

1981, p. 586, pode servir de exemplo: “As contribuições parafiscais, em resumo, são tributos, e, como tais, não escapam aos princípios da Constituição”. Nem mesmo MORSELLI, Emanuele. “El Punto de Vista Teorico della Parafiscalità”. *Archivio Finanziario* 9: 226 escapou do equívoco, pois embora separe a fiscalidade da parafiscalidade, utiliza com imprecisão a palavra imposto: “Il concetto d'imposta parafiscale, come essenzialmente diverso da quello di imposta fiscale...”.

25 É ainda BALEEIRO (*Uma Introdução à Ciência das Finanças*, cit., p. 270) quem reconhece: “Se a palavra foi feliz, o conceito por ela fixado não vem obtendo recepção encorajadora, do ponto de vista teórico”. GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *A Situação Atual da Parafiscalidade no Direito Tributário*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 134, ao defender a natureza tributária das contribuições sociais, conclui, coerentemente, que o vocábulo parafiscalidade “pode ser riscado, por inútil e vazio de conteúdo pragmático”.

26 *Op. cit.*, p. 217 e seguintes.

27 *Ibid.*, p. 227.

28 Cf. A. FANTOZZI, *Diritto Tributario*, cit., p. 66.

29 GIANNINI, Achille Donato. *I Concetti Fondamentali del Diritto Tributario*. Turim: UTET, 1956, p. 79; INGROSSO, Giovanni. *I Contributi nel Sistema Tributario Italiano*, cit., p. 309; ZINGALI, Caetano. “Il concetto di tributo nella più recente elaborazione giurisprudenziale”. *Archivio Finanziario* 5: 224, 1956; MICHELI, Gian Antonio. *Curso de Direito Tributário*. São

francesa,³⁰ como pelas que sofreram a influência daquelas duas: a brasileira,³¹ a espanhola³² e a argentina.³³ Aliomar Baleeiro³⁴ ofereceu a síntese das principais características visualizadas pela doutrina: “a) delegação do poder fiscal do Estado a um órgão oficial ou semi-oficial autônomo; b) a destinação especial ou “afetação” dessas receitas aos fins específicos cometidos ao órgão oficial ou semi-oficial investido daquela delegação; c) exclusão dessas receitas delegadas do orçamento geral (seriam, então, “paraorçamentárias”, *para-budgetaires*, segundo Laferrière); d) conseqüentemente, subtração de tais receitas à fiscalização do Tribunal de Contas ou órgão de controle da execução orçamentária”. A Constituição brasileira, como era natural que acontecesse, recebeu a influência da doutrina e emburilhou, pela Emenda nº 1/69, sob o conceito de tributo (art. 21, 2º, item I), toda a parafiscalidade. De notar que essa orientação da doutrina e do direito positivo de inúmeros países correspondia a uma política

Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 111; P. RUSSO, *op. cit.*, p. 31.

30 MÉRIGOT, Jean-Guy. “Ementos de uma Teoria da Parafiscalidade”. *Revista de Direito Administrativo* 33: 66, 1953, considera a parafiscalidade como “conceito híbrido e de expectativa, concebível enquanto os pensamentos político, econômico e financeiro modernos não tiverem realizado suas síntese e unidade”; MEHL, Lucien. *Elementos de Ciência Fiscal*. Barcelona: Bosch, 1964, p. 201, coloca o fenômeno da parafiscalidade entre a taxa e o imposto; LAFERRIÈRE & WALINE, *Traité Élémentaire de Science et de Legislation Financières*. Paris: LGDJ, 1952, p. 243, afirmando que “la recette parafiscale... est d’une autre nature que la recette fiscale”, classificam-na como imposto; DUVERGER, Maurice. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. Paris: PUF, 1956, p. 99 também assimila a parafiscalidade às “impositions”.

31 Cf. ULHOA CANTO, Gilberto. “Alcuni Aspetti Giuridico-Costituzionali della Parafiscalità nel Brasile”. *Archivio Finanziario* 5: 38, 1956; BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 350; ATALIBA, Geraldo. “Regime Constitucional da Parafiscalidade”; *cit.*, p. 26: “em nada, absolutamente nada, difere a parafiscalidade do regime tributário normal”; SOUZA, Rubens Gomes de. “A Previdência Social e os Municípios”. *Revista de Direito Administrativo* 115: 87; FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Direito Tributário Brasileiro. Aspectos Concretos*. Rio de Janeiro: Ed. Financeiras, 1960, p. 247; GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. *A Situação Atual da Parafiscalidade no Direito Tributário*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 133.

32 Cf. SAINZ DE BUJANDA, Fernando. *Notas de Derecho Financiero*. Madrid: Universidade de Madrid, 1976, t. 1, v. 2, p. 148; CORTÉS DOMINGUES & MARTIN DELGADO, I, p. 204; PEREZ DE AYALA & EUSEBIO GONZALEZ. *Curso de Derecho Tributario*. Madrid: Ed. Derecho Financiero, 1978, v. 1, p. 156.

33 Cf. GIULIANI FONROUGE, Carlos. *Derecho Financiero*. Buenos Aires: Depalma, 1977, p. 945: “Las contribuciones denominadas parafiscales no constituyen una categoría jurídica distinta de la tributación general o política”; VILLEGAS, Hector B. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1975, p. 120. Na Colômbia prevalece o mesmo entendimento – cf. PLAZAS VEGA, Mauricio. *El Liberalismo y la Teoría de los Tributos*. Bogotá: Temis, 1995, p. 327.

34 *Uma Introdução à Ciência das Finanças*, *cit.*, p. 271.

econômica de inspiração keynesiana e à exagerada intervenção do Estado nos domínios do econômico e do social.

Mas as coisas mudaram. A crise econômica mundial surgida na década de 1970, com reflexos dramáticos no Brasil, fez com que se reavaliasse o papel do Estado Social de Direito e se extirpassem, do rol das suas funções essenciais, aquelas que só lhe deveriam caber em caráter supletivo e subsidiário, como sejam a propriedade de empresas, a intervenção no mercado e a previdência social. Ao mesmo tempo recuperou-se a consciência de que a categoria “tributo” possui entre os seus elementos característicos a destinação às despesas essenciais do Estado, inconfundível com a destinação específica da arrecadação a este ou àquele órgão, que realmente não tem influência para a elaboração do conceito.³⁵ Finalmente, superou-se o preconceito positivista que reduzia a noção de tributo à norma, ao processo ou à relação jurídica, esvaziando-a dos julgamentos de valor, e, com isso, se estremou o fundamento da *solidariedade social*, típico da parafiscalidade, da idéia de capacidade contributiva, exclusiva dos tributos. A doutrina, retomando algumas contribuições de Morselli, passou a recusar a contraditória idéia de uma fiscalidade parafiscal ou de uma parafiscalidade fiscal, colocando o fenômeno da parafiscalidade, de suma importância, fora do campo tributário.³⁶ A Emenda Constitucional nº 8/77 aderiu a essa nova ordem de idéias, retirando do elenco dos tributos as contribuições sociais que infundadamente a eles se acrescera pela Emenda nº 1/69. A parafiscalidade, a nosso ver, poderia realmente constituir um “neologismo afortunado”, mas desde que tivesse significado diferente do de fiscalidade.

Sucedem que, em 1988, assistiu-se ao retrocesso em tema de parafiscalidade. As contribuições sociais, como vimos acima, retornaram à Constituição Tributária (art. 149) e readquiriram a sua natureza fiscal. Desapareceu, assim, o fenômeno da parafiscalidade no direito brasileiro, diluindo-se no da fiscalidade.

35 Cf. R. L. TORRES, *Sistemas Constitucionais Tributários*, *cit.*, p. 194.

36 Cf. ISENSEE, *op. cit.*, p. 430; STRICKRODT, Georg. “Parafiskalismus”. In: *Handwörterbuch des Steuerrechts*. Munique: Beck, 1972, v. 2, p. 822; GARZA, Sérgio Francisco de la. “La Naturaleza Jurídica de las Cuotas de Seguridad Social en el Derecho Mexicano”. *Revista de Direito Tributário* 3: 42, que distingue claramente entre os tributos e as “exacciones paratributarias”; FORTE, Francesco. “Parafiscalità”. In: *Novissimo Digesto Italiano*, v. 12, p. 382, também considera a parafiscalidade em sua relação com os entes territoriais e não territoriais, aduzindo que funciona “como processo substitutivo do mecanismo do mercado”, ao influir, em equilíbrio com os tributos, sobre a escolha de bens públicos; VALDÉS COSTA, Ramon. *Curso de Derecho Tributario*. Buenos Aires: Depalma, 1996, p. 214: “Dentro de este tipo de prestaciones una importante distinción jurídica se impone entre las prestaciones efectuadas a los organismos estatales, por una parte, y a los organismos no estatales por otra. Las primeras tienen todas las características de los tributos, mientras que las segundas presentan características jurídicas particulares que impide darles la misma calificación”.

Se a parafiscalidade é um conceito heurístico, é claro que depende da existência de figuras específicas da Constituição Social para que possa sobreviver, posto que compreende as prestações não-fiscais que, destinadas às despesas inessenciais assumidas supletivamente pelo Estado para a garantia dos direitos sociais, são cobradas com base na competência para legislar sobre o direito social. Se as novas normas da CF 88 eram irracionais, nem por isso poderiam ser consideradas inconstitucionais, como acabou por declarar o próprio STF. Já observou Ramón Valdés Costa que³⁷: “Este régimen (tributário) en principio no es aplicable a las obligaciones en favor de otros entes jurídicos, aunque sean prestaciones pecuniarias creadas también, por ley. Nada obsta, sin embargo, a que el legislador extienda total o parcialmente aquel régimen a estas otras obligaciones, pero ello requiere taxto expreso, y que essa extension sea constitucionalmente posible”. A diluição da parafiscalidade na fiscalidade, sobre denotar a opção pela ampliação do papel do Estado Providencial, teve o demérito de estabelecer a confusão entre a capacidade contributiva e a solidariedade, atividade essencial e inessencial, proteção aos pobres e aos miseráveis, garantia do mínimo existencial e dos direitos sociais, gratuidade e onerosidade das prestações públicas na área da saúde (gratuidade que obviamente só existia para os usuários do serviço, pois os ônus recaíam sobre terceiros). O desaparecimento da parafiscalidade na vigência constitucional de 1988 pode ser detectado ainda pela consideração da questão orçamentária: as contribuições sociais deixaram de ser paraorçamentárias (*para-budgetaires, off budget*) para se transformarem em fontes orçamentárias; o orçamento da seguridade social no Brasil seguiu caminho heterodoxo, que não encontra paralelo de monta no direito comparado, a não ser em Portugal, passando a integrar a lei orçamentária anual, juntamente com o orçamento fiscal (art. 165, § 5º); na vertente da despesa destaca recursos para entidades e órgãos do Fisco e do Parafisco; quanto à receita, possui fontes não-contributivas (transferências do orçamento fiscal custeadas pela arrecadação dos impostos em geral), contributivas diretas (contribuições previdenciárias dos empregados e patronais calculadas sobre as folhas de pagamento) e contributivas indiretas (contribuições sociais sobre o lucro e o faturamento, pagas pelas empresas, que têm características de imposto com destinação especial).

Uma averbação final: a expressão “prestações parafiscais” é um tanto ambígua, como o próprio vocábulo “parafiscalidade”, e pode abranger também as contribuições econômicas e até os preços públicos. Preferimos, todavia, adotar o conceito menos abrangente da parafiscalidade, reservando à expressão “não-fiscalidade” a função genérica de compreender também as prestações

37 *Curso de Derecho Tributario*, cit., p. 215. No mesmo sentido: K. VOGEL, “Der Finanz und Steuerstaat”, cit., p. 1.178.

extrafiscais (contribuições econômicas nos sistemas em que não aparecem como tributos) e as patrimoniais (preços públicos).

4 — Limitações constitucionais

A contribuição social não sofre a limitação das liberdades fundamentais, isto é, a sua cobrança não está sujeita à observância das normas constitucionais sobre as imunidades. A contribuição social se aproxima dos impostos; mas, à diferença destes, não constitui um dever fundamental do cidadão, firmado no espaço aberto pela liberdade, ou seja, não constitui um correspectivo dos direitos fundamentais. A contribuição é paga no interesse direto do grupo a que pertence o cidadão,³⁸ como um dever social para financiar as despesas estatais necessárias à proteção de seus direitos sociais, inconfundíveis com os direitos fundamentais ou direitos da liberdade, que geram, para todos os cidadãos, independentemente do grupo econômico, social ou profissional a que pertençam, o dever fundamental de pagar tributo. Se a contribuição social não é um dever fundamental nem visa à proteção das liberdades, segue-se que a autolimitação da liberdade, expressa sob a forma do *status negativus* das imunidades constitucionais, não lhe é aplicável. Os direitos sociais encontram na contribuição social o seu veículo de financiamento, sendo toda a matéria estranha aos direitos fundamentais; aqueles direitos, entretanto, que pela sua importância se classificam como direitos fundamentais, não têm a atividade de proteção estatal financiada pelas contribuições sociais, mas pelos tributos, prevalecendo, aí, as limitações constitucionais. As entidades filantrópicas, por exemplo; tinham direito à isenção da contribuição previdenciária patronal concedida pela lei ordinária, mas não à imunidade constitucional;³⁹ hoje, pelo art. 195, § 6º, da CF 88 gozam da imunidade garantida inclusive na ausência de lei ordinária que a reconheça.⁴⁰ O Supremo Tribunal Federal tem declarado que as pessoas jurídicas de direito público não estão imunes à multa pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias, pois, como disse o Min. Thompson Flores,⁴¹ “não se pode

38 Cf. MORSELLI, Emanuele. “Il Punto de Vista Teorico della Parafiscalità”. *Archivio Finanziario* 9: 228, 1960.

39 Cf. RE 69.100-RJ, Ac. da 2ª T., do STF, de 20.8.74, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 73/778; RE 91.088-RJ, Ac. da 1ª T., de 16.10.79, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 94/1.266; RE 92.800-RJ, Ac. da 1ª T., de 28.8.80, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 96/447.

40 Mandado de Injunção nº 232-1-RJ, de 2.8.91, Ac. do Pleno do STF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.92.

41 RE 70.089, Ac. da 2ª T., de 1.3.71, RTJ 58/479. No mesmo sentido: RE 68.417-PA, Ac. da 1ª T., de 3.3.70, Rel. Min. Amaral Santos, RTJ 54/258; RE 73.402-SP, Ac. da 1ª T., de 24.3.72, Rel. Min. Luiz Gallotti, RTJ 62/210; RE 73.721-SP, Ac. da 2ª T., de 17.4.72, Rel. Min. Eloi

beneficiar dessa qualidade porque, em contratando o seguro por acidente do trabalho de seus empregados, operou como mero particular, sujeitando-se, pois, às decorrências dessa condição”.

Quanto às outras limitações constitucionais, devem ser respeitadas: as contribuições sociais não podem ser tão elevadas que signifiquem o confisco da propriedade alheia, a proibição do exercício das profissões ou a inibição da liberdade de comércio.⁴²

5 — Princípios constitucionais tributários

As contribuições sociais subordinam-se a diversos princípios constitucionais tributários, vinculados assim às idéias de justiça e equidade que à de segurança jurídica.

5.1 — Justiça

Com o retorno do pensamento jurídico à consideração da justiça, ocorrido nas últimas décadas, tornou-se ponto fundamental a discussão sobre a justiça que informa a arrecadação das contribuições sociais. A problemática da exclusão social e da natureza contributiva da seguridade social aproxima-se hoje da abordagem fundada na teoria da justiça de cunho não-utilitarista, que se positiva nos princípios constitucionais tributários que passamos a examinar.

5.1.1 — Capacidade Contributiva

O princípio da capacidade contributiva a rigor não se aplica ao tema das contribuições sociais, que se subordina essencialmente ao princípio da solidariedade social.

Mas, diante das anômalas contribuições sobre o faturamento e o lucro, admitidas pela CF 88, que na realidade são impostos incidentes sobre a renda

da Rocha, RTJ 62/251; RE 73.461-SP, Ac. da 1ª T., de 24.3.72, Rel. Min. O. Trigueiro, RTJ 63/215; RE 75.062-ES, Ac. da 2ª T., de 8.2.73, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 67/8.813.

⁴² Cf. SCHOLZ, Rupert. *Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft*. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1981, p. 46; MERTEN, Detlef. “Sozialrecht. Sozialpolitik”. In: BENDA, E., MAIHOFER, W. & VOGEL, H. J. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983, p. 782; MÉLEGA, Luiz. “Natureza Jurídica da Contribuição de Previdência Social”. In: BRANDÃO MACHADO (Coord.). *Direito Tributário*. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 392.

ou as vendas, por nelas não haver a contraprestação estatal em favor do contribuinte, a capacidade contributiva passa a servir de fundamento para a sua cobrança. Só a riqueza e a capacidade de pagar das empresas e da parcela da sociedade que indiretamente suporta o ônus financeiro de tais contribuições podem explicar a incidência. De notar que nos países escandinavos que nos serviram de modelo para a instituição do sistema universal e gratuito de saúde a fonte de financiamento é o imposto de renda,⁴³ que obviamente encontra fundamento jurídico na capacidade contributiva. Os autores que adotam uma posição saudosista com referência ao Estado Providencial, como é o caso de Rosanvallon,⁴⁴ também advogam a gratuidade das prestações de saúde e indicam como fonte de financiamento o imposto de renda. A doutrina estrangeira aponta a injustiça, e não raro a inconstitucionalidade, da cobrança de contribuições sociais que perdem a sua natureza causal, transformando-se em autênticos “impostos com destinação especial” (*Zwecksteuern*), nos quais a responsabilidade tributária recai sobre quem não auferiu benefícios da ação estatal nem participa do grupo protegido.⁴⁵ No Brasil a discussão sobre a constitucionalidade perdeu o interesse porque a própria CF criou a anomalia.

A capacidade contributiva aparece também como justificativa parcial das contribuições sociais de finalidade previdenciária na obra dos juristas que defendem possuírem elas simultaneamente a natureza de imposto (a parte do empregador) e de taxa (a parte do empregado). Haveria até mesmo uma certa influência da capacidade contributiva no que concerne às cotas dos empregados, que são cobradas progressivamente, dentro de certos parâmetros.⁴⁶ Mas o princípio que verdadeiramente informa a cobrança das contribuições sociais é o da solidariedade.

5.1.2. — Custo/benefício

O princípio do custo/benefício não se compatibiliza com o sistema das contribuições sociais. Os autores que procuraram cindir aquela categoria de ingressos estabeleceram uma certa relação com o benefício individual auferido, pelo menos no que concerne à cota previdenciária dos empregados. Mas ficaram em minoria, como já vimos.

⁴³ Cf. *Modelos de Coparticipación del Usuario en la Financiación de la Sanidad Pública*. Madrid: Fundación de Ciencias de la Salud/ Ed. Doce Calles, 1995, p. 20.

⁴⁴ *La Nouvelle Question Sociale. Repenser l'État Providence...* Paris: Seuil, 1995, p. 79.

⁴⁵ Cf. TIPKE/LANG, *op. cit.*, p. 76; SCHEMMEL, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁶ Cf. A. FANTOZZI, *op. cit.*, p. 67.

5.1.3 — Solidariedade

Esta é uma das diferenças específicas da categoria das contribuições sociais, que a estrema dos outros tributos: enquanto estes se impõem com fundamento nos princípios da capacidade contributiva e do custo/benefício, aquelas são exigidas em nome da solidariedade social. O cidadão deve pagar a contribuição social porque pertence ao grupo que terá a defesa de seus direitos sociais patrocinada pelo Estado mediante o financiamento representado por aquele ingresso. Não seria justo cobrir as despesas com a garantia dos direitos sociais de certos grupos através da arrecadação dos impostos gerais. Cada grupo social deve assumir a responsabilidade de prover as despesas com a proteção estatal de que carece.

Coube a Morselli,⁴⁷ indiscutivelmente, realçar essa característica típica da parafiscalidade: “principio di solidarietà” ou “principio altruístico”. O discurso positivista de reação às idéias de Morselli fundou-se até na negação da validade dos valores jurídicos, em especial o da capacidade contributiva que informa os impostos;⁴⁸ Rubens Gomes de Souza criticava o jurista italiano dizendo que “a capacidade contributiva não é um elemento jurídico do conceito de tributo, mas um elemento pré-jurídico da escolha, pelo legislador, das hipóteses de tributação e de sua medida”.⁴⁹ A recusa do princípio da solidariedade levou alguns outros juristas de índole positivista a cindir a categoria das contribuições previdenciárias, assimilando a cota dos empregadores aos impostos em geral e a dos empregados às taxas, tendo em vista que apenas estes receberiam benefícios do Estado.⁵⁰

Com a retomada das preocupações valorativas pelo Direito Tributário e com as novas regras da legislação positiva, voltam os autores a reafirmar que o fundamento das contribuições é a *solidariedade*, e não a capacidade contributiva.⁵¹ Alguns juristas alemães chamam a atenção para a necessidade de não se confundirem as contribuições para a seguridade social (*Sozialversicherungs-*

47 *Op. cit.*, p. 227.

48 G. INGROSSO, *op. cit.*, p. 320, preferiu diluir o princípio da solidariedade no da capacidade contributiva.

49 “A Previdência Social e os Municípios”. RDA 115: 89.

50 Vide nota 3.

51 Cf. entre outros, POTITO, Enrico. *L'Ordinamento Tributario Italiano*. Milão: Giuffrè, 1978, p. 29; KAUFMANN, A. *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976, p. 37; LÜDEKE, R. “Kosten und Ausgabendämpfung in Gesundheitswesen als Problem einer Zielgerichteten Krankenversicherung”. *Finanzarchiv* 37 (1): 77, 1979; FANTOZZI, *op. cit.*, p. 67, que fala em “contributo de solidarietà”.

rechtlichen Beiträgen), que se subsumem no conceito mais amplo de tributos especiais parafiscais (*parafiskalischen Sonderabgaben*), com os impostos e os tributos, salientando ser relevante a distinção para que se consiga vencer a crise do Estado Fiscal,⁵² tendo em vista que a assimilação dos *Sonderabgaben* aos impostos conduziria à sua extensão a quem esteja fora do grupo beneficiado, diluindo-se a idéia de solidariedade social.⁵³ Muito para notar que a solidariedade, como assinala a doutrina germânica, cria o sinalagma não apenas entre o Estado e o indivíduo que paga a contribuição, mas entre o Estado e o grupo social a que o contribuinte pertence, considerado este às vezes em função do trabalho e da profissão e outras vezes em razão de situações existenciais (velhice, doença, gravidez, morte, etc.).⁵⁴ Porém a solidariedade não se esgota em ser uma atitude frente ao Estado, senão que também opera dentro do próprio grupo: o princípio da igualdade e da proporcionalidade devem ser respeitados;⁵⁵ os subgrupos, como os dos patrões e dos empregados, seguem diferentes sub-princípios derivados do princípio maior da solidariedade, como sejam os do equilíbrio de riscos e do dever de assistência;⁵⁶ a solidariedade é uma decorrência da responsabilidade social do empregador (*sozialen Verantwortung von Arbeitgebern*).⁵⁷

De modo que, no regime da CF 88, a solidariedade é o princípio da justiça que fundamenta as contribuições sociais de natureza previdenciária incidentes sobre a folha de salários, embora não o seja relativamente às que recaem sobre o faturamento e o lucro. A solidariedade fundamenta ainda as contribuições profissionais e as econômicas.

52 Cf. SEIDL, Christian. “Krise oder Reform des Steuerstaats?” *Steuer und Wirtschaft* 64 (3): 210, 1987.

53 PATZIG, Werner. “Steuern, Gebühren, Beiträgen und Sonderabgaben”. *DÖV*, 1981, p. 736.

54 Cf. MERTEN, Detlef. “Sozialrecht. Sozialpolitik”. In: BENDA, E., MAIHOFER, W. & VOGEL, H. J. *Handbuch des Verfassungsrechts*. Berlin: Walter de Gruyter, p. 784, 1983; SCHOLZ, Rupert. *Sozialstaat zwischen Wachstums- und Rezessionsgesellschaft*. Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1981, p. 46; HIPPEL, Eike von. *Der Schutz des Schwächeren*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1979, p. 176.

55 Cf. SCHOLZ, Rupert. In: MAUNZ, DÜRIG, HERZOG, _____. *Grundgesetz*. Kommentar. München: C. H. Beck, 1995, p. 69.

56 Cf. KRUSE, H. W. *Steuerrecht*. München: C. H. Beck, 1969, p. 19: “O seguro social é uma exceção entre as contribuições. Aqui não prevalece o princípio tributário (*das abgabenrechtliche Prinzip*) da fruição de uma vantagem pessoal, mas a idéia de equilíbrio social. O fundamento consiste no equilíbrio de risco (*Risikoausgleich*) por parte dos trabalhadores assegurados e o dever de assistência geral (*allgemeine Fürsorge*) dos patrões para com os empregados.”

57 P. HENSELER, *op. cit.*, p. 170.

O princípio da solidariedade, de dimensão constitucional, vincula a cobrança das contribuições sociais, que passam a exibir a natureza causal.⁵⁸ Se não houver os laços de solidariedade entre os que pagam o ingresso e os que recebem o benefício estatal e, conseqüentemente, se inexistir a contraprestação estatal em favor do grupo será inconstitucional a cobrança da contribuição social, exceto naqueles casos previstos na própria Constituição, em que incidem sobre o faturamento, o lucro e a movimentação financeira, adquirindo a natureza de “imposto com destinação especial”.⁵⁹

5.2 — Eqüidade

5.2.1 — Eqüidade entre gerações

As contribuições sociais se vinculam ao princípio da eqüidade entre gerações. Devem ser fixadas de tal forma que as gerações mais novas não se responsabilizem pelos benefícios devidos às mais antigas. Este, porém, é um dos mais graves problemas atuais da seguridade social, diante do envelhecimento das populações causado pela queda dos índices de mortalidade precoce e dos novos recursos tecnológicos no campo da medicina.⁶⁰

5.2.2 — Eqüidade entre gêneros

O sistema das contribuições sociais deve observar a questão da eqüidade entre homens e mulheres. Embora as mulheres nem sempre participem do processo produtivo, exercendo as suas atividades no recesso do lar, à margem do regime contributivo, nem por isso devem ser excluídas dos benefícios sociais, especialmente se divorciadas ou viúvas.⁶¹

5.3 — Segurança Jurídica

58 Contra: BRANDÃO MACHADO, *op. cit.*, p. 84: “... as contribuições sociais têm seus pressupostos desvinculados da atuação do Estado. A sua receita, sim, está vinculada aos fins que justificam a sua criação, não aos fatos geradores das respectivas obrigações”.

59 TIPKE/LANG, *op. cit.*, p. 76, anotam ser criticável, por injusta (*zu Unrecht*), a contribuição (*Sonderabgabe*) que recai sobre a generalidade dos contribuintes, perdendo a natureza de ingresso causal (*Kausalabgabe*).

60 Cf. ROSANVALLON, *op. cit.*, p. 42; BOSKIN, Michael et al. “Social Security: a Financial Appraisal across and within Generations”. *National Tax Journal* 40 (1): 22, 1987; FELDMSTEIN, Martin/SAMWICK, Andrew. “Social Security Rules and Marginal Tax Rates”. *National Tax Journal* 45 (1): 19, 1992.

61 Cf. SAINSBURY, Diane. *Gender, Equality and Welfare States*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 61.

5.3.1 — Legalidade

a) O poder específico de legislar sobre tributo

Sabemos que existe a competência para legislar sobre tributos ao lado da competência legislativa genérica. Enquanto o tributo é criado com base na competência legislativa específica desenhada nos arts. 145 a 156 da Constituição Federal, os demais ingressos encontram a sua fundamentação em dispositivos que versam a respeito da competência para legislar sobre matéria não-tributária: os preços públicos são instituídos de acordo com a competência para a intervenção no domínio econômico traçada no art. 175, parágrafo único, item III; as compensações financeiras são autorizadas pelo art. 20. As contribuições sociais, no texto de 1988, aparecem no art. 149, que autoriza a sua instituição “observado o disposto no art. 150, I”, isto é, o princípio da legalidade tributária, que proíbe à União, aos Estados e aos Municípios “exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Esse é o cerne da argumentação topográfica que conclui no sentido de que as contribuições sociais voltaram a ter natureza tributária em virtude da sua reinclusão no corpo da Constituição Tributária. O Supremo Tribunal Federal utilizou o mesmo argumento para concluir, no sentido inverso, na vigência da Emenda Constitucional nº 8/77, que as contribuições sociais não tinham natureza tributária.⁶² É sugestivo observar que com base na mesma referência ao art. 150, I, outros autores chegam a conclusão diversa, entendendo que a referência ao princípio da legalidade tributária só adquire sentido porque as contribuições sociais não têm natureza tributária.⁶³

Na Alemanha Federal os impostos se instituem com amparo no art. 105 da Lei Fundamental, incluído no capítulo da Constituição Financeira, as contribuições econômicas encontram fundamento no art. 74, item 11, que autoriza a legislação sobre o direito econômico (*das Recht der Wirtschaft*) e as contribuições sociais são cobradas com base no art. 74, item 7, que estabelece a competência legislativa concorrente para “a assistência social” (*die öffentliche Fürsorge*).⁶⁴ No México, segundo a interpretação de Sergio de la Garza,⁶⁵ a

62 Vide nota 9.

63 Cf., por todos, VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA, “Natureza Jurídica das Contribuições do art. 149 da Constituição”, *cit.*, nº 8.471.

64 Cf. KIRCHHOF, Paul. *Besteuerungsgewalt und Grundgesetz*. Frankfurt: Athenäum, 1973, p. 72; STARCK, C. “Überlegungen zum verfassungsrechtlichen Steuerbegriff”. *Festschrift für Gerhard Wacke*, 1972, p. 227; TIPKE/LANG, *op. cit.*, p. 75. Contra: RICHTER, Wolfgang. *Zur Verfassungsmässigkeit von Sondergaben*. Baden-Baden: Nomos Verlags Gesellschaft, 1977, p. 76, que fala em uma competência não escrita (*eine ungeschriebene Kompetenz*).

65 *Op. cit.*, p. 41.

competência para legislar sobre tributos está fixada no art. 73, item VII, enquanto a legalidade das contribuições paratributárias deriva do art. 123, itens IV e XXIX, o que determina a diversidade das respectivas naturezas jurídicas.

b) Reserva da lei complementar

A CF 88 reza, no art. 149, que as contribuições sociais competem exclusivamente à União e serão instituídas observado o disposto no art. 146, III, isto é, por lei complementar que lhes defina os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuinte.

Excluem-se do princípio da reserva da lei complementar as contribuições sociais referidas no art. 195 da CF, que incidem sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, como acertadamente já decidiu o STF,⁶⁶ eis que o próprio texto constitucional já lhes define o fato gerador e a base de cálculo.

5.3.2 — Irretroatividade

O art. 149 subordina a instituição das contribuições sociais ao princípio da proibição de retroatividade estampado no art. 150, III, *a*, que veda a cobrança de tributo em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

A contribuição sobre o lucro instituída pela Lei nº 7.689, de 15.12.88, teve o seu art. 8º declarado inconstitucional por pretender atingir os fatos geradores ocorridos no ano de 1988.⁶⁷

5.3.3 — Anterioridade

As contribuições sociais vinculam-se ao princípio da anterioridade previsto no art. 195, § 6º, conforme expressa determinação do art. 149.

66 Cf. RE 138.284, Ac. do Pleno, de 1º/7/92, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 143: 313: “As contribuições do art. 195, I, II e III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar. Apenas a contribuição do §4º do mesmo art. 195 é que exige para a sua instituição lei complementar, dado que essa instituição deverá observar a técnica da competência residual da União (CF, art. 195, § 4º; CF, art. 154, I). Posto estarem sujeitas à lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (CF, art. 146, III, *a*).

67 Cf. RE 138.284, Ac. do Pleno, de 1.7.92, Rel. Min. Carlos Velloso, RTJ 143: 313.

Essa anterioridade é específica das contribuições do art. 149 e significa que a lei nova só se aplica depois do prazo de 90 dias da sua publicação. As contribuições para o SENAI, SENAC e SESI, autorizados pelo art. 240 da CF, escapam dessa regra especial, para se subordinarem ao princípio geral da anterioridade (art. 150, III, *b*).

5.3.4 — Destinação pública

Os impostos se definem pela circunstância de servirem de meio para a consecução das tarefas essenciais do Estado, ligadas à proteção das liberdades e dos direitos fundamentais. As contribuições sociais, ao contrário, têm o objetivo de financiar despesas inessenciais do Estado, que são aquelas tendentes a proteger os direitos sociais dos cidadãos. Na Alemanha as contribuições não-tributárias (*Sonderabgaben*) reverterem para os fundos especiais, à margem do orçamento fiscal.⁶⁸ Coube também a Morselli chamar a atenção para a historicidade do fenômeno parafiscal, anotando que as novas finalidades e o câmbio profundo na estrutura e na vida do Estado moderno despertaram a necessidade da criação dos impostos parafiscais, inconfundíveis com os impostos políticos, pois “a índole e a forma dos tributos são determinadas pela natureza das necessidades públicas”.⁶⁹ A crítica positivista que se seguiu retirou a destinação do ingresso às necessidades essenciais do Estado dentre os elementos específicos da fiscalidade, confundindo-a com a destinação específica a este ou àquele órgão, que realmente não qualifica o tributo.⁷⁰ A consequência disso foi a própria ampliação do conceito de Estado, que passou a ter entre os seus “objetivos primordiais”⁷¹ a defesa dos direitos sociais. O tempo veio demonstrar que a assimilação das contribuições sociais aos tributos, com a transformação da previdência social em uma das principais missões do Estado, não serviu à causa dos mais fracos e ainda contribuiu para o crescimento do Leviatã. Aliás, o próprio Morselli já havia afirmado que a absorção da parafiscalidade pela fiscalidade levaria ao coletivismo, à confusão entre o econômico

68 Cf. TIPKE/LANG, *op. cit.*, p. 75; PATZIG, *op. cit.*, p. 736.

69 *Op. cit.*, p. 218.

70 Cf. ATALIBA, Geraldo. “Regime Constitucional da Parafiscalidade”, cit., p. 29.

71 GIULIANI FONROUGE, *op. cit.*, vol. I, p. 245: “*Puede afirmarse, sin temor a errar, que la regulación económica y la seguridad social constituyen actualmente objetivos primordiales impuestos por la evolución de los pueblos y hasta figuran como exigencias ineludibles en algunas constituciones*”; G. INGROSSO, *op. cit.*, p. 304, diz que o financiamento da previdência visa a atender “o interesse geral indiviso”, o que é “uma propriedade do tributo”.

e o financeiro e entre o público e o privado.⁷² A contribuição social, por conseguinte, se desvirtua toda vez que seja utilizada para resolver problemas políticos ou extrafiscais⁷³ ou para atender às necessidades gerais do Estado.

O problema da destinação constitucional tornou-se muito controvertido com a criação das contribuições sociais incidentes sobre o faturamento e o lucro, cujo produto arrecadado seria destinado às ações de saúde e ao financiamento da seguridade. As empresas brasileiras em grande número se rebelaram contra a nova ordem constitucional e procuraram resolver o conflito perante o Judiciário. Alegavam principalmente que a falta de referibilidade entre o pagamento das contribuições sociais (FINSOCIAL e contribuição sobre o lucro) e a contraprestação estatal, por um lado, e o recolhimento do tributo à Receita Federal e não ao INSS, de outra parte, conspurcavam a integridade do conceito de contribuição, que passava a se confundir com o de imposto, tornando-a inconstitucional. Não creio que assim fosse: o absurdo consistia em transmutar a natureza do ingresso — de contribuição parafiscal para tributo; mas, em sendo tributo, pouco importa se será recolhido ao Fisco (Receita Federal) ou ao Parafisco (INSS), se ambos têm responsabilidade no campo da seguridade social; menos ainda importa que seja vera contribuição ou que apresente as características de imposto com destinação especial, se foi autorizado pela própria Constituição.

Importante setor da doutrina brasileira manifestou-se no sentido da inconstitucionalidade. Gilberto de Ulhoa Canto escreveu: “Além da referibilidade que deve haver entre o sujeito passivo da contribuição para a seguridade social e a própria atividade a cujo custeio o produto da contribuição é destinado, tratando-se de contribuição direta ela tem de ser arrecadada e administrada pelos próprios órgãos aos quais afetos os serviços, traço este tradicional da parafiscalidade, que a Carta em vigor imprimiu às contribuições para a seguridade social. Esse requisito, básico, fundamental, não é atendido pela legislação sobre o FINSOCIAL, ora em vigor”.⁷⁴

⁷² *Op. cit.*, p. 726.

⁷³ Discute-se na Alemanha a respeito do cabimento da criação de uma contribuição a ser paga pelo empresário que utilizar robô em sua indústria (*Maschinen-Beitrag*). A crítica, hostil à proposição, vem se centrando no argumento de que não se pode atribuir às contribuições a finalidade política geral de zelar pelo nível de emprego (Cf. BOSS, Alfred. “*Maschinen-Beitrag zur Sozialversicherung?*” *Steuer und Wirtschaft* 58: 761, 1981).

⁷⁴ *Direito Tributário Aplicado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 359. No mesmo sentido: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Constituição Aplicada*. Belém: CEJUP, 1991, p. 20; —. “Questões Constitucionais sobre Cruzados Novos”, *FINSOCIAL, Imposto de Renda. Estudos*. São Paulo: Ed. Resenha Tributária, 1991, p. 35; DERZI, Misabel Abreu Machado. “Contribuição para o FINSOCIAL”. RDT 55: 220, 1991: “... A Constituição Federal cassou

Mas o Supremo Tribunal Federal deu pela constitucionalidade da cobrança. Ao julgar o litígio referente à contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas (Lei nº 7.689, de 15.12.88), concluiu: “Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa é que ela se destina ao financiamento da seguridade social”.⁷⁵ O FINSOCIAL também foi considerado constitucional,⁷⁶ salvo no que concerne ao aumento de alíquotas, tendo o STF firmado a seguinte orientação: “A teor do disposto no art. 195 da Constituição Federal, incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta e indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidências próprias — folha de salários, o faturamento e o lucro”.⁷⁷

6 — *Categorias constitucionais*

As contribuições sociais, que representam o gênero, se dividem em inúmeras categorias constitucionais. O critério constitucional é o de classificá-las no bojo da Constituição Social, ou de outras subconstituições, ao descrever as atividades estatais que serão por elas financiadas. Mas a descrição dos direitos sociais protegidos pela ação do Estado financiada pelas contribuições sociais

a capacidade tributária ativa da União (só a tendo o INSS), falecendo à União aptidão para figurar como credora no pólo ativo da relação tributária, para exigir e administrar o tributo”.

⁷⁵ RE 138.284, Ac. do Pleno, de 1.7.92, RTJ 143: 313, 1992. O Min. Relator Carlos Velloso disse em seu voto: “Daí que a administração direta também tem receita de seguridade social, já que não se pode compreender orçamento apenas de despesas. Por conseguinte, a Constituição não veda (ao revés, admite) a arrecadação de contribuição social para financiamento da seguridade social pela administração direta da União, não se podendo inquirir de inconstitucional a Lei nº 7.689/88, pelo fato de a contribuição por ela criada ser arrecadada pela própria União, através da Secretaria da Receita Federal (arts. 6º e 7º) nem pela remissão à legislação do imposto de renda para disciplinar a administração, lançamento, consulta, cobrança, penalidades, garantias e procedimento administrativo, no que couber (parágrafo único do art. 7º), visto que não há vedação constitucional para tanto”.

⁷⁶ RE 150.755, Ac. do Pleno, de 18.11.92, RTJ 149/259. O Min. Rel. Sepúlveda Pertence transcreveu alguns trechos do voto do juiz Fábio Bittencourt da Rosa, do TRF da 4ª Região: “No entanto, a tendência social da Constituição Federal de 1988, e a constatação de que boa parte da população brasileira vivia à margem da proteção à saúde, fez com que se optasse por um sistema misto de seguridade e previdência social no Brasil... Então, os descontos sofridos pelos empregados em seus salários financiam tão-somente a previdência social... As contribuições sobre o lucro e sobre o faturamento, que têm suportado os ônus do sistema de saúde e assistência social, administrado por outras entidades que não o INSS, como se viu, não haverão de ser arrecadadas por esta entidade autárquica”.

⁷⁷ RE 150.764-1, Ac. do Pleno, de 16.12.92, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 147/1.024.

pode se fazer de modo aberto,⁷⁸ pois o legislador ordinário goza de uma liberdade muito ampla no nominar as diversas contribuições específicas; não existe, salvo com relação ao salário-educação, uma vinculação entre o texto constitucional e as contribuições instituídas pela legislação (COFINS, PIS, PASEP, etc.), nem quanto à nomenclatura, nem quanto à definição.

