



UNIVERSIDADE
DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE
DE
DIREITO

NÚMERO

ISSN 0104 - 0367

5

1997 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 — RJ

CEP: 20011-000 — 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 — Tels.: (021) 589-1863/ 580-8596 — Fax: (021) 589-1962

FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 331 a 347 — box 10 — Bela Vista — SP

CEP: 01315-001 — Tel.: (011) 3104-9951

<http://www.editoras.com/renovar> e-mail renovar@ibm.net

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

Revisão tipográfica

Maria da Glória S. de Carvalho

Renato R. Carvalho

Capa

Julio Cesar Gomes

Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

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

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO. V.1-

N.5- 1994-

Rio de Janeiro: UERJ,

1997

V.Anual

1.

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

CDU 34 (05)

Proibida a reprodução (Lei nº 5.988/73)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

UERJ

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

REDE SIRIUS - Rede de Bibliotecas UERJ
Biblioteca de Ciências Sociais / C - CCS/C

Origem: Doação

Data: 02/05/09

REVISTA
DA

FACULDADE DE DIREITO

ISSN 0104-0367

Rev. da Fac. de Direito	Rio de Janeiro	N. 5	P. 1-334	1997
----------------------------	-------------------	------	----------	------

DIRETORES
Ricardo Cesar Pereira Lira
Wanda Vianna Direito

EDITOR-CHEFE
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Celso Alves Pereira
Gustavo José Mendes Tepedino
Heloísa Helena Barboza
João Marcello de Araújo Júnior
José Carlos Barbosa Moreira
Paulo Cezar 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

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Reitor - Prof. Antônio Celso Alves Pereira
Vice-reitora - Profª 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 - Profª 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

DOCTRINA

Direito Civil e Internacional Privado

Romantismo e Germanismo no Código Civil Brasileiro
Almiro do Couto e Silva 1

Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil
Gustavo José Mendes Tepedino 23

Considerações sobre a Disciplina da Filiação no Projeto do Código Civil
Heloisa Helena Barboza 41

A Reforma no Direito Brasileiro: Novas Notas sobre um Velho Debate
no Direito Civil
Luiz Edson Fachin 53

Origens e Evolução da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica
no Direito Brasileiro
Regis Fichtner Pereira 61

A Aplicação do Direito e a Lei Injusta
Ricardo Pereira Lira 85

Direito Comercial e do Trabalho

Efeitos do Novo Conceito de Empresa Mercantil
Theophilo de Azeredo Santos 99

Direito do Estado

Arbitragem nos Litígios Administrativos
Caio Tácito 105

A Atuação do Tribunal de Contas em Face da Separação de Poderes do
Estado
Carlos Roberto de Siqueira Castro 111

Legalidade Tributária: o Princípio da Proporcionalidade e a Tipicidade Aberta
José Marcos Domingues de Oliveira 131

Mandado de Injunção: O que Foi sem Nunca Ter Sido. Uma Proposta de
Reformulação
Luís Roberto Barroso 149

A Teoria da Justiça de Rawls e o Pensamento de Esquerda
Ricardo Lobo Torres 157

Direito Penal

Fundamentos da Vitimologia
Ester Kosovski 177

Cooperação Penal Internacional — Conceitos e Limites
João Marcello de Araujo Junior e Raúl Cervini 183

Estelionato Judiciário
Nilo Batista 209

Direito Processual

Reflexões sobre a Imparcialidade do Juiz
José Carlos Barbosa Moreira 219

Suspensão Condicional do Processo: Natureza Jurídica; Iniciativa da Proposta
Weber Martins Batista 231

Disciplinas Básicas

A Macrotroca Política
Luiz Henrique Nunes Bahia 239

O Direito de Superfície no Direito Romano
Mauricio Jorge Pereira da Mota 283

DISCURSOS/CONFERÊNCIAS

Inauguração do Busto em Homenagem ao Advogado Prof. Antonio Evaristo de Moraes Filho, no I Tribunal do Júri da Cidade do Rio de Janeiro em 04/06/98. Discurso Proferido pelo Advogado George Tavares 303

Inauguração do Busto em Homenagem ao Advogado Antonio Evaristo de Moraes Filho, no I Tribunal de Júri da Cidade do Rio de Janeiro em 04/06/98. Discurso Proferido pelo Advogado Antonio Eduardo de Moraes 309

Discurso Proferido pelo Professor Caio Mário da Silva Pereira no dia 12 de março de 1998 por Ocasião da Homenagem Promovida pelo CEPAD e Editora Forense 313

Estado Atual da Pesquisa Acadêmica na Área do Direito
Maria Celina Bodin de Moraes 317

Cerimônia da Outorga do Título de Doutor *Honoris Causa* ao Professor Doutor Aluísio Pimenta, ex-Ministro de Estado da Cultura e Magnífico Reitor da Universidade do Estado de Minas Gerais, em 03/09/97. Discurso de Agradecimento Proferido por Aluísio Pimenta 323

Solenidade de Premiação Referente ao Prêmio Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil de 1997. Discurso de Agradecimento Proferido por Flávio Galdino no Conselho Federal da OAB-Brasília-DF, em 18/08/97 333

ROMANISMO E GERMANISMO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO*

ALMIRO DO COUTO E SILVA**

1. Os Códigos do século XIX e do início deste século representam o ápice de uma linha evolutiva do pensamento jurídico que vê na norma jurídica, especialmente na lei, a expressão da razão. O jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII e a ruptura com o absolutismo, que encontra sua forma mais violenta na Revolução Francesa, cimentaram as bases culturais e políticas para o triunfo da *ratio* sobre a *voluntas*, acabando por colocar os indivíduos e o próprio Estado *non sub homine sed sub lege*¹. A luta entre razão e vontade era antiga. Toda a baixa Idade Média se apaixona vivamente com as intermináveis discussões teológicas sobre se Deus seria prisioneiro da razão ou, se quisesse, tudo poderia, inclusive a transformação do pecado em virtude². A imagem e semelhança de Deus concebido como vontade, liberto dos ditames e dos condicionamentos da razão, molda-se, na história política, o monarca *legibus solutus*, tido e havido como *lex animata* sobre a terra, cujo desejo *legis habet vigorem*, pois era *dominus mundi, caput orbis e pater omnium*, segundo a terminologia colhida no *Corpus Iuris* e na obra dos glosadores e comentaristas. A fórmula célebre de Luiz XIV, *l'Etat c'est moi*, exprime esplendidamente essa identidade entre o governante e o Estado, que fazia da vontade do dirigente político a lei suprema.

¹ Sobre isso, por todos, Carl Schmitt, *Ferfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 139 e ss.

² Veja-se, Hans Welzel, *Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 101 e ss.

* Conferência feita na Faculdade de Direito da UFMG, em 06.11.97, no Ciclo de Estudos Oitenta Anos de Código Civil.

** Professor da Faculdade de Direito da UFRGS.

É de notar-se, entretanto, que a total sujeição do indivíduo à vontade do monarca só se dava nas relações estabelecidas com o Estado, pois não existia o Direito Público, assim como nós hoje o entendemos, e cuja parte mais importante consiste, precisamente, na rigorosa disciplina dos vínculos travados pelos particulares com o poder estatal. O que então se designava como Direito Público eram apenas as regras pertinentes à organização do Estado. Fica claro; pois, que as relações entre os indivíduos e o Estado não eram relações jurídicas, mas simples laços de subordinação ou de sujeição, pois situavam-se, a rigor, numa área “sem Direito”. O único direito que existia era, assim, o direito privado, a que o próprio Estado por vezes se submetia, como proprietário ou gestor de interesses patrimoniais, aparecendo então como “*fiscus*”, seguindo em tudo as linhas do desenho da instituição romana. O direito privado era, aliás, em grande medida, direito romano, cujo respeito e acatamento não se davam *ratione Imperii*, pois o Estado romano há muito desaparecera, mas *imperium rationis*, por força da excelência dos seus princípios e normas ou, numa palavra, da razão que, no seu conjunto, espelhavam.

O Estado de Direito que, na Europa continental surge com a Revolução Francesa, tem no princípio da legalidade um dos seus princípios estruturantes. O campo até então “sem Direito”, das relações entre os indivíduos e o Estado, passa a ser integralmente coberto e compreendido pelo Direito, não se admitindo, sob nenhuma hipótese, que a autoridade pública interfira na liberdade ou na propriedade dos indivíduos sem autorização legal. A lei que é criada para reger essas novas situações não tem, por certo, a garantia de racionalidade que a pátina do tempo e do longo percurso de experiência histórica davam aos preceitos do direito romano. Ela resulta, entretanto, da “vontade geral” do povo, como pretendia Rousseau³. E, precisamente por ser manifestação do que quer a maioria dos cidadãos, muito dificilmente se desviará da razão. O consenso democraticamente estabelecido impunha-lhe, de certo modo, a marca e o selo da racionalidade. Só muito mais tarde é que se compreenderá — e os horrores do nazismo serão decisivos para que isso ocorra — que a lei nem sempre é justa e que o direito positivo nem sempre corresponde aos ideais de justiça.

2. As grandes codificações do século passado e as do início deste século realizam-se numa fase em que as etapas da evolução do direito que sucintamente descrevi estão, senão completas, pelos menos em final de elaboração. Já se encontra, então, de qualquer maneira, consolidado, ao influxo das idéias de

3 *Du Contrat Social*, Livro II, cap. VI: “*Sur cette idée, on voit à l'instant qu'il ne faut plus demander à qui il appartient de faire de lois, puisqu'elles sont des actes de la volonté générale; ni si le prince est au-dessus des lois, puisqu'il est membre de l'Etat: ni si la loi peut être injuste, puisque nul n'est injuste envers lui même; ni comment on est libre et soumis aux lois, puisqu'elles ne sont que des registres de nos volontés*” (o destaque é nosso).

Rousseau, o novo conceito de lei. E é sob a forma de lei que os códigos serão editados. Pode-se dizer, assim, que as codificações submeteram-se a duplo teste de nacionalidade. Por um lado porque os códigos acolhem nos seus textos, como realçado, um conjunto de normas cuja adequação ao corpo social em larga parte estava provada e comprovada por quase dois mil anos de aplicação, não se podendo supor ou imaginar que aquele complexo de regras fosse contrário à razão. E, por outro, porque, assumindo eles a natureza de lei, a expressão da vontade geral, convertiam-se desde logo na razão sem paixão de que já falava Aristóteles. Justiça e lei, nesse contexto, tornam-se noções coincidentes. A justiça está revelada no direito positivo. Dessa maneira, os postulados racionalistas transpostos para a órbita do Direito conduziram, numa evolução natural e por vertentes distintas, ao positivismo jurídico, árvore que tem, nas codificações modernas, talvez os seus mais belos frutos. Bem por isto os códigos foram concebidos como obras destinadas à perenidade. São textos que se inculcam como exaustivos e definitivos, isentos de lacunas, a que os juízes e aplicadores estão ligados por laços de estrita dependência. A essas considerações deverá ainda acrescentar-se que os Códigos mais recentes, como é o caso do nosso Código Civil, foram tributários do gigantesco esforço de análise e sistematização empreendido pela pandectística alemã do século XIX, que, trabalhando de modo especial sobre o direito romano, acentuou consideravelmente o aspecto da racionalidade de suas normas. Na verdade, o cientificismo jurídico, que foi o método de que se serviu a pandectística e que encontrou sua expressão maior na *Begriffsjurisprudenz*, se propunha a organizar e articular toda a matéria jurídica num sistema completo, limado e polido outra vez pela razão, e tão densamente fechado que impossibilitasse o juiz, ele próprio formado nessa ciência jurídica, de rebelar-se contra a sua lógica interna.

3. O caráter de monumento cultural, que se predicava aos códigos e até mesmo às grandes consolidações de épocas remotas, exigia que suas normas fossem enunciadas com clareza, precisão e apuro de linguagem. Cícero refere que, criança, aprendera de cor, na escola, as XII Tábuas, cujas regras eram fáceis de guardar na memória, pela sua concisão e ritmo. Sthendal dizia que costumava ler o *Code Civil*, para aprimorar o estilo. Rui Barbosa, na crítica que fez, no Senado, ao projeto de Código Civil, deixa de lado as questões jurídicas e limita-se a apontar os erros ou imprecisões vernaculares, dando causa a imensa e bem conhecida polêmica. Esses três testemunhos, feitos em três momentos históricos, mostram bem que a obra legislativa com a superior vocação de perenidade que possuem as grandes consolidações e, mais ainda do que elas, os códigos, precisava ser obra perfeita, tanto pelo conteúdo como pela forma.

É nessa moldura de idéias e concepções que é editado em 1916 e passa a vigor, em 1917, o Código Civil Brasileiro. Conquanto seja codificação que se realiza e completa na segunda década deste século, reflete o clima e a atmosfera

cultural do século anterior, tingindo-se assim, já no seu nascimento, de um certo anacronismo, como tem sido reconhecido⁴ Volvidos mais de oitenta anos do término de sua elaboração e do início da sua vigência, quando já se encontram apagados ou esmaecidos muitos dos traços que eram fortes e vivos à época da sua entrada em vigor, como a fé inabalável na ciência, a crença no positivismo jurídico e no valor sem contraste da dogmática jurídica, a identidade entre direito positivo e justiça ou mesmo entre lei e justiça ou lei e razão, quando, enfim, se põe seriamente em dúvida a utilidade das codificações, havendo quem diga, como Natalino Irti⁵, que estamos vivendo a época da “descodificação”, a preocupação em identificar qual a carga de romanismo e de germanismo que se transmitiu ao nosso Código Civil revela, é obvio, preocupação eminentemente histórica.

4. Para essa tarefa, que se poderia chamar de genealogia cultural, cumpre, em primeiro lugar, que se esclareça o que há de se entender por romanismo ou germanismo. É por todos sabido que há considerável influência do direito romano, assim como também, embora em menor medida, do direito germânico no Código Civil Brasileiro. As dúvidas e dificuldades começam a surgir, porém, quando se tem presente o fato de que o direito romano consiste numa experiência, como direito da nação romana, de aproximadamente mil anos. Após o ocaso do Império Romano do ocidente, ele sobrevive ainda, embora em forma vulgar, decadente, degradado e corrompido, como direito dos povos bárbaros que dominam a Europa e, igualmente, no direito bizantino. No século XII, com Império e a Escola de Bolonha, é ele redescoberto e reestudado, para ser, depois, recebido como direito comum, de caráter subsidiário, na maior parte dos países europeus, formando, com a filosofia grega e a religião cristã, a base de cultura da assim chamada civilização ocidental.

Houve, portanto, vários direitos romanos. Sem preocupação de exaustividade, pode-se falar num direito romano do período arcaico, em outro do período clássico, em outro do período pós-clássico, em outro da codificação justinianéia,

4 Clovis V. do Couto e Silva, *Le Droit Civil Brésilien — Aperçu Historique et Perspective d'Avenir*, in *Quaderni Fiorentini*, 18 (1989), p. 155 ou, em versão portuguesa, mais recentemente, in *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*, Porto Alegre, Liv. do Advogado, 1997, p. 19. Não se disse, aliás, coisa diferente do BGB. Relembrem-se, por exemplo, estas palavras de Gustav Boehmer: “Em seu sistema, técnica legislativa e estilo, bem como no seu ‘espírito’ político, social e econômico, o BGB é muito mais um filho do século XIX do que mãe do século XX” (*Einführung in das Bürgerliche Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1965, p. 83”, repetindo, de resto, um juízo de Franz Wieacker, que via no BGB um fruto e não uma semente do pensamento jurídico (*História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Gulbenkian, 1980, p. 548).