As contribuições sociais, incluídas no rol dos tributos (art. 149), podem ser classificadas da seguinte forma,⁷⁹ sob a perspectiva da topografia constitucional e levando em consideração ou a atividade estatal ou a base de cálculo:

I) contribuições para a seguridade social, compreendendo: a) dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; b) dos trabalhadores; c) sobre a receita de concursos de prognósticos (art. 195, I, II e III);

II) outras contribuições para a manutenção ou expansão da seguridade social, sujeitas ao princípio da reserva da lei complementar (art. 195, § 4º);

III) participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa (art. 7º, XI);

IV) contribuição social do salário-educação (art. 212, § 5º, alterado pela EC 14/96);

V) contribuições para o SENAI, SESI, SENAC (art. 240 CF);

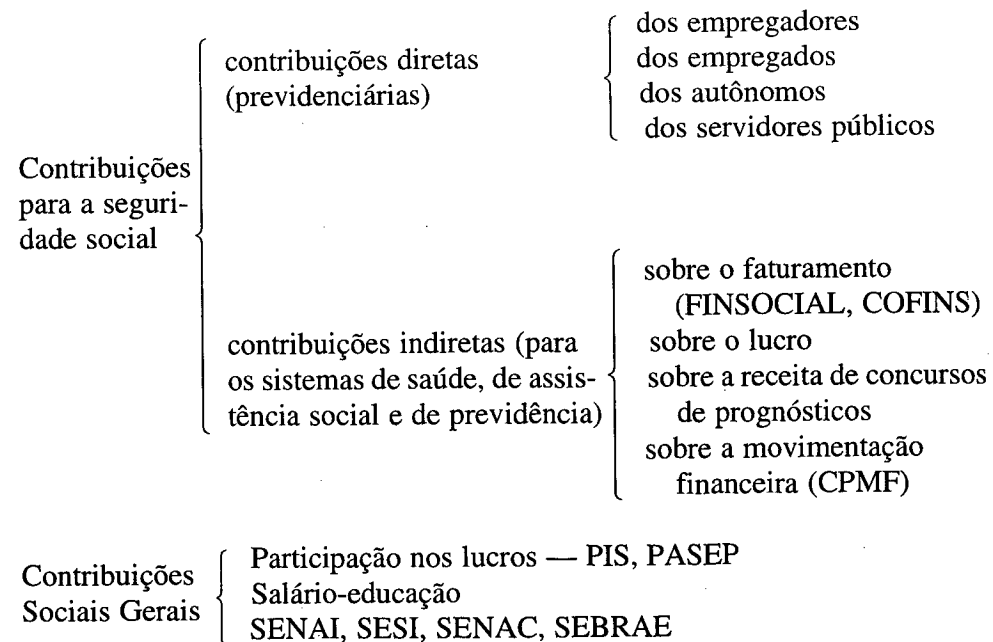
VI) contribuição sobre a movimentação financeira (CPMF) — EC 12/96.

A CF 88 deslocou a contribuição sindical do campo das contribuições sociais (art. 43, X, da CF 67/69, na redação da EC 8/77), para o das contribuições de interesse das categorias econômicas (art. 149).

Em síntese, este é o quadro atual das contribuições sociais visto a partir de sua destinação constitucional:

78 Cf. RE 82.483-RJ, Ac. da 2ª T., de 24.10.75, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 76/960: “Pode a lei federal determinar o alcance da expressão “ensino público” a que alude o art. 178 da EC 1/69”.

79 O Min. Carlos Mário Velloso, em voto didático proferido no STF (RE 138.284, Ac. de 1.7.92, RTJ 143: 320), ofereceu a seguinte classificação: “As contribuições sociais, falamos, desdobram-se em a.1. contribuições de seguridade social: estão disciplinadas no art. 195, I, II e III, da Constituição. São as contribuições previdenciárias, as contribuições do FINSOCIAL, as da Lei 7.689, o PIS e o PASEP (art. 239)...; a.2. outras de seguridade social (art. 195, § 4º)...; a.3. contribuições sociais gerais (art. 149): o FGTS, o salário-educação (art. 212, § 5º), as contribuições do SENAI, do SESI, do SENAC.



7 — Contribuições para a Seguridade Social

A própria expressão “seguridade social” é extremamente equívoca. Aliás, essa equivocidade acompanha todas as expressões adjetivadas pelo termo social: Direito Social, Justiça Social, Estado Social, Constituição Social, etc.⁸⁰ A Constituição de Portugal preferiu utilizar a expressão “orçamento da segurança social” (art. 108, I, b).

A *seguridade social* compreende as ações e prestações do Estado tendentes a garantir os direitos sociais dos cidadãos, protegendo-os contra os riscos do trabalho e as contingências da própria existência humana (velhice, maternidade, desemprego involuntário, etc.). Distingue-se perfeitamente da *segurança jurídica*, que abrange a garantia dos direitos fundamentais e pode compreender as prestações positivas para a sua defesa inclusive contra os riscos da vida. Segue-se daí que a proteção estatal à vida, à propriedade, à locomoção, ao mínimo existencial e às condições necessárias ao exercício da liberdade, bem como a assistência aos miseráveis (e não aos pobres)⁸¹ enquadram-se na idéia de segu-

80 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Sistemas Constitucionais Tributários*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 644.

81 Para a distinção entre pobreza absoluta (= miséria) e pobreza relativa, cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”. RDA 177: 30, 1989.

rança dos direitos individuais; ao passo que a proteção aos direitos sociais e aos riscos provenientes da idade, do trabalho ou das demais contingências existenciais entende com a seguridade social.⁸²

Quanto às fontes de financiamento, as ações ligadas à segurança dos direitos fundamentais são custeadas pelos impostos em geral, enquanto a seguridade social deve se basear nas contribuições parafiscais de empregadores e empregados, salvo no que se relaciona com o mínimo social.

O sistema da seguridade social expandiu-se exageradamente em todo o mundo e entrou em crise no final da década de 70. O universo dos beneficiários cresceu significativamente, pelo alongamento da expectativa de vida e pela incorporação de segmentos sociais desassistidos, como foi o caso dos trabalhadores rurais. As despesas relativas a certas prestações de seguridade, máxime as da área da saúde, encareceram pela sofisticação dos instrumentos utilizados pela medicina moderna e pelas novas doenças surgidas (ex. AIDS). Do outro lado do orçamento as receitas minguaram, pelas falhas nos cálculos atuariais das contribuições parafiscais e, sobretudo, pela tendência de se imputar à arrecadação dos impostos o custeio das despesas da seguridade.

A CF 88 enveredou pelo caminho do paternalismo, no momento em que na maior parte dos países se fazia a crítica ao sistema. De acordo com o art. 194 “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Quanto ao custeio, prevê o art. 195 que “a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro; II — dos trabalhadores; III — sobre a receita de concursos de prognósticos”.

As Leis de Diretrizes Orçamentárias vêm sistematizando as fontes de receita da seguridade. A de nº 9.293, de 15.7.96 estabeleceu que “o orçamento da seguridade social compreenderá as dotações destinadas a atender às ações de saúde, previdência e assistência social e obedecerá ao disposto nos arts. 194, 195, 196, 200, 201, 203 e 212, § 4º, da Constituição e contará, dentre outros, com recursos provenientes: I — das contribuições sociais previstas na Consti-

82 Cf. ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. Berlin: Walter de Gruyter, 1983, p. 22; ZACHER, Hans. “Grundtypen des Sozialrechts”. *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, 1987, p. 583. Os saudosistas do Estado Providencial confundem as duas dimensões e defendem que os riscos existenciais devem ser cobertos por indenização do Estado, com base na teoria da responsabilidade objetiva — Cf., por todos; EWALD, François. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986, p. 345.

tução; II — das receitas próprias dos órgãos, fundos e entidades que integram, exclusivamente, este orçamento; III — da contribuição para o plano de seguridade social do servidor, que será utilizada para despesas no âmbito dos Encargos Previdenciários da União; IV — do orçamento fiscal.”

7.1 — O Sistema de saúde

Respeito à *saúde*, diz o art. 196 que ela é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Já o art. 6º afirma que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”. A CF distinguiu, sem a menor dúvida, entre as prestações de saúde que constituem proteção do *mínimo existencial* e das condições necessárias à existência (medicina preventiva, vigilância sanitária e epidemiológica), que são gratuitas, e as que se classificam como *direitos sociais* e que podem ser custeadas por contribuintes (medicina curativa). A Lei nº 8.080, de 19.9.90 — art. 43, entretanto, que instituiu o sistema único de saúde, criou a utopia da gratuidade das prestações públicas nessa área, desarticulando inteiramente a ação estatal, piorando consideravelmente o atendimento ao povo e contrastando com as legislações dos Estados-membros, que criaram contribuições obrigatórias para a assistência médica aos seus funcionários.

Com efeito, a *gratuidade* das ações de saúde foi afirmada sem a consideração dos direitos humanos. A medicina preventiva, o atendimento de pronto-socorro e a proteção dos indigentes, que constituem o mínimo existencial, postulam o atendimento gratuito, financiado pela arrecadação geral dos impostos; mas a medicina curativa e o atendimento à população trabalhadora e aos ricos, classificando-se como direitos sociais, devem seguir o regime contributivo, como acontece nos Estados Unidos, Alemanha e França, entre outros. Sucede que optamos pelo modelo da gratuidade vigente nos países escandinavos, pequenos, pouco populosos e muito ricos. Mas não levamos às últimas conseqüências o sistema gratuito: não o financiamos com os impostos, como fazem as nações que nos serviram de modelo, senão que o fizemos recair sobre as empresas e a sociedade em geral, que pagam — muitas vezes com resistência — as contribuições sociais e agora a CPMF, tributos anômalos, posto que possuem a mesma natureza dos impostos sem lhes seguir o regime e a neutralidade da incidência. De outra parte, tem havido dificuldade na implementação das ações gratuitas quando estão em jogo os direitos humanos, como se viu no Rio de Janeiro, onde foi necessário que o Judiciário garantisse o fornecimento

de remédios a cidadãos aidéticos que não possuíam recursos para adquiri-los no mercado.

O *acesso universal e igualitário* às ações e serviços de saúde, assegurado no art. 196 da Constituição, sendo também utópico, gera expectativas inalcançáveis para os cidadãos. As prestações de medicina curativa, compreendidas no âmbito dos direitos sociais (art. 6º da Constituição), devem ser analisadas a partir dos critérios elaborados pela teoria da justiça. Dependem de escolhas orçamentárias, sempre dramáticas num ambiente de escassez de recursos financeiros, que conduzem inexoravelmente à exclusão de alguns — a depender das opções por investimentos em hospitais, sanatórios ou postos médicos que atendam à população segundo as condições de idade, sexo ou domicílio. Qual é o cardíaco brasileiro que tem o direito de ser operado pelo Dr. Jatene? Qual o critério de justiça que deve presidir as opções fundamentais em torno da saúde? Essas questões, que constituem o cerne da discussão em torno da justiça local, estão inteiramente obscurecidas entre nós pela proclamação demagógica da universalidade e da igualdade no atendimento! As conseqüências práticas consistem no constante aparecimento das acusações de que médicos e hospitais públicos exigem pagamento ilegal, no afastamento da classe média do sistema público em direção ao seguro privado e na constatação de que os serviços médicos apoiados em técnicas mais refinadas, como a dos transplantes, se tornaram seletivos em função da riqueza do usuário e não raro se colocam sob a suspeita de profunda odiosidade na discriminação dos que devem morrer por falta de órgãos como acontece com os transplantes de fígado. Isso tudo sem falar na corrupção estimulada na vertente dos gastos, principalmente com a terceirização fraudulenta. De notar que não se defende a extinção da universalidade do atendimento, mas a sua adequação ao sistema realista em que se mesclam e se somem as contribuições dos usuários, excluídos os pobres, e os aportes orçamentários financiados pela receita dos impostos.

A *unicidade* do sistema de saúde, em um país de federalismo tridimensional, é outro princípio insustentável. A menos que venha a ser repensada a sua base constitucional, distribuindo-se a responsabilidade pela despesa pública em favor da saúde entre a União, Estados e Municípios, a exemplo do que fez a Emenda Constitucional 14, de 1996, com o problema da educação. Em caso contrário os entes políticos menores continuarão a escapar de suas obrigações com o sistema de saúde.

Sintetizando, só a reforma constitucional que adapte os princípios da gratuidade, universalidade, igualdade e unicidade a fontes de financiamento estruturadas sob a perspectiva do respeito aos direitos humanos, da efetivação da justiça social e da redistribuição de responsabilidade entre os entes da federação poderá resolver o impasse a que chegou a saúde no Brasil. O problema da medicina social é análogo ao da educação, constituindo ambos objetivos essen-

ciais do Estado atual, superados que parecem estar os objetivos do desenvolvimento econômico induzido com o dinheiro público e dos investimentos militares. A reforma constitucional na educação já foi iniciada (EC 14/96) e está encontrando os seus desdobramentos, inclusive com a extinção da gratuidade do ensino superior. Se não for estendida à saúde continuaremos com paradigmas antagônicos para as duas vigas mestras da democracia social. Mas se realmente for desejo da sociedade brasileira manter o sistema de saúde gratuito, universal e único, que aceite o sacrifício de financiá-lo, como acontece na Dinamarca, na Noruega e na Suécia, países que acriticamente imitamos, com o aumento do imposto de renda nos percentuais necessários à prestação dos serviços e a sua repartição (do tributo e dos serviços) entre a União, os Estados e os Municípios e com a majoração dos tributos pertencentes aos demais entes políticos.

7.2 — Previdência social

A *previdência social*, definida no art. 201, tem os seus planos financiados pelas contribuições e inclui entre os seus objetivos a cobertura dos eventos da doença, invalidez, morte, velhice e reclusão, a proteção à maternidade e ao trabalhador em desemprego involuntário e a pensão por morte do segurado.

O sistema da previdência social entrou em crise no Brasil pelo paternalismo constitucional e pelo descompasso entre o volume de arrecadação das contribuições e o excesso de benefícios e vantagens outorgadas, entre eles a aposentadoria precoce e as vantagens desvinculadas da correspondente contribuição pretérita. O permanente desequilíbrio entre o crescimento do universo dos beneficiários frente ao dos contribuintes leva também ao impasse no sistema de previdência exclusivamente estatal. Somem-se a isso a corrupção dos administradores, o desperdício de recursos e a centralização do sistema.⁸³

7.3 — Assistência social

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e compreenderá a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, o amparo às crianças e adolescentes carentes, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (art. 203 da CF). É caso de proteção do *mínimo existencial*, sob a perspectiva dos direitos

⁸³ Cf. DAIN, Sulamis. "O Velho e o Novo na Política Social Brasileira". *Monitor Público* 11: 43, 1996.

fundamentais, que justifica plenamente a gratuidade, suportada pelas transferências dos orçamentos fiscais da União, dos Estados e dos Municípios e pela arrecadação de contribuições sociais; a Lei nº 8.742, de 7.12.93, que dispôs sobre a organização da assistência social, entretanto, referiu-se, com evidente impropriedade vocabular, à “garantia dos mínimos sociais”, que incluiu na “universalização dos direitos sociais”.

ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO*

ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO**

Ao longo dos séculos, a responsabilidade penal do médico, por atos praticados no exercício da profissão, recebeu os tratamentos mais variados, desde de um excessivo rigor como resposta ao fracasso em suas intervenções, até uma extremada benevolência, desembocando numa quase absoluta impunidade.

Pelo mais antigo estatuto penal conhecido, o Código de Hamurabi, os médicos não estavam sujeitos ao talião, sendo, neste ponto, mais felizes do que os arquitetos, que respondiam com a própria vida, nos casos de desabamento com vítimas fatais. Entretanto, a pena reservada aos profissionais da saúde se revestia de rigor: havendo a morte do paciente resultado de sua atuação, tinha as mãos decepadas (Asúa, “Tratado”, t. IV, 1952, p. 681), pena que se destinava, na observação aguda de Moacir Scliar, “a evitar que um doutor desastrado repetisse o erro” (“A Paixão Transformada — História da Medicina na Literatura”, 1996, p. 22). Ainda é de Scliar a informação de que as mãos eram cortadas se o paciente morto fosse um homem livre, pois se se tratasse de escravo, a sanção consistiria, tão-só, em fornecer ao dono, um outro escravo em troca.

Ao estudar a diferenciação entre imperícia e erro profissional, notadamente no campo da medicina, Hungria (“Comentários”, vol. I, t. 2^o, 3^a ed., 1955, p. 15) registra a gravidade das reprimendas impostas durante a Idade Média aos médicos que ocasionavam eventos letais. Entretanto, este quadro de severidade começou a ser modificado a partir do Iluminismo, através da pregação de Montesquieu, quando se passou a reconhecer “a necessidade de tolerância para com os erros devidos à própria imperfeição da ciência hipocrática”.

* Exposição feita no 1^o Seminário sobre Responsabilidade Médica (Civil e Penal), patrocinado pelo CEPAD, em outubro de 1996.

** Prof. de Direito Penal da UERJ e Advogado Criminal.

No transcorrer do século passado, esta linha de benevolência e compreensão acabou sendo esticada ao extremo de sustentar-se a “irresponsabilidade absoluta dos médicos em todos os atos profissionais”, sob as alegações básicas de que a concessão do diploma universitário estabelecia uma presunção de capacidade técnica em favor do médico, insuscetível de ser colocada em dúvida pelos tribunais, mesmo porque não poderiam os juízes “apreciar questões de ordem médica de caráter puramente técnico”, sendo de crescer-se, ademais, o fato de a responsabilização do médico “entravar os progressos da medicina” (José Calvet de Magalhães, “A Responsabilidade Penal do Médico”, 1946, p. 12).

Harmonizada a este entendimento, Brillon argüia que o médico somente poderia responder a processo criminal se agisse com dolo (*apud* Hungria, ob. cit., p. 202). Da mesma forma, M. Carrara excluía a responsabilidade por culpa, com base na *boa-fé*, vale dizer, a *intenção curativa*, que normalmente impulsiona a atuação dos profissionais da medicina (*apud* Altavilla, “La Culpa”, ed. colombiana, 1956, p. 528).

Estando o presente trabalho sendo apresentado em um seminário interdisciplinar, do qual não participam apenas técnicos em Direito, torna-se necessário fazer uma distinção elementar entre crimes dolosos e crimes culposos. Pela definição legal, suficiente para o fim a que nos propomos, o crime é considerado doloso, forma mais grave da prática de um delito, “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Por outro lado, a infração é tida como culposa, “quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia” (art. 18 do Código Penal). Assim, no entender de Brillon, o médico seria responsabilizado penalmente, *grosso modo*, no desempenho de sua atividade profissional, apenas quando agisse com a intenção de matar ou de provocar algum dano à saúde ou à integridade física do paciente, o que constitui hipótese rara.

Feita, em traços superficialíssimos, a distinção entre crimes dolosos e culposos, é de se assinalar que o estudo da responsabilidade penal do médico gravita, no mor das vezes, em torno de problemas envolvendo delitos meramente culposos, buscando-se precisar com nitidez, em cada caso concreto, a presença da negligência, imprudência ou imperícia para possibilitar a imposição de uma pena criminal (Muñoz Conde, “Derecho Penal”, Parte Especial, 8ª ed., 1991, p. 107).

Em nossos dias, quase não há defensores da corrente que sustenta a irresponsabilidade absoluta dos médicos por seus atos profissionais.

A obtenção do título acadêmico estabelece uma simples presunção em favor do médico, a qual, contudo, é elidida nos casos de incompetência evidente, de temeridade irresponsável ou de arbitrária negligência, ainda mais considerando-se que ele trabalha “sobre los más preciados de los bienes que el Derecho

tutela: — la vida y la salud” (Silva Riestra, *apud* López Bolado, “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, 1992, págs. 198/9).

A par disto, a experiência quase universal vem demonstrando que a obtenção do diploma universitário não marca o fim da fase de aprendizagem, sendo imprescindível um período de prática em hospitais, desenvolvendo o recém-formado atividades sob controle (Altavilla, ob. cit., p. 533), o que se denomina, no Brasil, *residência médica*. E mesmo depois, já no curso da vida profissional, o médico deve permanecer em diuturno exercício de sua atividade, adestrando-se na aplicação prática dos conhecimentos que adquiriu. Do contrário, como anota Altavilla, poderá conhecer, em teoria, todos os sintomas de uma enfermidade, e não percebê-los ao examinar um paciente, “por no estar habituado a la auscultación, a las difereciaciones cromáticas y olfativas, etc.” (ob. cit., p. 534).

E por fim, não se deve esquecer da *obrigação de manter-se informado*: “todo médico tiene no sólo de conservar los conocimientos médicos que los estudios académicos le han proporcionado, sino también la de completar y aumentar estos conocimientos según el progreso de la ciencia médica” (Gustavo López-Munõz y Larraz, “Defensas en las Negligencias Médicas”, 1991, págs. 42/3). É ainda Altavilla quem registra decisão da justiça italiana proclamando a imperícia de um médico, por haver revelado falta de conhecimento para o exercício profissional, no caso concreto, porque, embora portador de diploma, não manteve seus conhecimentos atualizados, deixando de seguir em dia os progressos da ciência, ignorando que “lo que hace cincuenta años no podía considerarse como imperícia en los campos de la cirugía y de la medicina, sí podría actualmente ser considerado como tal” (ob. cit., p. 534).

Assim, na justiça penal, o médico, à semelhança dos demais profissionais, pode ser responsabilizado, cabendo, também, em relação a ele, a distinção formulada por Díaz Palos “entre la *culpa del profesional*, que es la imprudencia o negligencia común, cometida por el profesional en el ejercicio de sua arte u oficio, y la *culpa profesional*, que reside na imperícia” (*apud* Rodrigues Devesa, “Derecho Penal Español”, 13ª ed., 1990, págs. 489/90).

Desenvolvendo esta distinção no tocante, especificamente, ao exercício da medicina, Oderigo diferencia o caso do profissional que atua com imperícia (v.g., o médico que se equivoca no diagnóstico ou no tratamento), do que age com negligência ou imprudência (v.g., o médico que não toma a devida precaução antisséptica, ou que se aventura na prática de uma intervenção, para a qual sabe não possuir capacidade técnica). Observa López Bolado, do qual extraímos a citação de Oderigo, que a distinção entre negligência e imprudência, de uma parte, e imperícia, de outra, é de grande importância, no ponto de vista prático, no concernente “as las facultades del tribunal, que son muchos más

amplas para juzgar” casos em torno das primeiras, do que a respeito da última (ob. cit., págs. 223/4).

Realmente, sobretudo em matéria de imperícia, por diversas razões, o critério para determinar onde principia e onde termina a responsabilidade penal do médico “no debe ser ni excesivamente liberal ni extremadamente severo” (López Bolado, ob. cit., p. 199), advertindo Asúa que os juízes haverão de manter a máxima prudência ao julgar a atividade médica (ob. cit., p. 682).

Por exemplo, quando o ato lesivo em julgamento pelo tribunal decorrer de práticas que sejam objeto de discussões acadêmicas ou científicas, os magistrados devem abster-se, em princípio, de pronunciar um veredicto condenatório (Asúa, ob. cit., tomo V, 1956 p. 950), havendo a Corte de Besançon, em decisão paradigmática, do ano de 1844, sentenciado que “los tribunales no son, em modo alguno, jueces de las teorías, de las opiniones, y de los sistemas”, não podendo o veredicto atingir “esa región reservada a la ciencia” (Asúa, ob. cit., tomo V, p. 955).

Os penalistas contemporâneos mantêm este entendimento de que o médico possui a liberdade, desde que atue em consonância com a denominada *lex artis*, de adotar o método de tratamento, dentre os vários pertinentes, que entender adequado ao caso concreto, independentemente de ser um critério majoritário, ou não, já que “as normas democráticas poco valen en la ciencia” (Quintano Ripolles, *apud* Carlos Maria Romeo Casabona, “El medico y el Derecho Penal — La Actividad Curativa”, 1981, p. 240/1). E ao juiz não cabe fazer apreciações, para fins condenatórios, “o en favor o en contra de una dirección de escuela”, sob pena de vulnerar “la mencionada libertad de método” (Casabona, ob. cit., p. 240).

Ademais, a extrema cautela recomendada à justiça por Asúa decorre das peculiaridades da atividade médica. Com sua autoridade de especialista em saúde pública, Moacyr Scliar ressalva que a “medicina não é uma ciência, no sentido em que a física é ciência, a química é ciência”, pois “trabalha com uma margem de incerteza que não é habitual nas ciências” (ob. cit., p. 8), a ponto de Muñoz y Larraz proclamar que, apesar de todos seus avanços, “la medicina siegue siendo más arte que ciencia, donde interviene en gran medida el factor subjetivo o reaccional del paciente” (ob. cit., p. 440), o que a transforma na atividade profissional com o mais alto grau de “posibilidad de error” (López-Bolado, ob. cit., p. 200). A respeito, dirigindo exortação aos pacientes, Muñoz y Larraz, em sua mais recente obra, reitera que a Medicina não é “una ciencia exacta”, não podendo seus resultados “independizarse totalmente de cierto valor reaccional propio del enfermo, y, en consecuencia, variable en cada caso” (ob. cit., p. 13).

Em resumo, ao examinar a questão da responsabilidade penal, que constitui um dos objetos deste seminário, Casabona adverte que a profissão de médico

encerra características das mais peculiares, e é das que envolve maiores riscos “tanto para el que la ejerce como para el que recibe los servicios de la misma”.

O magistrado argentino Rodolfo Rivarola expôs sensatas considerações sobre o tema em foco, as quais Asúa considera irretocáveis, principalmente quando observa que a medicina encontra-se em estado permanente de experimentação, não se podendo dela exigir que sempre triunfe sobre algumas leis fatais da natureza. E a partir daí compara:

“Puede exigirse de todo ingeniero la construcción de un sólido edificio; no puede exigirse de un médico la salvación de todo enfermo” (ob. cit., tomo V, p. 956).

No mesmo diapasão Altavilla, ao sublinhar que, inobstante os progressos da ciência médica, “es todavía tan grande la coeficiencia de lo desconocido, de lo imprevisible, de lo imponderable, que hay que imponerles a los tribunales la mayor circunspección” (ob. cit., pág. 527), acrescentando que o tratamento sanitário atua sobre seres vivos, “con reacciones casi siempre tan atípicas, e imprevistas”, que podem surpreender ao profissional mais sábio e perito.

Com base nesta realidade, da qual emergem de forma patente diferenças marcantes, entre os graus de segurança no desempenho das diversas atividades profissionais dos portadores de diplomas de cursos superiores, apreciável número de estudiosos sustenta que se deva conferir aos atos médicos, lesivos aos clientes, mas decorrentes de erros imputáveis a interpretações equivocadas, um tratamento especial, não sendo justo “someterlos al rígido criterio del Código penal” (García del Diestro, *apud* Asúa, ob. cit., tomo IV, p. 682).

A principal consequência da acolhida desta visão diferenciadora foi a adoção, por parte dos tribunais, do critério do *erro grosseiro*, a que Hungria classifica de *meio-termo*, entre a corrente da irresponsabilidade absoluta, e a que equipara, para o efeito de reconhecimento de culpa penal, a atividade médica às demais (ob. cit., p. 202).

Pelo critério do *erro grosseiro* “os médicos não podem ser responsabilizados pelos erros que cometem no exercício consciencioso da profissão, mas tão-somente pela falta grosseira, a grande negligência ou a ignorância crassa” (Magalhães Noronha, “Do Crime Culposo”, 1957, p.114).

A questão do *erro grosseiro* ascende, talvez, à sua maior importância na fase do diagnóstico, “uno de los momentos más decisivos de la actividad médica”, mas que, por sua natureza complexa e conjectural, é a fase que “comporta mayores riesgos de error” (Casabona, ob. cit., págs. 144 e 254). Por isso, Calvet, apesar do rigor com que encara a matéria, reconhece ser o diagnóstico questão “bastante delicada, senão a mais delicada da responsabilidade penal dos médicos”, razão pela qual recomenda “indulgência na apreciação dos

inúmeros erros provenientes do caráter profundamente conjectural da medicina, sobretudo no que se refere à diagnose” (ob. cit., págs. 135 e 142).

A tal ponto, em matéria de diagnóstico, torna-se difícil para a justiça sentenciar sobre um erro de que haja resultado o fracasso da intervenção médica, que respeitáveis juristas sustentam que “los tribunales no pueden apreciar la diagnosis; el médico es duefio de su juicio” (Kornprobst), ou que “el juez es ajeno al error técnico” (Savatie, *apud* Altavilla, ob. cit., p. 538).

Este entendimento, entretanto, é acentuadamente minoritário, pois prevalece, na doutrina e na jurisprudência, a opinião de Asúa, de que “el error grosero en el diagnóstico puede ser base de responsabilidad culposa” (ob. cit., tomo V, p. 956). Igualmente Altavilla, depois de recomendar aos juízes muita cautela em seus julgamentos, conclui invocando a autoridade do mestre Carrara, quando afirma: “para que el error de diagnóstico pueda asumir los caracteres de culpa punible, es preciso que sea craso, es decir, que dependa del descuido de normas comunes de semiologia, o de la falta de elementales conocimientos de patologia y de clinica” (ob. cit., p. 539). Como diz Calvet, “se a arte de curar é nalguns casos contingente e até empírica, não se deve esquecer que em medicina muitos fatos se podem considerar científica e definitivamente estabelecidos” (ob. cit., págs. 14/5).

Numa obra atualizada, em que comenta recentes decisões da justiça espanhola, cuja casuística na matéria é bem maior do que a nossa, Muñoz y Larraz informa que o Tribunal Supremo de seu país consolidou o entendimento de que “el error de diagnostico, a no ser que sea enormemente grosero, no deviene generalmente en responsabilidad médica” (ob. cit., p. 45).

Ainda sobre esta questão de diagnóstico, e da conseqüente conduta terapêutica adotada pelo médico, são valiosas as ponderações de Casabona, no sentido de que, ao julgar-se as decisões técnicas tomadas pelo profissional, deve-se fazer uma análise *ex ante*, isto é, examinar-se a situação do médico, com base no momento imediatamente anterior ao começo do tratamento, segundo os dados que então puderam ser conhecidos, à luz das condições peculiares do caso concreto. Assim, como pondera Muñoz Conde, deve-se considerar as circunstâncias de lugar e tempo, pois não se pode valorar da mesma forma “el ejercicio de la medicina en el ambito rural que en un buen hospital” citadino, como também não se pode equiparar uma intervenção realizada “en circunstancias normales con tiempo y los medios adecuados”, a outra “realizada por razones de urgencia o de carácter excepcional” (ob. cit., p. 107).

Em matéria de *erro grosseiro*, é curioso assinalar que muitos dos compêndios mais modernos de Direito Penal não se referem a ele, nem abordam as peculiaridades da culpa penal na atividade médica, tratando do tema, englobadamente, quando cuidam da imperícia dos profissionais em geral. Igualmente, em regra, as monografias sobre culpa deixam o assunto de lado, ficando a

questão da responsabilidade penal, no exercício da medicina, para ser estudada, tão-só, nas obras especializadas, das quais são notáveis exemplos, entre outros, as aqui antes referidas, de autoria de Carlos Maria Romeo Casabona, López Bolado e Muñoz y Larraz.

A explicação para esta omissão de uma questão que se vem tornando cada vez mais relevante, com o aumento, em muitos países, de processos criminais contra médicos, talvez se encontre no moderno conceito de culpa penal, que não mais se esgota na fórmula adotada por nosso Código Penal: imprudência, negligência e imperícia. Hoje, a culpa se caracteriza, de uma forma geral e para todas as pessoas e atividades, pela omissão do cuidado objetivamente exigido de cada um de nós na vida de relação, de modo a evitar, no caso concreto e diante das circunstâncias, a lesão a bens jurídicos alheios (Juarez Tavares, “Direito Penal da Negligência”, 1985, págs. 122 e 136).

Em face do atual conceito de culpa, cumpre ao juiz examinar, em primeiro lugar, se o agente atuou com o cuidado que lhe era objetivamente exigido. Se a resposta for positiva, inexistirá culpa, inobstante o resultado danoso para bens jurídicos alheios, decorrentes da conduta incriminada.

No campo da imperícia, a nova formulação de culpa confere especial ênfase ao cumprimento, por parte do exercente de um ofício, arte ou profissão, dos comandos da denominada *lex artis*, definida por Casabona como as regras que, em consonância com o estágio do saber atual de determinada ciência, “marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales” (ob. cit., p. 26).

Assim, no caso específico dos médicos, para excluir-lhes a culpa penal, basta, em princípio, ficar demonstrado que o profissional agiu de acordo com a *lex artis*, não havendo necessidade de um exame mais aprofundado relativo à ocorrência de eventual erro. Na lição de Jescheck, quando a intervenção médica fracassa e dela resulta um agravamento do estado de saúde do paciente, ou mesmo a morte, o fato não constituirá, para “la doctrina hoy dominante”, lesão corporal ou homicídio, desde que a intervenção tenha sido “practicada conforme las reglas del arte” (“Tratado”, 4ª ed., ed. espanhola, 1993, p. 211). Desenvolvendo considerações sobre a matéria, Casabona observa que “el tratamiento fracasado es simplemente un presupuesto para indagar si el medico observó sus deberes de cuidado” (ob. cit., págs. 172/3).

Ora, à luz deste moderno conceito de culpa penal, que se assenta na observância do dever objetivo de cuidado, o qual, por sua vez, no campo da imperícia, é medido, em essência, pelo respeito às pautas ditadas pela *lex artis*, fácil torna-se concluir que o critério do *erro grosseiro*, como limite para o reconhecimento da responsabilidade penal do médico, não foi invalidado, embora tenha perdido sua posição de *punctum saliens*. Com efeito, de acordo com o que se explanou anteriormente, na área peculiar da medicina, a observância

da *lex artis*, por mais cuidadosa, não impede que se conclua por fazer diagnósticos, ou tratamentos errados. Assim, em síntese, por um critério — o do *erro grosseiro* —; ou pelo outro — o da observância da *lex artis* —, chega-se à mesma conclusão de que, no caso especial da ciência médica, mais do que em outros, *o erro simples não é sinônimo de culpa penal*.

Outros ângulos que ainda pretendíamos abordar nesta explanação, não o fazendo em face das naturais limitações do tempo destinado a cada expositor, relacionam-se com a responsabilidade do médico nos trabalhos em equipe, e, também, com as hipóteses de culpa, por parte de profissionais dotados de “excepcionales cualidades”, que deixam de efetuar, em caso concreto, uma intervenção muito superior à ordinariamente exigida da média dos técnicos (Cobo del Rosal e Vives Anton, “Derecho Penal”, 3ª ed., 1991, p. 476).

Quanto ao primeiro problema, pode-se adiantar que o entendimento dominante curva-se diante do princípio de que a responsabilidade penal *é pessoal e intransferível*, não respondendo o médico, em regra, pelos erros cometidos por colegas ou auxiliares, aos quais delegou a realização de parte das atividades, confiando na correção da conduta técnica dos mesmos, com assento no denominado *princípio da confiança* (Muñoz Conde, ob. cit., p. 107).

Já a segunda questão gera muitas controvérsias. De um lado, em maioria, os estudiosos sustentam que o dever objetivo de cautela deve ser examinado com base, apenas, no cuidado exigível do *profissional médio* (Mir Puig, “Derecho Penal”, 2ª ed., 1985, p. 233). Em contraposição, penalistas de escol, como Stratenwerth, exigem que cada qual esgote, integralmente, a especial capacidade técnica de que, porventura, seja dotado, sob pena de responder a título de culpa.

Para encerrar, impõem-se brevíssimas considerações sobre o tema delicado da *impunidade dos médicos*. No Brasil, como em muito países, raras vezes os profissionais da saúde sentam no banco dos réus. A casuística de nossos tribunais é pequena, mormente se atentarmos para a denominada *cifra negra*, isto é, os casos de erros grosseiros, e de negligências intoleráveis, que não chegam ao conhecimento das autoridades.

Sobre este assunto, o rigoroso jurista Calvet cita o médico Grasset: “As chances de impunidade são maiores em nosso *métier* do que em qualquer outro” (ob. cit., p. 140). Calvet atribui o fenômeno à solidariedade por parte das testemunhas dos erros — colegas do agente, ou pessoas a ele subordinadas; e, também, ao espírito de classe dos peritos chamados a opinar nas ações judiciais.

Embora na Espanha o número de processos seja bem maior do que entre nós, Casabona observa que lá poucos casos chegam às Cortes. Entre outros fatores, atribui esta escassez à dificuldade de comprovar-se “la existencia del hecho criminal”, para o que contribuem “los propios profesionales de la Medicina, que suelen seguir el principio indiscriminado y peligroso de protección al colega” (ob. cit., p. 54).

Apesar das dificuldades para contestar-se estas amargas observações, deve-se registrar que, na absoluta maioria dos casos, em que se pretende vislumbrar mais um *crime impune*, estamos, em verdade, diante de um resultado desfavorável da intervenção médica, decorrente, apenas, da falibilidade da própria ciência, ou da natureza inexorável do evento fatal.

Assim, no estudo da responsabilidade penal do médico, antes de se dar ênfase sensacionalista a uma suposta conspiração em favor da impunidade da máfia de branco, é preciso ter sempre presente as características especiais da profissão, a começar pela singularidade de que o médico, como lembra, Casabona, poeticamente, tem a excepcional missão de nos dar as boas vindas e também as despedidas de nossas vidas.

ARGUMENTO ANALÓGICO EM MATÉRIA PENAL

LUIZ REGIS PRADO*

I — *Considerações preliminares*

Por mais zeloso, providente e sagaz que seja o legislador é impossível que em sua obra todas as relações humanas sejam devidamente tratadas e que a plenitude dos fatos sociais não escapem por entre as apertadas malhas das leis. As relações sociais são multívocas, contingentes, alteram-se continuamente, em virtude da evolução, do progresso técnico-científico, econômico e social forjador de uma gama enorme de novos conflitos, rumos e situações que exigem disciplinamento jurídico. A complexidade e a conflituosidade intensa são características marcantes da sociedade moderna.

A vida prática — a experiência — ensina, desde há muito, que as regras do direito, por mais bem elaboradas, são incapazes de lograr uma tutela satisfatória da grande variedade de acontecimentos sociais. Tem-se, assim, sem qualquer dificuldade, a existência de um descompasso, um desnível, entre o direito posto e as necessidades sociais, o que desvela toda a problemática das lacunas do ordenamento. Este não constitui um sistema hermético, mas sim aberto (1) ou completável (2). A lacuna no campo do Direito pode ser entendida como “uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico” (3). Caracteriza-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativo. No dizer de Larenz, a “lacuna da lei (de lege lata) existe sempre e só quando a lei, a avaliar pela sua própria intenção e imanente teleologia, é incompleta e portanto, carece de integração, e quando sua integração não contradiz uma limitação (a determinados factos previstos) porventura querida pela lei. O mesmo se pode exprimir

* Professor Titular de Direito Penal no Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá.

dizendo que se tem de tratar duma incompletude contrária ao plano do legislador” (4).

O Direito brasileiro gravou explicitamente ser o argumento analógico um dos processos utilizáveis na hipótese de concreta falta de disposição legal, determinando como obrigatória a manifestação do julgador diante do caso levado à sua apreciação. Assim, o artigo 4 da Lei de Introdução ao Código Civil reza que “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”. E, de seu turno, o artigo 126 do Código de Processo Civil é enfático ao dispor que o juiz não pode abster-se de julgar invocando a falta de lei: “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”. É justamente a incompletude da ordem jurídica que torna indispensável a reflexão e a aplicação analógica, pela qual o sistema jurídico estende toda sua força reguladora a situações não previstas, buscando uma solução que lhe seja imanente (5).

A analogia é, dessa forma, consignada como um importante instrumento para colmatar as lacunas, sendo um verdadeiro procedimento supletivo, de integração do sistema jurídico (6).

II — Argumento analógico — conceito, fundamento e espécies

De primeiro, observa-se que não há qualquer consenso entre os jusfilósofos no que diz respeito à natureza ou estrutura de tal espécie de raciocínio, tanto do ponto de vista lógico, quanto jurídico (7).

Portanto, a noção de analogia é de difícil percepção, porque inexistente um conceito de analogia, mas uma pluralidade de conceitos. Contudo, todos eles têm algo em comum, isto é, a idéia de *semelhança ou similitude*.

A distinção entre o termo analogia e o conceito de analogia — o sentido que lhe é atribuído — tem grande relevância. O primeiro significou originariamente identidade de relação entre termos, ou com mais precisão, proporção matemática (ex: 10 está para 40 como 20 está para 80). Este é o sentido utilizado por Aristóteles na *Ética a Nicômaco* — e por Platão na *República* —, trasladando o conceito do campo da matemática para o da justiça distributiva (8), como proporção geométrica que divide os bens e os encargos entre os homens segundo seus méritos. Na linguagem comum, emprega-se o termo analogia para designar uma correspondência entre propriedades isoladas dos objetos comparados.

Na área jurídica quando se fala em analogia, costuma-se fazer referência, em geral, a um raciocínio ou procedimento argumentativo que permite transferir a solução prevista para um determinado caso, a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro certos caracteres essenciais ou a *mesma ou suficiente razão*, isto é, vinculam-se por

uma matéria relevante *simili ou a pari*. O fundamental aqui é que a similitude entre os objetos comparados se manifeste em pontos basilares para o argumento (9).

A esse raciocínio que vai de *parte a parte* passando por uma proposição geral, Aristóteles, no *Organon*, denominou *paradigma* ou indução retórica; os escolásticos *exemplum*, os juristas medievais *argumentum a simili* ou procedimento *a similibus ad similia* e S. Mill o considerou uma indução incompleta. A escolástica tomista — argumentos *a fortiori* e *a contrario* apontou, ainda, uma diferenciação entre analogia de atribuição ou de proporção e analogia de proporcionalidade (10). A história da analogia no quadro evolutivo do pensamento filosófico está ligada à especulação das essências. Sobre este particular aspecto, a analogia assegura a passagem do conhecimento dos fenômenos no sentido da apreensão das essências, do ser ao dever ser, dos fatos às normas.

Do exposto ressaí que as noções mais significativas de analogia podem ser resumidas em: analogia como proporção; analogia como atributo e analogia como argumento. É este último sentido que particularmente interessa ao direito.

A estrutura lógica desse argumento é bastante controvertida. Para uns, trata-se de uma forma de argumento indutivo, isto é, “a indução de um particular para outro baseada no princípio de que o predicado conveniente a um particular provavelmente convém também a outro particular análogo ou semelhante” (11). Para outros, vem a ser um argumento lógico-decisional (12); um procedimento interpretativo analógico, como forma de interpretação extensiva (13); um raciocínio que está no “meio do caminho” entre a indução e a dedução (14); um instrumento quase-lógico, porque “permite a passagem do particular ao particular e, também, a passagem do geral ao geral” (15), ou, ainda, um pensamento pré-lógico, como um pré-juízo, que não é lógico-formal e nem não-lógico ou confuso, fulcrado na natureza das coisas (16).

O procedimento analógico não é estritamente lógico-formal, nele há sempre um componente axiológico-decisional, mormente no campo do direito. Como bem se acentua, “a aplicação analógica só se justifica quando se verifica uma coincidência precisamente naqueles aspectos que são determinantes para a valoração jurídica” (17). Esta deve encontrar a essência das semelhanças, vale dizer, no que respeita a situação e os efeitos jurídicos. Importa aqui a denominada *convergência determinante*. Deste modo, a analogia serve à constatação e ao preenchimento das lacunas.

Ocorre, então, que o referido instrumento é de natureza quase-lógica, pois que admite tanto a passagem do particular (ou geral) para outro particular (ou geral), apóia-se em critérios axiológicos e implica em um ato decisional. No raciocínio jurídico, a analogia, como um procedimento de aplicação — de auto-integração —, de caráter supletivo, importa na conjugação dos métodos indutivo e dedutivo (18). Repousa ela na exigência de tratamento igual para os

casos similares. Ou, noutro dizer, fatos de natureza semelhante devem ser tratados da mesma maneira. Conforme a célebre máxima: *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*. Se a analogia segue um esquema geral sistemático (lógico dedutivo/indutivo), no âmbito particular (na solução do caso concreto) da apreciação das situações similares através de juízos axiológicos (do intérprete) predomina o raciocínio tópico. O argumento analógico — frise-se — não leva à certeza absoluta, mas tão-só a uma certa probabilidade.

Indica-se, com frequência, duas modalidades de argumento analógico jurídico: analogia legal (*analogia legis*) e analogia jurídica (*analogia juris*). A primeira parte de um preceito legal concreto e o aplica aos casos similares. Já a segunda arranca de várias disposições jurídicas singulares. Destas últimas se infere um princípio que é aplicado a hipóteses determinadas. Trata-se de um postulado restrito, obtido indutivamente. Também, aqui, não há consenso entre os autores. Alguns entendem que a chamada analogia jurídica se confunde com os princípios gerais do direito. A analogia jurídica, explica Maximiliano, funda-se “nos princípios gerais do direito porque uma norma não é reconstruída pela combinação das outras normas” (19). Esta parece ser a posição majoritária de que há apenas analogia legis. Contrariamente, entende-se que é possível aplicar os princípios gerais do direito ao caso concreto por via direta, sem necessidade da utilização do processo analógico (20). De outro lado, ainda, que tal distinção tem a ver com a indução amplificadora (21), ou que é tão-somente de grau (22).

III — Argumento analógico e norma penal

1. Interpretação extensiva e interpretação analógica

Advirta-se, de início, que o argumento analógico ou simplesmente analogia jurídica não se confunde, como evidenciado, com a interpretação extensiva ou analógica — já que é um instrumento ou mecanismo de aplicação integrativa (auto-integração) de lacunas e não interpretativo.

À interpretação extensiva opõe-se a interpretação restritiva. Naquela o sentido vai além do modelo verbal; isto é, o significado ultrapassa o texto legal; nesta o sentido fica aquém da expressão literal. Na interpretação extensiva, “existe sempre uma lei, ainda que mal expressa” (23). A hipótese não estando prevista na literalidade legal, o está, contudo, em seu espírito. Em sede de procedimento analógico como há lacuna, omissão legal, ela está em nenhum lugar, nem na letra, nem no espírito da lei posta. Desse modo, na interpretação extensiva, face a insuficiência verbal, amplia-se a significação das palavras para se alcançar a *mens legis* (ex: o art. 130 do Código Penal inclui não só o perigo,

mas também o próprio contágio de moléstia grave; no art. 168 a expressão coisa alheia inclui a coisa comum; o art. 235 se refere não apenas à bigamia, mas também à poligamia; o art. 260 inclui além do serviço ferroviário, o serviço de metrô). De seu turno, a interpretação analógica (*intra legem*), espécie do gênero interpretação extensiva, abrange os casos análogos, conforme fórmula casuística gravada no dispositivo legal. Há extensão aos casos semelhantes — análogos — aos regulados expressamente (ex: referência a condições *semelhantes* às de tempo, lugar, maneira de execução — art. 7/1, *caput*, CP; a *outro recurso* análogo à traição, emboscada, dissimulação art. 61, II, c, CP; às *substâncias de efeitos análogos* ao álcool — art. 28, II, CP; a *outro sinal indicativo de linha divisória*, como tapume ou malco — art. 161; ou *outro recurso* — art. 121, 2, IV, CP). Aqui é a própria vontade da norma (*voluntas legis*) cingir hipóteses similares às por ela disciplinadas.

2. Argumento analógico, norma penal incriminadora e não incriminadora — limitações.

Antes, porém, de dar prosseguimento a essa análise, deve ser apontado o asserto doutrinário de que o argumento analógico em matéria penal pode ser em prejuízo do réu (*in malam partem*) e em favor do réu (*in bonam partem*) (23).

O seu emprego sofre restrições no que toca às normas penais incriminadoras e às normas não incriminadoras quando prejudiciais ao réu. Portanto, as normas penais que definem o injusto culpável e estabelecem sanções penais não são passíveis de aplicação analógica (ex: furto de uso; no art. 198 — constringer para não celebrar). A limitação vem insculpida, de forma expressa, no artigo 1 do Código Penal e tem assento constitucional (art. 5, XXXIX, CF). Diga-se de passagem que a previsão da reserva legal é da maior tradição de nosso direito, presente em todos os códigos penais. Como bem se salienta, “a oposição ao procedimento analógico é a regra entre os juristas do mundo, não enquadrados no nacional socialismo ou no regime soviético” (24).

A função da lei é a de prever e descrever, com exclusividade, quais as condutas que deverão ser consideradas ilícitos penais. Esta exigência foi enunciada por E. Beling, dando lugar ao reconhecimento da tipicidade como um dos elementos do conceito de delito (25). A criação doutrinária da figura do tipo serviu para reforçar e complementar o contido no princípio da legalidade dos delitos e das penas. Daí a clássica afirmação deste autor de que não há delito sem tipo legal (*kein Verbrechen ohne Tatbestand*).

É quase pacífico o entendimento quanto ao emprego do argumento analógico em relação às normas penais não incriminadoras gerais (ex: excludentes de

ilicitude, culpabilidade, atenuantes). Aliás, Carrara já lecionava que as normas eximentes ou escusantes podiam ser estendidas, por analogia, de caso a caso. Evidente assim sua admissão sempre *in bonam partem* para as normas penais não incriminadoras gerais. Estas não constituem direito excepcional em relação às normas penais incriminadoras, “mas expressões, por si mesmas, de princípios gerais que se aplicam à matéria de que elas se ocupam” (26). Do mesmo sentir, Bettiol assevera que no Direito Penal “...não há nada de excepcional, por sempre constituir um complexo de normas jurídicas que regulam de modo normal uma típica manifestação de atividade anti-social, como é a atividade delituosa”. E, aduz ainda que “entre o direito não penal de um lado e o direito penal de outro não subsiste um desvio de caráter lógico que justifique e explique a excepcionalidade do último” (27). Isto quer dizer que tanto as normas incriminadoras como as não incriminadoras são verdadeiras normas penais.

Todavia, interessante questão vem à tona quando se trata de norma penal não incriminadora excepcional (28). É de notar, primeiramente, que a seara em epígrafe versa sobre direito excepcional, que deve ser interpretado restritivamente e ao qual se associa a proibição do recurso analógico: *Singularia non sunt extendenda* (29). Duas normas podem estar entre si na relação regra-exceção — à regra estabelecida pela primeira opõe-se a exceção. Esta possui âmbito necessariamente mais restrito que àquela e persegue finalidades próprias. As normas excepcionais constituem exceção às disposições gerais de outras ou a determinada norma. Mas qual o fundamento justificante do princípio proibitivo do argumento analógico em relação às normas excepcionais? Em primeiro lugar, é de salientar que se existe uma regra e uma exceção e aparece uma hipótese para a qual busca-se tutela, deve ela ser abarcada pela regra geral. Isto porque a exceção é circunscrita a determinados casos, para os quais é especialmente endereçada, daí não ter o condão de agasalhar novas situações. Portanto, a disposição singular se aplica somente aos casos por ela previstos de maneira explícita. A própria *ratio* do direito excepcional constitui limite normal ao emprego da analogia (30). No entanto, cabe tão-só o uso do argumento analógico estritamente no âmbito referido pela norma excepcional — “nos limites do pensamento fundamental do preceito excepcional é bem possível uma analogia” (31).

Como já observado, as normas não incriminadoras de caráter geral não pertencem à categoria de singulares. Deste modo, precisa-se, com acerto, que “o intérprete examine a natureza das eximentes: se se limitam a estabelecer pressupostos de aplicação e esferas de eficácia de uma norma de caráter geral são também normas de caráter regular e enquanto não são normas incriminadoras, devem ser consideradas passíveis de extensão analógica, se por sua vez representam uma verdadeira interrupção na projeção lógica de uma norma penal, devem ser consideradas de caráter excepcional e portanto limitadas aos casos

nelas especificados” (32). E, mais ainda, “quando uma norma penal eximente se apresenta como verdadeiro desvio lógico das conseqüências jurídicas que deveriam naturalmente se seguir, porque a norma incriminadora atuou na presença de todas as condições ou circunstâncias nas quais foi chamada a atuar, a sua expansão lógica deve ser negada. Encontramo-nos frente a uma norma de direito excepcional” (33). Cita-se como exemplo de norma penal não incriminadora excepcional a constante do art. 128, II, do Código Penal, que estabelece a impunidade do aborto, se a gravidez resulta de estupro. A propósito, afirma-se que “não é possível aplicá-la analogicamente para abranger os casos em que a gravidez resulte de outro crime sexual (atentado violento ao pudor, sedução), embora tal aplicação viesse beneficiar o réu” (34). Ainda assim, grande parte da doutrina pátria (35), *contrario sensu*, considera tratar-se de norma penal não incriminadora passível de aplicação analógica *in bonam partem*.

A regra ancorada no artigo 128, II, do Código Penal é norma penal não incriminadora singular ou excepcional em relação à norma não incriminadora geral (art. 23, CP). Pelo que, como se trata de *jus singulare*, em princípio, não é de ser aplicado o procedimento analógico, ainda que *in bonam partem*. Calha a evidência de que este último aspecto (favorável ou contrário ao réu) não é aqui a *vexata quaestio*, que, aliás, é de outra natureza.

Dentro e a partir do contexto acima gizado, tem-se, pois, recurso ao argumento *a contrario* (ou mesmo analógico), desde que insito no âmbito de sua principiologia estrita e que a *ratio* do tratamento excepcional corresponda ao caso regulado.

Notas e referências.

- (1) Genaro Carrió, Notas sobre Derecho y Lenguaje, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1973, p. 47-49.
- (2) Maria Helena Diniz, As Lacunas no Direito, São Paulo, RT, 1981, p. 259.
- (3) Karl Engisch, Introdução ao Pensamento Jurídico, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1965, trad. J. Baptista Machado, p. 223.
- (4) Metodologia da Ciência do Direito, Lisboa, C. Gulbenkian, 1969, p. 436-37. R. Siches a conceitua do seguinte modo: “Quando para resolver um caso concreto e singular levado ao juiz, não se pode encontrar em parte alguma do ordenamento positivo vigente norma ou princípio que direta ou indiretamente se refira à situação ou ao conflito levado a julgamento, então dá-se o que se chama uma lacuna ou vazio no direito formulado” (Tratado de Filosofia del Derecho, I, México, Porrúa, 1970, p. 325). A antinomia jurídica — que não se confunde com a lacuna — deve ser conceituada como a “oposição que ocorre

entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo” (Tercio Sampaio Ferraz Jr., Introdução ao Estudo do Direito, São Paulo, Atlas, 1988, p. 189), ou, tão-só como o conflito ou a incompatibilidade entre duas normas (cf. Maria Helena Diniz, Conflito de Normas, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 23-27).

(5) Valentin Petev, Analogie et Distinction, Revue de la Recherche Juridique, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 4, 1995, p. 1.033.

(6) Cf. Giacomo Gavazzi, Elementi di Teoria del Diritto, Torino, Giappichelli, 1970.

(7) Nesse sentido, assinala Engisch que a estrutura lógico-formal deste argumento tem quebrado a cabeça de muita gente (op. cit., p. 234).

(8) Cf. Lalande, Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie, Paris, Puf, 1993, v.1, p. 51-53. Mas o que faz a originalidade da analogia e o que a diferencia de uma identidade parcial, quer dizer, da simples noção de semelhança, é que em vez de ser uma relação de semelhança, trata-se de uma semelhança de relação (cf. Perelman & Olbrechts-Tyteca, Traité de l’Argumentation, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, p. 501).

(9) Cf. W. Salmon, Lógica, Rio, Zahar, 1981, p. 98; I. Copi, Introdução à Lógica, São Paulo, Mestre Jou, 1978, p. 314.

(10) Cf. Piano Mortari, Analogia, in Enc. Pessina del Diritto, Milano, Giuffrè, II, p. 344 e segs.; Bobbio, Analogia, in Novss. Digesto Ital., Milano, Giuffrè, 1974, p. 602-603; Lalande, op. cit., p. 51 e segs.

(11) L. Van Acker, Elementos de Lógica Clássica, Rev. da PUCSP, v. XL, 1971, p. 121. No mesmo sentido, W. Salmon, op. cit., p. 98 e segs.; I. Copi, op. cit., p. 314 e segs.; G. Telles Jr., Tratado da Consequência, São Paulo, Buschatsky, 1977, p. 306; I. Nérici, Introdução à Lógica, São Paulo, Nobel, 1974, p. 74.

(12) Cf. Maria H. Diniz, As Lacunas do Direito, cit., p. 121; idem, Compendio de Introdução à Ciência do Direito, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 408.

(13) N. Bobbio, op. cit., p. 605; idem, Teoria do Ordenamento Jurídico, São Paulo-Brasília, Ed. Polis/Unb, 1989, p. 151-54.

(14) M. Reale, Filosofia do Direito, São Paulo, Saraiva, I, 1979, p. 128.

(15) Tércio S. Ferraz Jr., op. cit., p. 273.

(16) Cf. A. Kaufmann, Analogia y Naturaleza de la Cosa, Santiago, Ed. Juridica de Chile, 1976, p. 108, trad. de E. Barros Bourie.

(17) K. Larenz, op. cit., p. 439. E arremata esse autor, citando Engisch: “A problemática da analogia reside, como por aqui se vê facilmente, menos na verificação da semelhança das previsões do que na resposta à pergunta, se uma parcial coincidência é axiologicamente tão significativa que justifica o igual tratamento jurídico dos grupos de casos” (cit., p. 440).

(18) Cf. Tércio S. Ferraz Jr., op. cit., p. 275. Maximiliano afirma que o procedimento analógico “não cria direito novo, mas descobre o já existente e

integra a norma estabelecida, o princípio fundamental, comum ao caso previsto pelo legislador” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio, Forense, 1979, p. 214). Maria H. Diniz alude ser a analogia um “processo revelador de normas implícitas” (op. cit., p. 410).

(19) C. Maximiliano, op. cit., 263; vide, ainda, Reale, op. cit., p. 330.

(20) Cf. R. Limongi França, Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 65.

(21) Cf. Tercio Sampaio Ferraz Jr., op. cit., p. 244.

(22) Cf. Engisch, op. cit., p. 240. Binding considerava a citada diferenciação não só incerta como despida de importância prática.

(23) Paulo José da Costa Jr., Comentários ao Código Penal, São Paulo, Saraiva, v. 1, 1986, p. 4.

(24) Jimenez de Asúa se manifesta contra o acolhimento da analogia *in bonam partem*, alegando que “idênticos resultados podem ser obtidos em virtude de uma interpretação teleológica e sistemática com resultados progressivos” (La Ley y el Delito, Buenos Aires, Sudamericana, 1976, p. 139-140). Da mesma forma, Hungria, para quem “há pouco espaço para a aplicação da analogia *in bonam partem*” (Comentários ao Código Penal, Rio, Forense, 1979, I, p. 78).

(25) Luis Jimenez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Losada, 1964, v. 1, p. 483. No Congresso Penitenciário Internacional, de 1935, Gúthner sugeriu a substituição da fórmula *nullum crimen sine lege* por *nullum crimen sine poena*. O Código Penal dinamarquês (art.1) de 1939, admite a analogia, mas “razões técnicas e uma grande experiência judicial” impedem extravios ou a colocação em risco das garantias políticas (Asúa, La Ley y el Delito, cit., p. 130).

(26) Vide, sobre o conceito de delito, Luiz Regis Prado & Cezar Roberto Bittencourt, Elementos de Direito Penal, São Paulo, RT, 1995, p. 68 e segs.

(27) Aníbal Bruno, Direito Penal, Rio, Forense, 1967, I, p. 225; no mesmo sentido, claríssimo, H. Fragoso, Lições de Direito Penal, Parte Geral, Rio, Forense, 1985, p. 88. Contra: Hungria, op. cit., p. 99.

(28) G. Bettiol, Direito Penal, São Paulo, RT, 1977, I, p. 169. A norma excepcional por estar prevista *contra tenorem rationis* não é passível de ampliação por analogia (*non sunt producendum ad consequentias*). Tem se entendido, também, que a enumeração taxativa não admite a aplicação da analogia.

(29) O Código Penal espanhol de 1888 dispunha expressamente *in verbis*: “Art. 4.2. Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”. O Código Penal francês (até o advento do novo texto de 1994) estabelecia o princípio da legalidade das causas de justificação, não se eximindo a responsabilidade penal, salvo quando expressamente declarado pela lei (art. 65).

(30) Cf. Larenz, op. cit., p. 400; Engisch, op. cit., p. 241-42. O procedimento analógico — diz Ferrara — “não pode desenvolver-se no domínio do *ius singulare*, porque este, tendo sido introduzido *exclusivamente* para determinadas categorias de pessoas, coisas ou relações, constitui um *campo fechado* que não pode ser alargado pelo intérprete, mas só pelo legislador” (Interpretação e Aplicação das Leis, Coimbra, Arménio Amado, 1978, trad. Domingues de Andrada, p. 163). Estes últimos autores fazem alusão ao emprego *in casu* do argumento a contrário.

(31) O Código Civil espanhol veda expressamente a aplicação analógica para as leis excepcionais (art. 4, 2, CCE). No Direito italiano há o art. 14 das Disposições Preliminares do Código Civil: “As leis penais e as que abrem exceção às regras gerais ou a outras leis, não se aplicam além dos casos e dos tempos prescritos”. No Brasil, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil rezava no art. 6: “A lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”.

(32) Engisch, op. cit., p. 241. Ennecerus-Nipperdey: “Mas dentro do princípio estrito, base da norma de direito singular, está permitida a analogia” (Derecho Civil, Parte General, Barcelona, Bosch, 1953, I, p. 182).

(33) Bettiol, op. cit., p. 171.

(34) Ibid., p. 172.

(35) H. Fragoso, op. cit., p. 88.

(36) Cf. M. Noronha, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1985, I, p. 74; Damásio de Jesus, Direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1991, I, p. 48; J. Mirabete, Direito Penal, São Paulo, Atlas, 1990, I, p. 50.

RESPONSABILIDADE PENAL EM QUESTÃO. A INIMPUTABILIDADE DO ADOLESCENTE: FLAGELO OU IMPUNIDADE?

ROSÂNGELA MARTINS ALCANTARA ZAGAGLIA*

O Estatuto da Criança e do Adolescente entrou em vigor em 12 de outubro de 1990 em meio a carência acentuada pelo crescimento da pobreza no país, a qual priva crianças e adolescentes nacionais de aspectos básicos de saúde, educação e habitação.

Em 1990 ficou constatado que 53,5% das crianças e adolescentes brasileiros são oriundos de famílias cuja renda não ultrapassava 1/2 salário mínimo**.

A legislação tutelar especial, trazendo avanços sociais de ampla magnitude, estabeleceu direitos, deveres, participação social, municipalização, prevenção, etc. E assim crianças e adolescentes começaram a experimentar o *status social* de sujeitos de direitos com proteção integral e especial.

O contraste entre o processo de deterioração na distribuição de renda e a valorização de crianças e adolescentes na construção de uma sociedade mais justa dá aos opositores do movimento de cidadania responsável uma visão caótica, um receio difuso gerado pela instabilidade econômica instalada.

Assim, a violência, cotidianamente direcionada ao imaginário coletivo, é surrealmente associada ao aumento da criminalidade e de forma obsessiva atribuída aos adolescentes.

Em seminário recente sobre Mídia e Violência promovido pela FAPERJ/Vice Governadoria do Estado, ficou demonstrado que o medo da violência é variável *independente, relativamente* aos movimentos das taxas de criminalidade. Em outras palavras, a sensação de perigo, de risco, deve-se a fatores simbólicos e culturais, e não à ampliação objetiva das probabilidades de viti-

* Professora da Faculdade de Direito da UERJ.

** (Fonte FIBGE/PNAD — até 1/2 salário mínimo de renda familiar per capita).

mização...(1) O medo difuso geralmente assume a forma do temor de uma “escalada crescente a incontornável” e, muitas vezes, serve a projetos políticos autoritários e conservadores” (1)

Este é o momento em que o Estatuto da Criança e do Adolescente entra em vigor e é acusado pelos desacertos estruturais do país que pré-existiam.

A lei nº 8.069 é rígida quando *autoriza* a representação*, pela prática de ato infracional do adolescente, independentemente de prova pré-constituída da autoria e materialidade (art. 182, § 2º do ECA). Enquanto que para o adulto é necessária a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade para o oferecimento da denúncia. Para o legislador processual penal indício é a “circunstância conhecida e provada...” (art. 239 do Código de Processo Penal).

O ECA acolhe entre as medidas sócio-educativas a internação, isto é, a privação da liberdade, que em determinadas situações atinge o adolescente até os 21 anos. Estas são, entre outras, demonstrações de severidade da lei.

Os adolescentes não ficam imunes à aplicação da lei nº 8.069/90 quando em práticas infracionais sofrem as mesmas limitações impostas aos adultos, só que a natureza jurídica das medidas elencadas para aos adolescentes é pedagógica.

Diga-se, ainda, que um adolescente que dirija sem habilitação pode receber medida sócio-educativa mais severa que os maiores de 18 anos, os quais, quando muito serão punidos apenas com *multa*.

Assim, à lei não pode ser atribuída a impunidade formal pela desinformação dos arautos do apocalipse sobre o ECA.

Em verdade, esta parcela mirim da sociedade é penalizada já na gestação da mãe desnutrida, que dificilmente terá acesso a programa de apoio à gestante, à nutriz. E, curiosamente, a família tem especial proteção do Estado (art. 226 da Constituição Federal). Mas, mesmo assim, seguem-se os desapossamentos, as penalizações e punições que este contingente social tem que suportar.

Os desencorajadores do movimento da cidadania responsável insistem em tentar *ressuscitar* o critério do discernimento desterrado, desde priscas eras, da legislação brasileira (2). O Dr. Alyrio Cavallieri alerta sobre os riscos da utilização do critério do discernimento. Mirabete (3) esclarece que este critério é falho, pouco científico, de difícil averiguação.

Pretendem os opositores à Lei que pessoas socialmente desestruturadas, que em número considerável não têm acesso à informação, não frequentam escolas ou sequer têm o primeiro grau completo e são oriundas de núcleo social cuja renda mensal é inferior ao salário mínimo, sejam consideradas informadas.

A informação tem custo alto para ser transmitida e muitas vezes custa mais para ser entendida, isto porque as condições psíquicas não se dão a todas as pessoas da mesma forma.

* (Representação é a peça inicial da ação pública sócio-educativa)

O critério biológico em que se posicionou o legislador, estabelecendo a idade de 18 anos para o início da responsabilidade penal acompanha, certamente, as conclusões de congressos nacionais e internacionais e tem fundamento lógico para sua fixação.

O “Brasil, que há tanto tempo optou por um sistema reeducativo, no lugar de leis puramente punitivas” (4), no dizer do mestre Alyrio Cavallieri, é coerente em traçar sua política legislativa ao lançar 18 anos como marco final da inimputabilidade. Esta colocação do ilustre professor nos leva a refletir que a razão da escolha da idade de 18 anos, como marco final na inimputabilidade, deve-se ao fato da criança de padrão médio iniciar sua escolaridade aos 07 (sete) anos e terminá-la, na 3ª série do segundo grau, aos 18 anos. Só então poderá estar apta a escolher (pelo menos em tese) se deve encerrar o ciclo de estudo fundamental ou prosseguir.

Ora, se não é exigido discernimento para o casamento, para o eleitor, para a entrada no mercado de trabalho, “como exigi-lo para a redução da idade para imposição de pena retributiva?” (5) lembrando o Dr. Alyrio Cavallieri.

O critério do discernimento é obsoleto porque só se preocupa com perturbações dos sentidos no momento do fato e, por ser de difícil averiguação científica, foi banido da legislação brasileira em 1921. (6) (7)

Desta forma, sabendo ou não o que faz, não se mandará o adolescente para o presídio. Haja vista que uma criança de 3 ou 4 (três ou quatro) anos ao beliscar outra criança sabe que a fará chorar e isto não autorizará a pensar em imputabilidade. Isto porque lhe falta, como ao adolescente, a previsibilidade, isto é, a consciência de que o ato praticado pode causar um dano ou perigo, etc... a outrem. Há que se salientar que na especialidade médica-Neurologia a maturidade só se opera entre 20/21 anos. (8) Desta forma o legislador ao estabelecer o critério legal da imputabilidade norteou-se na fisiologia humana. Diz Winnicott que a prática do ato infracional ou comportamento anti-social, por vezes é um pedido de SOS. “A criança cujo lar não lhe ofereceu um sentimento de segurança busca fora de casa as quatro paredes; ainda tem esperança e recorre dos avós, tios e tias, amigos de família, escola. Procura uma estabilidade externa sem a qual poderá enlouquecer”. (9)

Para os que a desventura social desapossou, criando condições facilitadoras para a prática infracional na menoridade, é preciso atendimento psicopedagógico com estabilidade na seqüência do acompanhamento, proporcionando o desenvolvimento da capacidade interna de controlar-se sem atitudes sentimentalistas em relação ao ato infracional ou sentimento de vingança pública. (10)

A conquista do sistema reeducativo e suas garantias não se fez com a Constituição de 1988 e com o ECA. Estas normas espelham o discernimento de um povo (brasileiro) que é responsável por seu desenvolvimento psicológico capaz de garantir, na legislação tutelar às crianças e aos adolescentes, o equi-

líbrio necessário às pessoas, em peculiar condição de desenvolvimento, através da educação, como fator de prevenção, inibidora do ato infracional juvenil.

Os que se esforçam pelo retrocesso da redução da idade para punibilidade devem ter cuidado ao comparar os atos infracionais praticados pelos adolescentes no Brasil com os perpetrados no estrangeiro, haja vista o alto índice de cometimentos e a violência extremada com que são praticados pelos alienígenas. Embora as condições sócio-econômicas dos advenas sejam bem superiores às oportunidades oferecidas pela sociedade brasileira, onde a injustiça social ainda permite a exploração da mão-de-obra infantil, não os deixa imunes à barbarie dos infanto-juvenis. O avanço legislativo da Lei 8.069/90 colocou o “Brasil na vanguarda neste terreno da resposta aos crimes praticados pelos menores de 18 anos”. (11)

Ademais disto, esta proposta de redução da idade de 18 anos para responsabilidade penal é, na melhor das hipóteses, *démodé*, por que a Lei nº 8.069 já autoriza a aplicação de medida privativa de liberdade a partir dos 12 (doze) anos, desde 1990. Desta forma, sustentar a redução da idade é atestar desconhecimento da lei!

Para demonstrar que a punição ao adolescente não resolve a criminalidade, apresentam-se dados obtidos tanto na Secretaria Estadual de Segurança Pública como na 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, e promove-se comparação entre incidência de infrações da mesma espécie perpetradas por adultos com as praticadas por crianças e adolescentes, no período de 1991 a 1995.

Adultos = 944.676

Crianças/Adolescentes = 12.055

Isto significa que na Cidade do Rio de Janeiro o percentual de atos infracionais praticados por crianças e adolescentes equivale a 1,2% dos perpetrados pelos adultos. Lembre-se que deste percentual não se excluem as crianças, pois a partir da Lei Municipal nº 2.350/95 a metrópole carioca tem Conselho Tutelar, para onde as crianças (arts. 105 c/c 136, I do ECA) têm, por imposição da Lei Federal, que ser encaminhadas.

Assim, este percentual não ultrapassa 1% dos crimes praticados pelos adultos. Outra característica importante a ser avaliada é que, enquanto os delitos perpetrados por adultos têm um percentual considerável de 24,6% de crimes praticados contra a pessoa, do total de 274.704 no período de 1994 a 1995, às crianças e adolescentes este percentual não é de 10% do total de 4.771, considerado no mesmo espaço temporal.

Vale ressaltar que com relação às crianças e adolescentes, no período de 1994 a 1995, o volume de perpetrções contra o patrimônio é significativo: 64,2%. Desta forma, conjugando-se estes dados com os ensinamentos de Winnicott, para quem criança é o ser humano até 18 anos, veja-se a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, é lei interna, afirma: “O furto está no centro da tendência anti-social, associado à mentira. A criança que furta um objeto não está desejando o objeto roubado, mas a mãe, sobre quem ela tem direitos. /.../ A criança anti-social está simplesmente olhando um pouco mais longe, recorrendo à sociedade em vez de recorrer à família ou à escola para lhe fornecer a estabilidade de que necessita a fim de transpor os primeiros e essenciais estágios de seu crescimento emocional”. (12)

A criança reproduz o que vê e o que sente, assim, avaliando-se o percentual de 64,2% de atos infracionais praticados e os ensinamentos de Winnicott é inferível o grau de sofrimento impelido a estas crianças e adolescentes. De um lado, falta-lhes a base familiar, do outro a sociedade não promove a estabilidade necessária. E é por esta razão, justamente por esta, que a Constituição Federal determinou no art. 227, *in verbis*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Para garantir a perpetuação da espécie (crianças/adolescentes) em condições dignas (com absoluta prioridade), o legislador constitucional protegeu especialmente à família, assegurando-lhe recursos educacionais e científicos para o exercício da paternidade consciente através do *planejamento* familiar (art. 226, § 7º da C.F.).

Da mesma forma a Lei nº 8.069/90, seguindo estes princípios fundamentais traçou como norte ao atendimento à criança e ao adolescente a *prevenção* — Livro I, Título III do ECA.

Fica óbvio que a melhoria das condições em que se vive não se operará com encarceramento de infanto-juvenis. Observa-se, pelos dados colhidos, que a prática do ato infracional de crianças e adolescentes está em percentual mínimo frente à dos adultos.

Esta singularidade está a evidenciar que o trabalho preventivo é a forma correta de se inibir a prática do crime para os adultos, o que leva a redução ao índice 0 (zero) das investidas em infração penal de crianças e adolescentes. A atuação preventiva se dá em vários níveis de intervenção, inclusive na utilização de política básica específica a cada concentração de prática criminal. E só aferir os dados existentes. Vale dizer que mesmo *sem* este plano integrado de atuação preventiva o trabalho hercúleo desenvolvido pela 2ª Vara da Infância e da

Juventude da Capital/RJ apresenta sinais de redução da prática do ato infracional por adolescentes. E o que é melhor, o percentual de reiteração destas práticas tem sido inferior às investidas infracionais de primeira vez.

Assim as iniciativas pedagógicas com adolescente infrator devem ser estimuladas e apoiadas para que as medidas sócio-educativas cumpram a sua natureza jurídica eficazmente. O estabelecimento prioritário de trabalhos de caráter preventivo, com as crianças desde a tenra idade, com suas famílias e no seu espaço social, é substancial para a melhoria da qualidade de vida, como o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece.

A Lei nº 8.069/90 precisa ser divulgada e aplicada corretamente para que suas inovações sociais e de política pública paritária impeçam esta onda de violência que a infância brasileira vem sofrendo face à importância constitucional assumida.

Isto porque está ficando nítido o vínculo que une “as formas brutais de violência contra a infância-adolescência e o *status* em função desta última”. (13) Esta violência estrutural que se está a apontar por uma de suas facetas — a redução da idade para a responsabilidade penal — está intimamente ligada às formas de maus-tratos, abusos, violações de direitos, onde o extermínio representa uma versão brutal desta mesma cultura “que investe *contra* a infância pelos ditos *menores*”.

Em artigo — Violência contra menores aumenta 50% no Rio — Berenice Seara apresenta o estudo da CEAP — Centro de Articulação de Populações Marginalizadas, onde os técnicos apontam que no Brasil é “significativo o número de crimes contra menores cometidos por seus próprios parentes”. (14)

Os dados estatísticos fornecidos pela 2ª Vara da Infância e da Juventude quanto a mortes violentas de crianças e adolescentes apresentam um índice muito alto de mortes de crianças na faixa de 0 a 11 anos. Com relação às faixas de 15, 16 e 17 anos, estas podem relacionar-se ao extermínio, manifestação brutal da violência, no que o Estado do Rio de Janeiro vem empreendendo esforços para a desarticulação destes grupos que investem na cultura da violência. Isto tem sido possível graças à participação das organizações civis que se associaram ao Estado para o rompimento deste ciclo de violência.

E é desta forma que soluciona a questão da criança e do adolescente, da criminalidade do adulto, etc..., — Poder Público e sociedade paritariamente responsabilizando-se pela melhoria da qualidade de vida através da melhoria do indivíduo para torná-lo apto ao convívio social.

Bibliografia

(1) Artigo — O Rio está menos violento — De Luiz Eduardo Soares. (J. B. Folha de Opinião/93); Vitimização.

(2) Artigo — O menor deve ir para cadeia? — De Alyrio Cavallieri (Jornal do Comércio/jan/93).

(3) Manual de Direito Penal — De Julio Fabbrini Mirabete. Vol. I, pág. 208.

(4) Artigo — Os Menores e a Cadeia — De Alyrio Cavallieri — Jornal Folha do Norte — Colatina/ES — Out/93.

(5) Idem (4).

(6) Idem (2).

(7) Idem (3).

(8) Neurologia que todo médico deve saber — De Ricardo Nitri ni et alii, Ed. Maltex, SP, Cap. 19, pág. 293, ano 1991.

(9) Privação de Delinquência — D.W. Winnicott — Alguns aspectos psicológicos da delinquência juvenil, págs. 121/122.

(10) Idem (8) p. 120.

(11) Idem (2).

(12) Idem (8) págs. 132/122.

(13) Relatório de Comissão de Combate a Violência contra crianças e adolescentes, Mai/92.

(14) Ministério da Justiça, Ministério da Ação Social e CBIA.

AS REFORMAS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CONDIÇÕES DE UMA AVALIAÇÃO OBJETIVA

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. Toda reforma legislativa constitui — e a afirmação tem o sabor do óbvio — uma tentativa de aperfeiçoar o ordenamento positivo. “Aperfeiçoar”, contudo, é verbo de significação um tanto vaga. Bastante diversos são os fins a que pode visar o aperfeiçoamento. É concebível que se queira imprimir mudança radical ao sentido em que até ali se orientava a legislação. Mas também se concebe que o propósito consista em algo muito mais simples: por exemplo, expurgar o texto de defeitos terminológicos. Entre esses dois extremos, há um espaço intermediário no qual o legislador tem amplas possibilidades de escolher e fixar sua meta.

Semelhantes diversidades naturalmente vão refletir-se nos critérios e nos meios próprios para levar a cabo a indispensável tarefa de avaliar a reforma e os respectivos resultados. Se apenas se cogitava de corrigir impropriedade de expressão, não se afigura difícil, no comum dos casos, um juízo imediato: provavelmente já seria possível emití-lo antes mesmo de consumadas as modificações. A operação não reclama outros instrumentos que os de ordem exclusivamente intelectual; qualquer pessoa será capaz de realizá-la desde que possua uma tabela de correspondência entre os conceitos e as palavras que os expressam — com a intuitiva ressalva de que as conclusões, por sua vez, comportarão divergências, na medida em que se diferenciem as tabelas usadas pelos vários críticos.

Outra feição assume o problema quando o que essencialmente se pretende é influir no modo como se passam as coisas na vida prática do direito, e de maneira particular na atividade forense. Aí, nenhuma tentativa séria de valoração poderá prescindir dos dados da experiência. Sem eles, ficaremos reduzidos a *impressões*, cuja coincidência com a realidade, na falta de elementos de prova,

* Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

será sempre lícito pôr em dúvida. É certo que alguns fenômenos, por assim dizer, entram pelos olhos até do observador menos atento; mal andaríamos, no entanto, se adotássemos como regra um critério de aferição puramente “impressionístico” que, as mais das vezes, oferece pouquíssima garantia de exatidão.

2. As reformas efetuadas, ao longo dos últimos anos, no Código de Processo Civil inspiraram-se declaradamente no intuito básico de simplificar o itinerário dos feitos, assegurando-lhes trajetória mais desembaraçada e mais rápida, e com isso tornando mais efetiva a prestação jurisdicional. Não se desconhece que, num ponto ou noutro, o empreendimento haja acabado por ultrapassar as linhas a princípio traçadas: aproveitou-se o ensejo para tentar remediar defeitos de vária índole, que o consenso geral apontava no estatuto de 1973, e para introduzir esta ou aquela inovação de maior vulto, julgada oportuna. Mas permanece incontestável a finalidade *prática* da grande maioria das mudanças. Basta lembrar, a tal respeito as alterações feitas na disciplina da citação, da prova pericial, do agravo, da liquidação da sentença, do procedimento da ação de usucapião, e assim por diante.

Ora, todas essas modificações precisam evidentemente submeter-se a cuidadosa avaliação crítica. Não é raro que o cotidiano do foro deixe de corresponder, no todo ou em parte, às expectativas do legislador. Revela-se ilusória, muitas e muitas vezes, a certeza de que, mediante tal ou qual providência, se conseguirá melhorar o serviço da Justiça. O que se pode ter *a priori* é mero juízo de probabilidade, sujeito a desmentidos talvez categóricos.

Torna-se então necessário apurar como estão funcionando, *in concreto*, os mecanismos reformados, a fim de julgar se vale a pena perseverar no rumo adotado, se convém retificá-lo em menor ou maior medida, ou se, afinal de contas, o melhor é dar marcha-à-ré. Em não poucos casos, importa mesmo, antes de mais nada, averiguar se a nova regra está recebendo aplicação uniforme, ou se, ao contrário, vem sendo objeto de interpretações díspares por parte dos inúmeros órgãos incumbidos de aplicá-las. Pode muito bem acontecer que, para assegurar bom êxito a uma reforma, baste homogeneizar, tanto quanto possível, o tratamento que lhe dão os juízes, fixando, dentre os entendimentos concebíveis, o mais adequado.

3. Semelhante verificação não há de confiar unicamente nos elementos que proporcionam a consulta à jurisprudência publicada. Em primeiro lugar, nem sempre ocorre com presteza a publicação de acórdãos dos tribunais em repertórios e revistas especializadas; às vezes é mister esperar longo tempo até que se disponha, aí, de acervo suficiente para fazer significativos e compensadores os frutos da pesquisa. Ora, bem se concebe que problemas emergentes da reforma exijam solução pronta.

Além disso, é possível que o material divulgado não espelhe com perfeita fidelidade, em todos os seus aspectos, o panorama real. As coletâneas de jurisprudência contêm uma fração forçosamente diminuta do conjunto de decisões proferidas sobre cada assunto.¹ Em muitos casos, são aleatórios os critérios de seleção, e sofrem a influência de fatores deformantes, desde a facilidade (ou dificuldades) de acesso aos textos — que muda de um lugar para outro, e às vezes no interior do mesmo tribunal — até as idiosincrasias das pessoas encarregadas da escolha.² Obviamente, a gravidade do problema é suscetível de atenuar-se em grau notável pelo emprego dos modernos recursos da informática; mas sua utilização, entre nós, ainda não atingiu, e talvez não atinja tão cedo, nível de generalização que dispense os métodos tradicionais.

Acrescente-se que determinadas matérias na verdade não chegam com muita frequência à apreciação dos órgãos de mais alto nível, e só esporadicamente se fazem presentes na respectiva jurisprudência. O fenômeno é imputável a causas muito diversificadas — a tal ponto, que nem sequer se deve enxergar, sempre, correlação precisa entre a quantidade de acórdãos proferidos e a importância prática deste ou daquele instituto. Pode mesmo suceder que algum se destine justamente a reduzir o fluxo dos feitos encaminhados às instâncias superiores.