5 *L'Età della Decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989.

em outro dos glosadores, em outro dos comentaristas, em outro da pandectística alemã do século XIX. Dessas distintas expressões do direito romano é assente que a mais pura é a que corresponde ao período clássico, ou seja, o período que compreende os dois primeiros séculos do Principado, do mesmo modo como não se discute que a mais científica é a da pandectística. O direito romano do período clássico é um sistema jurídico aberto, como o chamou Schulz, criando a distinção, que faria sucesso, entre sistemas jurídicos abertos e fechados⁶, embora nem aqueles sejam inteiramente abertos e nem estes completamente fechados. Os Códigos, sabidamente, dão origem a sistemas jurídicos fechados, na medida em que o aplicador parte das normas nele contidas, tratando de fazer a subsunção do caso concreto nesses preceitos. Nos sistemas abertos, a autoridade investida de dizer o direito parte do caso, chegando-se, pelos precedentes acumulados e por um processo de progressiva abstração, à fixação de um elenco de normas jurídicas⁷. A frase de Paulo, *non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*⁸ reflete exemplarmente a importância primordial do caso na construção do sistema jurídico romano e a *forma mentis* dos juristas clássicos. Assim, ainda que o direito romano clássico tivesse sofrido, sob Adriano e com o *Edictum Perpetuum*, uma significativa redução da “abertura” do sistema, não foi ele, entretanto, o que acabou por influenciar o Código Civil Brasileiro. Para que bem se compreenda a questão, deve-se esclarecer, a esta altura, que, exceto a fixação, feita por Sálvio Juliano, dos editos dos pretores no *Edictum Perpetuum*, o direito clássico romano, a seu tempo, jamais foi consolidado ou codificado. Como direito de juristas, consistia principalmente em manifestações esparsas de jurisconsultos, que conhecemos tão somente pelo Digesto, que é a parte mais importante do *Corpus Iuris Civilis*, e assim mesmo de uma forma muito imperfeita. A reprodução, no Digesto, das opiniões dos jurisconsultos freqüentemente não respeita a pureza original. Os fragmentos das obras clássicas sofrem, por vezes, mutilações. Outras vezes são submetidos a modificações ou acréscimos, conhecidos como interpolações, cuja identificação nem sempre é fácil de fazer, desafiando muitas delas, até hoje, a argúcia e a ciência dos eruditos. Desse modo, o legado que o direito romano deixou ao nosso Código Civil não consistiu no conjunto de instituições, idéias e conceitos tal como foram elaborados ou aperfeiçoados na sua idade de ouro.

5. O direito romano chegou ao nosso Código Civil sobretudo pela obra da codificação justianéia, filtrada pela experiência jurídica portuguesa, na qual, quase desde as suas origens, exerceu importantíssima função como direito

6 *Geschichte der Römische Rechtswissenschaft*, Weimar, Herrmann Böhlau, 1961, p. 83-84.

7 Max Kaser, *Sur la Méthode des Jurisconsultes Romains*, in *Romanitas*, vol. 5, p. 106-123.

8 D. 50, 17, 1.

subsidiário, ao lado do direito canônico⁹. Nota Guilherme Braga da Cruz que já no decurso do século XIII, ao completar-se o seu primeiro século como reino independente, Portugal se liberta do direito leonês e castelhano para decididamente incorporar-se ao movimento que, tendo centro dominante em Bolonha, irradia por quase toda a Europa continental o direito romano justinianeu e o direito canônico¹⁰. É ainda o mesmo reputado autor quem observa que a intensa atividade legislativa verificada nos reinados de Afonso II e Afonso III é toda ela profundamente vincada pelo direito justinianeu, assim como pelo direito canônico. E esse quadro completa-se, sob D. Dinis, no ocaso do século XIII, com a criação do Estudo Geral, semente de onde brotaria a universidade portuguesa, dentre cujas disciplinas o direito romano e o canônico ocupavam posição de realce¹¹. Levará, porém, algum tempo até que o direito português passe a beber diretamente nas fontes romanas. A estas tinha acesso, apenas, o reduzido número das pessoas que liam latim e que haviam tido a ocasião de estudar em universidades estrangeiras ou na recém-criada universidade portuguesa. Os demais, quando aplicados aos misteres da justiça ou da administração do reino, estabeleciam contato com o direito romano ou com o direito canônico mediante textos que só indiretamente os espelhavam, como sucedia com as coletâneas jurídicas castelhanas, ordenadas por D. Afonso o Sábio, o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*, manuseadas no original ou em tradução portuguesa.¹²

6. Fosse como fosse, o certo é que o incipiente direito português era ainda um corpo de normas muito incompleto e lacunoso, cujos defeitos se faziam mais evidentes porque estendido sobre um direito subsidiário que se apresentava como um tecido denso, rico, de extraordinária abrangência e que respondia, quase sempre, às dúvidas e questões postas a cada momento pela opulenta e variada sucessão dos casos concretos. Não é de espantar, portanto, que, nessas circunstâncias, a vida jurídica se pautasse prevalentemente pelo direito subsidiário, representando o direito propriamente lusitano um modesto papel.

Com o andar do tempo, entretanto, cresce o número dos interessados em conhecer o direito romano nos seus próprios mananciais, passando esses estudiosos a recriminar as obras de segunda mão que o divulgavam e a protestar, sobretudo, contra a aplicação da *Siete Partidas* às causas em julgamento, quando elas deveriam ser decididas pelos preceitos romanos, assim como estavam

inscritos na obra de Justiniano. À pressão dessas exigências é que começam a circular, no século XV, traduções da obra legislativa justinianéia e de textos do direito canônico, bem como da Glosa de Acúrsio e dos Comentários de Bártolo, afastando-se definitivamente, do campo do direito subsidiário, as contribuições do direito castelhano. A partir daí os conflitos que se irão estabelecer serão entre o direito romano e o direito canônico, por um lado e, por outro, entre o direito português e o direito romano e canônico, como direito subsidiário. Com a promulgação das Ordenações Afonsinas, em 1446 ou 1447, este último conflito é solvido com a declaração da prevalência do direito português sobre o direito subsidiário. Esse estado de coisas perdura nas Ordenações Manuelinas, do início do século XVI e nas Ordenações Filipinas, do começo do século XVII (1603) que tornam a afirmar a preeminência das fontes imediatas do Direito, consistentes nas leis nacionais, estilos da Corte e costumes do Reino sobre o direito subsidiário. Na hipótese de o direito romano e o direito canônico não terem solução para o caso concreto, dever-se-ia recorrer à *Glosa Magna* de Acúrsio ou à opinião de Bártolo. Contudo, desde as Ordenações Manuelinas, nas suas duas versões, a autoridade dos textos de Acúrsio e Bártolo ficou condicionada a sua concordância com a opinião comum dos doutores.

7. Em breves linhas e seguindo sempre os passos de Braga da Cruz, é assim que se descreve, sob o aspecto formal, a questão da hierarquia das fontes do direito em Portugal e, desde o descobrimento, também, por consequência no Brasil. Materialmente, entretanto, a prática jurídica muito comumente subvertia essa hierarquia, dando primazia ao direito subsidiário, notadamente ao direito romano, em detrimento do direito nacional.

Não se modifica essa situação até o advento das reformas pombalinas, com a edição da Lei de 18 e agosto de 1769, conhecida como Lei da Boa Razão e da Carta de Lei, que, em 1772, aprovou os novos Estatutos da Universidade de Coimbra. Tais reformas orientam-se pelas idéias que amplamente circulavam no século das luzes e que, na área jurídica, se exprimem no jusnaturalismo racionalista e no *usus modernus pandectarum*. A boa razão, a *recta ratio*, passa a ser, desde então o critério por excelência a comandar a interpretação e a integração de lacunas. O direito romano só persiste como direito subsidiário quando expresse a razão natural a qual pouco adiante, já nos primeiros anos do século XIX, poderá estar mais bem refletida na legislação de outros povos, especialmente nas codificações e, dentre estas, no Código de Napoleão, que é o que goza de maior prestígio. Com a edição do Código Civil Português, de 1867, cessa, em Portugal, a vigência das Ordenações Filipinas e, pois, do direito romano como direito subsidiário.

8. No Brasil, com a Independência, foi desde logo adotada a legislação portuguesa¹³, como media que se pretendia fosse manifestamente provisória,

9 Sobre isso, por todos, o magnífico ensaio de Guilherme Braga da Cruz, *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, in Revista da Consultoria geral do Estado do Rio Grande do Sul, vol. 10, p. 11 e ss.

10 idem, ibidem, p. 18 e ss.

11 idem, ibidem, p. 24 e ss.; Marcelo Caetano, *História do Direito Português*. Lisboa/São Paulo, Verbo, 1981, p. 340 e 283 e ss.

12 idem, ibidem, p. 29.

13 Lei de 20 de outubro de 1823.

pois a Constituição Imperial de 1824, no seu art. 179, parágrafo 18, solene e incisivamente determinava que se organizasse “quanto antes um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”. O Código Criminal, efetivamente, não demorou muito a vir. Foi editado em 1830 e quase vinte anos após ganhava a nação o seu Código Comercial. No que toca, porém, ao Código Civil, circunstâncias várias, que não cabe nesta ocasião retrair, retardaram sua feitura. Será indispensável, entretanto, aqui mais uma vez prestar homenagem ao gênio de Teixeira de Freitas que, com a sua *Consolidação das Leis Civis* e o seu *Esboço*, pôs-se adiante do seu tempo, inserindo em sua obra as propostas pioneiras de uma parte geral para o Código e a unificação das obrigações civis e comerciais, muito antes de o Código Civil alemão, de 1900, e o Código Suíço das Obrigações, de 1912, respectivamente, adotarem uma e outra dessas soluções.

O espaço de quase um século transcorrido entre a Constituição de 1824 e o nosso Código Civil alongou exageradamente a vigência, no campo das relações privadas, de um verdadeiro mosaico normativo, confuso, impreciso, caótico, no qual as Ordenações Filipinas, de 1603, eram a parte principal, a que se misturavam, porém, textos de legislação portuguesa e brasileira, tendo ainda como direito subsidiário, a que se recorria a cada passo, não apenas o direito romano, com os condicionamentos introduzidos pela Lei da Boa Razão, mas também o que se convencionou chamar o direito dos povos cultos¹⁴.

Carlos de Carvalho, no prefácio que escreveu em 1889 para sua *Nova Consolidação das Leis Civis*, assim retrata o direito brasileiro daquele fim de século, fazendo pensar no tormento que deveria ser para os juizes, advogados, estudantes e os que, por quaisquer motivos, devessem aprendê-lo, interpretá-lo e aplicá-lo: “O direito romano”, diz ele, “principalmente pela lição alemã de Heineccio, Waldeck, Savigny, Puchta, Muhlenbruch, Mackeldey e Varkoenig, para não falar nos compêndios franceses e belgas, o direito francês por Domat e Pothier e pelos comentários doutrinários do Código de Napoleão, isto é, pelo método exegético, Merlin e Dalloz e os códigos de outras nações, pela Concordance de St. Joseph, constituíam em regra os elementos de ensino. Coelho da Rocha, suprimindo as lacunas com o Código da Prússia, Correa Telles, com receio de passar por inovador, recorrendo à opinião dos doutores velhos e já falecidos. Borges Carneiro pedindo a Heineccio subsídios para formar o jus

14 É certo que, como pondera Miguel Reale, “a chamada *Consolidação das Leis Civis*, elaborada por Teixeira de Freitas, e aprovada pelo Governo Imperial em 1858, depois enriquecida, em 1877, de Aditamentos de autoria do mesmo jurisconsulto, representava substancial alteração na legislação filipina” (100 Anos de Ciência do Direito no Brasil, S. Paulo, Saraiva, 1973, p. 5). Mesmo assim, o quadro normativo brasileiro carecia da precisão e segurança que só o Código Civil viria a dar.

constitutum eram, com Mello Freire e Almeida Lobão, os guias espirituais do foro, servindo de artigos de ornamentação os velhos e poeirentos praxistas”. Por outro lado, prossegue. “não há preceito jurídico por mais simples, evidente ou intuitivo, que não se sinta obrigado a comparecer perante os tribunais acompanhado de numeroso séquito. As regras de direito não circulam nem são recebidas pela força da lei, de seu espírito ou princípios mas pelo número de endossantes, nacionais poucos e estrangeiros muitos, de preferência italianos e alemães”¹⁵

As considerações até aqui feitas, destinadas a precisar, em ensaio apressado de história externa, quais as fontes romanas que deixaram sua marca no Código Civil Brasileiro e por que caminhos vieram até ele, deverão ser complementadas por outras notas, relacionadas com a história interna, nas quais se trate de identificar e descrever as instituições do direito romano que mereceram acolhida no mais prestigiado dos nossos códigos.

Antes, porém, para que esta exposição tenha um certo equilíbrio geométrico e não peque contra a simetria, far-se-á mister que se esclareça o que se deverá compreender por germanismo no nosso Código Civil.

Germanismo, nesse contexto, poderá ser entendido, pelo menos de duas maneiras. De uma parte, como o conjunto de instituições, regras, práticas e costumes, de caráter jurídico, observados pelos povos germânicos, antes da recepção do direito romano, o que, na Alemanha, só tardiamente irá ocorrer. Na verdade, registra Koschaker, apenas a partir da metade do século XIV o direito romano começa a ser efetivamente estudado nas universidades alemãs e, mesmo assim, nessa época, tinha ele uma importância secundária, subordinado que era ao direito canônico, “porque só o direito canônico era necessário na prática”¹⁶. Desde então se estabelece uma luta entre o direito germânico e o direito romano, de tal modo que as forças em oposição acabam por confundir-se e mesclar-se, formando, com as importantes contribuições do direito canônico, o direito comum, direito de especialistas, direito de juristas práticos, que alcançará seu apogeu, no século XVII, com o *usus modernus pandectarum*.¹⁷

Com o advento da Escola Histórica, brotam dois ramos perfeitamente definidos, o dos germanistas e o dos romanistas, e não deixa de ser expressivo que, até hoje, uma das mundialmente mais reputadas revistas jurídicas no campo da história do Direito, a Revista da Fundação Savigny (*Zeitschrift der Savigny Stiftung*) seja dividida em duas áreas, a dedicada ao direito germânico (*germanistische Abteilung*) e a voltada para o direito romano (*romanistische Abteilung*).

15 Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1899, pp. VI e VIII.

16 *Europa y el Derecho Romano*, Rev. de Der. Privado, Madrid, 1955, p. 220.

17 Paul Koschaker, op. cit. p. 332 e ss.

Alguns germanistas criticaram, por vezes em termos extraordinariamente áspers, a recepção do direito romano na Alemanha. A recepção do direito romano é vista por eles como um descalabro, um desastre, uma verdadeira “desgraça nacional” (*nationales Unglück*), censuras que serão endossadas, depois, pelo nacional socialismo¹⁸. Contudo, mesmo entre os estudiosos dedicados à recuperação ou à reconstrução histórica do direito genuinamente alemão, não são poucos os que mantiveram, face ao problema, posição de sensato equilíbrio, não se deixando levar pelo emocionalismo patriótico dos seus colegas mais exaltados.

Na escola histórica, a existência dessas duas tendências é de algum modo harmonizada pela presença muito forte do gênio de Savigny, que é a maior figura no cenário jurídico do século XIX. O conceito amplo de “espírito do povo” (*Volksgeist*), adotado por Savigny, partindo da idéia, como sublinha Wieacker, de que povo, “na verdade, não é a realidade política e social da nação histórica, mas um conceito cultural ideal — a comunidade espiritual e cultural ligada por uma cultura comum”¹⁹, permitiu que, à sua sombra, se desenvolvesse tanto a tendência que via no direito romano “um elemento essencial da vida jurídica alemã, entendida como processo cultural”²⁰, quanto o movimento que prezava, sobretudo, a formação espontânea do direito nacional, consolidado especialmente pelo costume.

O primeiro caminho, o do romanismo, pelo qual o Savigny demonstrava inequívoca simpatia, como atesta sua obra prodigiosa, levaria à ciência das Pandectas, ao cientificismo jurídico e à construção de um bem elaborado e rígido sistema do Direito Civil, enquanto o outro, o do germanismo, daria ênfase ao empirismo jurídico, ao direito criado ou revelado diretamente pelo povo e não por técnicos ou juristas, à imanência do Direito no próprio fato, à “natureza das coisas” (*Natur der Sache*), noção que tanta importância iria ter, mais tarde, na Filosofia do Direito alemã.

Numa fórmula sintética, nesse contraste, o romanismo seria um direito de juristas (*Juristenrecht*), ao passo que o germanismo um direito do povo (*Volksrecht*), para usar os termos do título de um livro famoso de Georg Beseler, um dos líderes da corrente germanista²¹.

18 As críticas mais veementes à recepção provêm de Georg Beseler e August Friedrich Reyscher. Ao primeiro se deve, também, a qualificação do direito romano, na forma tratada pela pandectística, como “direito de juristas” (*Juristenrecht*) em oposição ao direito germânico, que seria “direito do povo” (*Volksrecht*) (Molitor/Schlosser, *Grundzüge der Neuren Privatrechtsgeschichte*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1975, p. 73). Sobre as lutas entre romanistas e germanistas, bem como a posição do nazismo quanto à recepção, Koschaker, op. cit., p. 229 e ss.

19 op. cit. p. 448.

20 id. ib., p. 448.

21 vd. supra, nota 18.

Daí, no direito germânico da Idade Média, o especial relevo conferido aos julgamentos por grupos de jurados leigos, os chamados *Schöffen* (escabinos), cujas decisões, se não tinham o refinamento lógico que encontramos no raciocínio jurídico bem articulado das soluções do direito romano, emanavam, entretanto, de um sentimento ou de uma intuição de justiça, radicada no coração do povo²².

Ao caráter profundamente individualista do direito romano que encontrava, porém, seu último limite na estabilidade do Estado e no bem-estar do povo, como revela o princípio *salus publica suprema lex esto*, contrapunha o direito germânico uma concepção de ordem social em que o indivíduo não é uma criatura abstrata, mas um ser que se define pela sua inserção na sua circunstância, na sua família, na sua cidade, na sua profissão, na sua experiência diária de vida²³. Tais características explicam a forma matizada que assumem certas instituições jurídicas germânicas, que variam de lugar para lugar, ao sabor das praxes e costumes, mas onde está presente, quase sempre, um compromisso entre os benefícios e vantagens individuais e o bem comum.

A propriedade talvez constitua o exemplo por excelência do que acabamos de afirmar. Não há uma propriedade imutável, única, igual em todas as situações. Ela se diferencia conforme os fins econômicos perseguidos ou a posição social do titular do direito, estando, de algum modo, vinculada ao interesse coletivo. A regra célebre, estampada na Constituição de Weimar, “a propriedade obriga” (*Eigentum verpflichtet*), não é, de modo algum, um corpo estranho na tradição jurídica alemã ou uma norma que tenha nascido totalmente despegada do passado cultural germânico. Bem ao contrário, ela surge, num determinado momento histórico, como resultado natural de uma antiga e constante tendência²⁴.

10. Na visão global do Direito Privado, pode-se dizer que o romanismo se ocupou quase que exclusivamente do direito civil, ficando com o germanismo a construção da ciência alemã do direito comercial, do direito cambiário, do direito da corporação e das sociedades mercantis, do direito marítimo, do direito dos seguros e de minas, entre outros mais ligados diretamente à vida econômica^{25,26}. A inclinação pelo comércio, que anima a população das cidades germâ-

22 Gustav Boehmer, op. cit., p. 74.

23 id. ib. p. 61.

24 id. ib. p. 61.

25 id. ib., p. 344. Também, Molitor/Schlosser, op. cit; p. 69 e ss., especialmente. p. 74.

26 É interessante notar como essas concepções do germanismo, que acabaram por expressar-se no direito mercantil alemão, tiveram também decidida influência nos Estados Unidos, no *Uniform Commercial Code*, através de Karl Llewellyn. Veja-se, sobre isso, James Whitman, *Commercial Law and the American Volk; a Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code*, in *Yale Law Journal*. vol. 97 (1987), p. 156 e ss.

nicas da Idade Média, perdura e se intensifica no curso do tempo, determinando o nascimento desses diferentes ramos do direito, em muitos dos quais os negócios jurídicos são geralmente abstratos, para permitir a rápida circulação dos bens e a segurança dos terceiros. As instituições germânicas teriam, assim, dado origem a um direito que, no século XIX, se dizia “mais moderno” do que o direito civil, porque mais em harmonia com a expansão e a diversidade dos negócios na sociedade capitalista²⁷.

11. Contudo, mesmo no direito civil, apesar do predomínio quase absoluto do direito romano após a recepção, aqui e ali as instituições jurídicas germânicas resistem e deixam sua marca no tecido normativo. Dentre elas talvez a mais importante é a que se prende aos testemunhos judiciais, do velho processo germânico, origem do registro imobiliário, que tanta importância terá na transmissão da propriedade imobiliária e na eficácia dos contratos.

Para a transmissão de domínio sobre imóveis exigia-se, em primeiro lugar, um negócio jurídico de alienação, chamado *sala* (da origem gótica comum deu, em inglês, *sale*²⁸), sobre cuja natureza até hoje se discute, entendendo alguns que se tratava de um negócio jurídico do direito das obrigações, como é, por exemplo, a compra e venda, e outros um negócio jurídico de direito real, como o acordo de transmissão do direito alemão dos nossos dias²⁹. A esse acordo seguia-se a entrega corporal a *vestitura* ou *investitura*, que se dava, nos primeiros tempos, no próprio lugar do imóvel. A correspondente entrega da posse, o afastamento corporal pelo alienante (*exire*), foi logo substituído por um acordo ou contrato sobre a perda da posse, que se realizava por uma declaração oral e, entre os francos, pela entrega de um bastão ou vara (festuca). Designava-se a isso de *per festucam se exitum dicre, exfestucatio, resignatio*, e, posteriormente, *Auflassung*. No reino franco desenvolveu-se uma forma de tradição do direito romano vulgar, a *traditio per cartam*: o alienante entregava ao adquirente um documento de transmissão da propriedade.

Com o tempo, verifica-se um processo de espiritualização da *vestitura*, que se torna incorporal, ou seja, a transmissão ou a entrega da posse não necessita mais que ocorra no lugar do imóvel. Ela pode ser feita no tribunal. Inclina-se o direito germânico, neste ponto, para um rumo e uma solução já conhecidos pelo direito romano, quais sejam os da utilização de institutos processuais para a obtenção de fins de direito material, como sucedia com a *in iure cessio*, em que as partes simulavam a existência de uma ação reivindicatória para obter a transmissão formal da propriedade. A tradição *per cartam* poderia também

efetivar-se no tribunal. Com o surgimento dos chamados “livros de direito” em que se registravam os atos processuais, essa *resignatio* judicial assume considerável realce, pela força probatória absoluta do testemunho judicial e do documento judicial, que lhe emprestava os mesmos efeitos da coisa julgada.

Ao final desse *iter* histórico, o registro da *resignatio* nos livros oficiais é requisito essencial para a transmissão do domínio, nascendo, assim, o registro imobiliário moderno. A *resignatio* procedida nesses termos tinha o condão de atribuir ao adquirente, ao cabo de um período, de ano e dia, a *Gewere* legítima, ou seja total impossibilidade de impugnação da propriedade por terceiros³⁰.

Ao direito germânico devem-se, igualmente, as distinções introduzidas no conceito romano de posse, — o qual, aliás, com a recepção, acabou prevalecendo no direito alemão — e que separam a posse imediata da posse mediata. Como observa Betti, tal discriminação revela um “*processo de espiritualização do ‘poder de fato’, que é adequado para facilitar a circulação das coisas*”³¹.

Outra contribuição importante do direito germânico ao direito civil foi a distinção entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*)³², pela qual se evidencia que o responsável pode não ser o devedor, o que acontece, por exemplo, quando um terceiro (que não é devedor) dá em hipoteca um imóvel seu em garantia de dívida de terceiro (que é devedor, mas não é responsável).

12. E aqui convém já mencionar o segundo sentido que a palavra germanismo pode assumir, certamente não na Alemanha, mas entre nós, quando referida a influências sofridas pela nossa cultura ou, especificamente, para o que aqui nos interessa, pelo Código Civil Brasileiro. Nessa outra acepção, germanismo será interpretado num sentido mais largo, abrangendo as criações do pensamento jurídico alemão, posteriores à recepção, que foram acolhidas na nossa codificação, por inteiro ou modificadas, ou que a ela serviram de inspiração. Em tal perspectiva, a investigação dos traços deixados pelo germanismo, sempre tomado nessa peculiar acepção, no Código Civil de 1917, terá necessariamente de considerar a contribuição romanista da ciência jurídica alemã, que começa com Savigny, e que depois se irá desenvolver notavelmente com a pandectística, na qual brilha singularmente a obra de Windscheid, culminando com o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), concluído em 1896, mas que entrou em vigência em 1900. Dizendo de outro modo, por germanismo, nesse segundo sentido, não se considerará a matéria sobre a qual trabalhou a ciência jurídica alemã (matéria que era, como se viu, predominantemente romana), mas apenas e exclusivamente essa ciência jurídica.

27 Molitor/Schlosser, op.cit. p. 74.

28 Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio Borsoi, 1955 vol 11, p. 213.

29 Cf. Brunner/v. Schwerin, *Historia del Derecho Germanico*, Barcelona, Labor, 1936, p. 197, nota 1, do trad. José Luiz Alvares Lopes.

30 Em toda essa descrição da origem do registro imobiliário seguimos Bronner/v. Schwerin, op. cit. p. 197 e ss.

31 op. cit., p. 100.

32 Molitor/Schlosser, op. cit., p. 74.

Quem se debruçar sobre a obra de Teixeira de Freitas, ou dos grandes juristas brasileiros da fase imediatamente anterior à da elaboração do nosso Código Civil, como Lafayette Rodrigues Pereira, Lacerda de Almeida, Eduardo Espínola e o próprio Clóvis Beviláqua, logo perceberá a intimidade que tinham esses autores com a obra dos mais célebres juristas germânicos do seu tempo³³. Deve dizer-se, porém, a bem da verdade, que essa intimidade se estendia também aos juristas eminentes, de expressão francesa ou italiana, para não falar nos portugueses. De certa maneira, repetia-se, assim, num plano mais elevado, em que os exageros eram eliminados por critérios críticos bem mais estritos, o que acontecia nas práticas forenses, onde os advogados, no afã de convencerem os juízes, invocavam farta doutrina estrangeira, reiterando uma praxe que se consolidara desde a Lei da Boa Razão e que justificava a caricatura de Carlos de Carvalho, em trecho que aqui já transcrevi.

É oportuno que se saliente, no entanto, que a literatura jurídica alemã do século XIX qualitativamente sobrelevava a todas as outras, contrabalançando, poderosamente, a influência que o Código Civil Francês e, em menor medida, o Código Civil Austríaco, de 1811, exerceram sobre a legislação de outros povos.

Savigny, os pandectistas e seus sucessores, como sinala Emilio Betti, deram origem a uma “*doutrina que combinou pela primeira vez os métodos históricos com os de uma dogmática sistemática e elaborou os conceitos jurídicos e os princípios gerais com um grau de clareza e de refinamento que anteriormente nunca tinha sido atingido*”³⁴. Foram os alemães, sem sombra de dúvida, os pais da ciência jurídica moderna, que encontra seu coroamento no BGB. Comparada essa monumental obra legislativa com as duas grandes primeiras codificações do início do século XIX, de imediato se destaca a superior qualidade técnica do BGB. O desenvolvimento científico do Direito, ocorrido na Alemanha, no curso do século passado, bem como as modificações culturais, econômicas e políticas por que passou o mundo nesse mesmo período de tempo, envelheceram e desgastaram, prematura e severamente, tanto o Código Civil francês quanto ao austríaco.

Muito embora fossem eles as expressões mais altas do jusnaturalismo racionalista, elaborados, portanto, e postos em vigor com a pretensão de terem cristalizado uma ordem jurídica abstrata e atemporal, que deveria servir a todos os povos, motivo pelo qual os intérpretes e aplicadores estavam proibidos de desnaturá-los, muito cedo se verificou que eles não representavam o que hoje se poderia chamar de o “fim da história” jurídica. E quem se incumbirá

de mostrar isso será, precisamente, a Escola Histórica, em todos os seus desdobramentos, e o novo humanismo que a caracteriza, ou seja, em poucas palavras, a ciência jurídica alemã do século XIX.

Um dos mais notáveis juristas do nosso tempo, ao afetuar o cotejo entre o BGB e aqueles outros códigos, observa que estes “*não haviam estabelecido regras sobre as pessoas jurídicas (o que foi objeto de meditação pela doutrina alemã); a fundação lhes é desconhecida, do mesmo modo como a noção de atos jurídicos e de suas diferentes categorias; seu tratamento da nulidade dos atos carece de precisão; eles não contêm normas sobre a conclusão dos contratos, a representação, a estipulação em favor de terceiros, a cessão de crédito e a assunção de dívida; a causa e o ato abstrato são apresentados desde então*” (desde o BGB) “*sob uma nova luz; do mesmo modo como o enriquecimento sem causa e a posse*”³⁵.

Não pode, pois, causar surpresa que muitas dessas imperfeições apontadas nos Códigos Civis francês e austríaco (e o mesmo se poderá dizer de outros códigos que receberam sua direta influência, no século passado) estejam ausentes no nosso Código Civil, como também certamente não espantará que nele hajam sido acolhidos progressos técnicos revelados ou introduzidos pela ciência jurídica alemã, não só em razão da sua excelência, mas também porque a chamada Escola do Recife, sob a liderança de Tobias Barreto, dera considerável importância e prestígio, entre nós, à cultura germânica no campo do Direito. Cabe lembrar, nessa ordem de considerações, que Clóvis Beviláqua, o autor do anteprojeto do Código Civil brasileiro, era professor da Faculdade de Direito do Recife.

Ainda deverá dizer-se, nesta mesma linha de observações, que seria perfeitamente natural, como o foi, que em razão da sua maior proximidade histórica, a ciência jurídica alemã, afinal cristalizada no BGB, tivesse sobre o Código Civil Brasileiro uma influência em muitos aspectos mais expressiva do que a do *Code Napoléon*³⁶. O Código Civil Alemão e o nosso, diferentemente dos dois outros, propunham-se a ser o coroamento e a conclusão de uma prolongada fase de vigência do *ius commune*, muito mais do que instrumentos revolucionários de mudança da sociedade. Apesar de que a preocupação com a segurança jurídica dos indivíduos estivesse evidentemente entre as motivações principais de ambas as codificações, pois, é óbvio que a maior definição e clareza da ordem jurídica, operada pela codificação, teria essa consequência imediata, faltava-lhes a missão propedêutica de educar o povo em um novo credo. Talvez

³³ Sobre a influência de Savigny na obra de Teixeira de Freitas, veja-se Clóvis V. do Couto e Silva, op. cit. p. 153 e ss. e nota 8.

³⁴ *Système du Code Civil Allemand*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 12.

³⁵ id. ib., p. 13.

³⁶ É claro que isso se explica, também, por outras razões, entre as quais não são as menores a importância e o prestígio da obra de Teixeira de Freitas (cf. Clóvis do Couto e Silva, op. cit., p. 153).

seja nessa circunstância que se deverá buscar a explicação para o diminuto entusiasmo popular (se é que algum entusiasmo efetivamente existiu) com que foram recebidos quer o Código Civil Alemão quer o nosso, em contraste com o que ocorreu sobretudo com o Código Civil francês.

13. Já se deixa assim perceber que o germanismo ao que prestou tributo e homenagem o Código Civil Brasileiro foi sobretudo o que pode ser identificado com a ciência jurídica alemã do século XIX (portanto o que é assim estendido fora da Alemanha), muito mais do que aquele outro, de caráter material ou substancial, consistente nas instituições jurídicas germânicas anteriores à recepção. Desde logo será de justiça assinalar, entretanto, que jamais a influência alemã sobre o Código Civil brasileiro que, como se viu, é irrecusável, fazem daquela nossa obra legislativa uma imitação servil do Código alemão, como aconteceu com a codificação realizada por outras nações como, por exemplo, o Japão. Muito longe disso. O Código Civil brasileiro é um código afinado com a ciência jurídica do seu tempo e, por isso mesmo, não poderia nunca desconhecer as ricas vertentes da ciência jurídica alemã, de que se utilizou, entretanto, sempre com muita prudência e comedimento, temperando suas contribuições com a tradição luso-brasileira ou com a pureza dos ensinamentos do direito romano, onde o BGB deles se desviou, com sucedeu, por exemplo, ao construir, como abstrata, a transferência da propriedade imobiliária, ou com os empréstimos tomados ao *Code Civil*, que parecem numerosos, mas que talvez sejam muito mais recortados do direito romano com a expressão que lhe deu o direito francês³⁷. Essa posição de equilíbrio e de relativa independência que guardou o nosso Código Civil, não apenas com respeito ao BGB, mas também com relação a outros códigos famosos do século passado, como o napoleônico, o austríaco, o italiano e o português, para mencionar apenas alguns dos mais conhecidos, é que erguem à condição indiscutível de ser um dos mais originais dessa segunda geração de códigos, que se inaugura precisamente com o BGB³⁸.