É o caso, por exemplo, do recurso adesivo, cuja função precípua consiste em evitar que ambos os litigantes se apressem a impugnar a decisão, nas hipóteses de sucumbência recíproca. Não parece exagero considerar que a possibilidade da adesão estará cumprindo tanto melhor o papel que lhe cabe, ao ângulo da política processual, quanto menor for, naquelas hipóteses, o número de recursos — adesivos ou não — efetivamente interpostos. Assim, em certa medida, uma grande abundância de acórdãos relativos ao assunto será antes interpretável, em aparente paradoxo, como sinal de *ineficiência* que de *eficiência* do instituto.

1 Veja-se ao propósito o interessante artigo de DUNES. *La nonpublication des décisions de justice*, in *Revue int. de droit comparé*, 1986, nº 2, pág. 757.

2 Cf. o que escreve, com relação à França, RONDEAU-RIVIER, *La connaissance des contentieux civils: les statistiques judiciaires en France*, in *Studi in onore di Vittorio Denti*, Pádua, 1994, vol. I, págs. 195/6: “*Connaître le contentieux n’est pas connaître la jurisprudence. Cette dernière, véritable “atelier de fabrication du droit”, de donne du’une image très limitée et déformée de l’ensemble des décisions de justice. Les activités de sélection et de publication dans les recueils de jurisprudence, tout comme l’importance du commentaire d’arrêt, apanage classique des universitaires, traduisent l’intérêt que manifeste la communauté juridique pour telle ou telle question, et cet intérêt dépend de considérations très variables: rareté des décisions dans un domaine “sensible”, existence de conflits d’intérêts entre les acteurs sociaux, premières applications contentieuses d’une loi nouvelle, etc...”*”.

Cumpriria, sobretudo, ao menos no período inicial de vigência das normas modificadas, saber como as estão aplicando os órgãos de primeiro grau — até porque é perante eles que, a princípio, se suscitam questões, se travam controvérsias, se excogitam soluções, as quais provavelmente acabarão por ser levadas, mas só com o passar do tempo, à apreciação dos tribunais, mediante a interposição de recursos. Com referência aos juízos inferiores, todavia, revela-se particularmente árdua a coleta de dados. A maior parte das sentenças fica encerrada nos autos, sem grande difusão: bem mais rara que a de acórdãos é a sua publicação integral na imprensa especializada. Por outro lado, no primeiro grau, o número de órgãos judiciais é muito maior que nos graus superiores; e, ao contrário destes, não ficam aqueles concentrados em poucas sedes, de acesso relativamente fácil, mas se espalham por todo o território do país.

Adite-se que exatamente na instância inferior tendem a manifestar-se mais amiúde e com maior intensidade, de início, as divergências no modo de entender e de aplicar as normas jurídicas. É principalmente a observação do que ali acontece que pode justificar o adágio “cada cabeça, cada sentença”. Compreende-se: os juízes ainda não contam com orientação disponível em precedentes, vêem-se obrigados a tatear, a proceder experimentalmente, a arriscar tentativas de êxito incerto, a escolher um ou outro caminho sem consciência clara do que adiante se encontrará. Desse ponto de vista, sua tarefa é incomparavelmente mais espinhosa que a dos tribunais, aos quais, de ordinário, os problemas já chegam equacionados, com soluções propostas, enunciadas, fustigadas pela crítica dos descontentes e confortadas pela aprovação dos satisfeitos.

As recentes leis modificativas do Código de Processo Civil vigem há um tempo que varia entre quase quatro anos e apenas poucos meses: a de nº 8.455, de 24.8.1992, que deu nova disciplina à prova pericial, entrou em vigor em 17.9 do mesmo ano; a de nº 9.245, de 26.12.1995, que reformou o antigo procedimento sumaríssimo, em 25.2.1996. Os repertórios de jurisprudência ainda não são muito abundantes em decisões de tribunais relativas aos pontos atingidos. Afigura-se extremamente importante, porém, tomar conhecimento, e quanto antes, do que está sucedendo a tal respeito no dia-a-dia forense. Um registro minucioso dos episódios ocorridos deveria ter começado no próprio dia da entrada em vigor de cada inovação; se assim não se fez, é forçoso suprir a falha sem mais demora.

4. Passamos a ilustrar com alguns exemplos o que ficou dito. Uma das mais relevantes modificações do procedimento ordinário consistiu na introdução da audiência de conciliação, subsequente à fase postulatória. Reza o art. 331, *caput*, na atual redação: “Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará

audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir”.

Acerca desse dispositivo já se manifestaram notórias controvérsias hermenêuticas. Uma opinião empenhada em prestigiar ao máximo a audiência reputa obrigatória a sua realização ainda quando gire o litígio em torno de direitos indisponíveis, e independentemente de existir ou não motivo para a extinção do processo nos termos do art. 329 ou para o “julgamento antecipado da lide” segundo o art. 300.³ No pólo oposto, há quem tenda a minimizar a inovação, chegando ao ponto de excluir a marcação da audiência ainda em hipóteses literalmente abrangidas, sem sombra de dúvida, pelo novo texto do art. 331; por exemplo: suprimindo-a, embora disponível o direito litigioso, quando as partes, consultadas, não manifestarem a vontade de que ela se realize.

Esta última posição, tomada por alguns juízes, ao nosso ver contraria a lei de maneira frontal. Em seu favor argumenta-se que, se os litigantes não querem a audiência, é sinal de que não pretendem entrar em acordo, e portanto seria inútil o ato. Mas, deixando de lado outros aspectos, impende assinalar que a tentativa de conciliação não deve ser enxergada como simples formalidade unicamente destinada a chancelar uma inclinação já preexistente no espírito das partes. Seria esquecer o papel do órgão judicial e a influência que sua participação é capaz de exercer. Nada justifica desprezar a possibilidade de que litigantes até então irredutíveis mudem de atitude movidos pelas palavras do juiz — que, se não tem como impor uma avença firmemente repelida, em todo caso há de esforçar-se por fazer ver às partes as vantagens da solução amigável. A prévia “consulta” a elas é criticável no plano dos princípios, por sujeitar desmedidamente o procedimento ao poder de disposição dos litigantes. E pode mostrar-se enganosa no resultado: aos advogados é que caberá responder, e nem sempre haverá certeza absoluta de que, para o fazerem, tenham na verdade ouvido as pessoas que representam. A resposta negativa não refletirá necessariamente o estado de espírito das próprias partes.

³ Assim CÂNDIDO DINAMARCO. *A reforma do Código de Processo Civil*, 3ª ed., S. Paulo, 1996, págs. 120 e segs. No sentido da obrigatoriedade realização da audiência *antes mesmo* de verificar-se a existência de fundamento para aplicar o art. 329 ou o art. 320, também CLITO FURNACIARI JUNIOR, *A reforma processual civil*, S. Paulo, 1996, pág. 66. Contra, CALMON DE PASSOS, *Inovações no Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, 1995, pág. 111; CARREIRA ALVIM. *Ação monitoria e temas polêmicos da reforma processual*, Belo Horizonte, 1995, pág. 194. Ressalva em todo caso SÉRGIO BERMUDEZ, *A reforma do Código de Processo Civil*, 2ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 57, que nada impede o órgão judicial de, percebendo favorável perspectiva de êxito, tentar conciliar as partes antes de passar ao exame da incidência de qualquer daqueles dispositivos: a tanto o autoriza o inciso IV do art. 125, acrescentado pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994. Parece fora de dúvida que, com tal objetivo, pode o juiz convocar uma audiência especial.

Entre as duas posições extremas há lugar pelo menos para uma terceira,⁴ que preconiza a realização da audiência, em caráter obrigatório, abstraindo-se de qualquer outra circunstância, quando — e somente quando — concorram os pressupostos indicados no texto do art. 331, a saber: disponibilidade do direito litigioso e inexistência de fundamento para aplicar o art. 329 ou o art. 330. Trata-se de entendimento mais afeiçoado à letra da lei — o que obviamente não bastaria, ressalve-se, para torná-lo preferível.

Em hipótese assim, a primeira tarefa deve ser a de um levantamento, tão completo quanto possível, dos diferentes modos por que se vem interpretando e aplicando a norma; cumpre, em seguida, confrontar os resultados objetivos em cada grupo de casos. Aqui, como intuitivamente se percebe, haverá mais de um aspecto a tomar em consideração. É evidente que um dos objetivos concretos da reforma consiste na elevação substancial da percentagem de feitos que terminem por acordo entre as partes. É também evidente que não terá sentido a mera comparação de quantitativos referentes a juízos diversos, a não ser que a lei esteja sendo aplicada em todos eles de maneira homogênea. Incidiria em grave erro metodológico, por exemplo, quem se limitasse a cotejar, sem levar em conta a desigualdade, números brutos colhidos em órgão que realize audiência inclusive quando indisponível o direito e em órgão que só a realize nas hipóteses de disponibilidade. Nenhum valor teriam as conclusões baseadas em tão esdrúxulo confronto.

O argumento mais importante contra a extensão indiscriminada da audiência repousa no fato de que, ao lado das vantagens por ela oferecidas, sua introdução é suscetível de apresentar um inconveniente, o de alongar e retardar o curso do processo. Seria imprescindível, então, apurar se na verdade — e em que medida — semelhante receio se vê confirmado na prática. Apuração difícil, diga-se logo, entre múltiplas razões porque, se nos contentarmos em comparar pura e simplesmente a cronologia de dois feitos análogos, um processado com audiência e outro sem ela, correremos o risco de atribuir a essa diferença peso decisivo, que talvez não tenha, dentre tantos fatores que podem haver influído para a maior demora do primeiro. Difícil, mas imperiosa, ajunte-se: sem descobrir se os inconvenientes superam as vantagens, ou vice-versa, como avaliar com justeza a inovação?

Em recente encontro com os juízes do Estado do Rio de Janeiro, do qual participaram dezenas de magistrados, pudemos colher alguns elementos, ainda algo imprecisos, mas nem por isso despidos de significação. Revelaram-se raros

⁴ Por nós adotada em *O novo processo civil brasileiro*, 18ª ed., Rio de Janeiro, 1996, pág. 114.

os casos em que a audiência de conciliação se vem realizando mesmo no domínio das relações jurídicas indisponíveis. Alguém mencionou ações de investigação de paternidade, em que às vezes o encontro direto entre partes e juiz propicia a solução imediata do litígio, com o reconhecimento da paternidade pelo réu. Também se trouxe à colação hipótese interessante, na qual, embora subsistisse o conflito quanto ao mérito, fora possível obter a aquiescência do investigando em prover às despesas com o exame conhecido por DNA. Isso mostra que, em determinadas situações, a audiência pode servir ao menos para facilitar a produção da prova.

Esse é exemplo, ao nosso ver sugestivo, da enorme relevância do teste da experiência. Pouco adianta debater *in abstracto* sobre a superioridade ou a inferioridade da nova sistemática em relação à antiga, sem termos à nossa disposição dados que corroborem *in concreto* os argumentos contrapostos. Se a modificação do Código teve aí propósito eminentemente *prático* — o que parece arbitrário pôr em dúvida —, então, para que o debate se revista de alguma utilidade, precisamos saber em que medida aumentou o número de tentativas bem sucedidas de conciliação, e também precisamos saber a quanto monta, na perspectiva da duração dos processos, o preço que pagamos por esse aumento. Sem isso, a discussão provavelmente merecerá mais o epíteto de “bizantina” do que qualquer das frívolas querelas atribuídas pelos historiadores à própria Bizâncio decadente.

No referido encontro, recebemos da maioria dos presentes a informação de que, quando se realiza a audiência, o número das tentativas bem sucedidas de conciliação vem superando o das malogradas; e, mais, que, ainda nos casos de malogro, o fato de haver-se realizado a audiência em geral não chegou a contribuir de maneira relevante para o excessivo alongamento do feito. Outro dado da experiência, evidenciado na mesma ocasião, é o de que a probabilidade de êxito da tentativa de conciliação se eleva sobremodo quando presentes as partes, e não apenas os respectivos advogados. Tal verificação tem levado juízes a intimar sempre os litigantes para que compareçam pessoalmente. Semelhante procedimento afasta-se um pouco do teor literal do art. 331, *caput, fine*, que fala em comparecerem “as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir”. Afigura-se razoável, contudo, entender que a medida se inclui entre as confiadas à discricção do juiz na direção formal do processo; nem é despropositado invocar aqui o art. 125, nº IV, que, ao incumbir o órgão judicial de “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”, logicamente o investe dos poderes instrumentais cujo uso lhe pareça necessário ou útil à efetividade da iniciativa.

5. Outro importante tópico da reforma consiste na possibilidade, aberta ao juiz, de antecipar, no todo ou em parte, “os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, de acordo com o disposto no art. 273, na redação da Lei nº

8.952, de 13.12.1994. Ao enumerar os pressupostos de que depende o exercício de tal poder, empregou a lei, compreensivelmente, expressões de contornos semânticos flexíveis. Alude, no *caput*, a “prova inequívoca”, a “verosimilhança da alegação”; no inciso I, a “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”; no inciso II, a “abuso do direito de defesa”, a “manifesto propósito protelatório”; no § 2º, a “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Cuida-se aí de conceitos jurídicos indeterminados, cuja concretização toca ao órgão judicial, mediante o exame cuidadoso das características da espécie *sub iudice*. É do maior interesse conhecer o modo pelo qual esses textos vêm sendo entendidos e aplicados na prática do foro.

Cumpra assinalar desde logo que, pela impressão colhida no encontro a que se fez menção, não têm sido freqüentes as hipóteses de concessão da tutela antecipada, e menos ainda o requerimento literalmente exigido pelo *caput* do art. 273, ao contrário do que faria supor a energia com que se sói criticar a lentidão da Justiça e encarecer a necessidade de providências tendentes a remediá-la. Essa timidez dos litigantes (ou de seus advogados) está levando alguns magistrados, sobretudo nos Juizados Especiais Cíveis e em causas de família, a desprezar a letra da lei e decretar *de ofício* a antecipação da tutela, em casos nos quais encontra base sólida a convicção da imprescindibilidade da medida.⁵

Outro fenômeno apontado pelos juízes é o da relativa indistinção, na prática, entre a antecipação da tutela e a tutela cautelar. Providências essencialmente cautelares são às vezes requeridas como providências antecipatórias. Não será de estranhar a confusão, se se tiver em vista a existência de dificuldades, mesmo do ponto de vista científico e dogmático, no traçado de linha divisória perfeitamente nítida entre os dois terrenos. Importância aqui apurar como se têm conduzido, diante de situações do gênero, os órgãos judiciais. Em princípio, francamente, desde que não se altere a substância do pedido, não vislumbramos obstáculo irremovível à admissão de um requerimento pelo outro, determinando-se que o processamento observe a disciplina adequada à verdadeira natureza da matéria. O raciocínio será análogo ao que prevaleceu, no silêncio do Código, a favor da possibilidade de aproveitar-se, em certa medida, recurso inadequadamente interposto no lugar do cabível.⁶

5 A doutrina tem, ao contrário, enfatizado a necessidade do requerimento como pressuposto da antecipação da tutela: CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pág. 23; CÂNDIDO DINAMARCO, *ob. cit.*, págs. 149/50; SÉRGIO BERMUDEZ, *ob. cit.*, págs. 28/9; CLITO FORNACIARI JÚNIOR, *ob. cit.*, pág. 38.

6 Sobre o assunto, vide BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 6ª ed., Rio de Janeiro, 1993, págs. 222/3, inclusive para ulteriores indicações bibliográficas e jurisprudenciais.

Louvando-nos sempre nos dados emergentes do encontro referido, aditaríamos que, dentre os fundamentos previstos no art. 273 para a concessão da tutela antecipada, mais comumente se tem utilizado o do inciso I (“receio de dano irreparável ou de difícil reparação”) que os do II (“abuso do direito de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”). Outro ponto merecedor de atenção é o veto contido no § 2º à antecipação da tutela “quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Já se observou que, a rigor, o perigo de irreversibilidade residirá menos no provimento, em si, que normalmente pode ser cancelado por meio de provimento contrário, do que nos respectivos efeitos.⁷ Também já se sugeriu que, em se tratando de prestação pecuniária, o risco é suscetível, em regra, de ser conjurado (ou compensado) pela exigência de que o requerente garanta, com caução, a eventual obrigação de restituir o montante percebido.⁸ Alguns dos juízes presentes ao encontro manifestaram-se a favor de tal solução; mas para bem avaliar-lhe os méritos e deméritos seria naturalmente preciso aprofundar a análise e examinar a casuística forense.

6. Há outros tópicos em que a modificação, conquanto à primeira vista de menor alcance, pode assumir grande importância prática. Um deles é a citação, a cujo respeito a Lei nº 8.710, de 24.9.1993, inverteu a ordem adotada no art. 222 do Código, para dar prioridade à via postal. Essa é, tipicamente, matéria que reclama apreciação pelo prisma prático. *A priori*, nenhuma razão científica ou doutrinária impõe que se repute a citação pelo correio preferível à feita por meio de oficial de justiça, ou vice-versa. Importam aqui, exclusivamente, aspectos pragmáticos como o da segurança, o da rapidez e o do custo.

Sucedem que nem sempre esses fatores atuam todos no mesmo sentido. É possível que, ao menos sob certas circunstâncias, o procedimento mais seguro seja igualmente o mais demorado e o mais caro; e bem se concebem outras combinações. Tem-se pois de verificar, à luz da experiência, se a solução escolhida concilia em medida razoável as necessidades e conveniências opostas.

A própria lei incorporou algumas valorações, feitas *in abstracto*, com base na consideração daquilo que se afigura mais provável. Daí, por exemplo, a exclusão da via postal na hipótese de citando incapaz (art. 222, letra *b*), para a qual o risco da insegurança pareceu claramente excessivo. No caso da letra *e*, o que se enxergou foi óbice incontornável no fato de residir o réu em local não

7 CÂNDIDO DINAMARCO, *ob. cit.*, pág. 148, nota 12.

8 CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pág. 34. *Aliter*, SÉRGIO BERMUDEZ, *ob. cit.*, pág. 30, a cujo ver “não se admite a antecipação quando a irreversibilidade só puder ser reparada em dinheiro”, exigindo-se “que o quadro fático, alterado pela tutela, possa ser recomposto”.

servido pela entrega domiciliar de correspondência; mas vem a propósito lembrar que, não sendo a residência do citando o único lugar onde se pode praticar o ato (cf. art. 216, *caput*), a impossibilidade está longe de afigurar-se absoluta: desaparece, v.g., se o autor requerer, conforme decerto se lhe permite, seja a correspondência endereçada à repartição onde trabalha o funcionário público, ou à unidade em que serve o militar — o que sugere uma ressalva à disposição proibitiva.⁹

Como estará repercutindo no foro a inovação da Lei nº 8.710? Informações de juízes no aludido encontro apontam no sentido de uma aceitação difusa, embora não irrestrita, por parte dos demandantes, ou mais exatamente de seus advogados. Ao que parece, enfrentam-se problemas em determinados setores, sobretudo em se tratando de zonas pobres, onde se torna mais difícil o acesso ao citando: tal seria o caso não apenas de habitantes de favelas, senão também de colonos em certas áreas do interior do Estado.

Ordena o parágrafo único do art. 223 que a carta seja entregue ao citando, mediante recibo; e acrescenta que, se o réu for pessoa jurídica, é lícita a entrega “a pessoa com poderes de gerência geral ou de administração”. Na prática, retornam com frequência recibos assinados, na hipótese de pessoa física, por terceiros que pertencem à família do citando ou simplesmente vivem no mesmo local; e, na de pessoa jurídica, por empregados sem a habilitação legalmente exigida. Põe-se a questão da validade de semelhantes citações — questão gravíssima, atentas às conseqüências da eventual declaração da nulidade do ato. Em mais de uma ocasião, por sinal, tem o Superior Tribunal de Justiça declarado nula a citação postal de pessoa jurídica, quando entregue a carta a funcionário sem poderes de representação.¹⁰

Força é reconhecer que nem sempre será fácil o cumprimento estrito das determinações legais. O carteiro incumbido de entregar a correspondência endereçada a uma grande empresa só excepcionalmente terá condições de certificar-se de que está diante de alguém investido dos “poderes de gerência geral ou de administração”. Assinala-se que, no processo perante os Juizados

⁹ Atualizando o t. III dos *Comentários ao Código de Processo Civil* de PONTES DE MIRANDA, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1996, *sub art.* 222, pág. 273, adverte SÉRGIO BERMUDEZ: “Vale a citação ou intimação fora da residência do destinatário, em endereço de sua inequívoca frequência, como o escritório profissional, ou lugar de trabalho, desde que recebida por ele”. Diversamente CALMON DE PASSOS, *ob. cit.*, pág. 103, para quem “a comunicação via postal é sempre para a residência do réu, como consignada na inicial”, de modo que “o fato de agora a citação ser, prioritariamente, pelo correio, (...) vai obstar, inicialmente, a citação na repartição”.

¹⁰ Vide os acórdãos mencionados por SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *Código de Processo Civil anotado*, 6ª ed., S. Paulo, 1996, *sub art.* 223, págs. 154/5.

Cíveis Especiais, se reclama “aviso de recebimento em mão própria”. (Lei nº 9.099, de 26.9.1995, art. 18, nº I), a exemplo do que já ocorria nos antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 7.244, de 7.11.1984, art. 19, *caput*). Não se tomou cautela igual na reforma do Código. Nem por isso fica excluída, é claro, a aplicação desse expediente; todavia, a circunstância de encarecer a citação postal desestimula a respectiva utilização.

No Estado do Rio de Janeiro, segundo o depoimento de não poucos juízes, quando dirigida a citação a pessoa jurídica, as mais das vezes a ré comparece aos autos, ainda que entregue a correspondência a empregado sem os poderes referidos na lei. Simplifica-se extremamente, assim, o problema, à vista do mecanismo sanatório que o comparecimento desencadeia (art. 214, §§ 1º e 2º). Menos freqüente, ao que consta, é o suprimento do vício por tal forma, em se tratando de pessoa física.

Aqui seria preciso quantificar a incidência dos fatos relatados e a proporção em que de possíveis irregularidades tem decorrido a invalidação do chamamento a juízo. Daí se colheriam elementos muito valiosos para a orientação dos próprios órgãos judiciais, de primeiro grau e de grau superior, quando tenham de optar por critérios mais rígidos ou mais flexíveis na interpretação e aplicação das regras pertinentes.

7. A exemplificação poderia sem dúvida prosseguir. Como se estão conduzindo os juízes, digamos, ante a supressão da antiga liquidação por cálculo do contador? Aqui também há riscos: em primeiro lugar, o de impor detrimento injusto ao devedor, quando o credor se exceda na “memória do cálculo” com que há de instruir a inicial da execução (art. 604, na redação da Lei nº 8.898, de 29.6.1994), e caso se entenda que o único jeito de corrigir o excesso consiste no oferecimento de embargos, precedido da penhora (art. 737, nº I). Tal suposição faz tábua rasa da fiscalização exercitável pelo órgão judicial, cujo papel não pode reduzir-se ao de simples carimbador de iniciais: antes de deferir a citação do executado, compete-lhe, ao que pensamos, controlar a postulação do exequente, exigir os esclarecimentos que considerar necessários e, eventualmente, podar as demasias. Não excluídos sequer a possibilidade de que o juiz, em hipóteses complexas, se valha do auxílio do contador, ou até de perito: será melhor que submeter o devedor a imerecido gravame. Cumpre averiguar se assim se tem procedido no foro, e quais as alternativas porventura adotadas.

Não é oportuno alongar demais as presentes considerações. Os exemplos indicados parecem-nos suficientes para fundamentar a nossa convicção de que só à luz de dados concretos, resultantes de pesquisa conduzida com rigor técnico, poderão avaliar-se as reformas com exatidão e proveito. Do contrário, quando se quiser proceder à avaliação, cada observador “achará” o que lhe sugerir, na

melhor hipótese, sua experiência personalíssima, quiçá insuscetível de generalização; e, na pior, a imagem artificial que opiniões apriorísticas e preconceitos fundamente enraizados terão interposto entre seu espírito e a realidade.

Deixemos o impressionismo às artes: lá, basta a pintura de Renoir ou a música de um Debussy para justificar o movimento. Outros são os padrões adequados ao direito em geral, e às reformas legislativas em particular; aqui, temos de esforçar-nos por atingir o máximo de objetividade de que seja capaz o nosso julgamento. Qualquer sentença favorável ou desfavorável há de basear-se em argumentos provados e aprovados no teste da experiência. "*Et tout le reste est littérature*" ...

Junho de 1996.

O SENTIDO MORAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

LUIZ GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO*

1. Introdução

Atualmente se verifica um esforço da literatura jurídica no sentido de aproximar o direito e sua aplicação prática a critérios de justiça que prestem homenagem a um sentido moral da lei e da justiça. A questão da legitimidade da lei e das decisões do poder judiciário ganharam uma conotação profunda de moralidade, antes objeto mais da filosofia do que do direito.

Especificamente para o campo da responsabilidade civil deve-se clamar também por este esforço teórico, de modo que a satisfação do dano tenha por objetivo o bem comum e, não, pura e simplesmente, a satisfação de um direito subjetivo violado por ato de outrem.

Não se vê, entretanto, essa preocupação doutrinária na teoria da responsabilidade civil, reduzida que está na plena reparação do prejuízo causado à vítima. Mas há casos em que a plena reparação do prejuízo não condiz com um estado de direito justo e equânime, que se propõe a atenuar as diferenças sociais e econômicas. Também não condiz com um estado de direito que propugna o absoluto respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, à sua dignidade e aos direitos coletivos e difusos insculpidos no texto constitucional.

Mais concretamente, há casos em que a reparação exata do dano é injusta, como no do bombeiro hidráulico que, ao consertar um vazamento, danifica involuntariamente um espelho importado de vultoso valor. Ou do motorista que teve seu carro danificado por outro e que, para satisfazer seu sentimento de vingança, agride-o quase até a morte e, depois, vem postular a reparação do dano material sofrida pelo seu veículo. Ou do proprietário de um velho Fusca que abalroa um Mercedes Benz e se vê obrigado a indenizar com o que não

* Professor Assistente do Departamento de Direito Processual da UERJ. Juiz de Direito.

tem. Ou do dano provocado por órgão da imprensa ao sentimento público de moralidade — direito difuso da sociedade — e que não tem um regramento a altura que favoreça a persecução em juízo por pessoas não legitimadas, como no recente episódio de um pastor da Igreja Universal que agrediu a imagem de uma santa, na televisão, e, com isso, provocou dano moral coletivo, categoria que não goza de previsão legal.

São todos casos que merecem a detida atenção dos estudiosos do Direito Civil e que repousam em um reconhecimento teórico da importância do sentido moral da responsabilidade civil.

2. A Noção Clássica da Responsabilidade Civil

A doutrina civilista tradicionalmente estuda a responsabilidade civil a partir da noção do direito subjetivo violado e da plena reparação do dano causado pelo ofensor no patrimônio da vítima. Não há qualquer menção à idéia moral quanto à reparabilidade do dano nem quanto à sua extensão.

Clóvis Beviláqua escreveu que a ordem jurídica impõe um dever geral de respeito à esfera de atividade jurídica de outrem, com o objetivo de manter o equilíbrio da organização social, “que exige reparação por parte de todo aquele que o viola, ainda quando se considere autorizado, como no caso de direito de necessidade, ou quando a uma sensibilidade jurídica menos apurada pareça que não excede os limites do seu legítimo poder, como no caso do abuso do direito” (Comentários ao Código Civil, vol. V, pg. 292). Portanto, a idéia do dano ressarcível é mais *lata* do que a do ato ilícito. Todo ato ilícito cria a obrigação de reparar o dano, mas nem toda a obrigação de ressarcir o dano provém de ato ilícito. O ato ilícito, segundo o autor, é causa geradora de obrigação e pressupõe culpa *lato sensu* do agente ou a violação de direito.

San Tiago Dantas lecionava sobre o tema distinguindo a faculdade jurídica do direito subjetivo. Na faculdade jurídica, “não se pode conceber um ato de outrem que viole a faculdade jurídica que se tem” (Programa de Direito Civil, pg. 375), enquanto que o direito subjetivo é suscetível de violação. Sendo assim, o ato de violação chama-se lesão do direito, que existe sempre que um dever jurídico é violado. O ato violador é um ato ilícito, que tem três elementos: 1. um elemento subjetivo, que é a violabilidade do ato por dolo ou culpa; 2. um elemento formal, que é a infração de um dever jurídico; 3. um elemento material, que é o dano moral ou patrimonial. A violação do dever jurídico faz nascer a responsabilidade, não a obrigação, como afirmam outros autores. Deste modo, o professor definia a responsabilidade como “um dever jurídico de quem lesou o direito”, esclarecendo, entretanto, que a responsabilidade é um dever jurídico

secundário, sucessivo, derivado, pois que “da infração de um dever jurídico nasce logo um outro dever jurídico” (pgs. 376/377).

Orlando Gomes traça toda a evolução do tema. Começa atestando que “não é toda violação de preceito legal que constitui ato ilícito, ainda quando produz lesão ao direito subjetivo de outrem. O que faz da violação um delito civil é o fato de ter sido culposo o ato lesivo” (Obrigações, pg. 319). Conseqüentemente, é a culpa que qualifica a violação da lei, sendo certo que nem toda infração é culposa. A verificação da culpa pressupõe a ofensa e o dano. Esta concepção tradicional foi posta em xeque por um movimento doutrinário do começo deste século que visava a proteger vítimas não amparadas pelo conceito de culpa. Surgiram as idéias de Saleilles e de Leclercq, o primeiro sustentando que culpa significa o nexos causal, enquanto o segundo, que todo aquele que atenta contra o direito de outrem viola a obrigação de não lesar a ninguém. Ambas as concepções estão ultrapassadas, mas serviram para fundamentar a noção hoje conhecida de responsabilidade objetiva, posteriormente desenvolvida por Josseland, que melhor seria definida com o vocábulo “garantia” no lugar de “responsabilidade”. Digna de menção é, ainda, a denominada responsabilidade por equidade, presente nos Códigos Civis alemão e italiano, que permite a condenação do autor do dano, mesmo que seja irresponsável (como no caso da condenação de um alienado mental). De todo o modo, segundo o autor, mesmo com todas as novas concepções, fortaleceu-se sempre a teoria da culpa na responsabilidade civil, como caracterizadora do ato ilícito, embora inúmeras situações fundamentem o dever de indenizar pela simples lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexista qualquer relação jurídica. Tanto na responsabilidade contratual como na delitual (extracontratual) “a lei impõe ao autor do dano uma obrigação que tem por objeto a prestação de indenização” (pg. 338).

Washington de Barros Monteiro sintetiza a matéria nos mesmos moldes, caracterizando três elementos para o ato ilícito: 1. que seja voluntário; 2. a ocorrência de um dano; 3. a relação de causalidade. Daí decorreria o dever de indenizar (Curso de Direito Civil, 1º volume).

Caio Mário da Silva Pereira leciona que “o ato ilícito tem correlata a obrigação de reparar o mal” e a responsabilidade civil “é, na essência, a imputação do resultado da conduta antijurídica, e implica necessariamente na obrigação de indenizar o mal causado” (Instituições, volume I, págs. 567/568). Dos conceitos se extraem os requisitos essenciais: 1. uma conduta antijurídica; 2. a existência de um dano; 3. o estabelecimento de um nexos de causalidade. Conclui que “o efeito da responsabilidade civil é o dever de reparação”.

O especializado mestre José de Aguiar Dias, em sua clássica obra, também estabelece os contornos da responsabilidade civil patrimonial ligando-a, sempre, à básica idéia da plena reparabilidade, ou seja, da restituição cabal do dano

sofrido, independentemente do grau de reprovabilidade do ato ofensor. Afirma, assim, que “o dano que interesse ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito da obrigação de indenizar” (Da Responsabilidade Civil, tomo II, pg. 716), e que esta indenização “se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido: o dano é expresso pela diferença negativa encontrada nessa operação” (pg. 718), concluindo, páginas após, que “toda reparação se efetiva no sentido da restauração do estado anterior à lesão” (pg. 724).

Esta apertada resenha serve unicamente para demonstrar que o tema vem sendo estudado de modo mais ou menos uniforme ao longo de tantos anos, salvo a inovação doutrinária que fundamentou a responsabilidade objetiva.

Em nenhum destes estudos se observou qualquer menção a um sentido mais moral da responsabilidade civil, significando um posicionamento institucional da sociedade em relação a um dano provocado pelo agente, relegando-se a indenização à função de satisfazer precípua e unicamente um direito subjetivo violado.

3. O Sentido Moral da Justiça

Na Antigüidade, o gênio de Aristóteles investigou o sentido do conhecimento humano e concluiu “que todo conhecimento e todo trabalho visa a algum bem” (Ética a Nicômaco, pg. 51), traduzido na felicidade e no ser feliz. Do mesmo modo, o direito e a justiça devem ter uma referência na possibilidade de realização da felicidade. O que vem a ser a felicidade traduziu-a o filósofo na realização das inúmeras virtudes, dentre elas, a da justiça. Para Aristóteles, a lei tem em mira a vantagem comum e homens justos são aqueles que tendem a preservar a felicidade para a sociedade política. Mas existem duas espécies de justiça: a justiça corretiva e a justiça distributiva. A primeira consiste no intermediário entre a perda e o ganho, de modo que ao juiz incumbe a atividade tendente a igualar os homens por meio da pena. Essa igualização se faz de acordo com uma proporção aritmética, por meio da qual se procura dar a cada um o que é igual. Ao contrário, a outra justiça é a distributiva, que se produz de acordo com uma proporção geométrica. “Como o igual é um ponto intermediário, o justo será um meio termo”, afirma Aristóteles, concluindo que “se não são iguais, não receberão coisas iguais” (pg. 125). Para ele, pois, o justo é uma espécie de termo proporcional.

Deste modo, o conhecimento humano seria voltado à realização da felicidade por meio da realização das várias virtudes humanas, e, dentre elas, da realização da justiça nesse duplice sentido de justiça corretiva e de justiça

distributiva. Mas a busca da felicidade não seria de uma pessoa em particular, mas da sociedade como um todo, da “sociedade política”, pois que a política é a arte mestra e sua finalidade “deve abranger a das outras, de modo que essa finalidade será o bem humano” (pg. 50).

O que se procura, portanto, não é meramente o que é justo incondicionalmente, mas o que integra a justiça política, dividida pelo filósofo em duas partes: uma parte legal, estabelecida pelo homem, e outra parte natural, “aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo” (pg. 131). O instrumento para a realização da justiça política seria a equidade, que é uma forma de corrigir a justiça legal, que não tem como prever todos os casos. Por ser uma afirmação universal, a justiça legal é incapaz de prover a respeito de certas coisas. O erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa. Incumbe pois “dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso” (pg. 136).

A discussão não terminou com Aristóteles. Bem ao contrário, ela ressurgiu mais palpitantemente em obras recentes, como a Justiça Política de Otfried Höffe, que sustenta, em linhas gerais, uma mirada ética no direito e no estado. Em princípio, a idéia de justiça é irrenunciável e essa idéia é extraída de princípios de justiça que legitimam a restrição da liberdade de todos os componentes do meio social. Exemplifica o autor com a Grécia antiga em que inúmeras leis foram ignoradas por excessiva dureza ou pela manifesta injustiça. Passado o período e a ambiência em que isso foi possível, retornou o direito à redoma positivista, em que “a ordem jurídica e estatal se apresenta como uma trama complexa de regras, instâncias e poderes exclusivamente positivos. Numa trama equipada de modo complexo, e contudo irrestritamente positiva, perdeu seu sentido o apelo a uma instância crítica suprapositiva, a perspectiva de justiça, assim parece, vive politicamente em terra de ninguém, para as sociedades da modernidade ela se tornou utópica” (pg. 20). O humanismo contribuiu significativamente para a retomada da crítica no direito, preocupando-se com a legitimação do direito e do estado e fundamentando o conteúdo da justiça política, que pode ser entendida sob três aspectos distintos: 1. o estado está obrigado à justiça; 2. a justiça política forma a medida normativo-crítica do direito; 3. o direito justo é a forma legítima da convivência humana. Para o autor, “se a convivência humana deve assumir uma figura legítima, então deve ser, primeiro, o caráter do direito e deve, em segundo lugar, o direito atingir a realidade da justiça e, em terceiro lugar, deve assumir o direito justo à proteção de uma ordem jurídica pública, por conseguinte, a figura de um estado (justo)” (pgs. 25/26).

Mas como determinar o direito justo? Qual o critério a ser adotado? Em princípio, pode-se recorrer ao critério da imparcialidade, segundo o qual deve-se

tratar a cada um conforme o mesmo ponto de vista e de acordo com a regra do mesmo modo imparcialmente estipulada. Poder-se-ia, assim, chegar ao critério da justiça distributiva. Contudo, como lembra o autor, a aplicação imparcial da regra também pode estar a serviço de um bando organizado de estado obviamente injusto. A seguir, inicia o autor uma peregrinação em busca do conceito de justiça, apontando para uma obrigação social. Esta obrigação pode ser depurada em três níveis: o primeiro concernente aos meios (bom para algo); o segundo, concernente aos fins (bom para alguém) e, finalmente, o terceiro, concernente a uma valoração técnico-pragmática, moral ou ética. “A justiça é, portanto, uma obrigação social cuja realização os homens não apenas sugerem e recomendam, mas muito antes exigem uns dos outros, respectivamente, atribuem reciprocamente e talvez até se devem uns aos outros” (pg. 49). Mas também neste ponto existem problemas: como medir e avaliar esta obrigação social que os homens recomendam? Como se legitimar a ordem assim estabelecida que atende a um suposto bem comum? É preciso que o bem-estar geral seja apresentado por um número maior de vantagens aos afetados, segundo o que o autor denomina de critério da vantagem distributiva: “Mesmo que uma ordem social imposta pelo mandato ao exercício da coerção garanta uma ótica de coordenação, eficiência, segurança e estabilidade de uma sociedade e mesmo que, além disso, forneça a garantia do bem-estar coletivo, se ela alcança esta garantia apenas por desprezo dos interesses de indivíduos e de grupos parciais, falta-lhe legitimidade. E, nesta falta de legitimidade, reside a razão por que julgamos e condensamos como ilegítimas instituições sociais, como escravidão ou opressão religiosa, mesmo que a maioria esmagadora de uma comunidade com isto passasse melhor. Condenamos, portanto, exatamente aquelas situações nas quais o bem-estar social é perseguido com o desrespeito gritante aos interesses de grupos parciais e ainda unilateralmente, em vez de distributivamente fazer com que beneficiasse a todos” (pg. 66).

A busca do ideal de justiça, de acordo com Höffe, deve partir do respeito a princípios médios de justiça, que devem pairar sobre toda decisão da justiça e do estado. Estes princípios médios de justiça estão consubstanciados nos direitos fundamentais, hoje presentes em quase todas as constituições do Ocidente. Referem-se, especificamente, aos direitos à liberdade, aos direitos à cooperação e ao estado social. Arremata o autor alemão: “Para que a obrigação de justiça chegue a seu pleno desempenho, existe um instrumental de etapas que começa com a garantia constitucional dos direitos humanos e continua na vinculação da legislação com a constituição, bem como o exame desta vinculação pela suprema corte, como um tribunal constitucional... Os direitos humanos só alcançam a plena realidade jurídica quando o monopólio de poder está com a coletividade” (pgs. 376/377).

4. O Retorno ao Ideal Moral na Responsabilidade Civil

O retorno do ideal moral é uma exigência presente em todas as esferas do direito, não nos limites restritos da responsabilidade civil, como manifestação da autoridade estatal, legitimamente constituída de acordo com uma sociedade democrática constitucional. Entretanto, o tema da responsabilidade civil, seja pela gama de novos conceitos, seja pelo constante choque de interesses contróvertidos, demanda desde logo uma aproximação conceitual.

A introdução do conceito do dano extrapatrimonial revela uma notável tendência de buscar o conteúdo moral da responsabilidade civil. Aguiar Dias, citando Minozzi, esclarece que dano moral “não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado” (pg. 730). A propósito, vem de longa data a confusão entre pena e indenização, no campo do dano moral. O mesmo autor, citando Cornil, lembra que “o direito tem como explicação e objetivo o equilíbrio, a harmonia social” (pg. 730) e que o ato ilícito representa o rompimento deste equilíbrio, que se restabelece através da imposição de um mal simétrico: olho por olho, dente por dente. Revolvendo o direito romano, Aguiar Dias, ainda citando Cornil, ensina a distinção entre os delitos públicos e os delitos privados. Nos primeiros, o ato ilícito viola a coletividade, e esta é que se empenhará em aplicar o talião, enquanto que, nos delitos privados, sendo o particular e não a coletividade o ofendido pelo ato ilícito, a ele incumbia aplicar a pena. Nos delitos privados a pena privada era uma sanção a um ato delituoso de interesse privado legítimo e procurava afligir o réu com a diminuição do seu patrimônio. Era, portanto, mais pena que indenização. Somente no direito pós-clássico é que a idéia de indenização sobrepujou a da pena e, hoje, é infosismável que a indenização nada tem de pena privada, porque não se atende à maior ou menor gravidade da ofensa. Aguiar Dias conclui que “para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem” (pg. 735).

Ainda que se rejeite a idéia da pena privada para o dano extrapatrimonial é inegável o conteúdo moral que lhe é inerente, o que se demonstra pelo próprio estudo histórico acima desenvolvido e que levou à superação da idéia de pena. As raízes da indenização por dano moral estão impregnadas da noção de reprovação, as mesmas que fundamentaram a pena privada. Talvez por isso, Aguiar Dias arremate dizendo que, em matéria de dano extrapatrimonial “a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de

equivalência” (pg. 736). E que “em matéria de reparação do dano, não significa perfeita igualdade entre indenização e o prejuízo. O jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma aproximação do estado ideal, que seria a restituição da vítima à situação anterior. Quando não é possível a reposição da coisa subtraída, opera-se a compensação, substituindo-a por outra, igualmente apta a proporcionar ao credor a satisfação que ela assegurava, ou pelo dinheiro com que poderá adquiri-la, se quiser... Nunca existe, pois, perfeita correspondência entre o dano e o ressarcimento... A satisfação porque ansiamos, quando animados pela reprovação à ofensa, não será completa se se resumir na indenização dos danos patrimoniais. O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima ficam sem compensação, sem satisfação, se nos limitamos a indenizar os danos meramente patrimoniais” (pg. 739).

Esta aí a primeira aproximação que se faz entre a responsabilidade civil e o ideal moral: é pelo dano moral que se insinua sua justificação teórica. O que busca a indenização, neste caso, não é a plena reparação, mas a compensação moral pela dor sofrida.

Também a doutrina da responsabilidade objetiva serviu, em última instância, a um comando moral, no sentido de estender o dever de garantia pelo desempenho de atividades aos danos causados no exercício delas, mesmo que inócua a culpa que tanto caracteriza a responsabilidade civil. É bom lembrar que esta tendência serve ao que Orlando Gomes denominou de “socialização” da responsabilidade civil, atribuindo acentuada relevância aos seguros para desempenhar este papel.

Como vimos no início, a responsabilidade objetiva que obriga ao Estado indenizar em caso de dano, pelo só fato do exercício de uma atividade estatal, diretamente desempenhada ou concedida ou permitida ao particular esbarra neste sentido moral. De um lado demonstra o avanço desta responsabilidade “social” pelo desempenho da atividade, mesmo quando inócua a culpa do agente do poder público. Mas a tendência generalizante pode representar em uma responsabilidade amoral, quando não investigada também a ocorrência de culpa da vítima. Por isso, atualmente, a jurisprudência brasileira tem admitido que a culpa exclusiva da vítima afasta a responsabilidade do Estado.

A responsabilidade por acidente do trabalho do mesmo modo representa um avanço ao submeter o trabalhador a uma esfera de proteção maior, denotando seu conteúdo moral em proteger o trabalho, mesmo inócua a culpa de quem quer que seja. Se culpa houver do empregador, responde este. Se não, responde o órgão público para este fim instituído.

Todas estas são manifestações do ponto comum que deve presidir a responsabilidade civil e seu sentido moral, pelo qual o bem comum deve ser perseguido, mais do que a mera satisfação de um direito subjetivo.

5. Conclusão

Em que pese a tendência de aproximação acima revelada, a absoluta ausência do conteúdo moral se dá nos casos mencionados no início deste trabalho em que a disparidade econômica entre o causador do dano e a vítima torna iníqua qualquer pretensão de indenização, como no caso dado do bombeiro que, por ato involuntário, danifica o espelho importado. Ele pode ter de trabalhar a vida inteira para compor o prejuízo e isto não se pode dizer que é justo. Tampouco do motorista do Fusca que danifica um Mercedes, sabidamente muito mais valioso que os outros carros. A indenização não poderia trazer uma consequência injusta? E, no entanto, não é esta a resposta legal: a plena indenização, a restituição integral do dano, independente das condições econômicas dos litigantes?

Do mesmo modo, por vezes, a reparação do dano é mais injusta que o próprio dano. Pense-se no exemplo figurado no início, do motorista que agride outro quase até a morte por causa de uma colisão e que, apesar disso, propõe ação cível para reparação do dano material. Diante das regras atuais, não estaria o magistrado obrigado a julgar procedente o pedido, uma vez que presentes os requisitos que a doutrina minimamente estabelece e consoante o disposto no artigo 1.059 do Código Civil (“...as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu...”)?

Talvez o campo do dano moral subministre o elemento moral faltante. A indenização por dano moral atende, não à composição do dano, mas ao ideal de compensação para a vítima, ou ao ideal expiatório, dependendo da corrente a ser adotada. Em todo caso, ela vem impregnada de um ideal moral, de satisfação de um interesse moral.

Quando se condena alguém a recompor o dano ambiental também se está trilhando o caminho do conteúdo moral da responsabilidade, além da restauração do dano causado, porque o dano ambiental não é especificamente suportado por alguém, mas por toda a sociedade.

O mesmo acontece na condenação em fazer contrapropaganda pela prática de propaganda enganosa ao consumidor. Está-se diante de uma responsabilidade moral imposta ao comerciante inescrupuloso, mas que não recompõe nenhum prejuízo individualmente sofrido. O prejuízo é moral e é sofrido por toda a sociedade e a contrapropaganda é sua compensação também moral.

Tudo isso está a demonstrar que o componente moral deve ser sempre buscado na responsabilidade civil e que este deve ser seu substrato teórico. Do mesmo modo que, no direito penal, se atenta para a individualização da pena ao criminoso, no direito civil deve-se atentar para o componente moral para se avaliar sobre a possibilidade ou não de indenizar, bem como sobre o montante da indenização.

Por pouco Aguiar Dias não chegou na pedra de toque que agora se postula. Chegou o autor a dizer: "É também de aplicar a equidade, para redução da indenização de acordo com as posses do responsável. Este princípio está hoje vitorioso na maioria dos países cultos e atende aos princípios fundamentais da responsabilidade civil. O direito existe para servir aos homens" (pgs. 725/726). Mas a equidade proposta pelo autor e que goza de aplicação nos países cultos é mais limitada do que a proposta: cinge-se apenas à possibilidade de limitar a indenização ao efetivo prejuízo, relativamente ao *quantum* fixado na sentença. Em outras palavras, impede que situações ocorridas após a condenação importem em desproporção considerável entre a indenização e o dano e no enriquecimento sem causa, como nos casos de atenuação das lesões sofridas após a liquidação da condenação por lesões mais graves. Nestes casos, admite o autor a redução do que foi estabelecido na sentença, mas não chega a defender uma ótica moral quanto ao próprio dever de indenizar ou quanto à extensão da indenização.

Mas sábias foram as palavras do mestre: "o direito existe para servir aos homens". A todos os homens, a toda a coletividade e, não apenas, ao interesse particular de indenização.

É esta reivindicação que hoje se põe para a dedicação e a argúcia dos civilistas. E porque não dizer para a argúcia de todos os que se dedicam ao direito e se preocupam em tornar o direito mais justo, mais equânime, enfim, mais moral do que normalmente as leis o reduzem.

GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E FINANCEIRA NA AMÉRICA LATINA. A INSERÇÃO DAS ECONOMIAS LATINO-AMERICANAS NA NOVA ORDEM ECONÔMICA

ANGELA MOULIN S. PENALVA SANTOS*

I — *A globalização é a nova ordem econômica?*

A partir de meados dos anos 1980, surgiu um debate sobre a derrocada do modelo de expansão econômica vigente desde o "boom" do pós-segunda guerra que, àquela altura já atravessava pelo menos uma década de crise aberta desde a desvalorização do dólar, em 1971, e das crises do petróleo (1973 e 1979). A crise fiscal, a inflação e a dificuldade de retomada do crescimento econômico eram sintomas de uma crise do padrão de desenvolvimento estabelecido em Bretton Woods, no final da Segunda Grande Guerra.

Como é por demais sabido, os anos 1980 foram marcados por tentativas dos agentes econômicos e dos governos centrais em se ajustarem a este novo quadro, cuja melhor definição encontra-se no termo "estagflação", isto é, uma combinação nova e perversa entre estagnação econômica com inflação. Os ajustes realizados eram, em geral, uma combinação de diminuição da oferta de trabalho, reestruturação dos processos de trabalho com vistas a torná-lo mais eficiente, introdução de novas práticas comerciais, como a administração dos estoques no estilo "just in time", dentre outras, cujo sentido era a busca por diminuição de custos para sobrevivência num ambiente crescentemente competitivo a nível mundial. A "reengenharia" realizada, o "emagrecimento" das empresas e a queda dos gastos públicos, especialmente no que respeita o dispêndio com programas sociais passaram a fazer parte do discurso oficial tanto de empresas como do setor público.

* Professora Titular da Faculdade de Economia e Professora do Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da UERJ.

Os focos de tensão sobre aquela ordem foram tão intensos que muitos analistas se questionavam se o capitalismo estaria sendo superado ou se ingressava numa nova etapa e, neste caso, quais seriam os fatores que a distinguiria do paradigma anteriormente vigente (Harvey, Beaud, Chesnay). Estaria em curso uma Terceira Revolução Industrial baseada nos avanços da microeletrônica? Um novo padrão tecnológico estaria baseado nos processos de “acumulação flexível” (Harvey) ou no “toyotismo” (Womack), com novas perspectivas para as distintas regiões geoeconômicas? Estariam as regiões mais comprometidas com o padrão anteriormente vigente mais suscetíveis a enfrentar uma crise mais grave enquanto que abrir-se-iam melhores possibilidades para as regiões que ingressariam no desenvolvimento industrial nesta nova fase?

Muitos questionamentos, muitas dúvidas, crises generalizadas. A partir de meados da década de 1980 parecia que a globalização seria responsabilizada por todas as transformações em curso na economia mundial. Afinal, seria a globalização a nova ordem econômica internacional que sucederia àquela sustentada na bipolaridade do pós-guerra?

Este trabalho tem por objetivo aprofundar a reflexão sobre essa questão. Vale dizer, discutir a natureza deste termo “globalização”, buscar identificar quais são os fenômenos que lhe dariam conteúdo e se há alguma evidência de que esteja em curso uma nova ordem econômica internacional que implique maior interdependência econômica.

Desde a queda dos regimes socialistas, em 1989, a falta da alternativa socialista foi interpretada como a vitória do capitalismo e, inclusive, houve quem sustentasse que estaria em curso uma tendência à convergência política e social no mundo, do que resultaria no “fim da história” (Fukuyama). Nestes termos, estaria sendo instituída uma nova ordem econômica com base no capitalismo vigente no lado vitorioso da guerra fria, o capitalismo norte-americano e seus aliados europeus ocidentais, e a Inglaterra, em particular. Esta nova ordem econômica foi interpretada por muitos analistas como sendo a globalização.

A questão que se apresenta a seguir refere-se à discussão sobre o papel do Estado. Se a globalização é considerada a “nova ordem econômica”, como isto se reflete nas políticas públicas? Implica na submissão do Estado ao Mercado? Envolve uma mudança no papel do Estado? Uma mudança em direção a um Estado Liberal, que não interfere nas “forças de mercado”, isto é, um Estado fraco e pequeno? Ou envolveria uma mudança no papel do Estado, mas na direção de um Estado forte, ainda que menor do que aquele típico do período anterior aos anos 80?

Estes são os questionamentos que estarão sendo discutidos neste trabalho. Trata-se de uma tarefa fundamental e prévia à análise sobre o desempenho das

economias latino-americanas, sobre como a América Latina está se inserindo (ou não) na atual (des)ordem econômica internacional.

A segunda seção deste trabalho pretende abordar o tema da globalização a partir de uma multiplicidade de interpretações que, na verdade, denuncia a ambigüidade do conceito. Na terceira seção, busca-se apresentar as várias faces do fenômeno. Esta seção divide-se em quatro itens, o primeiro dos quais enfoca a chamada “globalização comercial”; no segundo, trabalha-se com a globalização na esfera produtiva; no terceiro, com a esfera financeira; enquanto que, no quarto, discute-se o papel do Estado vis-à-vis a esta suposta tendência à crescente interdependência econômica, isto é, a globalização. Na quarta seção, faz-se uma análise do desempenho da economia latino-americana a partir dos anos 80, buscando situá-lo no âmbito das reformas econômicas levadas a cabo no nosso continente com vistas a ajustar nossas economias aos constrangimentos impostos pela “globalização”. E, finalmente, na quinta e última seção, apresentamos algumas reflexões à guisa de conclusão.

II — *Globalização: multiplicidade de interpretações*

Não obstante a larga utilização do termo “globalização” por todos os segmentos da sociedade, da academia à imprensa, pouco se sabe sobre seu real significado. Quando a mídia menciona tal neologismo, a que ela se refere? Aparentemente a um fenômeno de diminuição do mundo pela maior acessibilidade proporcionada pelas novas tecnologias em comunicação e transportes. Neste caso, entretanto, estaríamos frente a fenômenos mais antigos que, nos anos 60, um comunicólogo canadense chamou de “aldeia global”. Outra possibilidade de interpretação poderia ser aquela que identifica a globalização com a afirmação do mercado sobre os Estados Nacionais, do que resultaria sua dissolução. Entretanto, a evidência tem apontado em outra direção. As dificuldades de implementação de todo o projeto da Comunidade Européia sugere resistências políticas à perda de autonomia dos Estados Nacionais.

A globalização é, muitas vezes, identificada com a expansão das empresas transnacionais a partir do fim da Segunda Grande Guerra. Aquele fenômeno que Stephen Hymer descreveu como a tendência ao movimento de expansão das multinacionais norte-americanas em direção ao mercado europeu e das multinationais europeias — e depois também as japonesas — em direção ao mercado americano, envolveria, numa etapa posterior, a “periferização” destas empresas. Assim, Lipietz escrevia, no início dos anos 80, sobre a incorporação de partes do chamado, então, Terceiro Mundo à dinâmica econômica mundial que àquela altura não passava de expandir o “fordismo-keynesianismo” até a periferia das economias dominantes.

Um grande número de autores (Chesnay, Tavares, Harvey) tem apontado para outra origem do fenômeno da globalização. Esta não seria meramente um aprofundamento do movimento de expansão das empresas multinacionais, mas corresponderia a um novo fator. Na realidade, argumentam que se trata de uma nova configuração do capitalismo mundial e nos mecanismos que levam a sua sustentação como sistema hegemônico. Nesta etapa, a “financeirização” corresponderia a dominação das finanças, e não da esfera produtiva, na organização econômica. Este domínio envolveria uma transferência de recursos da produção para o âmbito dos mercados financeiros, totalmente revolucionados com a hegemonia de novos agentes não-bancários, os fundos de pensão e mútuos de investimento, cuja função é expandir-se no interior da esfera financeira, muito descolada da esfera real.

Há, ainda, uma outra possível interpretação deste fenômeno que o identifica com a emergência do capitalismo. Ainda que correndo o risco da excessiva simplificação, deve ser mencionada a recente interpretação de Giovanni Arrighi sobre a dinâmica capitalista. Para este autor, o desenvolvimento capitalista tem passado, desde o século XV, por quatro ciclos sistêmicos, sendo que na sua seqüência, cada um deles envolve maior complexidade nas relações econômicas e abrange um espaço mais amplo, como decorrência mesmo das possibilidades que se abrem com a incorporação de novos territórios e novas tecnologias. Ele argumenta ademais que, a cada passagem de um ciclo que se esgota — sempre mediante a transferência de capitais da produção para a esfera financeira — a outro que emerge, ocorre uma alternância entre maior liberalidade comercial e maior controle dos Estados sobre a dinâmica econômica. Nestas condições, os ciclos genovês e inglês estão mais identificados com o liberalismo enquanto que os ciclos holandês e norte-americano com o capitalismo organizado. Estaríamos, portanto, no limiar de um novo ciclo sistêmico em que o movimento pendular aponta para uma maior liberalidade mercantil, do que resultaria, possivelmente, nesta etapa de “globalização” econômica atual. Esta interpretação aponta, também, para a recorrência do fenômeno da financeirização em todas as crises de cada um dos ciclos sistêmicos.

Neste contexto, qual é a expectativa que se alimenta com respeito à América Latina? Poderá ela lograr uma inserção que lhe permita vencer a estagnação e proporcionar melhores condições de vida a sua maioria de população vivendo em precaríssimas condições? Infelizmente os indicadores disponíveis não apontam nesta direção. Ao contrário, os analistas consideram que os países latino-americanos, mais os africanos, em sua grande maioria, não serão atores importantes no jogo econômico atual. Lester Thurow, por exemplo, em seu livro “Cabeça a Cabeça”, aponta os vinte países mais ricos em 1870 e em 1988. Ao longo deste período de 120 anos, a lista dos ganhadores pouco se modificou e,

quando isto ocorreu, foi para pior no que respeita ao nosso continente. Assim, em 1870, a Argentina e o Chile figuravam em 11^a e 20^a posições, respectivamente. Tratavam-se de economias com importante inserção no comércio mundial, por sua produção de carne, trigo e cobre. Em 1988 nenhum dos dois países figuravam na lista dos mais ricos, do que se infere que aquela inserção que ambos apresentavam no último quartel do século passado não era sustentável, não se tratava de vantagens comparativas que assegurassem sua posição destacada entre os maiores beneficiários do sistema econômico mundial.

Conforme estes dados sugerem, a América Latina vem se distanciando das economias mais desenvolvidas. Apesar disso, durante toda a década de 80 e, principalmente, nos anos 90, as economias nacionais da região vêm implementando políticas de ajustes a uma nova ordem econômica “globalizada”. Apresentada como única alternativa de inserção na atual ordem econômica, até mesmo como inevitável, as políticas típicas destas duas últimas décadas têm sido a liberalização comercial e financeira, consideradas iniciativas de políticas públicas necessárias à estabilização monetária e à atração dos capitais estrangeiros, a “poupança externa” que financiará os investimentos que redimirão a economia regional e proporcionarão uma inserção estratégica mais dinâmica na economia mundial. Este trabalho questiona esse *desideratum* apresentando dados organizados pela CEPAL que indicam que tal esforço de ajuste não tem resultado na melhora da inserção latino-americana na ordem globalizada. Ao contrário, parece estar em curso mais um processo de regionalização do que de globalização.

Em que pese tantos questionamentos, as políticas públicas implementadas no nosso continente têm sido justificadas como necessárias diante da crescente interdependência econômica a nível mundial e, nestas condições, cabe analisar a economia regional dentro da perspectiva da globalização. Cabe indagar, ainda mais uma vez, contudo, a que se refere esse termo “globalização”?

III — Globalização: as várias faces do fenômeno

A globalização, isto é, o processo de mundialização atual do capitalismo, apresenta várias faces: a financeira, a comercial, a produtiva, a institucional e a da política econômica (Baumann). Todas estas faces correspondem a etapas da competição entre um número cada vez mais reduzido de grandes empresas transnacionais, cerca de 300 mega empresas, segundo Chesnay. Tais 300 empresas constituem o “mercado”, entidade nada abstrata e que tem tentado se impor frente ao Estado, enquanto atores estruturadores da ordem econômica mundial.

III.1 — Globalização Comercial

A globalização na esfera comercial corresponde ao fenômeno da tendência à homogeneização das estruturas de demanda e oferta, propiciando ganhos no aumento da escala da produção, ainda que venha diminuindo o ciclo de vida dos produtos. Envolve também a uniformização de práticas comerciais e administrativas, as quais são difundidas obedecendo uma “formatação” previamente estabelecida pela administração central da empresa. Este é o caso de empresas que, na verdade, em muitos casos, nem estão mesmo presentes nos muitos países em que suas marcas são negociadas, como a Nike, a Benetton e o Carrefour. Tais empresas podem se abastecer de bens de consumo padronizados onde forem mais baratos. Elas estabelecem seus próprios contratos de terceirização com produtores locais e comercializam os produtos sob suas próprias marcas.

A globalização a nível comercial é uma das faces da nova ordem econômica mundial baseada, segundo a perspectiva de David Harvey, na “acumulação flexível”, processo de produção marcado por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Aquela se apóia na flexibilidade dos processos de trabalho, dos mercados de trabalho, dos produtos e padrões de consumo. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. Na verdade, aquele autor defende a tese de que a acumulação flexível envolve também um novo movimento de “compressão do espaço-tempo”: os horizontes temporais da tomada de decisões pública e privada se estreitam, enquanto a comunicação via satélite e a queda nos custos de transportes possibilitam cada vez mais a difusão imediata dessas decisões num espaço mundializado.

Este processo resulta em possibilidades múltiplas de deslocalizações das atividades produtivas, já que, com o aumento da escala de produção dado a uniformização do consumo a nível mundial, as empresas podem arcar com o custo (decrecente) de estabelecer relações de interdependência produtiva em muitas partes do planeta. Neste contexto, aumenta consideravelmente o comércio mundial realizado intracorporações ou intersetorial, completamente distinto do comércio internacional típico até meados do século XX, por exemplo. Este dado deve ser conjugado a outro, correspondente a concentração dos investimentos externos diretos que, como veremos abaixo, localizam-se no âmbito dos países que compõem a “triáde”, nos termos de K.Ohmae. Vale dizer, em grande medida, excluem os países em desenvolvimento. Nestas condições, a expansão do comércio mundial, uma vez que está se tornando cada vez mais intracorporações, também está se concentrando no interior da triáde, portanto, excluindo os demais países. Assim é que, conforme indicam os dados da UNCTAD, desde o início dos anos 80 tem sido notável o crescimento do intercâmbio intracor-

porativo de multinacionais norte-americanas, utilizadas como variável do fenômeno aqui considerado, dentro do conjunto dos países desenvolvidos. Por outro lado, os países em desenvolvimento têm tido sua participação no comércio internacional estagnada, observando-se uma diminuição da importância do comércio relativo às exportações de filiais em direção às matrizes.

Esse movimento de concentração do intercâmbio intracorporativo e intra-triádico tem sido acompanhado de outro, relativo à “regionalização” do comércio internacional. Assim, os três pólos da triáde apresentaram crescimento, entre 1979 e 1989, nas exportações intra-regionais no total mundial, especialmente a Ásia, enquanto que, nos demais países em desenvolvimento, ocorreu o inverso. Na América Latina, aquela participação era de 1,1%, em 1979, mas caiu à 0,5%, dez anos depois, ainda que também tenha sido observado um aumento do seu comércio intra-regional (Chesnay, p. 231). Trata-se, portanto, de um intercâmbio internacional que exclui os nossos países, retirando-lhes o acesso à poupança externa para que possam financiar o seu desenvolvimento econômico com o que contribuir para superar seus problemas sociais.

III.2 — Globalização financeira

A globalização na esfera financeira foi o resultado da desregulamentação dos mercados financeiros mundiais, atraindo volume crescente de recursos da esfera produtiva. Ao mesmo tempo, observa-se uma modificação importante nos agentes que atuam neste mercado. Desde a década de 80, os bancos cederam espaço para instituições não bancárias, emergindo como principais atores neste mercado os fundos mútuos de investimentos, de pensão e companhias de seguro. De acordo com Chesnay, em 1993, somente a liquidez concentrada nas mãos de tais agentes correspondia a 126% do PIB norte-americano e 165% do PIB britânico. Esta concentração não foi o produto da atuação das chamadas “forças do mercado”, mas de iniciativas de política econômica desregulacionistas dos governos Reagan, nos EUA, e da Senhora Thatcher, na Grã-Bretanha.

Cabe observar, entretanto, que tal expansão da esfera financeira da globalização econômica só pode ser entendida no âmbito dos avanços tecnológicos nas áreas de transportes e comunicações. Estas inovações redefiniram o conceito de “distância”, possibilitando a significativa ampliação dos “espaços” (Harvey). Nestas condições, o mercado financeiro opera, em tempo real, em todo o mundo e a todo momento, aumentando a fluidez deste volume de capitais, muito sensível a quaisquer modificações no desempenho econômico das economias nacionais, especialmente no que se refere ao câmbio.

Esta transformação da esfera financeira é o resultado da conjugação de modificações em três ordens de elementos, o primeiro dos quais corresponde às já referidas políticas de desregulamentação ou de liberalização monetária e

financeira. O segundo está relacionado à desintermediação, “processo pelo qual os usuários de serviços financeiros satisfazem suas necessidades por fora das instituições e redes tradicionais” (Bertrand e Noyelle, citado em Chesnay), abandonando os tradicionais agentes bancários e fazendo emergir um mercado constituído de agentes não-bancários, destacando-se os fundos. Estes atuam com papéis, “títulos”, cuja crescente emissão em muito se deveu às necessidades de países desenvolvidos, em particular os Estados Unidos, de financiar seu setor público. O terceiro elemento corresponde à abertura dos mercados financeiros nacionais, à qual corresponde o fim das especializações bancárias internas bem como o fim das barreiras entre mercado interno e externo.

A hipertrofia da esfera financeira vis-à-vis à produtiva pode ser apreciada por seu crescimento, como relação ao PIB dentro dos países da OCDE: as transações nos mercados de câmbio cresceram, entre 1980 e 1988, 8,5%, frente a expansão do PIB da ordem de 1,95%, dos fluxos comerciais correspondentes a 2% e dos fluxos de IED, que alcançaram 3,5% (Chesnay). Ademais, e ainda na mesma direção, pode-se apontar o grande diferencial entre a expansão de 2,3% da formação bruta de capital fixo privado na OCDE em relação aos 6% de crescimento dos ativos financeiros acumulados, no período compreendido entre 1980 e 1992. Nestas condições, o capital-dinheiro desde há muito descolou-se do capital produtivo, do que resultou que as finanças transformaram-se, elas próprias, numa “indústria”. Este último elemento, em particular, engendra uma instabilidade enorme, comprometendo definitivamente o papel dos bancos centrais na condição de gestores da política monetária.

III.3 — Globalização produtiva

A globalização na esfera produtiva corresponde ao fenômeno da produção mundial de um bem para o qual muitas economias nacionais contribuíram com diferentes aportes de insumos. Michael Porter fala mesmo de uma tendência ao surgimento e afirmação de uma “indústria global”. Vale dizer, diante da uniformização dos padrões de consumo e de produção, as empresas passariam a considerar empresas localizadas em todo o mundo como seus possíveis abastecedores. A globalização produtiva seria, então, o resultado da competição entre as empresas com acesso a quaisquer partes do planeta.

Caso isso seja verdade, estaríamos diante da submissão dos Estados frente ao “mercado”. Nestas condições, estaria correto repetir Ohmae, para quem está em curso um processo de desaparecimento dos Estados Nacionais e do surgimento de novas territorialidades definidas por sua inserção estrategicamente mais competitiva na economia mundial. Estas novas territorialidades fariam emergir as chamadas “economias regionais”, ainda utilizando a argumentação deste autor japonês. Torná-las cada vez mais competitivas a nível mundial

envolveria a aceitação por parte dos Estados Nacionais deste desígnio do mercado, e a não-interferência nesta ordem mercantilizada.

Entretanto, Chesnay chama atenção para o fato de que as indústrias não estão integradas no plano mundial, como sugerem as interpretações de Porter e de Ohmae. O que está integrado é o mercado mundial e em graus sem precedentes na história. As indústrias que estão se integrando são aquelas que localizam-se dentro da tríade Estados Unidos-Comunidade Européia-Japão.

Um meio de avaliar esta globalização produtiva é considerar o desempenho do Investimento Direto Externo — IED. O IED não constitui nenhuma novidade do atual estágio do desenvolvimento capitalista, mas a sua escala é que se tornou sem precedentes, tendo ele se tornado o centro da globalização produtiva. No entanto, ele tem se mantido no interior da tríade a ponto de, na década de 1980, ter-se concentrado numa proporção de 80% apenas entre os países da OCDE. É importante acrescentar que, neste período, as aquisições e fusões de empresas existentes representaram a modalidade predominante de investimento entre os países da OCDE (Chesnay). Vale dizer, o IED tem sido um instrumento do aumento da oligopolização dentro da OCDE e, em função de sua dimensão, na economia mundial.

Entre 1967 e 1989, o IED expandiu-se de 105,5 bilhões de dólares para 1.402,9 bilhões (Chesnay). Este enorme salto correspondeu ao investimento chamado “intratriádico”, passando de 69,4% para 80,8%. Já os países em desenvolvimento, viram sua participação no IED cair de 30,6 para 19,2% no mesmo período. Cabe destacar que para esse desempenho muito contribuíram os Tigres Asiáticos e a China. Caso estes países fossem excluídos da categoria “países em desenvolvimento” este percentual cairia drasticamente. Assim, por exemplo, em 1993, apenas a China recebeu cerca da metade de todo o IED que se dirigiu aos 10 maiores receptores entre os países em desenvolvimento. Desta lista de dez, estão incluídos apenas a Argentina, México e Colômbia dentre as economias latino-americanas. Considerando o total acumulado de IED para os países em desenvolvimento, a China mantém-se como principal receptor, sendo que México e Brasil se destacam, enquanto que a Argentina também aparece nesta lista. Estes dados sugerem que o fenômeno em curso é menos global e mais intra-OCDE. O aumento da interdependência econômica na esfera produtiva circunscreve-se àquele conjunto dos países mais desenvolvidos, num processo que exclui os demais países, a maior parte do planeta.

III.4 — Os estados nacionais e a globalização

Outra importante face da globalização envolve a tendência à uniformização das agendas explícitas de governo, envolvendo uma mesma (des)regulação nos distintos âmbitos das atividades econômicas, ainda que se observem distintas

estratégias nacionais como, por exemplo, a da França frente a da Inglaterra. Esta tendência está relacionada com a necessidade de harmonização das políticas que afetam o desempenho econômico cuja unidade de análise relevante vai deixando de ser os Estados Nacionais e passa a ser constituída de todo o planeta. Claro, da mesma forma que, em 1834, o Zollverein — união aduaneira do norte da Alemanha — estimulou a economia alemã pela unificação de mercados submetidos pelos mesmos critérios de regulação e com circulação livre dentre as áreas que o compunham, a uniformização das políticas neste contexto de economia globalizada resulta na criação de um “espaço” onde o capital pode fluir melhor.

É importante considerar, contudo, que apesar desta tendência à uniformização do mundo, os oligopólios têm na exploração das desigualdades nacionais uma das importantes fontes de apropriação de lucros na rivalidade oligopolista. Aliás, uma das estratégias desta competição envolve a capacidade das empresas de “levar à concorrência até as bases da retaguarda de seus adversários, em particular suas bases localizadas em seus países de origem” (Chesnay, p.117). Nestas condições, cabe aos Estados Nacionais contribuir para a maximização da oferta de atributos com capacidade de atrair o IED. Na disputa pela atração deste IED, os fatores locacionais a serem considerados não são mais apenas o baixo custo de fatores e disponibilidade de recursos, considerados “vantagens comparativas estáticas”, mas oferta de infra-estrutura, mão-de-obra qualificada e gestão macroeconômica eficiente e estável, chamadas “vantagens comparativas dinâmicas”.

Paul Krugmann já advertiu que os países não competem entre si como as empresas. Entretanto, cabe aos governos nacionais estimular vantagens locacionais, o que envolve, necessariamente, uma política “territorialista”, isto é, de construção de territorialidades adequadas às necessidades dos investidores e que possam atraí-los para as áreas em que o mercado não se interessa. Neste contexto, a infra-estrutura em transportes e comunicações assume um papel estratégico fundamental. Se a localização destes investimentos infra-estruturais fica a cargo da iniciativa privada, esta privilegiará, naturalmente, algumas áreas nas quais se concentram seus interesses. As demais regiões poderiam, nestas condições, ver sua atratividade ainda mais reduzida pela comparação com a oferta de vantagens comparativas daquelas regiões mais dinâmicas. No entanto, todas estas regiões fariam parte de um mesmo país. A simples observação da localização da malha ferroviária e da rede de energia dos nossos países antes de 1930 constitui prova cabal do pouco compromisso que o mercado tem com as regiões que estejam fora de sua área de interesse.

Além desses, outro elemento crucial é a definição da taxa de câmbio, pela mobilidade praticamente total do capital, muito sensível às alterações do custo das moedas locais. Portanto, independente da consideração de que os governos

centrais devem implementar políticas sociais para enfrentar a crescente desigualdade social, cabe um papel ativo aos Estados Nacionais na condução da política econômica.

Como conciliar a promoção das vantagens comparativas dinâmicas com o “Estado Mínimo”? Segundo o já citado K.Ohmae, a interferência governamental pode comprometer o desenvolvimento de uma região que o mercado tenha eleito como localização preferencial dos investimentos. Assim, as políticas de promoção de uma região estagnada, por exemplo, podem ser inócuas para atrair investidores privados e, ao mesmo tempo, criar vieses no mercado que podem comprometer o desempenho das regiões mais dinâmicas dentro de um mesmo país. E, no entanto, paradoxalmente, é a própria dinâmica econômica subjacente à globalização que torna necessária a atuação do Estado, seja para conduzir as políticas de desregulação, seja para estimular as “vantagens comparativas dinâmicas”. Neste contexto, ao invés de o “Estado Mínimo” estar identificado com um Estado fraco, aquele deveria ser um Estado menor, porém forte.

Esta discussão sobre o papel do Estado no atual contexto econômico nos conduz a uma outra face do fenômeno da perda de autonomia do poder público na condução da política econômica. Trata-se da emergência de temas supranacionais, relativos a “meio ambiente, questões relacionadas com acordos de bitributação, monitoramento de empresas transnacionais para evitar práticas de preços de transferência, entre outras” (Baumann, p. 37). No que respeita aos países latino-americanos, em particular, o tema da sustentabilidade ambiental tem sido utilizado como novo instrumento de submissão aos interesses dos países desenvolvidos. A distância entre o financiamento acordado na Conferência Mundial do Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro em 1992, e a efetiva liberação dos recursos sugere que a preservação da diversidade da flora amazônica corresponde a um grande interesse por parte da indústria que utiliza novas tecnologias, especialmente da biotecnologia, mas os países relutam em cumprir os compromissos.

IV — A América Latina na era da globalização

A evidência empírica sugere que a América Latina não está conseguindo ampliar sua interdependência econômica com os países desenvolvidos. Ao contrário, está sendo crescentemente excluída da “globalização”. Não obstante isso, as políticas públicas que estão sendo implementadas no continente vêm sendo justificadas como inevitáveis diante da “globalização”. Nesta situação, todas as transformações econômicas em curso na região correspondem, declaradamente, a ajustes na ordem econômica global.

As economias latino-americanas ainda que estejam investindo num processo de regionalização ainda têm nos países desenvolvidos seu principal mercado, sendo que, em 1992, 59% de suas exportações seguiam para os Estados Unidos, Japão e Comunidade Européia, além de oito países desenvolvidos (CEPAL, 1995). Vale dizer, não obstante seus esforços de integração, a América Latina ainda depende bastante da dinâmica econômica dos países desenvolvidos. Esta dinâmica, entretanto, não nos favorece como discutido acima. A seguir apresentamos outros motivos de preocupação para a economia do continente.

A mudança de paradigma tecnológico, organizacional, financeiro e comercial implicou na inevitabilidade de ajustes econômicos na América Latina, ainda que se questione sobre a inevitabilidade de apenas UM tipo de ajuste. Conforme se sabe, uma das manifestações mais concretas da necessidade do ajuste à nova ordem econômica mundial foi a crise da dívida externa que estrangulou várias economias do continente, em particular o México, a Bolívia, o Peru; mas também o Brasil e a Argentina. Antes disso, porém, quando estes países estavam contraindo suas dívidas num mercado de grande liquidez proporcionada pela reciclagem dos chamados "petrodólares", um país latino-americano, o Chile, foi o precursor na adoção de políticas liberais que foram se tornando hegemônicas à medida em que se aprofundava a crise do antigo paradigma desenvolvimentista.

Tendo rompido com a política socialista em 1973, o Chile resolveu implementar uma política de liberação econômica que pudesse atrair os recursos necessários para o seu desenvolvimento. Ainda nos anos 70, sua opção liberalizante foi acompanhada por outro país do continente, a Argentina, sob a administração econômica de Martínez de Hoz, após o golpe militar de 1976, também a exemplo do Chile. Vale dizer, política de atração do IED em plena década de 70, período marcado pelo auge do nacionalismo econômico, quando se observou a nacionalização de inúmeras empresas estrangeiras no continente, mas também a crise da dívida e a suspensão dos empréstimos da banca privada. A partir dos anos 80, outros países seguiram estes exemplos, ainda que mantendo suas particularidades, mas, promovendo políticas de reorientação de suas economias em direção às exportações.

O principal instrumento das políticas de ajuste foram a abertura comercial e a estabilização monetária. Após cerca de meio século de política de proteção comercial para sustentar seu processo de industrialização, a América Latina assiste, a partir de meados dos anos 80, uma abertura comercial que se traduz de forma mais inequívoca na queda das tarifas alfandegárias. Em alguns países a abertura comercial foi mais ampla, como nos casos do Chile, da Argentina e da Bolívia. Em outros, como o Brasil, o México (nos anos 80, mas não nos 90) e a Colômbia, a abertura comercial foi mais demorada, mais cautelosa, buscando propiciar um tempo necessário ao seu aparelho produtor para se ajustar a um

mercado competitivo a nível mundial. Vale dizer, agendas governamentais parecidas, mas com a diferença significativa de que envolviam ajustes gradualistas frente ao tratamento de choque implementado nos pioneiros Chile e Argentina.

Dentre os países que promoveram o ajuste liberal, o caso chileno é considerado o mais exitoso, dado que sustentado numa expansão firme do PIB. Neste país, o ajuste esteve, numa primeira etapa, baseado na queda de tarifas, o que provocou um forte processo de desindustrialização, com suas conseqüências na queda do nível de emprego e, portanto, em crise social. Numa segunda etapa, o ajuste esteve sustentado na desvalorização cambial, o que expandiu fortemente as exportações com o que cresceu a oferta de emprego e melhoraram os indicadores sociais e econômicos do país. Cabe, entretanto, advertir que o desempenho favorável está assentado na expansão do IED no Chile, mas justamente naqueles setores intensivos na utilização de recursos naturais (CEPAL, 1995). Nestas condições, cabe questionar se o êxito do ajuste chileno estaria sustentado numa reedição do modelo primário-exportador, o qual, conforme já comentado no início deste trabalho, permitiu que o país fosse um dos vinte países mais ricos do mundo no último quartel do século passado. Isso, contudo, contraria as expectativas alimentadas com a difusão do novo paradigma tecnológico, baseado em vantagens comparativas dinâmicas.

O questionamento da sustentabilidade do ajuste chileno ou dos demais países latino-americanos demanda que ele seja confrontado com os dados, o que nos permite estudos recentes elaborados pela CEPAL. Os indicadores referem-se ao período de fins dos anos 70 e vai até 1994. Servem, portanto, para situar as conseqüências das políticas de ajuste na América Latina.

O PIB latino-americano retrocedeu nos anos 80 e 90, como resultado do declínio das economias regionais de baixos PIB per capita, como Haiti e Bolívia. Os países com PIB per capita mais elevado, as maiores economias, como o Brasil, México e Argentina apresentaram crescimento no período considerado. O caso da Venezuela é um caso à parte, pois seu declínio deveu-se à queda nos preços internacionais de petróleo, comprometendo sua economia, excessivamente dependente das exportações daquela commodity. Vale dizer, a crise afeta mais quem já é mais fraco.

As taxas de crescimento oscilaram, durante o período 1950-1980, em torno de 5,5% ao ano. Na década de 80, contudo, caíram significativamente mas, a partir dos anos 90, recuperaram-se, ainda que a níveis inferiores aos vigentes naqueles 30 anos. A inflação está controlada, assim como o déficit dos governos centrais para o conjunto dos países da América Latina e Caribe. Parte da melhoria nas contas governamentais deveu-se a ingresso de capital estrangeiro nos processos de privatização em curso, especialmente naqueles países que

levaram a liberalização mais longe, como fizeram o Chile, a Argentina e o México, sob o governo Salinas.

O ajuste nas economias latino-americanas buscou uma orientação maior em direção ao comércio internacional, rompendo com o isolamento do período caracterizado pela proteção à indústria local. Essa reorientação implicou num aumento da taxa de crescimento das exportações de mercadorias num ritmo superior à expansão do PIB nas maiores dentre estas economias, considerando um período de 1970 a 1994. No Brasil, enquanto o produto crescia 4,5%, o volume das exportações expandia-se a uma taxa de 7,7%. Na Argentina, a mesma relação foi de 2% para 4,4%, enquanto que no México foi de 3,9 para 8,8% e no Chile de 3,2 para 7,7%. Isso, entretanto, deve ser considerado à luz de um contexto onde se verifica uma expansão menor do comércio internacional: o ritmo de expansão do intercâmbio internacional nos anos 90 (4,3%) tem sido menor do que o vigente nas últimas duas décadas (4,9%). Ademais, apesar deste esforço de ajuste em direção ao comércio internacional, a participação da América Latina e Caribe no comércio mundial caiu de 7,7%, nos anos 60, para 3,7%, em 1992, numa trajetória declinante ao longo destas três décadas, enquanto que a fatia dos países asiáticos de industrialização recente passou de 3,4% a 10,1% no mesmo período. Japão, China e Comunidade Européia também expandiram suas participações no intercâmbio mundial. Já a América Latina e Caribe tiveram a companhia do continente africano no que respeita à perda de participação no comércio mundial.