12. No pertinente ao sistema adotado pelo Código Civil brasileiro, ele se afasta do contido no Esboço de Teixeira de Freitas, para aproximar-se do geralmente usado no direito das pandectas germânico. Sua gênese deve ser buscada nos *Apontamentos para o Projeto do Código Civil Brasileiro*, apresentados por Joaquim Felício dos Santos, em 1881, que dividiam a matéria em uma parte geral, subdividida em três livros, que tratavam das pessoas em geral,

das coisas em geral e dos atos jurídicos em geral, e de uma parte especial, por sua vez também subdividida em três livros, que se ocupavam das pessoas em especial, das coisas em especial e dos atos jurídicos em especial, tudo isso era precedido por um “Título Preliminar”, que dispunha sobre a publicação, efeitos e aplicação das leis em geral³⁹. A influência germânica acentuou-se ainda mais com o projeto de Antônio Coelho Rodrigues, de 1893, “*amplamente inspirado*”, como diz Eduardo Espínola, “*nos princípios predominantes na Alemanha. A classificação das matérias é exatamente a da escola alemã: tem uma lei preliminar, uma parte geral e uma parte especial. A lei preliminar compõe-se de 39 artigos e trata da publicação da lei e dos seus efeitos em relação ao tempo, ao espaço e ao objeto; a parte geral se subdivide em três livros: 1º. das pessoas; 2º. dos bens; 3º. dos fatos e atos jurídicos; a parte especial tem quatro livros 1º. das obrigações; 2º. da posse, da propriedade e dos outros direitos reais; 3º. do direito da família; 4º. o direito das sucessões*”⁴⁰. Por trilha semelhante seguiu o projeto Bevilacqua, com a alteração, entretanto, da ordem das subdivisões da parte especial. Convidado pelo Governo Brasileiro no início de 1896 para elaborar anteprojeto de Código Civil, Bevilacqua começou sua obra em abril e a concluiu em novembro daquele mesmo ano. O anteprojeto, no seu sistema, é claramente influenciado pela ciência jurídica alemã, anterior ao BGB, e não propriamente pelo BGB⁴¹. E assim ficou, com as modificações que lhe foram introduzidas, até converter-se em lei e sua publicação em 1916⁴².

14. Ao cogitar-se de ponderar a influência do romanismo ou de germanismo no Código Civil Brasileiro, não há dúvida que a balança irá pender para o lado da contribuição do direito romano, quer seja o bebido nas suas fontes autênticas, quer o que se traduz no direito comum e na interpretação que a experiência histórica, em constante mutação, lhe foi atribuindo. Se, no tocante ao sistema do Código Civil Brasileiro, a influência da ciência alemã — ou, se assim se preferir, do germanismo — como vimos, é especialmente importante, no seu aspecto substancial, entretanto, é claro que há nítida predominância de matéria extraída do direito romano. Os que tiverem a paciência de percorrer os comentários de Clóvis Bevilacqua ao Código Civil, detendo-se em cada artigo para

³⁷ Pontes de Miranda, *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, Rio, 1981, p. 93.

³⁸ Ennecerus-Nipperdey consideram o Código Civil brasileiro a mais independente das codificações latino-americanas e registram que apenas 62 artigos têm sua origem no BGB. Anotam, porém, que “a ordenação das matérias tem ampla correlação com o Código Civil alemão, embora seja diversa a divisão em uma parte geral e uma parte especial” (*Derecho Civil*, Barcelona. Bosch, 1947, vol. I, p. 108).

³⁹ Cf. Pontes de Miranda, *Die Zivilgesetze der Gegenwart*, Band III, *Brasilien Código Civil*, Einleitung, p. XLI.

⁴⁰ *Sistema do Direito Civil Brasileiro*, Rio, ed. Rio, 1977, p. 18.

⁴¹ Nesse sentido, Pontes de Miranda, *Fontes*, p. 85; Clóvis do Couto e Silva, op. cit., p. 155. Por último, Cláudia Lima Marques, no seu belo ensaio *Cem Anos de Código Civil Alemão: o BGB de 1896 e o Código Civil Brasileiro de 1916*, RT 741/11-37.

⁴² A história pormenorizada do nosso Código Civil é retracada por Clóvis Bevilacqua no *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, por ele comentado, Rio, ed. Rio, 1976 (ed. histórica), vol. I, p. 12 e ss.

examinar as referências preliminares que o autor faz à origem do preceito e em que ordenamentos jurídicos existe regra igual ou similar, logo verificarão a raiz romana da imensa maioria das disposições ali consignadas⁴³.

15. Por certo, na parte geral, é mais forte a impressão da ciência jurídica alemã, notadamente: no tratamento das pessoas jurídicas, onde afloram as concepções orgânicas de Gierke, a par de estabelecer-se a da necessidade do registro para a personificação das sociedades e fundações de direito privado; no conceito de pretensão, elaborado por Windscheid, no seu célebre estudo sobre a ação do processo civil romano (*Die Actio des röm. Zivilrecht von Standpunkt des heutigen Rechts* — 1856) que, no art. 75, aparece, entretanto, confundido com o de ação de direito material⁴⁴; na enumeração das causas da nulidade do ato jurídico, no art. 145, embora, quanto a esse ponto, o Código Civil Brasileiro seja bem mais conciso (ousaria até dizer, menos prolixo) do que o BGB, deixando, porém de inserir no elenco que consigna, lamentavelmente, como o fez o BGB, no art. 138, a nulidade do ato jurídico praticado contra *bonos mores*.

Contudo, mesmo aí, na parte geral, muito particularmente na classificação dos bens e na conceituação e disciplina dos vícios da vontade (erro, dolo, simulação, coação), bem como da fraude contra credores, o destaque que assumem as concepções romanas é evidente.

16. Quanto ao direito de família, nem o direito romano, nem o direito germânico deixaram rastro expressivo no nosso Código Civil. O direito romano de família, do período clássico, que Fritz Schulz chamou de “*o produto mais impressionante do gênio jurídico romano*”⁴⁵ foi profundamente alterado pelas concepções do cristianismo e pelas regras do direito canônico, implicando um atraso no processo do estabelecimento da igualdade entre os cônjuges que só neste século se cuidou de recuperar.

No que respeita ao direito de família do BGB, do mesmo modo como ao do nosso Código Civil, pode-se dizer que já nasceram velhos e voltados para o passado. O pensamento germânico e as instituições jurídicas alemãs, anterio-

res ao BGB, não trouxeram, também, soluções de importância para o nosso direito⁴⁶. Caberá referir, entretanto, que o regime de bens da comunhão universal, no direito patrimonial de família, corresponde à “*comunhão de mão total*” (*Gesamthandgemeinschaft*), do velho direito germânico, na qual, como em tantas de suas instituições, os interesses do grupo prevaleciam sobre o dos indivíduos, em contraste com o que geralmente ocorria no mundo romano⁴⁷.

17. No direito das coisas, a marca romana é dominante. Ela aparece muito nítida na posse, noção que é bem mais precisa do que a *Gewere* germânica, na proteção possessória, na propriedade em geral, nos direitos reais sobre coisas alheias. A influência germânica se revela, por outro lado, de modo peculiar, no trabalho realizado pela ciência jurídica alemã sobre o conceito romano de posse, define, no art. 485, seguindo as linhas da concepção de Ihering, na distinção entre posse direta e indireta (art. 486), na eficácia do registro na transmissão da propriedade imobiliária e na constituição de direitos reais.

Não adotou o direito brasileiro, entretanto, no que diz com a transmissão da propriedade imobiliária, a rígida separação existente no direito alemão entre os planos dos negócios jurídicos obrigacionais (que são, de regra, causais) e o dos negócios jurídicos do direito das coisas, como o acordo de transmissão, que são abstratos. É irrecusável, entretanto, que, sob o aspecto lógico, deverá sempre haver uma diferença entre negócios jurídicos obrigacionais e negócios jurídicos de disposição (*Verfügungsgeschäfte*). Daí porque se tenha afirmado que tal separação de planos, no direito brasileiro, é meramente relativa, o que significa dizer que a invalidade do negócio jurídico obrigacional contamina a transmissão do domínio, afirmando-se, assim, entre nós, a causalidade do acordo de transmissão⁴⁸.

18. A base do direito das obrigações é toda ela romana. É inegável, no entanto, que a noção que se tem hoje de obrigação, ou a que já se tinha à época da elaboração do nosso Código Civil, não é, e nem poderia ser, a mesma que os romanos conceberam. Muitas modificações profundas foram introduzidas, especialmente no modo de considerar o vínculo obrigacional, que sempre conservou, no grande arco da história romana, a natureza pessoal que intensa e até cruelmente o caracterizou nos primeiros tempos, como atesta o *partis secanto* das XII Tábuas. Quando os romanos afirmavam que “*obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis adstringat, ad dandum aliquid, vel*

43 Sobre as estatísticas das influências no Código Civil Brasileiro, por todos, Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 24 e ss.

44 Só com a obra de Pontes de Miranda e, especialmente, só após a publicação da Parte Geral do seu monumental Tratado de Direito Privado, na década de 50, é que será bem explicado no direito brasileiro o conceito de pretensão, consistente na possibilidade de exigir que geralmente tem (mas não sempre) o titular do direito subjetivo, e que é distinta do direito subjetivo. Trata-se de conceito indispensável para a compreensão, por exemplo, da prescrição, dos direitos formativos, das chamadas obrigações imperfeitas ou dos direitos mutilados, dos direitos expectativos, do termo e da condição suspensiva, entre outras categorias importantes do direito privado.

45 *Derecho Romano Classico*, Barcelona, Bosch, 1960, p. 99. Veja-se, também, meu artigo *Casamento e a Posição Jurídica da Mulher no Direito de Família Romano do Período Clássico*, in Revista “Direito e Justiça”, vol. 15, p. 97 e ss.

46 Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 33-34.

47 Sobre a subsistência da *Gesamthandgemeinschaft* no direito contemporâneo, vd. João Baptista Villela, *Condomínio no Código Civil Brasileiro — Romanismo versus Germanismo*, in Ferrero Costa, Raul, et alii — *Tendencias Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano*, Lima, Cultural Cuzco, 1990, p. 579-590.

48 Cf. Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, Porto Alegre, 1964, p. 64.

faciendum, vel praestandum” (D.44.7.3) concebiam um laço jurídico entre pessoas determinadas. O mandato ilustra bem essa maneira de ver a obrigação, pois as obrigações contraídas pelo mandatário só dele podiam ser exigidas, uma vez que, em todas as áreas do direito romano, a chamada representação direta só veio a ser admitida em hipóteses excepcionais⁴⁹. Na generalidade dos casos, a representação era indireta, ou seja, se de mandato se tratasse, estabelecia-se um vínculo interno entre o mandante e o mandatário, mas jamais entre o mandante e o terceiro. Este estava ligado exclusivamente ao mandatário. Não será preciso dizer que o direito moderno rompeu essas limitações, não apenas para admitir plenamente a representação direta, que se tornou comum, como também para admitir a constituição de vínculos obrigacionais com pessoas indeterminadas ou só posteriormente determinadas, como se passa com os títulos de crédito⁵⁰.

Aos alicerces romanos agregou o nosso Código Civil material provindo de outras influências, dentre as quais, por certo, as do direito alemão. São elas sobretudo perceptíveis no efeito vinculativo da proposta (art. 1.080), na estipulação em favor de terceiros (art. 1.098), na gestão de negócios sem mandato (art. 1.332), na possibilidade que tem o devedor de pagar a qualquer dos credores solidários (art. 899), nas regras sobre o pagamento (art. 930)⁵¹. Ao nosso direito civil incorporou-se, também, a distinção germânica entre débito (*Schuld*) e responsabilidade (*Haftung*), a meio caminho entre o direito das obrigações e o direito das coisas.

19. Finalmente, no tocante ao direito das sucessões, também aqui a influência predominante é romana, tendo, porém, recebido significativas contribuições do direito português e francês, mas modesto subsídio do direito germânico⁵².

20. O Código Civil brasileiro, ao extinguir a vigência do direito romano em nosso país, determinou, também, o declínio do seu estudo entre nós. A disciplina de direito romano foi eliminado da maioria dos currículos de nossas faculdades de direito ou geralmente não consta das daquelas que mais recentemente foram criadas. Não será exagerado afirmar, assim, que a influência do romanismo, na leitura de nossa legislação civil, se não desapareceu de todo, é quase que inexistente, efeito que, aliás, produziu a codificação, nos países cujo direito integra a família do direito romano.

Destino diferente teve, entretanto, o germanismo. Após o nosso Código Civil, a interpretação que dele se fez e as obras que sobre direito civil se

escreveram, foram, em sua grande maioria, apoiadas no direito francês, no direito italiano e no direito português. Creio não cometer injustiça ao dizer que a única voz que ainda mantinha viva a tradição da Escola do Recife, na sua veneração pela cultura jurídica alemã na área do direito privado, era a de Pontes de Miranda. A ele se deve o renascimento do germanismo no direito civil brasileiro⁵³. Isso acontece não propriamente em razão do que Pontes de Miranda escreveu até a primeira metade deste século, mas sim com o início da publicação, na década de 50, do seu monumental *Tratado de Direito Privado*. Especialmente os volumes da parte geral do Tratado revelam um domínio assombroso da literatura jurídica alemã, não só da pandectística, como também da moderna, o que imprime às matérias neles tratadas uma precisão em rigor científico até então nunca conhecido em nosso direito privado.

O transporte para o direito brasileiro da noção de *Tatbestand*, expressão traduzida por “suporte fático”; a classificação dos atos jurídicos de direito privado, com a distinções entre negócios jurídicos, atos jurídicos *stricto sensu* e atos-fatos jurídicos, o emprego das concepções orgânicas de Gierke no trato das pessoas jurídicas (“o diretor apresenta, não representa a pessoa jurídica”); a análise da nova categoria dos direitos subjetivos, consistente nos direitos formativos, a que Emil Seckel deu forma definitiva, bem como a dos direitos expectativos; o exame metucioso do conceito de pretensão, de *Anspruch*, com todas as suas importantes implicações; o esforço em demonstrar que, também no direito brasileiro, o acordo de transmissão da propriedade imobiliária é negócio jurídico abstrato — são algumas facetas de seu pensamento e das suas lições que bem exprimem o quanto sobre o seu gênio pesou a cultura jurídica germânica.

Não parece excessivo asseverar, portanto, que com Pontes de Miranda começam de novo a encher-se com o bom vinho da doutrina alemã os já envelhecidos odres do nosso Código Civil. Na verdade, a releitura do nosso direito civil, empreendida por Pontes de Miranda no seu *Tratado*, não demorou a refletir-se na jurisprudência dos tribunais nacionais, ao mesmo tempo que impressionava, também, toda uma nova geração de juristas.

O que hoje com mais facilidade se pode criticar na obra de Pontes de Miranda — e esse será talvez um ponto de sombra deixado pelo seu germanismo — é a sua concepção mecanicista do direito e o seu positivismo. Isso impediu-lhe de avaliar corretamente a importância de algumas cláusulas gerais acolhidas pelo BGB, como, por exemplo, as que se extraem dos parágrafos 157, 162 e 242, relacionados com a boa fé (*Treu und Glaube*), ou do parágrafo 138, que diz respeito aos bons costumes, censura que, aliás, em primeiro lugar se deverá

49 Kunkel/Jörs/Wenger, *Römisches Recht*, Berlin, Springer, 1949, p. 101 e ss.

50 Clóvis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Rio, ed. Rio, 1977 (ed. histórica, reproduzindo a 5a. ed., de 1940), p. 15 e ss.

51 Veja-se Cláudia Lima Marques (op. cit. p.35), coligindo, sobretudo, as indicações de Pontes de Miranda (*Fontes*).

52 id. ib., p. 35-36.

53 A isso chama Cláudia Lima Marques de “novo germanismo” (op. cit., p. 30).

fazer ao autor do projeto do nosso Código Civil e aos que colaboraram na elaboração do texto definitivo.

São essas cláusulas gerais que impedem que os códigos envelheçam prematuramente, pois são elas as portas abertas para a ética social, os canais por que penetram no direito as mudanças culturais e econômicas, os delicados sensores que adaptam os sistemas jurídicos às oscilações do meio a que se aplicam.