Cabe, entretanto, destacar que a pauta das exportações latino-americanas tem sido modificada para incluir uma fatia maior de produtos manufaturados, em detrimento da posição das exportações primárias. A participação das manufaturas nas exportações praticamente dobrou na década de 80, saltando de 17,3% para 32,9%. Esse resultado se deve a participação de países mais industrializados, como o Brasil e o México, mas aponta também para uma tendência à diferenciação da base produtiva. Aponta ainda na direção de um maior intercâmbio intra-regional mais baseado no comércio de produtos manufaturados. Ademais, o desenvolvimento tecnológico tem depreciado muitas matérias-primas agrícolas e minerais, gerando uma transformação drástica na importância relativa de setores produtivos e mesmo de países. Ainda que de maneira desigual, as novas tecnologias reduzem o uso da energia, das matérias-primas, do tempo, do capital e da mão-de-obra, comprometendo assim as estratégias de especialização baseadas em preços mais baixos de tais recursos. Nestas condições, a diferenciação produtiva e o estímulo a novos atributos locais para atividades manufatureiras torna-se uma das estratégias das políticas de desenvolvimento regional.

Outro resultado positivo na economia latino-americana foi a retomada de entrada de fluxos de capital estrangeiro. Após o auge representado pela maciça

entrada líquida de capitais durante o quadriênio 1978-1982, seguida da violenta contração entre 1983 e 1989, quando a América Latina tornou-se exportadora líquida de capitais, os anos 90 têm presenciado uma notável retomada desta poupança externa. Este resultado é produto da entrada de investimentos diretos, mas também de títulos de renda fixa emitidos por governos e empresas. O México foi, de longe, o maior receptor até 1993, seguido da Argentina. Mas depois da crise mexicana de 1994, o Brasil tornou-se o principal receptor destes fluxos internacionais de capitais. Este comportamento sugere o pouso comprometimento desta “poupança externa” com as economias nacionais. Na verdade, tais capitais não estão criando raízes na América Latina, mas sim beneficiando-se das oportunidades abertas com a desregulamentação dos mercados financeiros.

Finalmente, cabe ainda apontar para a volta dos déficits comerciais após o ajuste da balança comercial durante os anos 80. O déficit é produto da expansão do consumo final de produtos importados, mas também da expansão das importações de insumos para a indústria local, cujos abastecedores locais vêm perdendo a luta contra competidores internacionais, do que resulta numa nova “onda” de internacionalização das economias latino-americanas.

No que respeita aos reflexos nos indicadores sociais, tem sido observada uma significativa queda na taxa de crescimento da população que, crescentemente, está estabelecida em cidades e não mais nas áreas rurais. Esse ajuste demográfico implicou na expansão do emprego, bem como do desemprego urbano. Argentina e México, países que se destacaram pela implementação mais estreita do receituário liberal, apresentam taxas de desemprego urbano crescentes, especialmente o primeiro. Entretanto, no Chile, o pioneiro na liberalização econômica, o desemprego vem declinando. No Brasil a situação encontra-se estabilizada, segundo as estatísticas da CEPAL. Esta “estabilização da situação do emprego”, entretanto, escamoteia o fenômeno da completa flexibilização real do mercado de trabalho, permitindo que empregadores mantenham baixa a remuneração dos trabalhadores substituindo-os com muita frequência. Isto implica que não há investimento em treinamento da força de trabalho, nem é possível estabelecer algum tipo de solidariedade entre capital e trabalho que permita avançar na eficiência produtiva, a exemplo do que ocorre na economia japonesa ou na alemã.

O agravamento do problema do desemprego é ainda pior quando se considera que são as atividades informais e pequenas empresas privadas que vêm sustentando a maior oferta de emprego no continente, segundo a CEPAL. Esse resultado não preocuparia caso essa mudança no emprego fosse produto da introdução de tecnologias flexíveis, adaptadas em pequenas unidades de produção mantendo relacionamento mercantil com as empresas maiores. Na verdade, é grande a probabilidade de que tais empregos sejam o resultado daquilo

que Wilson Cano chama de “flexibilização espúria”, isto é, rebaixamento de custos empresariais a partir de demissões, conforme se observa no Brasil. Nestas circunstâncias, a expansão do emprego informal não implica em afirmação das atividades dinâmicas exercidas por pequenos produtores, mas sim uma estratégia de sobrevivência do segmento da força de trabalho que não possui as qualificações necessárias para ser incorporadas no mercado formal de trabalho. É nesta direção que aponta uma recente publicação do IBGE sobre o mercado de trabalho informal na Cidade do Rio de Janeiro. Não me parece muito temerário generalizar estas observações para as economias latino-americanas, ainda mais considerando o maior tamanho da economia brasileira vis-à-vis à dos demais países do continente.

Essa desinstitucionalização do mercado de trabalho se reflete na piora dos índices de distribuição de renda. Em 1992, poucos países tinham uma distribuição de renda menos pior do que aquela vigente em 1980, apenas Uruguai e Colômbia. As principais economias da região apresentaram piora nas suas, já bastante ruins, distribuições de renda. Este era o caso do Brasil, do Chile, da Argentina e Venezuela. Mesmo entre os trabalhadores formais que mantiveram seus empregos na última década e meia, só foi verificada melhora na remuneração média dos trabalhadores no Chile e na Colômbia. Na Argentina e no Peru houve uma queda, enquanto que no Brasil e México não houve alteração. Estes dados apontam para uma deterioração na situação social no continente, mas particularmente para a economia argentina, cujo ajuste tem recaído de modo muito intenso sobre a classe trabalhadora.

Apesar disso, os governos latino-americanos não têm implementados políticas compensatórias que legitimem o ajuste liberalizante de suas economias. Comparando com o início dos anos 80, o número de países que haviam reduzido o valor dos gastos per capita em Saúde, Educação e Habitação era maior do que os que haviam aumentado. A Argentina, mais uma vez, destaca-se pela severidade de seu ajuste econômico sem oferecer uma contrapartida em termos de gastos sociais, destacando-se junto com o Chile, como países em que houve redução nestes gastos. Cabe acrescentar que o discurso da inevitabilidade de desinstitucionalização do mercado de trabalho é global, mas a sua implementação não tem sido tão generalizada, uma vez que, nos países desenvolvidos, a sociedade tem resistido à diminuição dos gastos sociais, considerando-os conquistas suas, mas jogando o custo do ajuste fiscal destes países sobre os imigrantes.

Outro indicador que aponta os trabalhadores como os principais agentes sobre os quais recai o peso do ajuste é o relativo à estrutura de impostos. Na América Latina e Caribe são os impostos indiretos, incidentes sobre o consumo, que sustentam a arrecadação tributária, mais do que os impostos diretos, incidentes sobre a renda e o patrimônio, afetando negativamente a população de

menor renda. Além disso, tem crescido a proporção de lares que vivem em condições consideradas inferiores à linha de pobreza, especialmente a pobreza urbana. As condições de vida urbana só não vêm se agravando mais pela diminuição do número médio de pessoas por domicílio.

Esta situação poderia ser superada a longo prazo com investimentos em Educação, necessários não apenas para melhorar a qualificação da força de trabalho, mas de ajustá-la aos novos padrões demandados pelo atual paradigma tecnológico. Entretanto, como indicado acima, o Estado na América Latina não tem investido em políticas sociais, de modo geral, e em Educação, em particular. Neste contexto, não surpreende constatar que o percentual de jovens de 15 a 24 anos que não trabalhava nem estudava, da ordem de 15% da PEA deste segmento, fosse maior entre os extratos de mais baixas rendas, correspondendo a cerca de 25% do total.

Nestas condições as necessidades de expansão econômica que permitisse absorver um contingente populacional que mantendo sua histórica taxa de 2,1% ao ano, alcança uma taxa de 5,8% do PIB, no caso do aumento da produtividade ficar em 3,7%, como o vigente no período de 1950 a 1973, período de maior crescimento econômico da América Latina. Essa taxa é não apenas superior à verificada durante aquele período, mas bem maior do que a média dos anos 90, mesmo após a retomada do crescimento pós-década de 80. Assim, apesar da recente recuperação, as taxas de investimento continuam baixas demais para sustentar o nível de crescimento necessário para evitar o desemprego e elevar significativamente a produtividade. Somente no Chile e na Costa Rica as taxas de investimento elevaram-se satisfatoriamente. Na verdade, comparando os anos 80 com este início de década de 90, observa-se que na maioria dos países houve redução dos investimentos. Disto resulta que os indicadores econômicos na América Latina têm levado a uma crescente distância vis-à-vis ao desempenho dos países desenvolvidos e da Ásia, comprometendo o futuro da economia latino-americana.

Esse comprometimento é ainda mais grave quando observamos que a necessidade de investir em pesquisa e desenvolvimento e em qualificar a mão-de-obra não encontra eco nas políticas regionais. A CEPAL apresenta os dados que sugerem a crescente distância entre o desempenho da economia do continente com o dos países desenvolvidos. Na América Latina, a proporção da população com 15 anos ou mais de escolaridade é de 4, 3, enquanto que entre os países desenvolvidos é de 11, 3. Os gastos em educação como proporção do PIB correspondem a 3,5% na região, mas nos países desenvolvidos chega a 5,5%. Os gastos com P&D no nosso continente é de 0,5% do PIB, mas nos países desenvolvidos é de 2,6%. O número de engenheiros e cientistas em 100 mil habitantes é de apenas 99 na América Latina, mas nos países desenvolvidos

é de 650. Trata-se de indicadores que não permitem ser otimistas com o futuro da economia latino-americana.

O pessimismo é ainda mais alimentado com os rumos do progresso tecnológico. Conforme Paul Kennedy, a fronteira tecnológica atual envolve a robótica e a biotecnologia, vetores que apresentam soluções para o tratamento de crises da perspectiva dos países desenvolvidos. A robótica, além da expansão da produtividade e de substituir trabalho humano em tarefas perigosas, por exemplo, estaria também fadada a enfrentar a falta de mão-de-obra japonesa, enquanto que a biotecnologia teria como uma de suas principais funções a substituição de matérias-primas disponíveis nos países em desenvolvimento por substâncias sintéticas. Ambos os vetores da fronteira tecnológica contribuem para diminuir a importância dos países latino-americanos (e também africanos) e torná-los “não-atores” da atual e da próxima etapas do desenvolvimento econômico e dos fluxos internacionais de comércio.

Os países em desenvolvimento vão apresentando cada vez menor importância para a economia mundial, com suas ações tendo cada vez menor impacto sobre o mundo desenvolvido. Ocorre, não obstante isso, que as iniciativas de política destes últimos países afetam substancialmente a economia dos países em desenvolvimento: se os primeiros não compram mercadorias destes últimos, estes ficam sem recursos para adquirir tecnologia no “estado da arte” e sua economia tende a perder eficiência e entrar num círculo vicioso que magnifica a distância entre estes dois grupos de países.

V — Reflexões À Guisa de Conclusão

A enorme ambigüidade no tratamento da “globalização” demanda que, sempre que este termo for utilizado, deva-se qualificá-lo. Quando os Estados Unidos implementam políticas que busquem melhorar sua inserção dentro da economia globalizada, este país está certamente mais preocupado com os aspectos da interdependência produtiva do que os países latino-americanos. Nestes, a globalização produtiva é muito incipiente, talvez até tenha declinado, já que diminuiu a participação da economia latino-americana no comércio mundial. Na verdade, os dados sugerem que onde a globalização, entendida como maior interdependência produtiva, tem crescido é no âmbito da OCDE. Disto resulta que o fenômeno é menos global e mais intra-países desenvolvidos.

Ao apontar as ambigüidades subjacentes à globalização, torna-se evidente que as economias dos países latino-americanos não precisam necessariamente ser geridas numa direção única que aponte para a rápida liberalização econômica. Sem negar a importância da abertura econômica para a maior eficiência destas economias, observa-se que as políticas públicas podem ter uma agenda

com grandes objetivos comuns, mas com ritmos de implementação diferentes, bem como distintos tratamentos no que tange à produção de novas territorialidades. Isto é fundamental, uma vez que se trata de países de diferentes dimensões territoriais e de produto, com diferentes graus de industrialização e, portanto, apresentando, também, distintas possibilidades de inserção na atual (des)ordem econômica mundial.

Conforme os dados sugerem, a economia latino-americana mudou o eixo de sua dinâmica econômica nos anos 80, período da crise da dívida externa, mas também da inflexão nos rumos da economia mundial. Como área de influência da economia norte-americana, a América Latina sofreu — e segue sofrendo — uma forte pressão a ajustar sua economia nos moldes liberais sugeridos pelos Estados Unidos, pelas instituições multilaterais sob as quais aquele país exerce muita influência (casos do FMI e do Banco Mundial) bem como pela comunidade financeira internacional, também muito identificada com a liberalização econômica apoiada pelos interesses norte-americanos. A falta de alternativas alegada pelos governos latino-americanos quando se compromete com tais políticas de ajuste liberal parece ignorar que o notável crescimento de suas economias entre os anos 30 e 70 foi logrado mediante a implementação de políticas que desafiavam a ortodoxia econômica vigente. No Brasil dos anos 40, por exemplo, o industrialismo de Roberto Simonsen venceu a argumentação científica de Eugênio Gudim que queria que o país investisse naquilo com que contava com vantagens comparativas, isto é, nas atividades primárias. Em fins dos anos 50, o Governo Juscelino Kubitschek desafiou a ortodoxia, rompendo com o FMI, para não sacrificar seu projeto de desenvolvimento industrial.

Ademais, cabe considerar que, no último quartel deste século, a economia norte-americana vem perdendo participação na economia mundial. Ao longo deste período, as novas vedetes da economia mundial são alguns países asiáticos, cujas políticas públicas contrastam fortemente com a gestão liberal e desregulacionista proposta pelos interesses norte-americanos. Ora, se os países que têm logrado maior êxito econômico são aqueles que não abdicaram de uma gestão pública de sua economia e do seu território, por que tomar as propostas que ficaram conhecidas como as do “Consenso de Washington” como se fossem as únicas possíveis? Muitos autores, não apenas franceses, mas inclusive americanos, como Lester Thurow, apontam as distintas relações de trabalho e organização institucional do capitalismo japonês e mesmo alemão como as mais propícias ao crescimento econômico nesta nova ordem econômica, quando se demandam maior compromisso e qualificação de trabalhadores com a produção. Nestas condições, a adoção de políticas, ou de não-políticas, que impliquem num ajuste automático às teses de Washington devem ser tomadas como pressões políticas e não inevitáveis na gestão macroeconômica na economia latino-americana.

De toda forma, independente da natureza da adoção do ajuste liberal, a implementação destas políticas produz algumas contradições, alguns paradoxos, que não podem ser escamoteados indefinidamente. Em primeiro lugar, cabe destacar o maior dentre estes paradoxos: a proposição de um Estado Mínimo quando é necessário um Estado forte para institucionalizar as políticas liberais. Esta necessidade está subjacente à orientação do “Consenso de Washington” no sentido de que sejam eleitos, e mantidos no poder, governos fortes e estáveis, capazes de implementar as mudanças consideradas necessárias ao ajuste das economias latino-americanas. Esse seria um dos requisitos para o êxito de um programa de privatizações e de desregulamentação das distintas atividades econômicas cujo sentido é aumentar a fluidez do capital num espaço mundializado, devolvendo-lhe uma liberdade de escolha quase total, no momento em que as novas tecnologias ampliam as opções como em nenhuma época anterior da história do capitalismo. Entretanto, “Estado Mínimo” não deve ser confundido com Estado fraco. O Estado deve ser mantido como um ator central nas estratégias de políticas nacionais, ainda que diminua de tamanho.

Outro paradoxo envolve as políticas de desregulamentação das relações de trabalho, supostamente indispensáveis para diminuir os custos das empresas e dar-lhes confiança de que não terão dificuldade de demitir se sentirem necessidade de ajustar-se a uma situação de crise. Apesar desta desregulamentação estar justificada na necessidade de expandir a geração de trabalho, ela não resulta em aumento da oferta de trabalho, mas apenas num declínio do custo do trabalho e no aumento do grau de informalidade do mercado de trabalho. A “flexibilização espúria” em curso nas economias latino-americanas contribui para piorar ainda mais o mercado de trabalho num contexto de crescente dependência da qualificação dos trabalhadores diante dos novos desafios tecnológicos. Ademais, a perda da estabilidade nas relações de trabalho contribui para o aumento da marginalidade e, então, o Estado é cobrado a coibir o crescimento da criminalidade.

Uma das principais contradições envolvidas nas propostas do Estado Mínimo é a promoção de atributos locais que contribuam para reverter uma situação de exclusão de parte do espaço nacional. Como apontam vários autores, as novas vantagens locais dinâmicas não dependem da disponibilidade de recursos primários a baixo custo, mas sim de uma força de trabalho adequadamente qualificada e de infra-estrutura que proporcione uma estrutura logística adaptada às necessidades das empresas. Atuar nesta direção implica uma política fiscal ativa bem como a afirmação do governo central como orientador dos investimentos e de sua alocação espacial. Caso este papel fique com o “mercado” o resultado será a afirmação de regiões mais dinâmicas e magnificação da estagnação das áreas estagnadas.

A contradição acima apontada conduz, por sua vez, a uma outra não menos importante. Trata-se daquela relacionada à crescente fragmentação econômica resultante da inserção de um determinado país sob a égide dos interesses mercantis. Conforme sugerem os dados sobre a localização espacial dos IED, grande parte destes investimentos circunscrevem-se no âmbito da “triade”, sendo que uma pequena parte está distribuída por algumas regiões do planeta que não se confundem com espaços nacionais. Este é claramente o caso da região sudestina no Brasil, mas também Argentina e México apresentam áreas assim. Assim, regiões com indicadores econômicos típicos dos países desenvolvidos convivem dentro de um mesmo Estado Nacional com regiões secularmente estagnadas. Nestas condições a fragmentação econômica pode contribuir para a fragmentação política destes países, uma vez que a expectativa alimentada por estas distintas regiões no que respeita a ação do governo central é também muito distinta. As regiões estagnadas estão interessadas num Estado que promova políticas públicas que contrarrestem as tendências de exclusão a que estão sujeitas pela dinâmica mercantil. Isto, todavia, implica na introdução de vieses não-mercantis que podem afetar o desempenho das regiões economicamente mais importantes. Tais regiões estão mais interessadas num Estado que não interfira em suas vantagens locais, estabelecidas pelo mercado e que lhes permitem polarizar os benefícios do crescimento econômico. Neste contexto, cabe ao poder público decidir que tipo de política — ou de não-política — deve adotar: tentar ou não interferir na alocação dos investimentos com vistas à produção de territorialidades menos excludentes, ainda que correndo o risco de comprometer as perspectivas das regiões mais promissoras aos olhos do “mercado”.

Este dilema é ainda mais grave considerando-se a posição de fragilidade fiscal dos Estados, em qualquer parte do planeta, mas, em particular, os dos países menos desenvolvidos, como são os latino-americanos. A necessidade de legitimar-se frente a uma população pobre crescente impõe a necessidade de refletir sobre a adoção de políticas alternativas às propostas liberais de Estado Mínimo. Esta reflexão é urgente se considerarmos que a implementação daquelas políticas vêm implicando numa crescente clivagem social e que esta não pode crescer indefinidamente sem que haja reação social.

Estas notas à guisa de conclusão de nenhum modo pretendem ser exaustivas e dar conta da série de inconsistências das políticas de ajuste liberal resultantes da mundialização da economia. Objetivam apenas apontar algumas delas, analisando-as num momento em que já decorreu pelo menos uma década de implementação daquelas políticas. Vale dizer, já é possível observar os indicadores sociais e econômicos derivados da sua implementação. O quadro apre-

sentado, como vimos, não é favorável às políticas liberais. A economia regional voltou a crescer, mas a taxas inferiores às dos países desenvolvidos e muito abaixo dos novos e antigos Tigres Asiáticos, o que resultará num aumento das disparidades observadas entre a América Latina e os países desenvolvidos, mais os asiáticos de industrialização recente. Ademais, o crescimento no continente não está igualmente distribuído, mas espacialmente concentrado, o que resulta em taxas de crescimento das principais economias, como a brasileira e mexicana, e de declínio de muitos países que nunca conseguiram ultrapassar as etapas mais incipientes da industrialização, como Honduras e Equador.

Se no âmbito econômico, o balanço é desfavorável, no social ele é catastrófico. O aumento do desemprego aberto e da informalidade conjugados com a queda no dispêndio público, especialmente nos chamados gastos sociais, tem gerado uma grande insatisfação, principalmente em países como a Argentina. O peso do ajuste econômico incidiu de forma muito contundente sobre os trabalhadores que, se estão muito contentes com a estabilização monetária, já se deram conta da importância do crescimento econômico para que sejam criados os empregos necessários para resgatar um contingente de cerca de 18% da força de trabalho ao mercado formal de trabalho e, portanto, ao mercado consumidor.

Este crescimento, acredito que dependa da atuação do Estado, seja como coordenador da alocação setorial e espacial dos investimentos privados, seja como produtor de novas territorialidades que melhorem os atributos locais de regiões economicamente estagnadas. Este parece ser o objetivo do governo brasileiro quando recentemente se comprometeu com a implementação de um conjunto de 42 projetos, os quais poderão engendrar uma mudança qualitativa, mais que quantitativa, nos indicadores sociais e econômicos do país. Neste sentido, parece que, pelo menos no Brasil, há uma tendência de que a ação governamental não se identifique com a proposta do "Estado Mínimo", não obstante a manutenção do discurso liberal. Espero que essa não seja uma interpretação generosa desta iniciativa de política pública, mas sim que corresponda a uma reorientação do governo brasileiro em direção a sua histórica importância como ator de fundamental relevância para o desenvolvimento deste país.

Finalmente, gostaria de apontar a necessidade de mais estudos empíricos que, como os da CEPAL, contribuam para lançar mais luz sobre um fenômeno cujo tratamento tem sido mais ideológico do que científico. Em particular, mais estudos sobre formas econômicas de integração regional, como os acordos de livre-comércio, uniões aduaneiras e mercados comuns que vêm proliferando na América Latina e que vêm implicando numa crescente regionalização da economia do continente.

Referências Bibliográficas

- Arrighi, Giovanni — O Longo Século XX. Editora UNESP, São Paulo, 1996.
- Baumann, Renato (org.) — O Brasil e a Economia Global. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1996.
- Beaud, Michel — L'Économie Mondiale Dans Les Annés 80. La Découverte, Paris, 1989.
- CEPAL — América Latina y El Caribe: Políticas Para Mejorar La Inserción En La Economía Mundial. Santiago, Chile, 1995.
- CEPAL — Tendências Econômicas e Sociais na América Latina e no Caribe. Em Gráficos. IBGE, Rio de Janeiro, 1996.
- Chesnay, François — A Mundialização do Capital. Xamã Editora, São Paulo, 1996.
- Fukuyama, Francis — La Fin de l'histoire et le dernier homme. Ed. Flammarion, Paris, 1992.
- Harvey, David — Condição Pós-moderna. Edições Loyola, São Paulo, 1992.
- Hymer, Stephen — Empresas Multinacionais: A Internacionalização do Capital. Graal Editores, Rio de Janeiro, 1978.
- IBGE — Economia Informal Urbana. Município do Rio de Janeiro, 1994.
- Kennedy, Paul — Preparando para o Século XXI. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1993.
- Krugman, Paul — Competitiveness: a dangerous obsession. Foreign Affairs, mar/abr.1994.
- Lipietz, Alain — Miragens e Milagres. Problemas de Industrialização no Terceiro Mundo. Ed. Nobel, São Paulo, 1988.
- Tavares, M. C. — vários artigos publicados no jornal Folha de São Paulo.
- Womack, J. Jones, D. Roos, D — A Máquina que Mudou o Mundo. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

O PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO E A ECONOMIA BRASILEIRA

JOÃO PAULO DE ALMEIDA MAGALHÃES*

I — *A globalização e seu significado*

1 — A globalização da economia mundial é freqüentemente apresentada como fenômeno ímpar na história mundial e desencadeado por forças às quais é impossível resistir. Esse nada mais é que um mito que deve, desde logo, ser afastado para se enfocar objetivamente a questão.

O primeiro aspecto a ser considerado é o fato de que a globalização não constitui nada de novo. Não vamos nos referir aos processos históricos tais como o registrado no antigo império romano. A globalização atual começou com o fim da Idade Média. As grandes navegações, que uniram comercialmente, de forma direta, a Europa ao Oriente culminando com a abertura para o mundo da China e Japão, em meados do século XIX, representaram um dos seus episódios. As unificações nacionais, que tiveram início com a Espanha e França e se completaram no século XIX, com a Alemanha e Itália, constituem outra manifestação do mesmo processo. Este somente teve curto período de interrupção no intervalo entre as duas guerras mundiais. As grandes perdas nos capitais aplicados na antiga Rússia e Europa Central, bem como a Grande Depressão dos anos trinta, determinaram o fechamento das economias nacionais.

Terminado o segundo conflito, a globalização recomeça sob a égide de instituições como o Fundo Monetário Internacional e do Acordo Geral de Tarifa e Comércio (atual Organização Mundial do Comércio). O que ocorre atualmente é uma aceleração do processo determinado pelas inovações tecnológicas nas áreas de comunicação, transportes e informática.

2 — Um segundo ponto relevante para nossa análise consiste na indagação sobre o aspecto negativo ou positivo da globalização. Na verdade esta tanto

Professor Titular de Economia Política da Faculdade de Direito da UERJ.

pode ser positiva quanto negativa dependendo da forma como os países nela se inserem. Assim, a globalização foi extremamente favorável aos NICs (newly industrializing countries) asiáticos que se aproveitaram da abertura do comércio internacional para se lançarem num bem-sucedido programa de eliminação do seu atraso econômico. Em sentido contrário, ela vem apresentando importante aspecto negativo sob a forma de altos níveis de desemprego nos países desenvolvidos, principalmente europeus. As políticas corretoras até agora propostas determinariam redução na competitividade dos países que as adotassem, o que é inaceitável numa economia globalizada.

3 — Resta, em último lugar, proceder ao exame da globalização no contexto brasileiro. Para enfocar esse aspecto é necessário considerar-se que a globalização apresenta três facetas fundamentais: uma de tipo financeiro, outra relativa ao papel das multinacionais e uma terceira concernente ao comércio internacional. As duas primeiras não representam novidade para o Brasil. Com respeito às finanças internacionais sempre fomos largamente abertos, como atesta o nosso grande endividamento em petrodólares que só foi interrompido, em 1982, por decisão dos banqueiros, intimidados com a primeira crise mexicana. No que se refere às multinacionais o Brasil sempre foi extremamente receptivo, conforme atesta o fato de que, segundo análises disponíveis, de 32% (Gonçalves, 1994) a 40% (Beaud, 1989) do faturamento do nosso parque fabril é de responsabilidade de filiais de empresas estrangeiras.

Ou seja, do ponto de vista da economia brasileira, o que a globalização traz de novo é a abertura para o exterior. De fato, até recentemente nosso modelo de desenvolvimento se baseava no mercado interno (substituição de importações) e, com a globalização, passa a depender do mercado mundial, com o conseqüente rápido aumento das nossas compras e vendas no mercado internacional. Este é, portanto, o aspecto a ser considerado quando se indaga o impacto da globalização na economia brasileira.

II — A abertura da economia no contexto da globalização

1 — Do ponto de vista do Brasil, o que a globalização traz de essencialmente novo é, portanto, a abertura da economia para o exterior. Este constitui, assim, o aspecto a ser examinado quando se procura avaliar impacto da globalização sobre nossa economia. E para fazê-lo deve-se considerar que tal abertura tem sido levada adiante com base em dois modelos radicalmente diferentes que chamaremos de integração ativa e integração passiva no mercado mundial.

O modelo de integração ativa tipicamente intervencionista é o adotado pelos NICs asiáticos. Antes de entrar no seu exame algumas observações preliminares se fazem, contudo, necessárias.

Partidários da visão econômica ortodoxa referem-se a duas “leituras” da experiência asiática: uma liberal, que atribui os sucessos obtidos às forças do mercado, e outra que os considera como resultantes da ação oficial. Duas leituras realmente existiram e quem coloca bem o problema é Freeman (1993) ao dizer “Cingapura está longe de ser o único país de industrialização recente com importante intervenção estatal no desenvolvimento industrial. Enquanto era comum em certa época atribuir o sucesso de Taiwan e Coréia do Sul (...) à estratégia não intervencionista de crescimento orientado para as exportações, trabalhos (recentes) alteraram substancialmente o panorama do papel do Governo nesses países. Em Taiwan e Coréia o Governo Central iniciou novos setores, dirigiu investimentos privados para certas áreas e regulou o comércio externo de formas inconcebíveis nos Estados Unidos” (pg. 406). Ou seja, existia uma leitura errônea que sobreviveu até o início da década dos noventa graças ao marketing liberal e existe a leitura atual que reconhece unanimemente o importante papel do Poder Público no sucesso asiático.

Rodrik (1996) analisando a aplicação do Consenso de Washington ao Leste da Ásia denuncia outro sofisma liberal. Ele distingue no Consenso os aspectos macroeconômicos, como o equilíbrio fiscal e a estabilidade monetária, e outros microeconômicos, como a desregulamentação, liberalização comercial, privatização, liberalização financeira e eliminação de restrições ao investimento direto estrangeiro. Os primeiros, que não têm qualquer conotação doutrinária liberal porque constituem simples requisitos de toda política de desenvolvimento, foram obviamente respeitados pelos NICs asiáticos. Quanto aos preceitos microeconômicos (estes sim excludentes da ação do Estado), no período crítico que se estende de 1950 a 1980 foram, segundo Rodrik, desrespeitados, ignorados ou atendidos de forma limitada. Os neoliberais tentam utilizar o fato de que os NICs asiáticos implementaram os requisitos macroeconômicos como prova de que aceitam seu ideário. Hoje, contudo, já é pacificamente reconhecido que embora tendo a empresa privada como ponta de lança e registrando uma ação pública fundamentalmente através do mercado, o modelo desses países é essencialmente intervencionista.

Na verdade tal discussão é dentro de certa medida irrelevante. Não interessa indagar se o modelo dos NICs asiáticos é ou não neoliberal. O importante é verificar sua eficácia. Se esta for comprovada, o importante será aplicar ao resto do mundo a experiência do suposto “neoliberalismo” asiático. Voltemos, porém, ao nosso tema principal.

2 — Em estudo recente a CEPAL (1995) mostra que os NICs asiáticos apresentam substanciais diferenças em aspectos específicos de suas estratégias econômicas. Apesar disso estas registram pontos comuns básicos que definem a chamada integração ativa no mercado mundial. Observe-se que os exemplos significativos para nossa análise são os NICs de primeira geração, ou seja, Hong

Kong, Cingapura, Taiwan e Coréia do Sul. Como os dois primeiros nada mais são que cidades-estado, os realmente significativos são, de fato, os outros dois.

Os modelos de integração competitiva no mercado mundial se definem por quatro características básicas, a saber: papel do Estado na economia, forma de abertura para a economia mundial, a contribuição das poupanças interna e externa e o papel das empresas nacionais e estrangeiras.

No modelo de integração ativa o papel do Estado é fundamental, tomando a forma de um esforço de criação de vantagens comparativas para o país em setores dinâmicos do comércio mundial. Isso é levado adiante através de apoio à pesquisa tecnológica, da elevação dos níveis educacionais e de qualificação da força de trabalho, do apoio financeiro às empresas, de reservas de mercado e de estímulo a uma saudável concorrência.

A abertura ao comércio internacional toma a forma de esforço exportador inicial e, na medida do sucesso deste, da proporcional liberalização das importações. A CEPAL deixa bastante claro que não se trata de simples política de exportação mas de uma industrialização exportadora.

As poupanças são fundamentalmente de origem interna, atingindo nível igual ou superior a 30% do PIB.

Nesse modelo a ponta de lança do esforço exportador é constituída por empresas de capital nacional, marcas próprias e tecnologia internacionalmente competitiva.

O modelo de integração passiva no mercado mundial, de corte neoliberal, é o adotado pelo Brasil e América Latina em geral (tomaremos como base de nossa análise, além do primeiro, o México e Argentina). Ele defende o Estado mínimo restrito às suas funções básicas de educação, saúde e segurança. Não há, portanto, esforço de criação de vantagens comparativas dinâmicas. A especialização do país tende, dessa forma, a se concentrar em suas vantagens comparativas naturais.

A abertura da economia para o exterior começa com a liberalização das importações. Supõe-se que as empresas nacionais, ao serem pressionadas pela concorrência externa, atingirão níveis internacionais de produtividade (única alternativa ao seu desaparecimento) tornando-se naturalmente exportadoras.

Quanto à poupança se aceita que, diante da globalização financeira, elas serão obtidas sem maior dificuldade no mercado mundial. A poupança interna fica, assim, em torno de 17% do PIB.

Nesse modelo, finalmente, as multinacionais que controlam boa parte dos setores internacionalmente mais dinâmicos do país deverão ter papel fundamental.

3 — A verificação das conseqüências do processo globalizador em função do modelo de abertura adotado pode ser feita, seja com base nos resultados

estatisticamente registrados, seja pelo exame das forças de mercado cuja atuação determina tais resultados.

O último relatório do Banco Mundial (1995) apresenta os seguintes dados para o crescimento médio anual do PIB entre 1980 e 1993: México 1,6%, Brasil 2,1%, Argentina 0,8%, Coréia do Sul 9,1%, Hong Kong 6,5% e Cingapura 6,9%. Não se dispõe de dados sobre Taiwan mas seu desempenho foi próximo ao da Coréia.

Em modelos de crescimento para fora, o incremento das vendas externas representa aspecto fundamental. O Banco Mundial oferece, para o mesmo período, as seguintes médias anuais de crescimento: México 5,4%, Brasil 5,2%, Argentina 3,2%, Coréia do Sul 12,3%, Taiwan 10,0%, Hong Kong 15,8% e Cingapura 12,7%.

Em termos estatísticos, portanto, a inserção no processo globalizador através do modelo de integração passiva se revela não somente inferior ao de integração ativa como registra resultados insuficientes em termos de incremento do PIB (para a eliminação do subdesenvolvimento este deveria crescer à média anual de pelo menos 5%) e de aumento das exportações (que deveria ser superior à média do comércio internacional).

Mais grave, porém, é que o exame dos mecanismos de mercado mostra que tais resultados não apenas foram inevitáveis como deverão permanecer no futuro previsível. Para comprovar essa afirmação examinaremos sucessivamente cada um dos quatro aspectos que caracterizam o modelo neoliberal de integração passiva no mercado mundial.

Começando pelo papel do Estado, vimos que este se omite na criação de vantagens comparativas dinâmicas. Ora, a moderna teoria das relações econômicas internacionais mostra que hoje no comércio internacional as vantagens comparativas naturais perdem rapidamente importância diante das vantagens comparativas criadas. Nos países desenvolvidos, o surgimento destas últimas é patrocinado pelas próprias empresas interessadas. Nos menos desenvolvidos essa tarefa só pode ser assumida pelo Governo. A par disso, é público e notório que as vantagens comparativas naturais tendem a ocorrer em setores de baixo valor adicionado por trabalhador, pouco favoráveis do ponto de vista da política de desenvolvimento.

Quanto à suposição de que a abertura tornará competitivas e exportadoras as empresas nacionais, esta pode ser desmentida pelos fatos como já parece estar acontecendo no Brasil. Referimo-nos ao processo de desindustrialização. Recapitulemos.

A intensificação do surto industrial brasileiro a partir dos anos trinta resultou das barreiras à importação de manufaturas decorrentes, seja das dificuldades cambiais, seja de restrições impostas pelo Governo. Para contornar o problema, o exportador estrangeiro criou filiais que passaram a produzir dentro do país.

Da mesma forma, o comerciante importador brasileiro, diante da dificuldade de trazer os artigos industriais do exterior, passou, ele mesmo, a produzi-los. Tal não foi a solução desejada mas um "second best" imposto pelas circunstâncias.

Ora, com a rápida e ampla abertura para o exterior, realizada após 1990, nada mais natural que ocorresse a reversão desse processo que não resultou de uma livre opção mas foi imposto pelas circunstâncias (dificuldade de trazer de fora o produto industrial). Na medida em que forem amortizando seus investimentos no setor fabril, empresas multinacionais e brasileiras terão vantagem em voltar a se abastecer no exterior, utilizando suas cadeias de distribuição para colocar o produto importado em nosso mercado interno. Ou seja, as forças de mercado que no passado levaram à industrialização no país apontam presentemente no sentido de uma reversão do processo.

No que se refere à contribuição da poupança externa, as estatísticas mostram que a participação no PIB de investimentos e poupança externa são bastante próximos o que comprova a limitada capacidade da contribuição externa. No caso do México, inclusive, dados disponíveis revelam que as substanciais entradas de capital estrangeiro registradas até 1994 não determinaram qualquer aumento significativo de investimentos.

No que se refere às empresas multinacionais existe, antes de mais nada, a dúvida sobre se poderão contribuir para o novo modelo de crescimento para fora com a mesma intensidade que fizeram no caso da substituição de importações. Isso porque dificilmente poderão penetrar em força nos grandes mercados internacionais presentemente atendidos por suas matrizes. Estudo de Batista e Fritsch (1994) mostra que as exportações brasileiras estão crescendo abaixo da média do comércio internacional dado o fraco desempenho de setores como o de material de transporte e equipamentos (inclusive eletro-eletrônicos) que são justamente os controlados por multinacionais.

5 — Cumpre, sem dúvida, reconhecer que, se cercado de determinadas precauções, o modelo de integração passiva ofereceria melhores perspectivas. Isso ocorreria no caso de uma abertura gradual em, por exemplo, doze anos como no caso da União Européia, do apoio do Governo à empresa nacional para que ela se ajuste às novas regras do jogo e assim por diante. Tal programa exigiria, contudo, importante ação do Poder Público o que entra em conflito direto com a doutrina liberal, fundamento teórico da integração passiva no mercado mundial.

Em suma, no processo de globalização da economia os países asiáticos conseguiram uma inserção positiva enquanto aceitaram a ação ordenadora do Estado, uma abertura ao mercado mundial partindo do aumento das exportações, a poupança interna como base principal dos investimentos e de um processo de crescimento comandado por empresas nacionais. O Brasil e a América Latina

com a omissão do Estado, abertura rápida e unilateral às importações e a dependência da poupança externa e das empresas multinacionais, registraram resultados desfavoráveis, que vêm se traduzindo, no caso brasileiro, num acelerado processo de desindustrialização.

Resta agora indagar como o Governo brasileiro vê essa evolução, altamente desfavorável. Tal será o objeto da próxima seção.

III — *Inserção da economia brasileira no processo de globalização: a visão oficial*

1 — Não há, portanto, dúvida de que o sistema de integração ativa se revela superior à fórmula neoliberal de integração passiva, tanto com base nas estatísticas disponíveis, quanto em termos de uma análise tecnicamente conduzida das características desta última.

A persistência do Governo brasileiro na forma passiva de integração no mercado mundial, que até pouco tempo carecia de justificação formal, passou a tê-la diante da divulgação de texto recente de Gustavo Franco, intitulado "A Inserção Externa e o Desenvolvimento". Ou seja, da mesma forma que o modelo de substituição de importações recebeu de Raul Prebisch sua justificação científica, no modelo brasileiro de integração passiva, o mesmo papel parece ter cabido a Franco (1996).

Considera que a causa principal de nossos problemas se acha na estagnação da taxa de crescimento da produtividade. Segundo ele, na Economia do Desenvolvimento existe o reconhecimento de uma associação solidamente estabelecida entre pobreza e baixa produtividade. A revolução que propõe implica em abandonar o modelo anterior de crescimento que, de acordo com ele, era essencialmente "keynesiano", ou seja, baseado no investimento público e na crença de que a escassez de capital constituía a limitação básica ao desenvolvimento.

A produtividade que leva em conta é a Produtividade Total dos Fatores (PTF) que captura o crescimento do valor adicionado (ou do PIB) não explicado pelo incremento da quantidade de fatores de produção utilizados. Lançando mão de estatísticas brasileiras, mostra que a taxa de crescimento da PTF declinou durante o período de substituição de importações, passou a crescer com a abertura da economia para o exterior e, mantida esta (ele de fato deseja abertura ainda maior), chegaremos a níveis internacionais de produtividade. Ou, em suas palavras: "Certamente a abertura (entendida genericamente como a desrepressão dos coeficientes de importação) foi o fator responsável pela mudança documentada na subseção anterior (elevação da taxa de incremento da PTF), cujas conseqüências serão profundas para a natureza do crescimento econômico

dos próximos anos. Ainda por muito tempo a abertura terá esse efeito (embora) a convergência para níveis internacionais de produtividade, como alhures, será lenta”.

A mensagem é, portanto, perfeitamente clara: a abertura por si só proporcionará ao país níveis internacionais de produtividade. Dada a ligação entre produtividade e desenvolvimento isto significa que o país terá eliminado seu atraso econômico e que será, assim, capaz de proporcionar aos brasileiros os mais elevados padrões de vida do mundo.

O sucesso dessa mensagem, implícita no trabalho, é facilmente compreensível. Não só nos nivelaremos com os atuais países de economia madura como isso será feito sem grandes sacrifícios: não apenas são desnecessários o investimento público como o esforço de acréscimo da poupança interna. Este último é indispensável apenas no modelo “keynesiano” que considera a insuficiência de capital como o obstáculo básico ao desenvolvimento.