Contudo, a moderna doutrina civilista brasileira tem tentado introduzir no nosso direito os valores que acham expressos naqueles preceitos do BGB, considerando-os como princípios imanentes ou implícitos em nosso sistema jurídico⁵⁴.

Se a primeira onda de germanismo pode ser identificada na ciência jurídica alemã do século passado, que influenciou o nosso Código Civil, e a segunda no rastro deixado em nossa cultura pelo pensamento de Pontes de Miranda, caberá falar, ainda, de uma terceira onda, consistente na penetração que tiveram em nosso meio, após a edição do Código Civil português, de 1966, de forte inspiração germânica, as obras dos civilistas lusitanos. Mário Júlio de Almeida Costa, José de Oliveira Ascensão, João de Matos Antunes Varela, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, entre outros, são juristas portugueses dos nossos dias, de sólida formação germânica, cujas obras, de larga circulação no Brasil, têm contribuído para que a leitura do nosso Código Civil continue a ser feita, de certa maneira, pelas lentes da ciência jurídica alemã, embora as adaptações sofridas ao ser recebida pelo direito português.

21. Concluo dizendo que romanismo e germanismo confluíram poderosamente na conformação do nosso Código Civil e, com maior ou menor vigor, continuam ainda a influir na sua interpretação e na modelação do direito civil brasileiro contemporâneo. Num mundo em que os avanços tecnológicos vão cada vez mais derrubando as fronteiras entre as nações, facilitando os processos de integração, talvez já tenha chegado a hora de pensar que essas divisões, como as de germanismo e romanismo, são meras expressões diversificadas — não do espírito de um povo, como de certa maneira pareceu, no início da Escola Histórica — mas do mesmo espírito vivo da humanidade.

⁵⁴ Nesse sentido, no que respeita ao princípio da boa fé objetiva, a obra pioneira em nosso direito foi a *Obrigação como Processo*, de Clóvis do Couto e Silva.

PREMISSAS METODOLÓGICAS PARA A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL*

GUSTAVO TEPEDINO**

Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao Texto Constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o Texto Maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 — ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta Constitucional — ou o estado contemplativo da maior parte de nossos civilistas, cujas contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a nova Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui ou acolá.

Parece, ao revés, imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição. E as presentes reflexões, sob título deselegante e deliberadamente dúbio, a provocar compreensível suspeita quanto ao despreço de seu autor pelas raízes históricas do direito civil, querem suscitar, ao contrário, resposta a duas indagações, com as quais pretendo me desincumbir da honrosa tarefa que me foi confiada pela Congregação de nossa querida Faculdade de Direito. A primeira delas: qual o papel do Código Civil quando da sua elaboração e nos dias atuais. A segunda: como compatibilizá-lo, do ponto de vista hermenêutico, com as leis especiais e com a Constituição da República.

As respostas de certa maneira poderão servir para que melhor se compreenda o exato significado dos adjetivos que vêm acompanhando, cada vez com

* Aula inaugural do ano acadêmico de 1992, proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 12 de março de 1992, à qual foram acrescentadas as referências bibliográficas essenciais.

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

maior frequência, o direito privado, tido, por inúmeras vozes, como socializado, publicizado, constitucionalizado, despatrimonializado. Tais designações estariam a significar, afinal, uma absorção do direito privado pelo direito público ou, muito ao contrário, indicariam tão-somente uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos — do direito privado e do direito público —, a exigir do intérprete redobrado esforço elaborativo para compreender o fenômeno?

O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.

Afirmava-se, significativamente — e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos —, que o Código Civil Brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado¹. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular.

Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil, fruto de uma época que Stefan Zweig, em síntese feliz, designaria como *o mundo da segurança*. Segurança — é de se sublinhar

¹ Michele Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, p. 399 e ss., recentemente traduzida no Brasil por Maria Cristina De Cicco (*O Direito Privado e os seus Atuais Confini*, in *Revista dos Tribunais*, 1998, vol. 747, p.35 e ss), em sua belíssima aula inaugural de 1961 da Faculdade de Direito da Universidade de Nápoles, observa que “este significado ‘constitucional’ dos códigos civis do início do século oitocentista não decorre das normas individualmente invocadas, mas lhes é imanente, quanto se tem presente que a propriedade privada e o contrato, que constituíam as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, a ‘constitucionalizar’ uma certa concepção de vida econômica, ligada, como é notório, à idéia liberal”.

— não no sentido dos resultados que a atividade privada alcançaria, senão quanto à disciplina balizadora dos negócios, quanto às regras do jogo. Ao direito civil cumpriria garantir à atividade privada, e em particular ao sujeito de direito, a estabilidade proporcionada por regras quase imutáveis nas suas relações econômicas. Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou do insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade de cada indivíduo².

Esta era de estabilidade e segurança, retratada pelo Código Civil Brasileiro, entra em declínio na Europa já na segunda metade do século XIX, com reflexos na política legislativa brasileira a partir dos anos 20. Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da primeira grande guerra, atingiriam profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia.

O Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava a debelar³.

Pode-se dizer, portanto, que logo após a promulgação do Código Civil, o legislador teve que fazer uso de leis excepcionais, assim chamadas por dissentirem dos princípios dominantes do corpo codificado. O Código Civil mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo que não desmentiam o sentido de completude e de exclusividade pretendido pelo Código.

² Sobre a influência deste período histórico e dos valores do liberalismo nas relações contratuais, v. N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 9 e ss., o qual se vale da expressão, citada no texto. O ambiente cultural, político e filosófico que antecedeu o Código Napoleônico, fundamental para a compreensão histórica da codificação moderna, é analisado por G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XIX*, Genova, ECIG, s.d. Cfr., sobre o tema, objeto de conceituadíssima doutrina, dentre outros, G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, 2ª ed., 1948; P. Rescigno, *L'autonomia dei privati*, in *Justitia*, 1967, p. 3 e ss. No direito pátrio, v., por todos, Orlando Gomes, *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, in *Direito Privado (Novos Aspectos)*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, p. 77 ss.

³ O momento histórico, que assinalaria, na Europa, a falência do individualismo jurídico, substituído, através de portentosa legislação extracodificada, por uma generalizada socialização do Direito, é retratado por Michele Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., p. 391 e ss.

Assim concebidas, tais leis extracodificadas corroboravam o papel constitucional do Código no que concerne às relações privadas, como lecionava a dogmática tradicional, permitindo que situações não previstas pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado. Daí por que ter-se também designado como *de emergência* esse conjunto de leis, locução que, de modo eloquente, a um só tempo exprimia a circunstância histórica justificadora da intervenção legislativa e preservava a integridade do sistema em torno do Código Civil: a *legislação de emergência* pretendia-se episódica, casuística, fugaz, não sendo capaz de abalar os alicerces da dogmática do direito civil. Delineia-se assim o cenário dessa primeira fase intervencionista do Estado, que tem início logo após a promulgação do Código Civil, sem que fosse alterada substancialmente a sua centralidade e exclusividade na disciplina das relações de direito privado⁴.

Tal situação, no entanto, foi pouco a pouco sendo alterada, pela inofismável necessidade do Estado em contemporizar os conflitos sociais emergentes, bem como em razão das inúmeras situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e simplesmente não alvitadas pelo Código Civil.

Assim é que se contabiliza, a partir dos anos 30, no Brasil, robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeciam com o pretendido caráter excepcional, na imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código Civil. Cuida-se de uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial ou conjuntural, matérias não previstas pelo codificador⁵.

Pode-se registrar assim uma segunda fase no percurso interpretativo do Código Civil, em que se revela a perda do seu caráter de exclusividade na regulação das relações patrimoniais privadas. A disciplina codificada deixa de representar o direito exclusivo, tornando-se o direito comum, aplicável aos negócios jurídicos em geral. Ao seu lado situava-se a legislação extravagante que, por ser destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica, apresentava característica de especialização, formando, por isso mesmo, um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Có-

digo Civil. Através de tais normas, conhecidas como leis especiais — justamente por sua técnica, objeto e finalidade de especialização, em relação ao corpo codificado —, o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista, expressão da política legislativa do *Welfare State* que se corporifica a partir dos anos 30, tem assento constitucional em 1934 e cuja expressão, na teoria das obrigações, se constituiu no fenômeno do dirigismo contratual.

Tal modificação no papel do Código Civil representa uma profunda alteração na própria dogmática. Identificam-se sinais de esgotamento das categorias do direito privado, constatando-se uma ruptura que bem poderia ser definida, conforme a preciosa análise de Ascarelli, como uma crise entre o instrumental teórico e as formas jurídicas do individualismo pré-industrial, de um lado; e de outro, a realidade econômica industrial ou pós-industrial, que repelem o individualismo. Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito⁶.

Esse estado de coisas enseja uma abrangência cada vez menor do Código Civil, contrapondo-o à vocação expansionista da legislação especial. A partir do longo processo de industrialização que tem curso na primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigados pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens. A Constituição brasileira de 1946 é um bom exemplo desta tendência, expressa nitidamente na Constituição italiana de 1948.

O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e

⁴ Tal situação se intensifica com o impacto causado, na economia mundial, pelas duas grandes guerras. Sobre a legislação de guerra e seus efeitos econômicos e jurídicos, v. Filippo Vassalli, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato* (1918), in *Studi giuridici*, vol. II, Roma, Soc. ed. del foro italiano, 1939, p. 43 e ss.; Francesco Ferrara, *Influenza giuridica della guerra nei rapporti civili* (1915), in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 33 e ss. e, espec., *Diritto di guerra e diritto di pace*, p. 63 e ss., para uma interessante classificação da normativa promulgada durante o período bélico, em termos de técnica legislativa; Emilio Betti, *Problemi dello sviluppo del capitalismo e della tecnica di guerra*, in *Studi in onore di A. Cicu*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, p. 589 e ss.

⁵ Cfr. Arnaldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio de Janeiro, 1943, 2ª ed., p. 193 e ss., para uma minuciosa resenha da intervenção legislativa.

⁶ Tulio Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Il Diritto dell'economia*, 1955, p. 1.179 e ss. Ascarelli, a rigor, rejeita a idéia de crise do direito, afirmando (p. 1.220) que “di crisi (...) si può parlare in riferimento al contrasto tra categorie giuridiche anteriori alla produzione industriale di massa e lo sviluppo invece di questa. Sobre o tema v., também, Michelle Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., *passim*, mas espec. p. 391 e ss., para o qual as “transformações” do direito privado “impõem uma urgente obra de controle de validade dos conceitos tradicionais em face da transformada realidade econômica”; e Rosario Nicolò, *Diritto civile*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 907 e ss., que se refere a uma profunda e inelutável “fratura entre a situação social e as formas jurídicas do privado”.

ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.

O percurso evolutivo dos institutos do direito privado é exemplo eloquente desse processo. A exagerada atenção do Código Comercial para com o comerciante dá lugar à ênfase central em relação ao atos de comércio e à empresa. A tônica excessiva do Código Civil em torno do sujeito de direito cede à atenção do legislador especial para com as atividades, seus riscos e impacto social, e para a forma de utilização dos bens disponíveis, de maneira a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado.

A legislação especial é o instrumento dessa profunda alteração, avalizada pela Constituição da República. O Código Civil preocupava-se em garantir as regras de jogo (a estabilidade das normas); já as leis especiais as alteram sem cerimônia, para garantir objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado. O Poder Público persegue certas metas, desenvolve nesta direção programas assistenciais, intervém conspicuamente na economia, vale-se de dirigismo contratual acentuado. O legislador trabalha freneticamente para atender à demanda setorial crescente, fala-se mesmo em uma *orgia legiferante*⁷.

Configura-se, assim, de um lado, o direito comum, disciplinado pelo Código que regula, sob a velha ótica subjetivista, as situações jurídicas em geral; e, de outro, o direito especial, cada vez mais relevante e robusto, que retrata a intervenção do legislador em uma nova realidade econômica e política.

A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil inteiros setores da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limita a regular aspectos especiais de certas matérias, disciplinando-as integralmente. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo Texto Constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante. Em relação a esta terceira fase de aplicação do Código Civil, fala-se de uma *era dos estatutos*, para designar as novas características da legislação extravagante.

Dito diversamente, a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis

⁷ Mauro Cappelletti, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1982, p. 774.

especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, já reproduzindo outras leis anteriores à Constituição, como o Estatuto da Terra, todos esses universos legislativos apresentam-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora.

Tais diplomas não se circunscrevem a tratar do direito substantivo mas, no que tange ao setor temático de incidência, introduzem dispositivos processuais, não raro instituem tipo penais, veiculam normas de direito administrativo e estabelecem, inclusive, princípios interpretativos. Fixam assim verdadeiro arcabouço normativo para inteiros setores retirados do Código Civil. Não se tem aqui, do ponto de vista técnico, uma relação de gênero e espécie, ou de direito comum e especial, senão a subtração verdadeira e própria de institutos — ou porque não alvitados pelo Código Civil ou porque revogados por leis especiais, o que sucedeu em relação a um número cada vez maior de matérias.

Quais as características desses estatutos sinteticamente apresentados? Em primeiro lugar, nota-se uma alteração profunda na técnica legislativa. Cuida-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios. O legislador fixa as diretrizes da política nacional do consumo; estabelece as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos; define programas e políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente. O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitadas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas.

Em segundo lugar, verifica-se uma alteração radical na linguagem empregada pelo legislador. As leis passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, uma linguagem que, não obstante os protestos dos juristas, atende a exigências específicas, ora atinentes a questões da informática, ora relacionadas a inovações tecnológicas ou a novas operações contratuais, ora a assuntos financeiros ou econômicos, suscitando muitas vezes dificuldades para o intérprete.

Em terceiro lugar, quanto aos objetivos das normas, o legislador, para além de coibir comportamentos indesejados — os atos ilícitos —, em atuação repressiva, age através de leis de incentivo, propõe vantagens ao destinatário da norma jurídica, quer mediante financiamentos subsidiados, quer mediante a redução de impostos, taxas ou tarifas públicas; para com isso atingir objetivos propostos

por tais leis, as chamadas leis-incentivo, com finalidades específicas. Revela-se, então, o novo papel assumido pelo legislador, argutamente identificado por Norberto Bobbio como *a função promocional do direito*, consubstanciada exatamente na promoção de certas atividades ou comportamentos, almejados pelo legislador, através de normas que incentivam os destinatários, mediante o oferecimento de vantagens individuais⁸.

Em quarto lugar, não mais se limita o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Na esteira do Texto Constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais. Bastaria passar em revista as inúmeras normas introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, algumas delas relacionadas à melhoria de sua qualidade de vida; ou aquelas relativas aos deveres do locador, no exercício do direito de propriedade regulado pela lei do inquilinato; ou ainda as regras que disciplinam as relações entre pais e filhos, nos termos inovadores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Mais ainda, como quinto característico na nova forma de legislar, nota-se o caráter contratual de tais estatutos. As associações, os sindicatos, os grupos interessados na regulação dos respectivos setores da sociedade negociam e debatem a promulgação de suas leis, buscam a aprovação de normas que atendam a exigências específicas, setorialmente localizadas. Aquele legislador do Código Civil, que legislava de maneira geral e abstrata, tendo em mira o cidadão comum, dá lugar a um *legislador-negociador*, com vocação para a *contratação*, que produz a normatização para determinados grupos — locador e locatário, fornecedores e consumidores, e assim por diante⁹.

O Direito Civil perde, então, inevitavelmente, a cômoda unidade sistemática antes assentada, de maneira estável e duradoura, no Código Civil. A Teoria

Geral dos Contratos já não atende mais às necessidades próprias da sociedade de consumo, da contratação em massa, da contratação coletiva. A Teoria Geral da Propriedade já não responde à pluralidade de situações jurídicas em que se dá o exercício do domínio que, por isso mesmo, se fragmenta. No âmbito do direito comercial, o direito de propriedade, unitariamente concebido, não é suficiente para abranger a cisão operada entre o controle da empresa e a titularidade das ações. Em matéria de responsabilidade, o mesmo se percebe, tornando-se evidente a insuficiência da responsabilidade aquiliana para explicar e solucionar os problemas há muito emergentes, e que se intensificam com o passar dos anos, com o desenvolvimento industrial e tecnológico.

Diante de tais circunstâncias, que se reproduzem em diversos países europeus, o Professor Natalino Irti, da Universidade de Roma, anunciou a chamada *era da decodificação*, com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos, verdadeiros microsistemas do direito privado, posição metodológica logo aderida, no caso brasileiro, pelo saudoso Professor Orlando Gomes, mas que deve ser, no entanto, examinada com enorme cautela¹⁰.