2 — A análise de Franco é sem dúvida imaginativa. Ela, no entanto, se choca com alguns fatos básicos, amplamente conhecidos pelos estudiosos da Economia do Desenvolvimento. A baixa produtividade se acha, sem dúvida, solidamente associada com o subdesenvolvimento. Mas a relevante no caso não é a PTF mas a produtividade global do trabalho, medida através da divisão do PIB pelo número de trabalhadores. E o incremento desta se acha umbilicalmente ligado ao aumento do capital por unidade de mão-de-obra.

Sem dúvida a elevação da PTF contribui para o aumento do produto por trabalhador. Isso, todavia, de forma secundária. O acréscimo da parcela da população economicamente ativa tem resultado semelhante. Novamente aqui a contribuição é limitada pela óbvia impossibilidade de elevar indefinidamente tal parcela. Como, finalmente, no que se refere ao capital, a experiência demonstra que sua produtividade global (ou a relação capital-produto) é relativamente constante no tempo, a contribuição principal para o aumento da produtividade se faz, na prática, através do incremento do volume do capital disponível. Tudo, portanto, bastante diferente do que supõe Franco.

Não estamos, com isso, contando nenhuma novidade. É público e notório o fato de que o alto padrão de vida dos atuais países desenvolvidos resultou do constante aumento da produtividade global de seus trabalhadores, proporcionada pela acumulação de capital e viabilizada por tecnologia em rápido progresso. Os países subdesenvolvidos o são porque não conseguiram se capitalizar na proporção permitida pela moderna tecnologia.

3 — Estudos recentes atestam que não houve qualquer mudança nesse estado de coisas. Young (1995) analisando os excepcionais resultados obtidos pelos NICs asiáticos mostra a pouca importância do aumento da PTF. Esse aumento não superou o registrado na OCDE e mesmo na América Latina. A

responsabilidade pelo rapidíssimo aumento do seu PIB se deveu assim à acumulação dos fatores de produção.

Vejam como a questão é colocada nas palavras de Young (1995). Resume da seguinte maneira a situação: “Este documento (isto é, o artigo de sua autoria sobre o papel da produtividade no crescimento dos NICs asiáticos) mostra o papel fundamental desempenhado pela acumulação de fatores na explicação do extraordinário crescimento de pós-guerra de Hong Kong, Cingapura, Coréia do Sul e Taiwan. (...) Uma vez levado em conta o dramático aumento no insumo de fatores, chega-se a uma taxa de crescimento da produtividade total dos fatores (PTF) bastante próxima da alcançada pelo desempenho histórico de muitas economias da OCDE e da América Latina. Enquanto o crescimento do produto e das exportações de manufaturados dos países de industrialização recente do Leste da Ásia não tem virtualmente precedentes o mesmo não acontece com o crescimento da produtividade total de fatores.” (pg. 642)

No caso dos países asiáticos o que ocorreu foi, de um lado, o aumento da parcela economicamente ativa da população e, de outro, o acréscimo do capital. O papel do primeiro fator é obviamente limitado. A contribuição principal foi, portanto, do segundo. E como, além disso, como vimos, a produtividade do capital é relativamente constante, torna-se lícito afirmar que a contribuição principal para os excelentes resultados obtidos pelos países asiáticos foi o rápido incremento do capital físico e humano.

4 — Quem havia colocado a questão de maneira mais sugestiva foi Krugman (1994) ao afirmar que o sucesso dos NICs asiáticos se deveu mais a transpiração — do que à inspiração. Ou seja, ao esforço para aumentar a disponibilidade de fatores de produção e não pela maior eficiência na utilização dos mesmos (incremento da PTF).

Krugman refere-se, inclusive, à preocupação surgida nos Estados Unidos quando, após a Segunda Guerra Mundial a União Soviética passou a registrar incremento do seu PIB substancialmente mais elevado que o obtido nas potências ocidentais. Essa preocupação se dissipou quando ficou comprovado que se tratava mais de “transpiração” do que de “inspiração”.

Ou, voltando-se à análise acima, a União Soviética enquanto país de desenvolvimento médio não havia acumulado o capital por trabalhador permitido pela mais moderna tecnologia disponível. Durante a fase de eliminação desse atraso, a produtividade do seu trabalhador, e portanto o PIB por habitante, podia crescer mais rapidamente do que a dos países de economia madura. Isso porque estes dependiam para o aumento do capital por unidade de mão-de-obra das novas técnicas que iam sendo criadas. Eliminado o atraso, a União Soviética ficaria submetida à mesma restrição dos países plenamente desenvolvidos.

O caso dos países do Leste Asiático é exatamente igual, ou seja, o rápido incremento do seu produto por habitante, ou produtividade global por trabalha-

dor, significa que estão, através do rápido aumento do capital por unidade de mão-de-obra, viabilizado por sua elevada taxa de poupança, aproveitando tecnologias disseminadas no primeiro mundo e que eles ainda não utilizam.

Para concluir esta parte permitimo-nos uma recapitulação histórica. Na longínqua década dos sessenta ocorreu no país importante debate em torno do Programa de Metas do Presidente Kubitschek. Alegava o Professor Gudin, dentro do raciocínio aceito pela melhor ciência econômica da época, que se havia inflação isto significava se encontrar o país em situação de pleno emprego. Diante disso não tinham sentido novos investimentos. O Programa de Metas devia ser abandonado.

Percebia, no entanto, Gudin que o país era subdesenvolvido sendo necessário substancial aumento do produto por habitante. Como conseguir isso sem novos investimentos? Para ele a solução era o aumento da produtividade. Referia-se claramente à PTF porque queria elevar o PIB sem aumentar a quantidade de fatores de produção. Sua colocação foi rejeitada mostrando-se que o aumento apenas da PTF jamais nos proporcionaria desenvolvimento equivalente ao das economias maduras. O realmente requerido era o aumento da produtividade global dos trabalhadores o que exigia acréscimo do capital à disposição destes, ou seja, novos investimentos. Mostrou-se, em última análise, que em termos de desenvolvimento o relevante era o incremento da produtividade global do trabalho, obtida pela maior disponibilidade de capital, e não a PTF.

Em suma, quarenta anos depois Franco repete o erro de Gudin com a diferença que no passado, contrariamente do que está acontecendo hoje, sua tese foi prontamente repelida não pondo em risco o desenvolvimento do país.

5 — Mesmo comprovado que Franco errou ao confundir os papéis da produtividade global do trabalho e a PTF permanece válido o argumento de que, no contexto da total abertura da economia, níveis internacionais de produtividade deveriam ser atingidos. Quando mais não seja pelo fato de que desaparecerão as empresas que não alcançarem esse padrão. Não corresponderia isso à obtenção do pleno desenvolvimento?

A resposta é negativa e a tese de Franco falha porque ela tem implícita a premissa liberal do pleno-emprego. Os economistas dessa corrente, que adotam como pressuposto a plena eficácia dos mecanismos do mercado, tomam a existência da plena ocupação da mão-de-obra como um dado (ressalvada obviamente a margem inarredável do “desemprego natural”). Na análise que segue consideraremos para simplificar todos os bens como comerciáveis (isto é suscetíveis de importação ou exportação) e a mão-de-obra (devidamente equipada com o capital permitido pela moderna tecnologia) como o único fator de produção.

A questão pode ser colocada nos seguintes termos: não há dúvida que no caso de plena abertura da economia todas as atividades econômicas do país atingirão nível internacional de produtividade. Isso vale, contudo, somente para aqueles setores que forem capazes de sobreviver à irrestrita concorrência externa. Suponhamos, para raciocinar, que estes ocupem somente 30% dos trabalhadores do país. O desemprego dos 70% restantes não será suficiente para determinar redução do produto por habitante do país, ou seja, exatamente o oposto do exigido em uma política de desenvolvimento?

Para Franco o problema não existe. A premissa do pleno emprego tem como corolário que qualquer trabalhador desempregado pela concorrência externa encontrará ocupação em outro setor internacionalmente competitivo. Isto significa aceitar que os setores em que o país é internacionalmente competitivo são capazes de absorver a totalidade da mão-de-obra nacional. É pouco compreensível que baseado somente nessa hipótese (absolutamente radical e improvável) qualquer país aceite o risco de rápida e total abertura de sua economia. Sobretudo no caso de nações-continentes que colocam grandes exigências na capacidade de absorção do mercado internacional.

Não é esse, contudo, o problema principal. A simples possibilidade de o mercado internacional ser incapaz de corresponder a tal expectativa exacerbadamente otimista desaconselha esse tipo de abertura. Sobretudo porque o mesmo efeito pode ser conseguido sem qualquer risco. Vejamos como.

O resultado ideal é o de que a totalidade das atividades do país operem em níveis internacionais de competitividade, porque essa é a forma de atingir o mais elevado PIB por habitante teoricamente exequível. Se tal meta for viável, nenhum tipo de protecionismo será necessário. Caso no entanto as atividades internacionalmente competitivas não absorvam a totalidade da mão-de-obra, os trabalhadores sobrantes deverão ser aproveitados em atividades voltadas para o mercado interno, viabilizadas através de medidas protecionistas. Embora de produtividade inferior, elas proporcionarão um PIB adicional que não poderia ser obtido no caso de uma abertura irrestrita.

E como viabilizar essa política? Não há nenhum problema porque algo desse tipo já está sendo implementado com pleno sucesso pelos NICs asiáticos. O Governo brasileiro se lançaria numa política de criação de vantagens comparativas dinâmicas no âmbito do que a CEPAL chamou de industrialização exportadora. Se as vendas externas, assim obtidas, absorvessem 30% da força de trabalho seriam protegidas atividades capazes de absorver os 70% restantes. Se a absorção fosse de 70% a proteção beneficiaria apenas 30% dos trabalhadores. Caso a absorção fosse de 100% não haveria proteção alguma. Por esse método se conseguiria o máximo da abertura sem os riscos de desemprego e desequilíbrio cambial já hoje preocupantes no Brasil.

Conclusão

Conforme se disse no início desse trabalho a globalização não é em si nem boa nem má. A abertura da economia, que em nosso caso constituiu a principal inovação, tornou-se no Leste Asiático o fulcro de um processo de desenvolvimento extremamente bem-sucedido. No Brasil, em sentido contrário, corremos o grave risco de um processo de desindustrialização. Como explicar a diferença?

A causa dos nossos problemas se acha na alienação das elites brasileiras que não têm conseguido resistir às pressões e ao “lobby” bem organizado do movimento neoliberal. Para este, as regras de conduta se acham codificadas no Consenso de Washington, que descreve as linhas básicas de uma política econômica de sucesso alegadamente garantido. A justificação pseudo-científica é dada pelo documento “Asian Miracle” (Banco Mundial, 1993) que, sem poder negar o sucesso dos NICs asiáticos, tenta vender a idéia de que sua experiência não se aplica aos demais subdesenvolvidos. E os encarregados de patrocinar a passagem da teoria à prática são o Banco Mundial e FMI que condicionam seu apoio ao respeito das normas do Consenso de Washington.

O Governo recusa-se a um debate isento sobre a melhor forma de se conduzir a abertura do país no contexto da globalização. Uma das manifestações mais curiosas, e preocupantes, dessa recusa é o fato de que o Governo insiste em confrontar as vantagens da abertura com os resultados do modelo de substituição de importações (o documento analisado de Franco constitui excelente exemplo dessa distorção). Ora, mesmo aqueles que sustentam ter tal modelo representado importante e positivo papel no passado reconhecem que ele já esgotou suas potencialidades. Os mais radicais falam em integração — soberana — no mercado internacional indagando, quando muito, se país de dimensões continentais, como o Brasil, não deveria ter política complementar de mercado interno.

Infelizmente não estamos diante da fuga de discussão acadêmica (o que em si já seria bastante grave) mas da recusa a examinar políticas das quais depende de maneira fundamental o desenvolvimento do país.

OBRAS CITADAS

Rodrik, Dani (1996) Understanding Economic Policy Reform, Journal of Economic Literature, março.

Freeman, Richard B. (1993) Labour Markets and Institutions in Economic Development, American Economic Review, maio.

Banco Mundial (1996) Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 1995, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro.

Batista, Chami e Winston Fritsch (1994) Dinâmica Recente das Exportações Brasileiras, Editora José Olympio, Rio de Janeiro.

Gonçalves, Reinaldo (1994) Ó Abre Alas, a Nova Inserção do Brasil na Economia Mundial, Relume Dumará, Rio de Janeiro.

Beaud, Michel (1989) L'Économie Mondiale dans les Années 80, La Decouverte, Paris.

CEPAL (1995) America Latina y el Caribe, Políticas para Mejorar la Inserción en la Economía Mundial, Nações Unidas, Santiago do Chile.

Krugman, Paul (1994) The Myth of Asian Miracle, Foreign Affairs, nov-dez.

Young, Alwyn (1995) The Tyranny of Numbers: Confronting the Statistical Realities of the East Asian Growth Experience Quarterly Journal of Economics.

Banco Mundial, The East Asian Miracle (1993) Economic Growth and Public Policy, New York.

Franco, Gustavo H.B. (1996) A Inserção Externa e o Desenvolvimento, (mimeo).

RESPONSABILIDADE E TEORIA DA JUSTIÇA CONTEMPORÂNEA

VICENTE BARRETTO*

O tema da teoria da justiça apresenta desafios hermenêuticos, que se iniciam com a própria definição do campo de investigação epistemológica em que deve ser situado. A literatura sobre o assunto apresenta uma gama de abordagens e diferentes graus de rigor conceitual a propósito do problema, o que torna difícil falar-se de uma teoria da justiça como sendo um conjunto de conhecimentos que apresentem uma unidade. As diferentes ciências humanas, nos últimos cinquenta anos, recuperaram a temática da justiça em virtude de três desafios históricos, que fizeram aflorar na consciência do homem ocidental interrogações sobre os problemas relativos aos valores, que durante décadas foram ignorados pelo pensamento filosófico e político.

O primeiro desses desafios resultou da crise do estado liberal e do seu fundamento filosófico, o individualismo; o segundo, foi consequência da crise da moral e do direito, categorias que na primeira metade do século XX tiveram questionados os seus próprios fundamentos, em virtude das duas grandes guerras mundiais; e, finalmente, o último desafio consistiu na crise evidenciada pelo fracasso das duas grandes experiências totalitárias, durante o século atual. Em todas essas crises, o tema da justiça surgiu, ora como categoria adjetiva na classificação das relações sociais, ora como uma teoria moral, que pudesse servir de processo racionalizador e justificador de modelos sociais e políticos.

Alguns autores, entretanto, procuraram desenvolver o tema com instrumental propriamente filosófico, resgatando suas características clássicas e suas dimensões universais. Encontra-se nesse caso Paul Ricoeur (Ricoeur, 1995). Na obra de Ricoeur, o tema da justiça pode ser analisado sob dois aspectos principais: em primeiro lugar, sob o ângulo do conceito da responsabilidade; e, no segundo aspecto, quando procura, principalmente ao dialogar com John Rawls, estabelecer as bases conceituais de uma teoria da justiça que se diferencie

* Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UERJ.

do pensamento, tanto de Rawls quanto dos comunitários norte-americanos, como Alasdair MacIntyre.

O conceito de responsabilidade, desenvolvido pelo filósofo francês, possibilita — como pretendemos demonstrar a seguir — uma abordagem original da teoria da justiça. A concepção de responsabilidade irá caracterizar a posição de Ricoeur, pois em torno dela pode-se estabelecer uma ponte entre os valores morais e o “espaço público” (Hannah Arendt, 1971:22-78). Para o pleno entendimento do conceito de responsabilidade e suas conseqüências para uma nova teoria da justiça, torna-se necessário que se leve em conta a pergunta feita por Ricoeur e que serve de patamar inicial para a sua reflexão: quem é o sujeito de direito?

A tradição do dogmatismo jurídico define o sujeito de direito como a pessoa física ou jurídica capaz de assumir direitos e obrigações, definidos previamente em lei. Ricoeur não considera essa conceituação como suficiente para a construção de uma teoria da responsabilidade, que atenda às exigências da cultura cívica contemporânea; procura, então, demonstrar como o *aggiornamento* da idéia de responsabilidade exige que se investigue a especificidade do sujeito de direito no plano antropológico, o que permitirá uma visão mais objetiva da questão da responsabilidade (Ricoeur, 1995). O sujeito de direito do ponto de vista antropológico é o sujeito digno de respeito e que se caracteriza por diferentes tipos de capacidade. No entendimento de Ricoeur, essas capacidades do sujeito de direito podem ser determinadas, não exclusivamente em razão do estabelecido no texto da lei positiva, mas em função da resposta que se dê à questão mais geral: a quem a ação humana pode ser imputada? O conceito de responsabilidade, portanto, por sua própria natureza encontra-se vinculado a questões relacionadas com a evolução moral do homem. Pode-se mesmo afirmar que o exame do problema da responsabilidade permite que se acompanhe o lento evoluir da consciência do ser humano no sentido de um maior aperfeiçoamento, processo esse que se constata historicamente, no momento em que o homem dá o passo decisivo no seu aperfeiçoamento moral ao substituir os procedimentos de vingança pelas exigências mais complexas de justiça, como forma de reparação dos danos sofridos. Esse momento da história da humanidade representa na história da justiça a superação da fase da culpa grupal e a inauguração do período da personalização da responsabilidade, definida em função de referências morais, vale dizer, referências que supõem a aceitação do outro enquanto finalidade em si mesmo, e não mais como conseqüência de um sistema de direitos e obrigações pré-definidos.

Nesse sentido, a reflexão de Ricoeur vai de encontro às preocupações de alguns poucos teóricos do direito, que perceberam a insuficiência da resposta dogmática clássica para os problemas concretos suscitados nas três crises acima referidas; civilistas perceberam as “transformações da responsabilidade” (Hus-

son, 1947) no âmbito do direito moderno, mostrando como a concepção de responsabilidade, herdada do direito romano, através do Código de Napoleão, não conseguia responder aos desafios sociais e econômicos surgidos na sociedade pluralista e democrática do mundo contemporâneo. A chamada crise do direito contemporâneo pode ser vista, sob esse ângulo, como sendo, antes de tudo, uma crise do conceito fundamental da responsabilidade, que se evidencia nas aporias encontradas pela teoria do direito na tentativa de empregar um velho conceito na solução dos novos e complexos problemas da pós-modernidade. A solução para essa crise conceitual, entretanto, será procurada por Ricoeur, examinando o problema da responsabilidade, fora, no entanto, do âmbito restrito da dogmática jurídica. A responsabilidade adquire, na concepção de Ricoeur, a posição de um dos vetores essenciais na construção de uma ordem justa, e, portanto, somente adquire sentido no quadro de uma reflexão moral, para que possa, inclusive, servir como instituto jurídico.

O filósofo francês propõe que em função da resposta dada à pergunta quem é o responsável? — pode-se sistematizar, em duas grandes tradições, o pensamento político dos dois últimos séculos. A primeira, privilegia o indivíduo face ao Estado, sendo que, em conseqüência, os direitos do homem passam a representar direitos do homem enquanto homem e não como membro de uma sociedade política, concebida como fonte de direitos positivos. O liberalismo ultra-individualista expressa essa concepção antropológica do indivíduo, que seria, por sua própria natureza, um sujeito de direito completo. Abstrai-se, assim, a dimensão histórica da vida humana, reduzindo-a somente ao exercício de capacidades previamente existentes no estado pré-político. O responsável será aquele que manifestou a sua vontade livre, assumindo as conseqüências dessa manifestação de vontade no quadro da lei, que na teoria do estado liberal tem a função de defender e garantir principalmente os direitos naturais, anteriores ao pacto político. Esse conceito de responsabilidade individual, no direito do estado liberal, estabelece o núcleo em torno do qual serão reguladas as relações contratuais no seio da sociedade liberal-burguesa.

A segunda tradição deita suas raízes na constatação de que existe uma diferença entre a idéia de capacidade jurídica e as reais possibilidades de realização do ser humano. Ambas as tradições, ao ver de Ricoeur, representaram etapas na história do pensamento liberal. A primeira, considera o indivíduo como sujeito de direito acabado ao entrar na relação contratual e, portanto, capaz de assegurar os direitos fundamentais que traz consigo do estado de natureza: direitos naturais em troca de segurança na teoria de Hobbes, da civilidade na teoria de Rousseau e da cidadania na teoria de Kant. Precisamente, por ter direitos inatos, que não necessitam de nenhuma intermediação para serem implementados, os indivíduos participam da sociedade civil de modo aleatório. Esse entendimento da natureza da sociedade civil perpassa diferentes

versões do liberalismo, desde os individualistas radicais até as formas de comunitarismo do pensamento anglo-saxônico contemporâneo.

O pensamento de Ricoeur situa-se na segunda vertente do pensamento liberal, pois procura demonstrar como sem a mediação institucional o indivíduo não é mais do que “um resumo de homem” (Ricoeur, 1995: 39), vale dizer, um ser dotado de capacidades formais, mas que não realiza essas capacidades na história. Para a realização de sua plena capacidade, o indivíduo necessita de canais de intermediação, que lhe serão asseguradas pelo corpo político. No entanto, a estruturação da cidadania, como o mais alto grau de participação do indivíduo no espaço público, somente será possível em função da aceitação de direitos e obrigações, que se realizam a nível individual e coletivo. A operacionalização dos termos do contrato social supõe, entretanto, o emprego do conceito de responsabilidade. Em torno desse conceito, Ricoeur pretende desenvolver uma concepção mais abrangente, que supere a definição encontrada nos manuais de direito civil e permita fixá-lo como fundamento moral de uma ordem jurídica mais justa.

A análise de Ricoeur desenvolve-se, no primeiro momento, levando em consideração o conceito jurídico clássico de responsabilidade e nele investigando o conceito fundador, que se situa no campo da filosofia moral. No segundo momento, Ricoeur faz o caminho inverso, partindo do conceito jurídico e constatando as interpretações, que tornaram a noção de responsabilidade desenraizada no mundo contemporâneo. O conceito clássico de responsabilidade apresenta no direito duas variantes: a primeira, no direito civil, onde a responsabilidade é definida como sendo a obrigação de reparar o prejuízo causado por falta pessoal e em certos casos determinados em lei; a segunda vertente, no direito penal, define a responsabilidade como a obrigação de receber a punição em razão de atos delituosos. Ricoeur mostra como esse sentido preciso do termo na linguagem jurídica não repercute na linguagem corrente, onde a palavra é empregada de forma imprecisa e abrangente, abarcando diferentes tipos de situações, que não são necessariamente jurídicas. No entanto, apesar de toda essa elasticidade no seu emprego, a palavra responsabilidade conserva uma referência comum à obrigação, que, na frase de Ricoeur, excede o quadro da reparação civil e da punição penal.

Na filosofia moral contemporânea a expressão responsabilidade aparece, por sua vez, como tema central no pensamento de diversos autores. Hans Jonas (1995) consagra o “princípio responsabilidade”, H.A.Hart (1970) analisa as raízes morais da punição e suas relações com a questão da responsabilidade; Ronald Dworkin (1995) refere-se à responsabilidade coletiva; Jean-Marie Domenach (1994) situa o conceito de responsabilidade como o fundamento de uma nova civilidade. Como escreveu Henri Batifol (1977:1), a responsabilidade coloca questões de ordem filosófica, que ultrapassam as possibilidades da teoria

jurídica, pois trata-se de uma noção que transborda o direito, é a noção jurídica que, no entanto, supõe antes de tudo a idéia de liberdade.

Ricoeur procura reformular o conceito jurídico e o conceito moral de responsabilidade, tendo em vista a realidade social e econômica do final do século XX. Do ponto de vista da teoria do direito, a responsabilidade civil perdeu o seu caráter de punição do culpado, dando lugar ao que o autor francês chamou de “responsabilidade sem culpa” (Ricoeur, 1995: 58), fundamentada na idéia da solidariedade, mais do que na necessidade de punição, que se restringe ao objetivo da segurança social. Em consequência, a imputação da responsabilidade, que no passado restringia-se ao autor do ato imputável, na atualidade volta-se para a vítima, privilegiando-a e garantindo-lhe o direito de indenização. Essa mutação na ênfase da idéia de responsabilidade jurídica expressa a repercussão no campo da teoria do direito de uma transformação no conceito moral de responsabilidade.

Enquanto no plano jurídico, o autor é o responsável pelos efeitos de sua ação, no plano moral o autor é responsável, preliminarmente, por uma outra pessoa. Desloca-se, portanto, o foco da responsabilidade daquele que é responsável pela ação para um novo objeto, vale dizer, aquele que é vítima da ação; não se fala mais em culpa e por via de consequência de responsabilidade pessoal, mas da responsabilidade face ao outro. Nesse quadro moral é que se pode enquadrar a responsabilidade moral de uma geração para a outra, uma responsabilidade que não se personaliza, mas que, na expressão de Ricoeur, se inflaciona. Todas as questões relativas ao meio ambiente, engenharia genética e energia nuclear, por exemplo, somente podem ser interpretadas sob esse ângulo.

Essa nova idéia da responsabilidade traz consigo três tipos de dificuldades, que, ao serem analisadas, permitem estabelecer uma ponte entre a teoria moral e jurídica da responsabilidade e as teorias contemporâneas da justiça. Ricoeur propõe três tipos de aporias: a nova idéia de responsabilidade torna difícil identificar o autor do ato; uma segunda dificuldade, tem a ver com a determinação no espaço e no tempo de uma responsabilidade que possa ser assumida por autores identificáveis o que remete para as dimensões planetárias e cósmicas em que vive o homem contemporâneo; finalmente, como assegurar uma reparação quando não existe uma relação de causa e efeito objetiva entre o autor do ato e as suas vítimas. Vemos como a teoria da responsabilidade na sua formulação clássica não consegue responder às indagações da sociedade contemporânea, exigindo uma reelaboração conceitual do termo.

As três aporias acima elencadas tiveram na teoria clássica respostas diretas e imediatas. No que se refere à identificação do responsável pela ação, o direito civil estabelecia uma relação de causa e efeito entre a ação e os seus efeitos danosos. A complexidade das relações sociais contemporâneas, entretanto, fez com que essa idéia da individualização da responsabilidade em muitas situações

tenha-se tornado problemática pois a vida cotidiana constitui-se de uma infinidade de pequenos atos, micro-decisões, que se processam dentro de estruturas impessoais e imensas, como o sistema ecológico, a burocracia, tanto estatal, quanto privada, e a rede do sistema financeiro, provocando o surgimento da figura jurídica, ainda pouco estudada, da responsabilidade anônima. No que se refere às repercussões da responsabilidade no tempo e espaço, Ricoeur recorda a observação de Kant, de que a cadeia dos efeitos empíricos de nossos atos é virtualmente infinita. Essa observação adapta-se com perfeição aos tempos modernos, onde as decisões adquirem uma escala cósmica e cujas conseqüências poderão prolongar-se por séculos. Como fica a idéia de reparação quando não existe relação objetivada entre o autor ou os autores de atos delituosos e as vítimas, desaparecendo aquilo que os juristas chamam de nexos de causalidade?

Nesse contexto é que se pode inserir a reflexão sobre a justiça, trazendo para a análise do tema as reflexões de Ricoeur sobre o conceito de responsabilidade. Na medida em que os conceitos jurídico e moral de responsabilidade tornam-se insuficientes na sua moldura clássica para solucionar os problemas da sociedade complexa e pluralista, torna-se evidente a necessidade de serem repensados. Do ponto de vista jurídico, procurou-se substituir a idéia da falta e conseqüente pena, em virtude da própria impossibilidade objetiva de determiná-las, pela idéia do risco e conseqüente pagamento de seguro. Essa noção aparentemente simples, que se encontra na base dos sistemas securitários da atualidade, permitiu que as questões referentes à justiça fossem encaradas de outro modo. Alguns autores, como por exemplo, François Ewald (1996), sustentam mesmo que, enquanto a idéia de responsabilidade individual constituiu para o estado liberal o princípio da sua regulação social, política e econômica, a idéia de solidariedade servirá como o núcleo moral e jurídico do estado do bem-estar social.

Corre-se, entretanto, o risco do direito e da moral procurarem superar as deficiências encontradas pela teoria clássica da responsabilidade, ao lidar com os problemas da atualidade, através de uma desculpabilização individual absoluta, tendo como conseqüência o surgimento de uma sociedade de vítimas, em busca de culpados institucionais e de indenizações para compensar situações socialmente injustas. Trata-se então de reavaliar a idéia de que a responsabilidade nasce na obrigação moral individual e de que se realiza exclusivamente no campo de uma relação intersubjetiva, onde poderia ser determinada a relação de causa e efeito entre o ato, o agente e a vítima.

A proposta de Ricoeur pretende dar ao problema uma orientação prospectiva, onde a idéia da prevenção de danos futuros será agregada a de reparação de danos provocados (1995: 56). Em função dessa idéia agregadora teremos novas respostas às aporias acima referidas, que permitirão por sua vez um novo entendimento da natureza da justiça. O sujeito da responsabilidade será como

na teoria clássica o causador do dano, sendo considerado de forma indivisa as pessoas individualmente consideradas e os sistemas nos quais os indivíduos atuam. Quanto à segunda aporia, relativa aos nossos atos em dimensão planetária e repercutindo nas gerações futuras, Ricoeur propõe a elaboração de um novo imperativo categórico, que nos obrigue a agir de tal forma que seja garantida, depois da nossa existência, a continuação da vida de outros seres humanos. O segundo imperativo kantiano desdobra-se, assim, para além da relação intersubjetiva, aplicando-se não somente aqui e agora, mas fazendo com que o agente considere as repercussões de sua ação, também no futuro.

A resposta à terceira aporia é que permite a introdução da idéia de solidariedade na reflexão de Ricoeur. O filósofo francês emprega a distinção entre efeitos pretendidos da ação e efeitos não pretendidos ou previstos; alguns sociólogos (Boudon, 1977) chamam esses efeitos de perversos, pois são conseqüência de ações públicas que se destinavam a solucionar problemas e não criá-los. A questão para Ricoeur consiste em distinguir na ação humana dois tipos de atitude moral: o primeiro, atribuindo à boa intenção ou boa vontade a razão suficiente para que se desculpem todas as conseqüências danosas; é a clássica atitude dos radicalismos contemporâneos, onde as boas causas terminam por justificar a negação dos bons objetivos. Por outro lado, escreve Ricoeur, a assunção de todas as conseqüências de forma indiscriminada torna o agente, no limite, totalmente irresponsável. Esse fatalismo encontra sua expressão na denúncia do mote terrorista: “Todos são responsáveis por tudo e culpáveis de tudo!”

A solução de Ricoeur para o problema da responsabilidade no tempo parte da aceitação do fato de que não é suficiente a extensão do imperativo kantiano às gerações futuras, isto porque a vontade do homem tem sua origem no foro interior da pessoa, mas realiza-se através de atos que, como ensinou Hegel, introduzem “uma mudança nesta existência dada e a vontade é responsável na medida em que a realidade modificada contém o predicado abstrato de ser meu” (*Princípios da filosofia do direito*, § 115). Em conseqüência, escreve Ricoeur, a ação humana somente será possível quando for considerada a dimensão das suas conseqüências previsíveis e, ao mesmo tempo, contemplar uma visão de longo alcance: “a completa negligência dos efeitos laterais da ação torna-a desonesta, mas uma responsabilidade ilimitada torna a ação impossível” (Ricoeur, 1995: 68).

A contribuição de Ricoeur para a teoria contemporânea da justiça talvez consista na possibilidade de aplicação do conceito de responsabilidade em sua dupla dimensão ao tema. A mais relevante elaboração teórica sobre a questão, encontrada na obra de John Rawls (1972), propõe um modelo procedimental que, na análise de Ricoeur (1995: 71-120), procura articular uma perspectiva deontológica com uma perspectiva contratualista. Mas, exatamente, o caráter

formal da teoria da justiça de Rawls faz com que os dois princípios da justiça — que seriam, nas palavras do seu formulador, “um ponto arquimediano para avaliar as instituições existentes, bem como os desejos e aspirações por elas produzidas” (Rawls, 1972: 520) — necessitem de conteúdos jurídicos para que possam ser aplicados. Torna-se, assim, necessária a construção de novos conteúdos jurídicos que não podem, entretanto, ser aqueles estabelecidos na teoria geral do direito civil clássico.

O conceito de responsabilidade de Ricoeur talvez sirva para que se possa fazer a ponte entre o moral e o político, onde uma concepção do homem e da sociedade, que contemple o individual e o coletivo de forma integral, seja o conceito fundador da ordem jurídica. O princípio da solidariedade ganha, assim, um conteúdo jurídico, pois é em função dele que o outro surge como uma pessoa com finalidades em si mesma, que serão garantidas pela ordem jurídica, que deixa de ser estritamente individualista e incorpora a dimensão da pessoa como membro de uma coletividade e, portanto, sujeito também da vontade coletiva. Não se pode deixar de levar em consideração o fato de que a própria crise da teoria da responsabilidade clássica foi provocada por novas realidades sociais e econômicas, que exigem a reavaliação da ordem jurídica individualista da sociedade liberal-burguesa.

Os dois princípios de Rawls não são suficientes para a crítica da ordem jurídica existente, sob o ponto de vista da teoria da justiça, pois não contemplam precisamente a dimensão da responsabilidade do indivíduo e das instituições. Esses princípios servem como instrumentos heurísticos, mas necessitam de uma complementação que lhes dê substância e que possam assegurar, em última análise, a proposta implícita na teoria da justiça de Rawls.

Bibliografia

- Arendt, Hannah, *The Human Condition*. Chicago, The University of Chicago Press, 1971.
- Batifol, Henri, “Preface”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1977, tome 22.
- Boudon, Raymond, *Efeitos Perversos e Ordem Social*, trad. bras., Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1979.
- Domenach, Jean-Marie, *La responsabilité*, Paris, Hatier, 1994.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1995.
- Ewald, François, *Histoire de l'État Providence*, Paris, Grasset, 1996.
- Harl, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1970.

- Husson, Léon, *Les Transformations de la Responsabilité*, Paris, Presses Universitaires de France, 1947.
- Jonas, Hans, *Le Principe Responsabilité*, Paris, Les Éditions du Cerf, 1995.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1972.
- Ricoeur, Paul, *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995.

MARX E A EPISTEMOLOGIA JURÍDICA CRÍTICA

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO*

Como já deve ser do conhecimento geral dos estudiosos do direito, houve um momento em que a teoria jurídica formalista, aferrada a um positivismo normativista, para não dizer mesmo legalista, se viu forçada a ceder à “revolta dos fatos”, abdicando de se manter ocupada apenas com a construção de uma sistemática conceitual abstrata, voltada para a manutenção da harmonia e coerência da ordem jurídica. Surgem, então, em vários países, realismos jurídicos, escolas de cunho sociológico, preocupadas com o respeito à inserção do direito e de seu conhecimento na realidade social. Muito antes, porém, já houvera MARX inaugurado uma abordagem desse tipo do direito, em escritos da primeira fase de seu pensamento, quando os estudos de economia política ainda não se colocavam no centro de suas preocupações. Não se pode, contudo, deixar de reconhecer uma diferença essencial entre a abordagem marxista das diversas versões de realismo e sociologismo jurídicos, em que pese a coincidência de ambas no tratamento das questões do direito como questões sociais. Essa diferença pode ser bem compreendida considerando que a primeira se estearia numa concepção da sociedade baseada no que se pode chamar um “modelo de conflito”, ao passo que as demais seriam fiéis ao modelo oposto, “modelo integrante ou de equilíbrio”, havendo, no primeiro caso, um comprometimento com a modificação da realidade social, como resultado do esforço de conhecê-la, enquanto no segundo modelo o engajamento se faz no sentido de manutenção da ordem social que se estuda.¹

Nesse sentido, pretendo sustentar que a contribuição de MARX para a epistemologia jurídica há de ser necessariamente apropriada por quem inten-

¹ Cf., a propósito, meu trabalho “A evolução científica do direito”, in *Estudos Jurídicos*, Imprensa Oficial do Ceará, Fortaleza, 1985, pp. 9 ss., e ROBERTO LYRA FILHO, “A Filosofia Jurídica nos EUA: revisão crítica”, Fabris, Porto Alegre, 1977, pp. 55, 77, *passim*.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

cione fazer um estudo científico do direito, o que significa o mesmo que se referir a quem tem por intenção fazer um estudo (científico) do direito com um sentido emancipatório, pois o ideal científico implica necessariamente na exposição e crítica do conhecimento dado, bem como na promoção do gênero humano a um estado mais liberto das circunstâncias adversas que o afligem.

Vou me ocupar em seguida da reconstrução de uma teoria da ciência do direito de corte estritamente marxiano, ou seja, levando em conta elementos fornecidos exclusivamente por MARX, em um período de seu pensamento, logo no início, antes dele dedicar a maior parte de seus esforços teóricos à economia política.

Para tanto, vou me valer dos resultados de pesquisa empreendida pelo filósofo do direito e “*brasilianist*” alemão, professor da Universidade de Frankfurt am Main, Dr. WOLF PAUL.² Essa pesquisa, apesar de feita já há vinte anos, ainda é pouco conhecida no Brasil. Agora, parece ter-se apresentado um momento mais propício para tomarmos contato com seus resultados, com a eclosão de movimentos como o do Direito Alternativo. A conclusão a que se chega vai então coincidir com teses difundidas por epígonos desse movimento, como OSCAR CORREAS³ e EDMUNDO LIMA DE ARRUDA JR.,⁴ quanto à relevância, na atualidade, do aspecto epistemológico-jurídico do pensamento marxiano.

A contribuição de MARX para a teoria epistemológica do direito se dá a partir da crítica a que submete o modelo de ciência proposto, pioneiramente, na chamada “Escola Histórica do Direito”, cujo representante máximo vinha a ser um ex-professor seu, na Faculdade de Direito da Universidade de Berlim, F. K. VON SAVIGNY. É claro que, como já se pode antever, ao explorar essa perspectiva, logo nos depararemos com uma questão bastante tormentosa: a teoria da ciência do direito de MARX traria uma contribuição para a expansão do paradigma científico jurídico, o modelo dogmático de estudo do direito, ou na verdade, o que MARX vai propor não chega a configurar *uma ciência jurídica alternativa*, uma ruptura do paradigma dominante. Bem, antes de decidir sobre a compatibilidade entre a teoria do direito marxiana e aquela tradicional, examinemos o procedimento adotado por MARX ao tratar com a dogmática jurídica, com o caso, por ele analisado, do roubo de lenhas.

2 Cf. “*Marxistische Rechtstheorie als Kritik des Rechts*”, Diss., Frankfurt am Main, 1974, esp. pp. 90 ss.

3 Cf. “*Marxismo y derecho en America Latina, hoy*”, in *Revista de Direito Alternativo*, n. 2, São Paulo, 1992, p. 146.

4 Cf. “*Marxismo e Direito: alguns apontamentos*”, in Id., *Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*, Acadêmica, São Paulo, 1993, p. 90.

Trata-se de assunto que viria a ser regulado por uma das leis produzidas pelo então “Ministro para Legislação” da Prússia, ninguém menos que VON SAVIGNY, que se notabilizou por sua defesa do direito costumeiro, contra “a vocação de nosso tempo para a legislação”. A idéia de MARX era, a partir da análise de um problema concreto — a colheita de pedaços de madeira, caídas, nas florestas à beira do Reno —, examinar o tratamento legislativo a ser dado ao assunto em projeto de lei, que passava a considerar como *roubo* de lenha esse fato, prevendo pena de multa ou trabalhos forçados, prestados ao dono da floresta, por quem praticasse tal ato.

Em primeiro lugar, não se dá como aceita de antemão a compatibilidade de semelhante lei com a ordem jurídica, pelo simples fato de emanar de um poder autorizado para produzir tal norma. E se hoje isso nos parece trivial, à época não o era, tendo sido feito por MARX graças à postura crítica, negadora do que é dado, própria do método dialético, por ele adotado. Com o distanciamento da perspectiva formalista, dogmática — pela qual não importa que conteúdo esteja vertido na forma da lei, essa terá validade jurídica —, MARX vai se negar a ver como fatos idênticos e, sequer assemelhados, o roubo de lenha, através do corte de árvores, e a simples colheita de galhos caídos no chão, para fazer o fogo, absolutamente necessário à sobrevivência de um camponês, na Alemanha. MARX vê aí um atentado insuportável ao “princípio da adequação e verdade”, ao qual deve se submeter também o direito, por mais que utilize ficções, analogias e outros artifícios para cumprir a função que lhe é própria. MARX vai com isso reportar-se a um *topos* argumentativo, que foi colocado no centro das discussões com o chamado *renascimento do jusnaturalismo*, no segundo pós-guerra, e depois, na década de 70, com a teoria crítica do Direito: aquele de *natureza das coisas*.

O Direito tem aí um limite à manipulação de conceitos, visando subsumir fatos concretos das hipóteses legais abstratas. Não é da natureza jurídica das coisas equiparar roubo de lenha com colheita de galhos, e a lei não pode pretender alterar essa natureza das coisas, mas sim conformar-se a ela, sob pena de se tornar *uma lei mentirosa, falsa*, pois leva ao que MONTESQUIEU chamou de “*corruption du droit par la loi*”. Chega-se, assim, a produzir-se um *ilícito legal (gesetzliches Unrecht)*.

Um segundo ponto, assinalado por MARX, analisando o caso do ponto de vista estritamente jurídico, é o de que se transpõe uma medida sancionadora, a pena — e uma pena de trabalhos forçados, que se aplica sobre a pessoa do imputado, e não sobre o seu patrimônio —, do campo do direito público para aquele das relações jurídicas privadas. A própria multa, que se colocou como alternativa, vai para o particular, supostamente ofendido em seu direito de propriedade, e não para os cofres públicos. Verifica-se, assim, o que ele chama de uma “*jurisdição patrimonial*”, para defender não os interesses públicos,

como deve ser, mas sim aqueles privados, de natureza patrimonial. Isso é a negação, pelo Estado, de si próprio; um suicídio, como diz MARX, pois rompe com princípios fundamentais do Estado de Direito, como a isonomia e a generalidade das leis.

Um terceiro ponto, levantado por MARX, é o de que havia um costume estabelecido de recolher esses galhos livremente e, logo, um *direito consuetudinário* a fazê-lo, que foi simplesmente ignorado — e justamente por quem defendia uma concepção, como a da *Escola Histórica*, que toma o costume como fonte primária do direito, à qual a legislação e doutrina caberiam apenas explicitar. Aqui, MARX se depara com uma contradição flagrante entre teoria e prática, fundada nos interesses de classe do teórico — no caso, um aristocrata, VON SAVIGNY. Daí é que ele vai apontar para a necessidade imperiosa de se realizar uma *crítica da ideologia*, que mostra contradições entre a prática de alguém e sua própria concepção de mundo.

A próxima etapa do procedimento marxiano de análise crítica do direito vai ser então aquela em que desvenda, por trás do princípio legal das consequências jurídicas de um fato, um interesse querendo se impor a outro, um *interesse patrimonial* preponderando sobre *interesses vitais do ser humano*, do próprio gênero humano, cuja emancipação, segundo um *topos* argumentativo extraído da filosofia hegeliana — e já renunciado por KANT —, é a própria tendência da “*Weltbürgerlichen Gesellschaft*”, da sociedade civil universal.

MARX, nesse contexto, vai referir seguidamente a um outro *topos*, que ocupa lugar central na moderna teoria da argumentação, tal como é desenvolvida por ROBERT ALEXY e outros,⁵ a partir do que propõe um dos mais recentes modelos de ciência jurídica: trata-se do *topos* da “*proporcionalidade*”.⁶ É desproporcional o sacrifício a que, no caso concreto examinado, se submete o interesse fundamental da classe desfavorecida em garantir sua subsistência, em nome do atendimento ao interesse particular do proprietário da floresta em manter o seu patrimônio.

Eis que, resumindo, o projeto de lei, que criminaliza a colheita de galhos nas florestas prussianas, fere princípios jurídicos fundamentais do Estado de Direito, tal como a igualdade perante as leis e a generalidade das mesmas, bem como princípios de racionalidade e de humanidade, donde se poder afirmar que,

5 Cf., v.g., W. KRAWIETZ et al., “*Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*”, Duncker & Humblot, Berlin, 1979; Id./ R. ALEXY, “*Metatheorie juristischer Argumentation*”, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.

6 Cf. WILLIS S. GUERRA FILHO, “*O Princípio Constitucional da Proporcionalidade*”, in Id., *Ensaio de Teoria Constitucional*, Imprensa Universitária (UFC), Fortaleza, 1989, pp. 69 ss.

uma vez aprovada essa lei, ela estaria ferindo, assim, mais do que princípios de direitos, verdadeiros axiomas, em que se funda uma ordem jurídica.

Após lançar tantos elementos para renovação epistemológica do direito, os quais, se não romperam o paradigma em evolução desde a Roma Antiga, dessa ciência, muito o ampliaram, pois foram depois retomados pelas mais diversas linhas de pensamento na ciência jurídica, desde a “*jurisprudência dos interesses*”, pronunciada já no pensamento tardio de JHERING, até a atual “*jurisprudência das valorações*”; a tópica de VIEHWEG, ou o “*modelo tridimensional*” de DREIER/ALEXY. Pois bem, após ter concebido, na prática de uma interpretação crítica, fazendo um estudo de caso, um procedimento capaz de *desdogmatizar* o sistema jurídico, tornando-o aberto, e não mais fechado, imune a críticas; algo absolutamente necessário ao pensamento científico; feito isso, MARX não prossegue seus estudos de direito, pois teria se deparado com uma tarefa prévia: a pesquisa daquele setor da vida humana em sociedade em que se dá o conflito daqueles interesses, de que as leis são a expressão, realizando-os ou obstaculizando-os, por ser um conflito gerado pela impossibilidade de se atender às necessidades das pessoas em geral na fruição de certos bens. MARX vai então se dedicar à pesquisa da *base* sob a qual se sustentam as representações ideais, como o direito, a base material, econômica, onde se produz e reproduz a vida em sociedade. A partir daí, no contexto de uma pesquisa que não era jurídica, mas que dizia respeito também ao jurídico, vão surgir colocações marxianas sobre o direito que servirão de fundamento a alegações de uma postura cientificista, mecanicista e positivista de sua parte, por tentar explicar os fenômenos jurídicos a partir do fenômeno econômico, tal como ele o descrevia. Essa crítica vem amparada, em grande parte, em desenvolvimentos posteriores da doutrina marxista, devidos a outros teóricos, especialmente aqueles que estavam comprometidos com um Estado que pretendia realizar a *doutrina* política marxista, os quais terminaram ideologizando completamente a teoria do direito marxista, tornando-a tão ou mais dogmática do que aquela dita “*burguesa*”. Crítica da ideologia é a nossa garantia epistemológica maior, como nos ensinou o próprio MARX.

A proposta que se faz, então, é que se “*desconstrua*” o pensamento jurídico de corte marxista, retrocedendo à própria obra de MARX, e, dentro dela, ao período inicial, em que se dedicou especificamente a estudos sobre o direito. E depois, que se *reconstrua* essa teoria, fazendo o que MARX não teria tido tempo de fazer por ter necessitado dedicar o restante de sua vida concebendo uma teoria capaz de explicar e criticar o regime econômico capitalista, ou seja, que de posse dos resultados dessa pesquisa sobre a “*base econômica*”, que se retome o estudo do direito, inserindo-o em contexto social e vital concreto, para detectar, inclusive, a influência transformadora dele sobre aquela base. Trata-se de uma proposta que pode indicar um novo caminho para a pesquisa do direito,

a qual, sem deixar de ser “jurídica”, apresentaria uma forte conotação científico-social. Em sendo assim, aponta para uma possibilidade inexplorada também para a teoria sociológica do direito.

No panorama da atual teoria do direito, verifica-se, nos mais diversos países, “herdeiros” do tipo de abordagem inaugurado por Marx, com um tipo de pensamento que se denomina “crítico”, do qual se distingue aquele outro, também bastante praticado, dito “analítico”. O primeiro, defendido no Brasil pelo grupo formado na UnB em torno de ROBERTO LYRA Fº, a chamada “Nova Escola Jurídica Brasileira” e, individualmente, por teóricos como LUIZ FERNANDO COELHO, do Paraná, seria movido, nas palavras desse último, pelo intento de recusar o papel de legitimação da ordem jurídica, assumido pelas demais teorias, absorvidas por o que um outro jurista “crítico”, atuante no Brasil, o argentino LUIS ALBERTO WARAT, chamou de “senso comum teórico dos juristas”, para procurar inculcar na mentalidade jurídica, por natureza conservadora, um princípio de transformação, prospectivo.⁷ Nota-se, portanto, que um dos pontos centrais de preocupação do pensamento crítico seria exatamente com o papel desempenhado pelo estudioso do direito na configuração que seu objeto de estudo assume, na sociedade, considerando que, em última instância, é o jurista que cria o seu objeto de estudo do Direito. A teoria crítica, em sendo assim, põe em xeque não só a ordem jurídica estabelecida, mas também a própria atividade de conhecê-la, em harmonia com a ideologia a ela subjacente, tal como fariam teóricos não críticos. Nesse aspecto, cabe chamar a atenção para a importância, mesmo para quem adote a postura crítica, de conhecer o trabalho realizado por aquele que se dedica apenas a explicar a ordem jurídica, sem pretender alterá-la. Vale lembrar a esse respeito palavras do teórico espanhol JUAN RAMÓN CAPELLA, que com seu primeiro livro, “El derecho como lenguaje”, se projetou como expoente do pensamento jurídico analítico, convertendo-se posteriormente para a vertente crítica. Para ele, vivemos contemporaneamente imersos “en una espesa red de relaciones jurídicas”, cumprindo ao estudioso do direito “conocer esa red de relaciones para orientar-se dentro de ella”, para o que não se pode abdicar das contribuições da dogmática, da zetética, da analítica jurídica e das mais diversas fontes. Continua o A., dando o salto para a dimensão crítica — “pero cabe conorcela, además, para modificarla, para ponerla al servicio del hombre...”⁸

O crítico do direito, no nosso sentir, deve se preocupar em manter o diálogo com aqueles que não compartilham sua postura ideológica, “falando a mesma

7 Cf. L. F. COELHO, “Lógica jurídica e interpretação das leis”, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981. pp. 62-63; L. A. WARAT, “Mitos e teorias de interpretação da lei”, Porto Alegre, 1979, pp. 17 ss., *passim*.

8 “El derecho y la reflexión sobre el derecho”, in *Materiales para la crítica de la filosofía del Estado*, Barcelona, 1976, pp. 123/124, grifo do A.

língua”, para que seu trabalho venha efetivamente a ser incorporado no conjunto da produção teórica sobre o direito, também. Nos EUA, onde os estudos críticos já há duas décadas são florescentes, tendo como um dos principais incentivadores o brasileiro, professor em Harvard, ROBERTO MANGABEIRA UNGER, há um trabalho recente comparando esses estudos com os filmes do cineasta francês JEAN-LUC GODARD, alertando que, assim como esses filmes para muitos espectadores não são considerados como legítimos representantes da arte cinematográfica, também o trabalho dos “críticos”, por sua estranheza, podem não ser considerados como parte do acervo jurídico, como “Direito”.⁹

9 Cf. J. L. HARRISON & A. R. MASHBURN, “Jean-Luc Godard and Critical Legal Studies or because we need the eggs”, in *Michigan Law Review*, nº 87, 1989, pp. 1.924 ss. Para uma visão panorâmica do movimento crítico nos EUA, v., na mesma revista, nº 88, JOHN STICK, “Charting the development of Critical Legal Studies”, pp. 407 ss.

O PROFISSIONAL DO DIREITO E A SUPERAÇÃO DA CRISE ÉTICA*

PROF. GUSTAVO TEPEDINO**

Excelentíssimo Senhor Diretor, nosso Grande Diretor, Professor Antonio Celso Alves Pereira, que, com sua irresistível simpatia e inabalável fidalguia, tem me ensinado tanto, a cada dia, nessa nossa comum aventura acadêmica, ampliando os horizontes de nossa Faculdade e de nossa Universidade.

Colegas de Congregação,
Caríssimos pais, a quem especialmente parabeno nesta grande festa,
Minhas Senhoras, meus senhores
Meus diletos afilhados da Turma Desembargador Weber Martins Baptista,

Quer a tradição universitária que o paraninfo apresente as primeiras despedidas da academia aos novos bacharéis.

À responsabilidade da tarefa soma-se em mim a emoção inigualável de ter sido distinguido para o paraninfo pela primeira vez em minha vida, sabedor de que a homenagem não se pode atribuir aos méritos — escassos, bem o sabeis — do professor de direito civil, mas à seriedade de propósitos dos bacharelados: fostes sensíveis e extremamente dedicados, a ponto de perceber, em meio ao elevado nível de exigência do curso, às vezes implacável e penoso, o perfil de quem vos queria bem, o perfil de um padrinho. Soubestes delinear, com base nesses mesmos vínculos forjados na labuta e no esforço individual, as bases de uma convivência afetuosa, rica e promissora.

Desempenhávamos vós e eu papéis opostos, e nunca professor e alunos procuraram inverter esta sagrada diversidade de funções, indispensável à boa

* Discurso proferido pelo Paraninfo na colação de grau da turma Prof. Weber Martins Baptista, Faculdade de Direito, julho de 1994.

** Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

formação intelectual e pessoal que viestes buscar em nossa Universidade. Houvestes percebido tudo isso e foi, com profunda alegria, que vos vi florescendo, às vezes entusiasmados, às vezes introspectivos, tantas vezes discordando do professor, dando mostras, porém, a cada passo, da grandeza de espírito e da vocação de que sois dotados.

Esta mesma maturidade vos levou a eleger, como patrono, o Professor WEBER MARTINS BAPTISTA, dos mais respeitados processualistas penais brasileiros, julgador excepcional e, ainda de todas as suas virtudes, o professor exemplar, incapaz de ceder ou transigir quando estão em jogo os princípios que devem nortear a instituição universitária e a formação acadêmica. Fizestes-me compadre do Professor Weber, o que, para mim, significa uma ulterior homenagem.

Em período tão conturbado da vida mundial, confesso minha dificuldade para identificar quais os fatos no cenário nacional ou internacional que poderiam servir de ponto de reflexão sobre o momento presente.

O mundo parece viver, e o Brasil em particular, a paradoxal convivência do avanço tecnológico com o mais intenso e generalizado sofrimento da maior parte de seus habitantes, tornando inevitável o questionamento acerca da utilidade do progresso e das conquistas científicas.

Os jornais desta semana indicam certa cidade de Alagoas candidata a um recorde mundial em tempos de paz: Teotônio Vilela perde 360 de cada 1.000 de suas crianças antes do primeiro ano de vida. O comércio mais promissor da região tem sido a indústria de caixões infantis, a empenhar, no mais das vezes, toda a renda familiar e o sustento dos sobreviventes, as próximas vítimas desse medonho círculo vicioso.

Antonio Callado, recentemente, em artigo de jornal, registrava a criação, na Barra da Tijuca, de um sofisticadíssimo borboletário, o maior das Américas, sublinhando, sem qualquer apelo demagógico ou crítica à iniciativa ecológica, a contradição que representava, por si só, aquele vultoso investimento da Prefeitura, numa cidade em que a população juvenil não recebe um mínimo de atenção por parte do Poder Público, nesta Terra de Herodes em que as crianças morrem como borboletas.

Na cidade do Rio de Janeiro, onde 40% da população têm menos que 19 anos, torna-se sintomático que dos 160 juízos estabelecidos na Justiça Estadual somente duas varas sejam destinadas à infância e à Juventude, competentes para apreciar todos os conflitos mais complexos e variados que envolvem crianças e adolescentes, aí incluindo-se os processos de adoção, os de oferecimento de família substituta, bem como a aplicação de medidas sócio-educativas para os menores infratores.

A ciência mostra-se capaz de fabricar seres humanos em série, absolutamente iguais, através da assim denominada clonagem, investem-se milhões de

dólares na chamada reprodução assistida, ao mesmo tempo em que deixam morrer nossas crianças entregues impiedosamente à própria sorte.

Reedita-se a angústia do início dos anos quarenta, em que os funerais de Hiroshima atestaram o fracasso humanitário da revolução industrial, com suas conquistas espetaculares, motivo de orgulho e do sentimento de onipotência que inundou o espírito humano por quase um século.

O impacto da segunda guerra fez-se sentir como o limiar de um longo processo de impressionante contradição, entre a segurança proporcionada pelo modelo individualista do século XIX e a formação de bolsões de miseráveis, excluídos das benesses do desenvolvimento industrial.

A cultura do século passado refletia, nitidamente, a auto-estima e auto-confiança de gerações que viam, no desenvolvimento científico, a demonstração da ilimitada capacidade humana, cujos progressos ofereceriam os meios necessários para que o próprio homem construísse o seu destino e revertesse as injustiças sociais. Tais postulados adquiririam, no século passado, cores de verdadeira religião.

Esta estranha capacidade de convivência entre extremos — de um lado a cultura, o progresso e a riqueza; de outro, a ignorância e a pobreza — parece estar rediviva no momento em que a civilização humana atinge o seu mais alto grau de desenvolvimento, marcado pelo domínio da eletrônica, da química fina, da biotecnologia e da robótica.

A imprensa dá conta de que o homem acaba de conseguir a proeza de fotografar com detalhes impressionantes a colisão do cometa que, por esses dias, se espatifou em Júpiter, o mais extraordinário acontecimento cósmico dos últimos 300 anos; tornando-se inevitável pôr-se a questão: de que adiantam, afinal, a tecnologia e o progresso científico numa sociedade que não consegue refrear os índices de mortalidade infantil e de prostituição da juventude, do trabalho escravo, do desemprego, da fome e da mais completa marginalização de milhares de pessoas?

À dualidade das grandes contradições sociais, portanto, soma-se, à angústia do homem de hoje, o antagonismo entre o domínio da ciência e a incapacidade de superar as próprias limitações.

De certa maneira, foi um fato extremamente marcante, que provocou recentemente a comoção nacional, a trazer à baila mais claramente tal ambigüidade: a morte de Ayrton Senna acordou-nos, com o efeito simbólico de Hiroshima, para esta dualidade entre a alta tecnologia e a debilidade do homem. Mas o acidente do herói automobilístico serviu também, em certa medida, para demonstrar que podemos nos unir em torno de sentimentos, união que se repete no esporte e que pode perfeitamente ser canalizada para outros valores e ideais, atinentes a um modelo de sociedade mais justa e fraterna.

Talvez aí esteja, nesta evidente capacidade de mobilização (de nós brasileiros), a grande esperança de transformação social, a partir de uma gradual conscientização acerca dos referenciais éticos e culturais que devemos perseguir.

E, a despeito de toda essa terrível realidade social, a análise do momento presente e busca de um elemento capaz de caracterizá-lo trazem para mim motivo de otimismo.

Nota-se, nos jovens de hoje e, particularmente, em vós, novos bacharéis, uma sensibilidade aguçada para o sentido ético da atividade humana. Reflete-se mais e mais sobre o conformismo generalizado que, permeando os espíritos de gerações anteriores, permitiu que se forjassem padrões de conduta perigosamente dúcteis, capazes de justificar, sob o paradigma do costume difuso, atitudes lesivas aos valores e princípios essenciais à tradição ética judaico-cristã.

A crise econômica e política que continuamente vem estigmatizando as gerações nos últimos 30 anos, a partir da noite autoritária e obscura que se inicia em 31 de março de 1964, com o cerceamento da imprensa e de qualquer formulação crítica, foi o pano de fundo para o cúmplice e eloquente silêncio da sobrevivência a qualquer preço e do salve-se quem puder, expressões que pretendem caracterizar um processo de profundo egoísmo e deterioração moral que abalaram — eu não tenho dúvidas — a própria consciência comum de sucessivas gerações.

A falta de perspectivas na economia — onde a especulação financeira emerge como a grande fonte de enriquecimento em detrimento do trabalho e da indústria, aliada ao mau exemplo das classes dirigentes e à impunibilidade do ilícito — quando não, a sua premiação, com louvor —, eis a fórmula ideal para o desestímulo ao estudo e ao trabalho, alterando-se gradativamente os paradigmas dos jovens e o objeto de sua admiração. Associaram-se à inteligência e ao sucesso pessoal o ganhar dinheiro fácil, o não pagar impostos, o dribble à fiscalização — qual de nós já não ouviu, de um orador orgulhoso, a narrativa de tais proezas, como demonstração de sua astúcia e capacidade empresarial?

Em meio a tais evidências, abafadas por uma espécie de acordo tácito de não incomodar para não ser incomodado, o desrespeito ao próximo e aos idosos, bem como a falta de educação no trânsito e nas relações pessoais passaram a ser um mal menor, irrelevante, imperceptível. Tal o modelo de convivência social que foi se formando ao longo dos anos, estabelecendo as bases de uma sociedade realimentadora das práticas corruptas e corruptoras que se fizeram sentir no Brasil das últimas décadas.

A verdadeira crise, portanto, daqui e dali propalada, parece ser essencialmente ética, na medida em que a economia, a política e o direito se contaminam pelos vasos comunicantes dos costumes sociais.

Entretanto, o momento não é de pessimismo. Pelo contrário, um grande otimismo parece se justificar quando se percebe vosso inconformismo com os valores forjados pela cultura dominante, a busca de novos parâmetros éticos, o renascimento de um idealismo marcante nessa geração de moços, da qual sois vivo exemplo, meus queridos afilhados.

A geração dos cara-pintadas, como a imprensa vos designou no episódio do *impeachment* de Fernando Collor, carrega em si um enorme potencial de irrisignação e esperança, fazendo-nos acreditar na solução de tão graves problemas conjunturais e estruturais. Pois somente esse inconformismo, essa indignação, e a busca dos valores (mais recônditos), que portais de vossas famílias, podem fazer frente aos impasses da sociedade de hoje.

Aí está, talvez, o sinal distintivo a que acima aludi, capaz de vos identificar como a geração que vem se rebelando contra uma ordem iníqua que se parecia cristalizar nos costumes sociais, em meio a uma multidão de problemas e à crise institucional e econômica reinante, em relação à qual nem os avanços da ciência, nem a mais sofisticada tecnologia são capazes de debelar.

Não vos deixeis abater jamais. Vossa colação de grau representa, para nós, pais, mestres e amigos, momento de grande esperança. Equipara-se mesmo ao nascimento de um filho, espetáculo de vida que inspirou João Cabral de Melo Neto a responder a seu combalido personagem, Severino, o retirante, que indagava, diante de tantos reveses, “*se não vale mais saltar fora da ponte e da vida*”.

Ao que disse o poeta, vendo o nascer da criança:

“é difícil defender,
só com palavras a vida,
ainda mais quando ela é
esta que se vê, severina;
mas se responder não pude à pergunta que faz,
ela, a vida, a respondeu com sua presença viva.
E não há melhor resposta que o espetáculo da vida:
vê-la desfiar seu fio,
que também se chama vida,
ver a fábrica que ela mesma, teimosamente, se fabrica,
vê-la brotar como há pouco,
em nova vida explodida”.

Aliás, no idioma chinês, meus queridos afilhados, crise é uma palavra que se escreve através de dois ideogramas: perigo e oportunidade. Não há, de fato, crescimento sem crise. Não há êxito sem os riscos e a superação de obstáculos.

Talvez por serdes filhos de uma sociedade em crise, tereis a oportunidade de indicar os caminhos futuros de um Brasil melhor.

O importante, a meu ver, é que não se cometa o erro histórico de se desacreditar nas instituições democráticas, únicos pilares de uma sociedade estável e mais justa. De nada adiantou, para o Brasil, os atalhos oblíquos dos golpes autoritários que, a pretexto de sanearem a economia, recriaram castas de privilegiados, acobertados pelo silêncio da imprensa e do parlamento, propiciando renovadas, profusas e crescentes injustiças, agravando-se em muito nossos problemas econômicos e sociais.

Em grande parte, o aparente crescimento da corrupção que hoje se verifica nada mais é do que a demonstração da intensificação da punibilidade: os crimes aparecem e nos chegam aos olhos quando o aparelho estatal — com todas as suas deficiências — e o Poder Judiciário — com todas as suas limitações —, ajudados pela imprensa — ainda que com todos os seus excessos — conseguem identificá-los e aplicar-lhes sanção. Não sem razão ocorreu o *impeachment*, a cassação de inúmeros Deputados Federais bem como a prisão de um dos principais autores da rede de corrupção que se implantou no país. Não é também obra do acaso que temos hoje, no sistema prisional de nosso Estado, chefes de quadrilhas do “jogo do bicho”, bem como os advogados e o magistrado responsáveis pelo chamado rombo do INSS. Trata-se de réus poderosos e endinheirados que, sem a livre imprensa e a presença de instituições independentes, não teriam a sua punição levada a cabo.

O processo de depuração institucional é longo e nada retilíneo. Precedentes históricos e o recente exemplo italiano bem o demonstram. Mas somente com nossa própria e tão sofrida experiência poderemos amadurecer as Instituições e consolidar o modelo de sociedade que todos queremos.

Creio que da parte do operador do direito é indispensável uma mudança de atitude. Ele que é tradicionalmente formado para ser um conservador — na medida em que o conceito de paz social sempre se associou à preocupação de manter o *status quo* — precisa dar o seu grito de liberdade, em busca de uma maior efetividade na aplicação do direito, processo este que, ao contrário do que ensinava a escola clássica, não lhe pode ser jamais indiferente.

Para tanto, estai atentos, sobretudo, à dimensão humana de nossa profissão.

Pablo Picasso, em sua autobiografia, afirma que “nunca se é cuidadoso o bastante quando se trata da vida de outras pessoas”. “Quando eu era criança” — conta o gênio catalão —, “eu vi uma aranha prestes a matar um inseto, preso em sua teia”. Ato contínuo, pegou o menino pintor uma pedra e agiu, descobrindo, logo depois, “horrorizado, que acabara de matar os dois”.

A imagem me parece valiosa: não vos limiteis a uma atitude meramente técnica em vosso ofício e lembrai-vos sempre que os conflitos de interesses não

são estruturas abstratas, empenhando, ao revés, uma parcela de vida das pessoas envolvidas.

Sei que, por nossas tantas limitações, não logramos dar-vos a formação que amaríamos vos haver proporcionado. Entretanto, espero que possais perceber a dimensão dinâmica do direito, transformado, pelo Texto Constitucional, de elemento meramente repressivo e conservador em instrumento promocional, a serviço do homem.

Nesta direção, é preciso que encareis o papel do legislador e do operador do direito assim como Henrique V, no delicioso diálogo imortalizado por Shakespeare, em que o rei inglês, assim que conquista a França, pede em casamento a princesa Catarina, filha do Rei francês. Ajustado o enlace matrimonial, Henrique V requer da noiva um beijo, refutado prontamente pela princesa, sob o argumento de que, em França, não era costume as donzelas beijarem seus noivos antes do casamento. Ao que retrucou Henrique, convencendo definitivamente a futura esposa: “Oh Kate, os hábitos mais corretos fazem reverência ante grandes reis. Querida Kate, tu e eu não podemos ficar cerceados pelas fracas barreiras dos costumes de um país: *nós somos os criadores dos costumes*”.

Meus queridos afilhados: Tende em vós a consciência e a certeza de que podeis interferir na realidade social, valendo-vos da função promocional do direito assegurada pelo projeto constitucional. Desrespeitai os costumes; desrespeitai as convenções e desrespeitai as normas que não atendam à promoção da dignidade do homem. Valei-vos da ciência jurídica como instrumento de promoção da Justiça, voltada para a realização da personalidade humana. Superai os momentos da crise, enfrentando os perigos e não desperdiçando a oportunidade que a história vos oferece de transformar eticamente o nosso país:

Sois vós os criadores dos costumes!

Muito obrigado!

O PROFESSOR DE DIREITO*

RICARDO LOBO TORRES

Magnífico Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Magnífica Vice-Reitora da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Exmo. Sr. Diretor da Faculdade de Direito da UERJ
Exmos. Srs. Professores que compõem a Egrégia Congregação da Faculdade de Direito
Meus Colegas Professores
Minhas senhoras e meus senhores,

Coube-me a honra da indicação para, em nome dos professores titulares recém-concursados, expressar o nosso júbilo e orgulho pelo galardão conquistado e firmar publicamente, perante a Egrégia Congregação da Faculdade, as autoridades superiores da Universidade e a sociedade brasileira aqui representada, o compromisso de bem educar as novas gerações que acorrem a esta Casa em busca do saber jurídico.

A posse no cargo de Professor Titular desta Universidade exhibe o aspecto formal de assunção da mais alta responsabilidade na hierarquia da carreira do magistério superior, obtida através de concurso de provas e títulos. Denota, portanto, a adesão desta Faculdade ao critério do mérito para o preenchimento dos cargos públicos, sem o qual fracassa qualquer tentativa de melhorar o ensino jurídico no Brasil.

Mas tem, como conotação não menos importante, a de resultar de intenso debate acadêmico. Os concursos nas Faculdades de Direito perdem, cada vez mais, o aspecto de espetáculo social e de oportunidade para o exercício da autoridade no plano acadêmico, como ocorreu em memoráveis embates nas

* Discurso proferido, em 17.5.96, na solenidade de posse dos novos Professores Titulares da Faculdade de Direito da UERJ — Doutores João Paulo de Almeida Magalhães, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Carlos Roberto de Siqueira Castro e Ricardo Lobo Torres.

Faculdades de Direito do Recife, de São Paulo e do Rio de Janeiro, dos quais se gravaram na memória nacional, entre outros, os de Tobias Barreto, Silvio Romero, Leônidas de Resende e Miguel Reale. Hoje, depois da implantação dos cursos de mestrado e doutorado, os concursos perderam a atmosfera coimbrã e, à parte de se conservarem como instrumento de seleção de candidatos, transformaram-se em fórum de debates de idéias, num país que tem pouca tradição de controvérsia acadêmica e de crítica recíproca entre professores de direito sobre as respectivas produções intelectuais.

Por isso gostaria de aproveitar este momento significativo de conagração para procurar realçar alguns traços do perfil do professor de direito, que vem mudando rapidamente nos últimos anos, mercê do próprio progresso da ciência jurídica e das inovações tecnológicas. Parece-me que o professor de direito, que medita sobre a missão dos outros profissionais do direito, tem que proceder à auto-reflexão sobre o papel que exerce na sociedade sua contemporânea. Aliás, particularidade dos atores jurídicos é a de procederem à permanente reflexão sobre a própria atividade, o que faz com que reciprocamente se tematizem os professores de direito, os advogados e os juízes.

Ao professor de Direito, que não se confunde com o advogado, incumbe elaborar o discurso sobre a atuação dos que exercem aquela nobre profissão. Sobre a figura do advogado há extensa e antiga bibliografia, acrescida de lendas e caricaturas, e que abarca desde os que não lhe reconheciam o valor, como acontecia na idade média, em que se afirmava não ser o advogado bom cristão, e no pensamento iluminista português, que o reduzia ao papel de agente de engano e logro, até a doutrina dos liberais e de Kant, que lhe devotam grande respeito e admiração. De qualquer forma, hoje o extraordinário crescimento da relevância da advocacia como função auxiliar da justiça faz com que os limites, os objetivos e a fundamentação de sua competência no processo judicial e no próprio processo social se torne um dos temas permanentemente debatidos nesta Faculdade formadora de advogados. Mas, reciprocamente, têm eles participado da crítica ao ensino jurídico, por intermédio de colaborações da Ordem dos Advogados do Brasil de altíssimo valor.

Ao professor de Direito compete também tematizar e criticar o exercício da função judicial. Só o controle universitário da qualidade da jurisprudência dos tribunais pode se fazer de modo científico e imparcial, sem as banalidades da crítica jornalística e sem o interesse da que é promovida pelos advogados.

O papel do professor de direito, todavia, nem de longe tem recebido a atenção dos teóricos no mesmo compasso em que as funções do juiz e do advogado a têm despertado. Talvez por lhe competir, ainda que sem exclusividade, pensar sobre a sua atividade e proceder à autocrítica.

Incumbem ao professor de direito, precipuamente, as atividades de ensino e pesquisa. Pelo ensino transmite-se às novas gerações o saber acumulado pelas

que as antecederam. A pesquisa do direito, que consistirá fundamentalmente na criação de conhecimento novo, é atividade que se institucionaliza agora nas Faculdades de Direito, perdendo o cunho individualista e solitário de que era dotada.

O perfil do professor de Direito está em íntima conexão com a própria situação da ciência do direito do seu tempo.

Para não remontar a outras épocas, deve ser observado que durante todo o século XX a ciência do direito se debateu entre dois pólos nitidamente radicalizados, ambos de inspiração positivista. De um lado o formalismo normativista, à moda de Kelsen, com a prevalência da idéia da incomunicabilidade entre o ser e o dever ser e com o abandono da reflexão sobre a justiça e os direitos, expulsos para o mundo não-jurídico; de outra parte o positivismo sociológico e mecanicista, com a análise externa do direito e com o distanciamento dos juízos de valor, o que acabou por fragilizar a posição do jurista, passando para sociólogos e economistas, contraditoriamente, a orientação da vida social.

No ensino a influência de tal radicalização se fez sentir ou no preparo dos alunos segundo cânones formalistas, que procuravam simplesmente ensinar-lhes a proceder à subsunção do caso emergente na norma abstrata e que os tornava incapazes de raciocinar sem o texto do código à frente, ou pelo contrário, no encaminhamento dos discentes para a argumentação de cunho político, econômico ou sociológico, desvinculada dos pressupostos positivos do ordenamento. Essa situação não ocorreu apenas no Brasil; o professor Joachim Lang, da Universidade de Colônia, chegou a afirmar: “Como apenas se ensinou ao jurista alemão a aplicar a norma, mas não a elaborá-la, ele é capaz de praticar a subsunção, mas não a desenvolver os valores. Falta-lhe o apoio de um pensamento *de lege ferenda*, especialmente de um pensamento político-jurídico (possivelmente não ideológico) que equilibre as premissas da política jurídica (sociológica, econômica, cultural, etc.) com os princípios do Direito e que possa filtrar os elementos prejudiciais ao sistema jurídico, como a política do dia ou o projeto emotivo” (“Das Steuerrecht als Fach einer rechtswissenschaftlichen Ausbildung”. *Steuer und Wirtschaft* 1976, p. 80).

Na pesquisa, especialmente na organização dos mestrados e doutorados, a dicotomia se projetou para a distinção entre cursos dogmáticos e críticos. Aqueles procuravam desenvolver a ciência no sentido meramente normativista ou formalista, com a ênfase na subsunção e na atividade dos operadores do direito. A posição crítica, fundada em duvidosa interdisciplinaridade, caminhava para a crítica social de base científicista desvinculada do pensamento *de lege ferenda* e para a desconsideração dos aspectos operacionais do direito.

De uns anos a esta parte o panorama do pensamento jurídico vem se modificando sensivelmente. Alguns dados da realidade social e da nova condição do mundo contribuem para esse estado de espírito: a desestruturação do

socialismo real e o desaparecimento repentino dos Estados erigidos sobre a falácia do alicerce científico; o conseqüente afastamento, do horizonte da humanidade, do perigo da guerra total; a globalização econômica, com as suas conseqüências no plano da organização política dos diversos Estados. Surge, simultaneamente, nestes últimos anos, um novo modo de ver o direito, agora afastado do normativismo e do cientificismo para se reaproximar da ética e da fundamentação moral da pessoa humana. Nesse contexto começam a ficar esmaecidos os grandes conceitos, problemas e princípios que preocuparam a ciência jurídica no século XX (o sistema de normas, a segurança, a legitimidade pela legalidade, de um lado; os instrumentos jurídicos da intervenção estatal na economia, a normatividade do fático e o direito como superestrutura social, na outra vertente), para se afirmarem duas idéias básicas, que erigem um novo paradigma epistemológico a se irradiar por toda a construção jurídica: os direitos humanos e a justiça política.

De feito, os direitos humanos, que com as grandes revoluções liberais do século XVIII haviam se positivado nas declarações de direito das nações cultas, ganham agora a positivação nos textos internacionais, alcançando força normativa supranacional. Os direitos humanos passam a agasalhar ao mesmo tempo a dimensão universal do homem e a expressão local da cidadania, com os seus corolários: o abalo do dogma da soberania, o desencantamento dos Estados e das Federações e a busca incessante pela afirmação dos direitos mínimos no plano da existência na cidade.

A outra idéia-força, a da justiça, que fora expulsa durante todo o século do horizonte das cogitações do jurista, retoma com excepcional vigor e abre novas perspectivas para o direito. A partir da obra seminal do John Rawls, professor de direito na Universidade de Harvard, a justiça torna-se, em contraponto com os direitos humanos, o grande tema da reflexão dos juristas e já apresenta, em pouco mais de duas décadas, bibliografia quantitativa e qualitativamente superior à que se produziu em dois séculos. A justiça social deixa de ser o princípio estéril da transferência mágica de uma parcela da renda da camada mais rica da população para a mais pobre e ganha a conotação de justiça política, a se efetivar por instrumentos jurídicos específicos criados pelo Estado de Direito para a redistribuição da riqueza social.

Sob a perspectiva dos direitos humanos e da teoria da justiça é que se constrói o pensamento jurídico do séc. XXI. O debate acadêmico se aguça entre universalistas e comunitaristas, na procura do equilíbrio entre liberdade e fraternidade, no qual a comunidade solidária tem que ser mais do que o apelido de órgão público federal ineficiente. A filosofia do direito recupera o seu lugar central na reflexão sobre o sistema social e a história e, ao revés de caminhar a reboque da ciência política, da sociologia e da economia, passa ela própria a

constituir o centro de racionalidade a partir do qual trabalham as ciências sociais; paradigmática, nesse sentido, é a obra recente de Habermas, sobre a faticidade, a validade e os fundamentos da teoria do direito e do Estado Democrático de Direito, em que ele próprio, que é um dos sociólogos mais importantes da atualidade, observa que a filosofia do direito, na procura de contato com a realidade social, está migrando para as Faculdades de Direito. Mesmo quando a bandeira dos direitos humanos e da justiça empunham-na outros segmentos da intelectualidade brasileira, a reflexão básica e fundante é a dos juristas, posto que os direitos voltaram a ser a matéria-prima do ensino e da pesquisa levada a efeito nas Faculdades de Direito. A perspectiva dos direitos humanos e da justiça ilumina todos os ramos da ciência jurídica: o constitucionalismo concentra a sua atenção sobre a declaração dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, na busca da sua definição, limites e eficácia; o direito financeiro se preocupa sobretudo com a organização das finanças públicas no sentido da garantia efetiva dos direitos e da implementação da justiça, passando a cuidar do financiamento das políticas públicas, máxime no plano das necessidades locais, e abandonando a vinculação ao fomento das atividades econômicas e ao estímulo estatal ao desenvolvimento; o direito processual tem na tutela dos direitos individuais, coletivos e difusos e na garantia do acesso à justiça o seu grande tema; o próprio direito civil parte em busca de raízes constitucionais, fincadas na idéia de proteção da personalidade e de compreensão da família. As ciências auxiliares do direito, que se ensinam nesta Faculdade, sofrem igual processo: a economia política passa a ser também uma economia ética fundada na ética econômica, para recorrer à feliz expressão de Koslowsky (*Prinzipien der Ethischen Ökonomie. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1988, p. 3*); a sociologia ganha a sua dimensão mais conspícua na ética do discurso.

Esse novo quadro teórico teria que se refletir sobre a atividade do professor de Direito e sobre a própria estruturação do ensino jurídico. Procedese, em todo o país, por determinação do Governo Federal, à reformulação da grade curricular e da metodologia do ensino, com a transformação da filosofia do direito em matéria obrigatória e com a modernização do currículo, fato que abre à Faculdade de Direito da UERJ, sob a direção do Prof. Gustavo Tepedino e com o apoio do Magnífico Reitor Antonio Celso Alves Pereira, ele próprio professor de Direito, a oportunidade para ajustar o curso de bacharelado às preocupações do nosso tempo. Na área da pós-graduação a Faculdade vem desenvolvendo pesquisas pioneiras sobre o direito da cidade, na tentativa de compreender o novo fenômeno social que é a vida na megalópoles, com os seus problemas e as suas virtudes, e procurar oferecer as soluções normativas adequadas; implantou, recentemente, a área de concentração em direito civil, que se desenvolve segundo a visão moderna que procura enraizá-lo na Constituição,

abandonando a abordagem pelo prisma exclusivo do individualismo do início do século; há planos para a expansão da pesquisa para as áreas da integração internacional, direito do estado e direitos humanos.

Encontramo-nos, pois, neste final de década, de século e de milênio, no bojo de um processo histórico e cultural extremamente complexo, do qual não possuímos a plena compreensão e sobre o qual atuamos com diversas perplexidades. Não sabemos exatamente se ainda estamos na modernidade, se já ingressamos na pós-modernidade ou se retornamos à pré-modernidade. Daí se segue que não podemos ter a pretensão de inovar totalmente o ensino do direito ou de lançar novas bases para a ciência jurídica. Até porque, nesta Faculdade, a dupla consideração dos direitos e da justiça jamais esteve ausente do magistério das gerações que nos antecederam. Lembraria, aqui, a figura de Aliomar Baleeiro, que fundou a disciplina cuja titularidade ora passo a ocupar, e que jamais perdeu de vista o sentido da justiça fiscal e da limitação do poder do Estado diante dos direitos individuais, embora tivesse optado pelo caminho metodológico que lhe oferecia a ciência do seu tempo. O que intento significar é que às Faculdades de Direito incumbe a procura dos instrumentos de modernização da vida em sociedade, mas em passos mesurados e iniciativas mescladas com a tradição, da qual esta solenidade é expressão inequívoca, com o seu simbolismo.

Finalmente, Magnífico Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Magnífica Vice-Reitora, Exmo. Sr. Diretor da Faculdade de Direito, Exmos. Srs. Professores que compõem o E. Corpo Congregado, quero deixar Professores João Paulo de Almeida Magalhães, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Carlos Roberto de Siqueira Castro, no momento em que assumimos o compromisso formal exercer os cargos de professores titulares desta Faculdade, de fazê-lo imbuídos sobretudo pelo desejo de transmitir às novas gerações de brasileiros a idéia e a prática do respeito aos direitos humanos e a busca incessante da justiça.

Permitam-me Vossa Magnificência, Senhor Reitor, e Vossas Exas., Senhores Professores, e caríssimos amigos aqui presentes, que faça eu um agradecimento de cunho pessoal ao Exmo. Sr. Prof. Dr. Flávio Bauer Novelli, que um dia me convidou para lecionar nesta Casa e a quem tenho a honra de suceder como professor titular de direito financeiro, sabendo que me constituo na responsabilidade imensa de procurar seguir-lhe o exemplo e a dedicação ao magistério.

Impresso em offset nas oficinas da
FOLHA CARIOCA EDITORA LTDA.
Rua João Cardoso, 23 - Tel.: 253-2073
Fax: 233-5306 - CEP 20220-060 - Rio - RJ