Não há dúvida que a aludida relação estabelecida entre o Código Civil e as leis especiais, tanto na fase da excepcionalidade quanto na fase da especialização, constituía uma espécie de monossistema, onde o Código Civil era o grande centro de referência e as demais leis especiais funcionavam como satélites, ao seu redor. Com as modificações aqui relatadas, vislumbrou-se o chamado polissistema, onde gravitariam universos isolados, que normatizariam inteiras matérias a prescindir do Código Civil. Tais universos legislativos foram identificados pela mencionada doutrina como microssistemas, que funcionariam com inteira independência temática, a despeito dos princípios do Código Civil. O Código Civil passaria, portanto, a ter uma função meramente residual, aplicável tão-somente em relação às matérias não reguladas pelas leis especiais.

⁸ A superação da visão meramente estrutural dos direitos subjetivos (limitada à análise dos mecanismos de poder postos à disposição do titular e voltada, por isso mesmo, tão-somente para a sua estrutura formal), através da funcionalização do Direito aos valores contidos no ordenamento é a proposta central de diversos textos reunidos de Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977 e, espec., *Verso una teoria funzionale del diritto*, p. 63 e ss. Na página introdutória, *Premessa*, o autor entrevê um “passaggio dallo stato ‘garantista’ allo stato ‘dirigista’ e conseguentemente la metamorfosi del diritto da strumento di ‘controllo sociale’ nel senso stretto della parola in strumento di ‘direzione sociale’”.

⁹ N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit., p. 29, a propósito, afirma que “*La crisi del codice civile, come disciplina generale dei rapporti privati, fa tutt'uno con il tramonto del 'cittoyen' e com l'affermarsi di gruppi sociali, capaci, di determinare o indirizzare le scelte dei poteri pubblici e così di raggiungere, nella forma della legge negoziata, gli scopi prima perseguiti mediante lo strumento del contratto*”.

¹⁰ A expressão dá o título à coletânea e é recorrente nos trabalhos reunidos em N. Irti, *L'età della decodificazione*, cit. V. também, Orlando Gomes, *A Agonia do Código Civil*, in *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, 1988, n. 7, p. 1 e ss. Cfr., em sentido contrário: A. De Cupis, *A proposito di codice e di decodificazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1979, II, p. 47 e ss.; Rodolfo Sacco, *Codificare: modo superato di legisferare?* in *Rivista di diritto civile*, 1983, II, p. 118 e ss.; G. Azzariti, *Codificazione e sistema giuridico*, in *Politica del diritto*, 1982, p. 537 e ss.; e as diversas contribuições reunidas em *Temî della cultura giuridica contemporanea, Prospettive sul diritto privato. Il tramonto del codice civile. Il giurista nella società industriale* — Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma il 27 e 28 ottobre 1979, Padova, Cedam, 1981. V., ainda, na perspectiva metodológica do texto: Carmine Donisi, *Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato*, in *Rassegna di diritto civile*, 1980, p. 644 e ss.; e, principalmente, Pietro Perlingieri, *Le ragioni di un Convegno. Le leggi 'speciali' in materia civile: tecniche legislative e individuazione della normativa*, in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, Esi, 1989, p. 251 e ss. e, na mesma coletânea, *Un parere sulla decodificazione*, p. 307 e ss.

Nesse estado de coisas, segundo a mesma corrente doutrinária, está-se diante de um direito civil fragmentado. Em face dos microssistemas, o Código Civil perde mais e mais a sua posição hegemônica, em nada servindo, por consequência, as propostas de nova codificação, desesperada e vã tentativa de unificar interesses jurídicos múltiplos, díspares, insuscetíveis de recondução a núcleo normativo monolítico. Afinal, a proliferação das leis especiais, segundo a mesma análise, seria reflexo da inelutável multiplicação de grupos sociais em ascensão, de corporações, e de centros de interesses novos e diversificados que passaram a habitar o universo jurídico.

A conclusão do mesmo raciocínio, em sede interpretativa, é que, diante de lacunas do legislador especial, o intérprete deverá aplicar tanto a *analogia legis* (o recurso à norma que regule situação análoga, com identidade de *ratio* em relação à situação não prevista) como a *analogia iuris* (o recurso aos princípios gerais de direito) no âmbito das normas do próprio estatuto, esgotando no assim chamado micro-sistema a atividade interpretativa.

Não obstante a extraordinária análise histórica oferecida por Natalino Irti, o fato é que tal doutrina, levada às últimas consequências, representa uma grave fragmentação do sistema, permitindo a convivência de universos legislativos isolados, responsáveis pela disciplina completa dos diversos setores da economia, sob a égide de princípios e valores díspares, não raro antagônicos e conflitantes, ao sabor dos grupos políticos de pressão¹¹.

Tal cenário, além de politicamente indesejável, não parece possa ser admitido diante da realidade constitucional, tendo em conta o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil, particularmente quanto trata da propriedade, dos direitos da personalidade, da política nacional das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família. Diante do novo Texto Constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição¹².

¹¹ Nesta direção, v. Pietro Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Scuole, tendenze e metodi*, cit., p. 109 e ss., e espec. p. 134: "L'insidiosa eccessiva divisione del diritto in branche ed in specializzazioni che, prevalendo, inevitabilmente farebbero del giurista, chiuso nel suo micro-sistema, un competente specifico, dotato sí di raffinati benché settoriali strumenti tecnici, ma acritico, insensibile verso il progetto complessivo della società anche quando questo, tradotto nella massima legge dello Stato, è chiaramente in contrasto a gruppi di potere o di pressione.

¹² Segundo Carmine Donisi, *Verso la 'depatrimonializzazione' del diritto privato*, cit., p. 684, "si giunge, infine, (...) ad auspicare la rifondazione di un sistema di diritto civile costituzionale, imperniato sulla 'funzionalizzazione' delle situazioni soggettive patrimoniali alle situazioni esistenziali, cui si riconosce, per l'appunto, in ossequio ai canoni costituzionali, una indiscutibile preminenza".

De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil¹³.

Se o Código Civil mostra-se incapaz — até mesmo por sua posição hierárquica — de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o Texto Constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, consequentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema¹⁴.

Poderíamos então rapidamente examinar alguns exemplos da integração hermenêutica do Código Civil com as leis especiais e a Constituição. No caso da propriedade privada, as normas do Estatuto da Terra poderão ser consideradas recepcionadas pela Constituição naquilo que, evidentemente, não a contrariarem. Mas como interpretar tais normas hoje? E que alcance deve ser dado ao Texto Constitucional? Sabe-se que a Constituição prevê a propriedade privada e a função social da propriedade como direitos e garantias individuais, no artigo 5º. Sabe-se também que no artigo 170 da Constituição Federal a propriedade e a função social da propriedade ganham relevo como princípios gerais da ordem econômica. A Constituição anterior já previa a função social da propriedade como um princípio geral. O que diferencia o texto atual em relação ao anterior é que a propriedade e a função social tornaram-se princípios fundamentais do ordenamento, garantias individuais, e não apenas princípios da ordem econômica.

Pois bem: a Constituição da República prevê programas de ação no que tange à propriedade rural e à propriedade urbana. Tais programas não podem ser interpretados como programas políticos, deslocados da normativa concreta e atual. Ao contrário, devem ser lidos como formas de dar conteúdo ao Código

¹³ Sublinha Pietro Perlingieri, *Un parere sulla decodificazione*, cit., p. 307: "la tecnica legislativa, contrastata dai grandi gruppi organizzati, non va considerata e valutata come una variabile indipendente dal quadro costituzionale e non è suscettibile di autolegittimare legislazioni di settore tali da assumere il ruolo nel diritto generale di un'intera materia, con perdita di un disegno complessivo. Disegno che, se non appare a livello legislativo, deve essere colto nel costante e tenace lavoro dell'interprete volto a cogliere i principi portanti della legislazione c.d. speciale, riconducendoli, anche sul piano della loro legittimità, all'unità del sistema garantita dai principi costituzionali gerarchicamente superiori" (grifou-se).

¹⁴ Pietro Perlingieri, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Scuole, tendenze e metodi*, cit. e, do mesmo autor, *Perfis do Direito Civil* (trad. Maria Cristina De Cicco), Rio de Janeiro, Renovar, 1997. Na doutrina brasileira, v. Maria Celina Bodin de Moraes, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 21 e ss.

Civil e às leis especiais. Se o nosso Código Civil não tratou da função social da propriedade, limitando-se a cuidar da estrutura dos poderes do titular do direito, se as leis especiais parecem acanhadas quando interpretadas isoladamente, é preciso que nós consigamos reler tais leis à luz da Constituição, dando-lhes um conteúdo de maior eficácia. Examine-se, com este intuito, o polêmico art. 185, inciso II, que torna insuscetível de desapropriação a propriedade produtiva. A expressão “propriedade produtiva”, da própria Constituição, não pode ser interpretada isoladamente, sendo permeada pelos demais preceitos constitucionais.

Com efeito, o art. 186 vincula o cumprimento da função social da propriedade ao atendimento de interesses extraproprietários, relacionados ao meio ambiente equilibrado, às relações de trabalho, entre outros. A Constituição da República, por outro lado, assegura, em seu artigo 5º, a função social da propriedade como princípio fundamental, condicionando a proteção do direito de propriedade ao cumprimento de sua função social, objeto de proteção autônoma, no mesmo patamar do interesse individual do proprietário. No artigo 3º, inciso III, o constituinte inseriu entre os objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza, introduzindo no sistema o princípio da igualdade substancial, pelo qual o Estado se compromete a reduzir as desigualdades sociais e redistribuir a riqueza — impondo, portanto, ao lado do princípio da isonomia formal, o princípio de isonomia substancial; e ao lado do princípio da justiça retributiva, o princípio da justiça distributiva. Finalmente, a dignidade da pessoa humana está também incluída nos objetivos da República, pelo artigo 1º. Tais dispositivos fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo constitucionalmente determinado, a guiar o intérprete nos conflitos de interesse.

Ou seja, a propriedade produtiva, a que se refere o art. 185, torna insuscetível de desapropriação não a propriedade apenas economicamente produtiva, meramente especulativa — não a propriedade com a qual talvez tenham sonhado os autores desse dispositivo; mas a propriedade que, sendo produtiva, esteja efetivamente cumprindo a sua função social, cujo exercício possa ser associado à redistribuição de riqueza; que promova com a sua utilização os princípios fundamentais da República. Portanto, a ordem econômica prevista na Constituição não pode ser interpretada senão interligada aos seus princípios fundamentais, sob pena de aniquilar-se a técnica constitucional de fixação de princípios.

Da mesma forma, o tecido normativo do Código Civil e toda a legislação infraconstitucional deverão ser informados pelos mesmos princípios. Teremos, assim, em tema de propriedade, uma funcionalização da propriedade privada aos princípios fundamentais da República, à erradicação da pobreza, à distribuição de renda. Não se trata, portanto, de ler a normativa especial através de seus próprios princípios — como se fora um microssistema —, encontrando-se

tais preceitos setoriais condicionados, vinculados, instrumentalizados, ao projeto constitucional.

A nova Lei de Locações de Imóveis Urbanos, a Lei nº 8.245, de outubro de 1991, não pôde prever todos os conflitos entre locador e locatário, mas fixou princípios, no intuito de compatibilizar a iniciativa econômica privada, tutelada na Constituição, com os valores extrapatrimoniais, ou existenciais, da moradia, do trabalho, da estabilidade do homem em seu *habitat*. Na operacionalização da Lei de Locações não será consentido ao intérprete deixar de levar em conta os princípios constitucionais que informam o legislador especial, em particular o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a estabilidade do inquilino na comunidade familiar, em seu local de trabalho e em sua moradia, adquira valor prioritário na solução dos conflitos de interesse.

Há aqui um exemplo sintomático. A Lei de Locações, em seu artigo 30, fixa como critério de desempate na hipótese de múltiplos locatários, com contratos iniciados na mesma data, que queiram igualmente exercer o direito de preferência, a idade do inquilino, decidindo o legislador em favor do locatário mais idoso. Alguns magistrados já se pronunciaram no sentido da inconstitucionalidade desse dispositivo, que feriria o direito à isonomia.

Entretanto, há uma enorme diferença entre a discriminação arbitrária e o tratamento legitimamente diferenciado. Se a Constituição determina o dever do Estado em amparar idosos, conforme dicção expressa do artigo 230, esse dever não pode ser interpretado apenas como um estímulo à construção de asilos... O tratamento diferenciado do legislador das locações corresponde justamente ao ditado constitucional que, expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, imagina ser tormentoso para o locatário mais idoso a mudança de residência, daí decorrendo o desempate a seu favor no exercício do direito de preferência. Muitos exemplos poderiam ser oferecidos no sentido de construir uma interpretação que reunifique o direito privado, fornecendo revigorado fôlego à norma ordinária através dos princípios constitucionais.

O Código de Defesa do Consumidor, a Lei 8.089, de 11 de setembro de 1990, em seu art. 4º, determina que a política nacional das relações de consumo (informada pelo art. 5º, XXXII e 170, V, da Constituição) “tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”, fixando então uma série de princípios a serem atendidos. O excerto, diga-se entre parêntesis, confirma cabalmente a ruptura do legislador especial para com a técnica regulamentar e patrimonialista do Código Civil, como antes mencionado.

Pois aí está: os preceitos do Código de Defesa do Consumidor parecem ainda esquecidos pelos operadores e, no entanto, dão expressão, dão corpo e

dão vida ao ditado constitucional, em favor da dignidade do consumidor, em favor de valores extrapatrimoniais que devem proteger o contratante em situação de inferioridade. O Código do Consumidor chega inclusive a utilizar a expressão *hipossuficiente*, a propiciar a inversão do ônus da prova, segundo o artigo 6º, inciso VIII, em favor do consumidor que, econômica ou tecnicamente inferiorizado em relação ao fornecedor, venha a juízo desprovido de provas contundentes. Note-se que essa circunstância, a hipossuficiência, não tem conotação restrita à deficiência econômica, abrangendo aspectos culturais e técnicos, além de ser conceito relativo, compreendendo as características pessoais que tornam o consumidor inferiorizado em relação a determinado fornecedor.

Em tais casos, o Código do Consumidor prevê a inversão do ônus da prova, a ser determinada com base na ordinária experiência do juiz, como maneira de privilegiar os valores constitucionais tutelados prioritariamente pelo ordenamento. O respeito à dignidade, à saúde, à segurança; a proteção de interesses existenciais; a qualidade de vida e também os interesses econômicos, a atividade econômica livre e concorrencial, são alguns dos aspectos que devem guiar o magistrado para dirimir os conflitos no âmbito das relações de consumo.

No que concerne ao direito de família, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao consagrar a igualdade de todos os filhos perante a Constituição, prevista no artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição, determina que o filho deva se inserir na relação familiar como protagonista do próprio processo educacional. Vale dizer, o filho está autorizado a discutir os critérios de avaliação educacional e pedagógica, sendo estimulado ao controle do exercício do pátrio poder. Assuntos atinentes à fixação do domicílio familiar, a viagens com os filhos e à alteração de escolas devem ser decididos com base no interesse de todos os membros da família e, em particular, em consonância com o interesse das crianças, alvo de tutela especial da Constituição que visa, assim, ao melhor desenvolvimento de sua personalidade.

Pode-se dizer, portanto, que na atividade interpretativa, o civilista deve superar alguns graves preconceitos, que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Em primeiro lugar, não se pode imaginar, no âmbito do direito civil, que os princípios constitucionais sejam apenas princípios políticos. Há que se eliminar do vocabulário jurídico a expressão *carta política*, porque suscita uma perigosa leitura que acaba por relegar a Constituição a um programa longínquo de ação, destituindo-a de seu papel unificador do direito privado. O civilista, em regra, imagina como destinatário do Texto Constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses — patológicas e extremas — de controle de constitucionalidade. Tal preconceito o faz refém do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e visitar os institutos de direito privado, mesmo

quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição.

Em segundo lugar, não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4º da Lei de Introdução, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia e os costumes; e só então, na ausência de lei expressa e fracassada a tentativa de dirimir o conflito, valendo-se de tais fontes, decidirá com base nos princípios gerais de direito.

No caso dos princípios constitucionais, esta posição representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que, dessa maneira, só seriam utilizados em sede interpretativa na omissão do legislador, e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária.

Em terceiro lugar, ainda no que tange à técnica interpretativa, não pode o operador manter-se apegado à necessidade de regulamentação casuística, já que o legislador vem alterando a sua forma de legislar, preferindo justamente as cláusulas gerais, como ocorre repetidas vezes na Constituição, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente. Acostumado ao estilo linear e elegante do Código Civil, no qual todas as situações-tipo eram previstas pormenor e detalhadamente, corre-se o risco de relegar à ineficácia as cláusulas gerais — não só aquelas introduzidas na Constituição, mas as inúmeras normas com a mesma técnica de que se valem os estatutos.

Vale dizer: segundo o raciocínio ainda dominante, como certa situação concreta não está prevista expressa e casuisticamente, não se reconheceria legislação aplicável, mesmo na presença de cláusulas gerais que, versando sobre a espécie, seriam consideradas como mero programa de ação legislativa, endereçadas ao legislador futuro. Trata-se de grave equívoco de rota, incompatível com a política legislativa atual.

As constituições contemporâneas e o legislador especial utilizam-se de cláusulas gerais convencidos que estão da sua própria incapacidade, em face da velocidade com que evolui o mundo tecnológico, para regular todas as inúmeras e multifacetadas situações nas quais o sujeito de direito se insere. Cláusulas gerais equivalem a normas jurídicas aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusulas de intenção.

Por fim, o último preconceito a ser abandonado nessa tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se à *summa divisio* do direito público e do direito privado. A interpenetração do direito público e do direito privado caracteriza a sociedade contemporânea, significando uma alte-

ração profunda nas relações entre o cidadão e o Estado. O dirigismo contratual antes aludido, bem como as instâncias de controle social instituídas em uma sociedade cada vez mais participativa, alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado, a tudo isso devendo se acrescentar a natureza híbrida dos novos temas e institutos vindos a lume com a sociedade tecnológica.

Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores.

Algumas matérias, em particular, retratam esse preconceito por parte de alguns autores. Apregoa-se com frequência a migração de certos institutos do Direito Civil para o Direito Administrativo por força da intervenção estatal na sua regulamentação, ou pela perda da referência individualista da disciplina legal. Assim ocorre, por exemplo, no caso da responsabilidade objetiva, com a consagração da teoria do risco, prevista constitucionalmente na hipótese de responsabilidade estatal. A matéria é tipicamente do direito civil e não do direito administrativo, como sustentam alguns. Não é porque se substituiu a responsabilidade aquiliana pela teoria do risco que o civilista deverá lavar as mãos, considerando-se estranho à temática. Cuida-se na verdade de uma dualidade de fontes — ato ilícito e leis específicas — introduzida no estudo da responsabilidade civil, que nem por isso deixa de se integrar à dogmática do Direito Civil.

A propriedade com a sua função social, as limitações do solo urbano e as restrições ao domínio dão um novo conteúdo à senhoria, limitando internamente o conteúdo do direito de propriedade. Não se trata, à evidência, de deslocamento para o direito público de certos tipos de propriedade, como se ao direito civil coubesse a disciplina de uma propriedade sem limites, no espaço que lhe restou, onde fosse possível expandir o mesmo individualismo pré-constitucional, podendo, então, finalmente, o titular, exercer a senhoria livremente, sem intervenção estatal. Ao contrário, todo o conteúdo do direito subjetivo de propriedade encontra-se redesenhado.

O mesmo fenômeno verifica-se no direito de família. O fato dos princípios de ordem pública permearem todas as relações familiares não significa ter o direito de família migrado para o direito público; devendo-se, ao reverso, submeter a convivência familiar, no âmbito do próprio Direito Civil, aos prin-

cípios constitucionais, de tal maneira que a família deixe de ser valorada como instituição, por si só merecedora de tutela privilegiada, como queria o Código Civil, em favor de uma proteção funcionalizada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como quer o Texto Constitucional.

Veja-se ainda a disciplina dos contratos de massa, regulada pelo Código do Consumidor, permeada mais uma vez por princípios de ordem pública, expressão do dirigismo contratual, sem que com isso se justifique uma distinção temática entre os contratos de consumo e a teoria contratual do direito civil, como se as relações de consumo, pela intensidade da intervenção estatal que atraem, se estremassem do direito civil.

Pode-se dizer, a rigor, que em todos esses exemplos a crítica se move contra um ponto de vista comum e extremamente perigoso, que pretende conservar um espaço de liberdade, por menor que seja, à dogmática pré-constitucional — em tema de propriedade, família, responsabilidade, teoria negocial —, uma espécie de *última praia*, como alguém, com fina ironia, designou, para a salvação dos postulados subjetivistas tradicionalmente dominantes em todo o Direito Civil codificado. A rigor, não há espaços de liberdade absoluta, ou territórios, por menor que sejam, que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, cabendo ao intérprete, em definitivo, não propriamente compatibilizar institutos do direito privado com as restrições impostas pela ordem pública senão relê-los, revisitá-los, redesenhando o seu conteúdo à luz da legalidade constitucional¹⁵.

A intervenção direta do Estado nas relações de direito privado, por outro lado, não significa um agigantamento do direito público em detrimento do Direito Civil que, dessa forma, perderia espaço, como temem alguns. Muito ao contrário, a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

Uma última advertência se faz indispensável. A adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz *constitucionalizado, socializado, despatrimonializado*, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio Direito Civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas

¹⁵ A expressão (*l'approdo ad un'ultima spiaggia*) é de Pietro Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni Fiorentini*, 1976-7, II, p. 877, referindo-se ao "aggancio che cercano la proprietà e le situazioni 'reali' nella tutela della persona".

ter a coragem de alterar a dogmática, pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a impressão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis. A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete. Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Gostaria de concluir esta aula agradecendo a atenção e a paciência dos caríssimos Professores e alunos aqui presentes, com votos de um profícuo ano acadêmico e deixando para a reflexão de todos, juntamente com este deliberadamente provocativo apelo a uma releitura do nosso direito civil, a invocação de um irreverente personagem, Lord Henry Wotton, de um dos mais irreverentes autores da literatura inglesa, Oscar Wilde: *"Our proverbs want rewriting. They were made in winter, and it is summer now."*¹⁶

¹⁶ *The picture of Dorian Gray* (1890), in *Plays Prose Writings and Poems*, London, Dent, 1975, p. 126.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCIPLINA DA FILIAÇÃO NO PROJETO DO CÓDIGO CIVIL (Projeto de Lei da Câmara nº 118, de 1984)

HELOISA HELENA BARBOZA*

Retomou-se em 1997 a discussão sobre a nova Lei Civil brasileira. O projeto que institui o Código Civil, aprovado pela Câmara em 1975, foi encaminhado ao Senado que, somente em 1997, o aprovou após 332 emendas, fazendo-o retornar à casa de origem, conforme ditame constitucional, para apreciação das mesmas e, afinal, envio à sanção presidencial.

Ao longo de mais de duas décadas em que se arrasta o processo de aprovação, veio o Direito de Família a sofrer profunda modificação, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que o atingiu em seus princípios estruturais. Pode-se mesmo afirmar que a "constitucionalização" do Direito Civil fez-se forte no Direito de Família.

Por conseguinte, a apreciação do mencionado projeto, notadamente do Livro IV – Do Direito de Família, há de ser feita à luz das normas constitucionais que regem a matéria, uma vez que o acatamento dos norteadores fixados pela Lei Maior compromete a própria sobrevivência dos dispositivos que estão por nascer.

No amplo panorama compreendido pelo Direito de Família, merece de pronto atenção a disciplina prevista pelo projeto para a filiação, que recebeu do constituinte tratamento bastante inovador, com aguda repercussão na esfera civil.

Estabeleceu a Constituição Federal de 1988 (art. 227, § 6º) a plena igualdade entre os filhos, nascidos ou não do casamento, incluindo os adotivos, tendo todos assegurados os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Paralelamente determinou ser

* Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ. Procuradora de Justiça aposentada.

dever dos pais assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229), ratificando a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais: os filhos são todos iguais, sejam ou não casados seus pais, haja ou não impedimento para casamento entre eles.

Além disso, as crianças e os adolescentes passaram a ter reconhecidos e garantidos direitos próprios a sua condição de pessoas em desenvolvimento, orientados pela doutrina da proteção integral. Em consequência, as relações envolvendo essas *pessoas em desenvolvimento*, em especial as travadas entre pais e filhos, devem necessariamente respeitar tais direitos.

A disciplina da filiação há, portanto, de edificar-se sobre esses três pilares constitucionalmente fixados: plena igualdade entre os filhos, desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e doutrina da proteção integral.

À luz desses norteadores, passamos a tecer breves considerações sobre os aspectos mais relevantes da disciplina da filiação no projeto que institui o Código Civil, excluía a adoção que exige análise específica, uma vez solucionado o confronto da nova lei com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Da Filiação. Contém o Livro IV – Do Direito de Família quatro Títulos, a saber: I – Do Direito Pessoal, compreendendo casamento e relações de parentesco; II – Do Direito Patrimonial, abrangendo regime de bens entre os cônjuges, usufruto e administração dos bens dos filhos menores, alimentos e o bem de família; III – Da União Estável; e IV — Da Tutela e da Curatela.

Na linha da codificação anterior, a Filiação (Capítulo II) se situa dentre as relações de parentesco (Subtítulo II), após Disposições Gerais (Capítulo I), precedendo o Reconhecimento dos Filhos (Capítulo III), a Adoção (Capítulo IV) e o Poder Familiar (Capítulo V).

Não houve, em verdade, inovação. A estrutura do projeto, inegavelmente repete a anterior, fazendo algumas adaptações impostas pela nova ordem constitucional. Resta nítido, porém, o atrelamento ao espírito da lei antiga, traduzido na distinção entre os filhos concebidos no casamento, que têm paternidade presumida (arts. 1.601 a 1.615), e os filhos havidos fora do casamento (arts. 1.616 a 1.629), que não a têm.

A diferença reside, como se vê, apenas no modo pelo qual se estabelece o vínculo da filiação, mormente a paternidade: por efeito do casamento ou mediante declaração de vontade. Não chega a referida distinção a importar em discriminação dos filhos, constitucionalmente vedada, na medida em que todos têm iguais direitos. Merecia, porém, o instituto da filiação tratamento mais condizente com suas novas linhas estruturais.

Observa-se que o projeto retoma a distinção entre *parentesco natural*, resultante da consangüinidade, e *civil*, gerado pela adoção (artigo 1.598), abolida

com a revogação do artigo 332¹, do vigente Código Civil. Diante do princípio da plena igualdade entre os filhos e da vedação constitucional de qualquer designação discriminatória relativa à filiação, questionável a constitucionalidade de tal dispositivo. Considere-se, ainda, que o projeto atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais (art. 1.638).

De indagar-se qual a utilidade da distinção, de caráter discriminatório, e que guardaria apenas interesse doutrinário e eventual quanto às adoções anteriores a 1988, tormentosa questão, se vencedora a tese de preservação das adoções feitas segundo o Código Civil, que não conferiam plenos direitos aos filhos adotivos, limitando o parentesco entre esse e o adotante.

Da presunção de paternidade. A leitura do Capítulo II, dedicado à Filiação, revela, como acentuado, poucas novidades, repetindo-se a maior parte das disposições constantes da vigente codificação, concernentes à “filiação legítima”. Mantida foi a presunção de paternidade dos filhos de pessoas casadas, com a inclusão dos filhos “havidos por inseminação artificial, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Embora se tenha dado o primeiro passo para regulamentação de tão complexa matéria, carente até o presente de qualquer normatização jurídica, o dispositivo, nos termos em que se encontra redigido, longe está de resolver, a contento, a intrincada questão da atribuição da paternidade no caso de inseminação artificial *heteróloga ou com doador*.

Considere-se, inicialmente, que a presunção de paternidade, como esclarece CARBONNIER², repousa em duplo fundamento: a) na vontade tácita do marido que, ao consentir com o matrimônio, aceita como seus todos os filhos que sua mulher venha a ter; b) ou, em tese oposta, segundo a qual, consiste a presunção em um corolário natural dos deveres de fidelidade e coabitação. Permita-se acrescer, em particular diante do ordenamento brasileiro, que sem dúvida leva em conta a época da concepção, que a vontade tácita do marido fundamenta-se na probabilidade biológica da filiação, igualmente decorrente da observância dos citados deveres legalmente estabelecidos para os cônjuges.

Nessa linha, de todo adequado inscrever-se, no rol legal da presunção de paternidade, a inseminação *homóloga*, isto é, feita com o material fecundante do marido, já que há certeza quanto à origem biológica do filho, ressalvada, à evidência, a hipótese de erro médico.

1 Revogado expressamente pelo artigo 10, da Lei 8.650, de 29.12.92.

2 CARBONNIER, Jean. “Derecho Civil”. Barcelona. Bosch, Casa Editorial. 1961, tomo I, v. II, pp. 263/264.

O mesmo, porém, não se pode afirmar no caso de inseminação heteróloga, onde há *certeza* de que o filho não é biologicamente do marido. Não há suporte fático que autorize tal presunção, não devendo ser computados os deveres de fidelidade e coabitação, pela peculiaridade do procedimento em estudo.

Observe-se que fácil seria ao marido contestar a paternidade, que, de fato, biologicamente não é sua, bastando para tanto que exerça seu direito de ação no prazo decadencial de sessenta dias, contados do nascimento (artigo 1.609).

A primeiro exame, portanto, ante a ausência de menção expressa a tal modalidade de inseminação, não estaria a mesma compreendida na presunção de paternidade.

Impõe-se, porém, a análise da natureza jurídica e efeitos da prévia *autorização* do marido, exigida pelo projeto, para a realização do processo de fertilização assistida em causa.

Inicialmente, observe-se que não se cuida, a rigor, de *autorização*, declaração de vontade, que compreende o consentimento ou a permissão, decorrente de um *poder*, que no caso não existe. Em face da vigente Constituição, que estabeleceu a plena igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, não há mais *poder marital*, e o *poder familiar* é exercido igualmente pelo homem e pela mulher.

Além disso, a atribuição da paternidade ao marido, por força da presunção legalmente estabelecida, é efeito jurídico que se opera *ex vi legis*³, pois, como esclarece CICU⁴, as relações familiares têm sua origem em um ato jurídico (casamento, adoção) ou em um fato jurídico (procriação no casamento), mas, uma vez constituída a relação familiar, o exercício das funções não se deixa, em geral, sujeito à livre vontade das pessoas. Embora haja reconhecimento da vontade como elemento formador das relações familiares, essa vontade está vinculada à satisfação do interesse familiar. Portanto, no tocante à produção de efeitos, a vontade será considerada quando dirigida contrariamente àquele interesse.

Em outras palavras, não se exige a aceitação específica da paternidade pelo marido, pois a presunção de paternidade assenta na vontade tácita do marido que, ao consentir com o matrimônio, aceita como seus todos os filhos que sua mulher traga ao mundo⁵. Sua vontade será considerada quando contestar essa paternidade, contrariando, portanto, o interesse familiar.

³ CARBONNIER, Jean. Ob. cit., p. 257, abordando a adoção do princípio *pater est is quem nuptiae demonstrant*, afirma: "Se trata, pues, de un principio fundamental de la institución matrimonial que, en función de dicho criterio, puede definirse como la unión que atribuye al varón, de pleno Derecho, los hijos habidos por la mujer."

⁴ CICU, Antonio. "El Derecho de Familia". Buenos Aires. Ediar Soc. Anon. Editores. 1947, pp. 174/175.

⁵ CARBONNIER, Jean. Ob. cit., p. 263/264.

Nessa linha, afastadas, à evidência, as hipóteses de fraude e erro, o marido que *autoriza* a inseminação artificial de sua esposa, *ciente* de que será utilizado sêmen de terceiro e de que a lei lhe atribui a paternidade dos filhos gerados por sua mulher, tacitamente aceita, como seu, o filho que ela assim venha a ter. Trata-se de verdadeira aceitação de intromissão no seio familiar do filho de outrem; ou seja, de anuência expressa com a atribuição àquele que será gerado do estado de *seu* filho, de todo exigível, no caso, eis que ausentes, como demonstrado, os pressupostos da presunção.

Não se deve conferir a essa *autorização* do marido, no caso de inseminação heteróloga, força de reconhecimento, declaração de vontade unilateral não receptícia⁶, pela qual o pai aceita o vínculo de filiação. Dirige-se tal declaração de vontade aos filhos havidos fora do matrimônio, pois ainda que exista prévia relação familiar, como a decorrente da união estável, essa não produz o efeito jurídico de estabelecimento do vínculo, como ocorre no casamento, sendo necessária, portanto, a declaração de vontade nesse sentido, para que ele se constitua.

Na verdade, considerando que a paternidade no caso não assenta em uma realidade biológica, configura-se uma situação *similar* à adoção, visto que de adoção não se trata, sequer de nascituro. Ao autorizar a inseminação de sua mulher com material fecundante de outro homem, o marido admite ter como seu filho de outrem, à semelhança do que ocorre na adoção.

Verifica-se, em tal caso, a "declaração tácita de vontade" a que alude PONTES DE MIRANDA⁷, posto que, indiscutivelmente, há uma "declaração de vontade silente", na medida em que "o que deixa de falar *sabia* que se teria como declaração de vontade de determinado conteúdo o seu silêncio" (sem grifo no original). Segundo o mesmo autor, na declaração de vontade sem palavras, dita tácita, "não é o ato, *indicium voluntatis*, que se interpreta como declaração, é algo por sobre ele, tanto que se pode dar que nenhum ato tenha existido"⁸. O marido, ao autorizar a inseminação artificial de sua mulher, com material fecundante doado, declara uma vontade que, necessariamente, inclui de modo tácito seu desejo de ter um filho e a aceitação da paternidade que lhe é atribuída por lei – esse o "algo sobre" o ato que se interpreta como declaração. Presente, pode-se dizer, a "vontade de declaração", esclarecida por VICENTE RÁO⁹, já que há inegavelmente "a vontade do fato ou comportamento que na declaração se traduz".

⁶ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin. "Tratado de Derecho Civil". Barcelona. Bosch, Casa Editorial. 1979. 2ª v., tomo IV, p. 195.

⁷ MIRANDA, Pontes de. "Tratado de Direito Privado". São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1983, pp. 4/8.

⁸ MIRANDA, Pontes de. Ob. cit., p. 6.

⁹ RÁO, Vicente. "Ato Jurídico". São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1994, p. 115.

Embora dirigida à situação não cogitada no direito brasileiro, a equiparação à adoção não se pode dizer inédita em nosso sistema. Já CLOVIS BEVILAQUA, ao comentar o disposto no artigo 339, I, do Código Civil, ainda vigente, que impede a contestação da *legitimidade*, atualmente a ser entendida como a presunção de paternidade, do filho nascido antes dos cento e oitenta dias do estabelecimento da convivência conjugal, se o marido, ao casar, tinha ciência da gravidez da mulher, afirmava: “se, apesar da gravidez conhecida, o marido casa, o filho é seu, ou porque o gerou ou porque o **adotou**.”¹⁰ (Sem grifo no original.)

A *autorização* do marido, que ora se analisa, não constitui, como acentuado, reconhecimento da paternidade ou adoção, a rigor técnico. Configura declaração de vontade, nos termos acima, que tem por efeito precípua expressar a aceitação do marido da paternidade de um filho que não é biologicamente seu, não admitindo, como o reconhecimento e a adoção, revogação: estabelecida a filiação não se pode retirar a expressão que a motivou. A desconstituição do estado assim gerado só poderá ser obtida através de ação própria, com fundamento nas causas que ensejam a invalidade do ato.

Deve-se ressaltar, porém, a possibilidade de revogação da autorização enquanto não constatada a gravidez, uma vez que, verificada a existência do nascituro, devem ser postos a salvo seus direitos, dentre eles o de ter estabelecida a sua filiação. O reconhecimento da paternidade do nascituro é previsto na lei vigente (Lei 8.069/90, art. 26, par. único) e no projeto (art. 1.618, par. único), parecendo razoável adotar-se igual orientação no caso em pauta.

Mesmo tendo a presunção por fundamento, como afirmado, a probabilidade biológica da filiação, afastada não está a hipótese de nela serem incluídos filhos sem vínculo sanguíneo. Como demonstrado, é o que se verifica quando o homem casa sabendo grávida a mulher: ainda que tenha certeza de que o filho não é seu, aceita-o como tal, fazendo prevalecer sua vontade de aceitá-lo como filho sobre a verdade biológica. Muitos insistirão em que o homem assim age na suposição de ser o pai. A despeito de ser essa hipótese predominante, bastante comum o fato de homens assumirem como seus filhos que sabidamente não o são, ainda que sem casamento, com o fito de dar amparo à criança¹¹.

Nessa linha, não há pecado grave em se estender ao filho oriundo de inseminação artificial heteróloga a presunção de paternidade, igualmente não em decorrência de uma probabilidade biológica, mas de uma declaração de vontade.

¹⁰ BEVILAQUA, Clovis. “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado”. Rio de Janeiro. Livraria Francisco Alves. 1954. V. II, p. 236.

¹¹ Pontes de Miranda menciona expressamente a hipótese: ob. cit., tomo IX, pp. 33/34.

Na verdade, a análise acurada do dispositivo em causa, não obstante as razões jurídicas contrárias antes expostas, induz à conclusão de que o legislador quis exatamente contemplar a hipótese de inseminação artificial com doador.

Efetivamente, não seria razoável estabelecer a presunção apenas em decorrência do emprego de uma técnica médica para a reprodução, que utiliza material fecundante do próprio marido, aumentando enormemente, para não se dizer tornando certo, o vínculo biológico. A falta de autorização em tal caso, exigência de norma de ética médica, por si só, não afastaria a presunção. Do mesmo modo que não a exclui a não utilização de método anticonceptivo pela mulher, desconhecida pelo marido. Pode não haver na hipótese paternidade afetiva, mas o vínculo estará legalmente constituído.

Ante o exposto, pode-se concluir que o dispositivo em causa (artigo 1.602, III) inclui na presunção de paternidade os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga da mulher casada, autorizada previamente pelo marido. Melhor seria, porém, que houvesse expressa menção a tal modalidade de reprodução assistida, espancando possíveis dúvidas.

Por oportuno, observe-se que a própria necessidade de *autorização* para utilização das técnicas de reprodução assistida com material fecundante do marido é questão que está a merecer análise de per si sob a ótica jurídica, em face da situação sociojurídica hoje ocupada pela mulher, especialmente no casamento. Escapa, porém, tal matéria ao objeto do presente.

Da contestação da paternidade. No tocante à possibilidade de contestação da paternidade, o projeto, repetindo disposição do vigente Código Civil, vedou-a na hipótese de ciência da gravidez anterior ao casamento (art. 1.603). De todo recomendável seria a inclusão de dispositivo em relação à inseminação artificial heteróloga, inibindo não só a contestação, mas também a possibilidade da anulação do registro de nascimento, evitando que o filho resultante do emprego da referida técnica fique sem pai. Nesse sentido a solução do Código Civil Português¹².

Observe-se que a norma ética médica determina sigilo sobre a identidade do doador do material fecundante¹³, sendo mesmo impossível, em alguns casos, como na hipótese de mistura de sêmen, determinar a paternidade. Não é razoável legitimar o emprego de uma técnica de reprodução e não assegurar juridicamente o estabelecimento pleno da filiação.

O projeto não cogitou da filiação decorrente da fertilização *in vitro*, onde é freqüente a existência de embriões excedentes, normalmente criopreservados.

¹² Código Civil Português, art. 1.839: “Não é permitida a impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”

¹³ Resolução nº 1.358, de 11.11.92, do Conselho Federal de Medicina, IV, 2 e 3.

A hipótese apresenta manifesta complexidade, merecendo tratamento em separado.

Verifica-se quanto aos motivos que autorizam a contestação da paternidade presumida, que incluídas foram hipóteses reclamadas pela doutrina e aceitas pelos tribunais: a separação de fato ao tempo da concepção e a impossibilidade da filiação, mediante exame pericial (art. 1.605). Essa última disposição ganha especial relevância em face dos exames de DNA e ratifica a necessidade de se proibir expressamente a contestação no caso de inseminação artificial heteróloga, onde sabidamente o marido não é o pai.

Substituiu-se a “impotência absoluta” da lei atual pela “impotência para gerar”, à época da concepção, como causa que ilide a presunção de paternidade (art. 1.607).

Observa-se que foram mantidos os prazos decadenciais para contestação da paternidade presumida (art. 1.609, §§ 1º e 2º), restringindo o direito de ação do marido, mesmo diante da possibilidade de reconhecimento do filho aduterino **a matre**, assegurada pela Constituição Federal. Saliente-se, desde logo, que a proibição da investigação da maternidade com relação à mulher casada prevista no projeto é flagrantemente inconstitucional como adiante apontado. Impõe-se, por conseguinte, ao marido o recurso à anulação do registro de nascimento mediante aplicação extensiva do artigo 1.612, reprodução do artigo 348 do vigente Código Civil.

Do reconhecimento da paternidade. O projeto de Código Civil aprovado pela Câmara dos Deputados em 1984 foi revisto pelo Senado Federal, sofrendo indispensáveis alterações que buscaram evitar o confronto com a nova ordem constitucional. Continha o projeto original um capítulo dedicado à *legitimação* dos filhos por força do casamento dos pais, equiparando os filhos legitimados aos legítimos (Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, arts. 1.618/1.620).

A legitimação, a teor do artigo 353 do Código Civil, resultava do casamento dos pais, estando concebido ou depois de havido o filho, aproveitando aos seus descendentes, conforme artigo 354. Os filhos legitimados eram, em tudo, equiparados aos legítimos, por força do artigo 352. Tais artigos não foram recepcionados pela nova Constituição, visto cuidarem de qualificação de filho por essa rejeitada.

Cabe observar, no entanto, que a legitimação era um efeito atribuído por lei ao casamento, não resultando de um ato jurídico¹⁴. Pela lei civil brasileira,

¹⁴ BEVILAQUA, Clovis. Código Civil Comentado. Rio de Janeiro. 1954. Editora Paulo Paulo Azevedo Ltda, v. II, p. 248. ALMEIDA, Estevam. Manual do Código Civil. Rio de Janeiro. 1930. Jacintho Ribeiro dos Santos, v. VI, p. 89, afirma: “110 – E como opera o casamento a legitimação? De pleno direito, isto é: ainda que os pais não declarem querer legitimar o filho,

na linha das leis suíça¹⁵ e alemã¹⁶, verificava-se de pleno direito, dispensando o prévio reconhecimento¹⁷, diferentemente da legislação francesa¹⁸ e portuguesa¹⁹ que o exigem como condição para a legitimação²⁰.

Como salientara ESPINOLA²¹, a prova da filiação poderia dar lugar a dúvidas, sendo mesmo de se questionar como se operava ou alterava o registro de nascimento em tais casos, especialmente na hipótese de inexistir prévio reconhecimento voluntário ou judicial.

Por oportuno, louve-se a restauração do dispositivo atinente à prova da filiação mediante certidão do termo de nascimento inscrito no Registro Civil, excluído do Código em vigor provavelmente por referir-se apenas à extinta *filiação legítima*²².

O legislador brasileiro, em boa hora, solucionara a questão da prova no caso de legitimação, determinando já em 1924 a averbação no registro civil das pessoas naturais dos casamentos de que resultasse legitimação de filhos havidos ou concebidos anteriormente (Decreto 4.827, de 07.02.1924, art. 2º, b, III). No mesmo sentido o Decreto 4.857, de 09.11.39, art. 111) e, em melhor redação, a Lei de Registros Públicos, estabelecendo que no assento de casamento fossem exarados os nomes e as idades dos filhos havidos de matrimônio anterior ou legitimados pelo casamento (Lei 6.015/73, art. 70, 9º), bem como fosse feita, ainda de ofício, a averbação da legitimação dos filhos por subsequente matrimônio dos pais, quando tal circunstância constasse do assento de casamento (art. 103).

Tal disposição, contudo, não mais se encontra em vigor, por força da Lei de Investigação de Paternidade que vedou a legitimação e o reconhecimento de

ainda que declarem que o não querem legitimar, ainda que o filho declare que não consente na legitimação, salvo o direito, para os pais como para os filhos, de diretamente denegar a paternidade ou contestar a filiação (1), dentro dos prazos, nas condições e sob as restrições do capítulo anterior.”

¹⁵ Código Civil Suíço, art. 258.

¹⁶ Código Civil Alemão, § 1.719.

¹⁷ Nesse sentido: BEVILAQUA, Clovis, ob. cit., p. 249; PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro, 1997. Editora Forense, v. V, p.184; SANTOS, J.M. Carvalho. Código Civil Brasileiro Interpretado. Rio de Janeiro, 1981. Livraria Freitas Bastos S.A., v.V, p. 392; ESPINOLA, Eduardo. A Família no Direito Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, 1954. Gazeta Judiciária Editora S.A, p. 420.

¹⁸ Código Napoleão, art. 331.

¹⁹ Código Civil Português, art. 1.874.

²⁰ ENNECCERUS- KIPP-WOLFF. Tratado de Derecho Civil. Barcelona, 2ª ed., Bosch, Casa Editorial, tomo IV-2º, p. 138.

²¹ ESPINOLA, ob. cit., p. 421.

²² O artigo 347, do vigente Código Civil, de redação semelhante foi expressamente revogado pelo artigo 10, da Lei 8.560/92.

filho na ata do casamento, ressalvando apenas o direito de averbar a alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho (Lei 8.560/92, art. 3º e par. único).

O projeto original da Câmara repetia, como antes indicado, a disciplina da legitimação. O capítulo que dela cuidava foi suprimido, acarretando a modificação de pelo menos dois dispositivos correlatos²³, de modo pouco feliz, na medida em que simplesmente substituiu a *legitimação* pelo *reconhecimento*, institutos distintos. Melhor, em verdade, seria igualmente sua supressão.

Em consequência, o casamento passa a ter, por força expressa de lei, mais um efeito: o do reconhecimento dos filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos (art. 1.568). Nesse último caso beneficiados foram, à evidência, os filhos não aproveitados pela presunção de paternidade. Diferentemente da legitimação, o dispositivo alcança apenas os filhos não reconhecidos, concedendo-lhes a paternidade independentemente de declaração de vontade do pai ou procedimento judicial. A norma terá, como se vê, grande repercussão de ordem prática.

De reconhecer-se, aqui também, a existência de uma “declaração tácita de vontade”, antes mencionada, uma vez que os pais, que tenham filhos não reconhecidos, ao declararem sua vontade de casar estarão de modo tácito reconhecendo como seus os filhos comuns existentes ou prestes a nascer, aceitando a paternidade (ou maternidade) que lhe é atribuída por lei. O ato praticado não se destina ao reconhecimento, mas produzirá tal efeito por força da lei, já que presente a “vontade de declaração”. Razoável entender-se que, o homem que tem filhos com uma mulher e que, embora não os tendo reconhecido, vem a se casar com a mesma quer “constituir família”, “legalizar sua situação”, enfim, reconhecer seus filhos.

Ante a ausência de norma sobre a matéria de prova, como acima apontado, de todo necessário será incluir-se, ao menos na legislação sobre registros públicos, dispositivo que permita expressamente a declaração do nome do pai no registro do nascimento do filho, para efeito de prova da paternidade.

23 O Relator Geral do Projeto, Senador Josaphat Marinho, afirma no parecer final da Comissão Especial do Código Civil: “Em função do sistema ditado pela Constituição, Eliminou-se toda referência à filiação legítima, legitimada, adulterina, incestuosa, ou adotiva, visto que, a partir do novo ordenamento constitucional, a filiação é uma só, sem discriminações (arts. 1.602 a 1.635 e outros). Varreu-se do texto o capítulo da legitimação (arts. 1.618 a 1.620). No art. 1.567 modificado já não se diz que o “casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”, mas que “importa o reconhecimento” deles. Em consequência natural dessa alteração, no art. 1.618 também revisto, e absorvendo os arts. 1.619 e 1.620, são “equiparados aos nascidos no casamento, para todos os efeitos legais, os filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente casaram.”

Imperativo será, igualmente, determinar-se a indicação dos nomes e idades dos filhos reconhecidos pelo casamento, no respectivo assento, prevenindo-se eventual atribuição indevida de paternidade.

A segunda alteração resultante da adaptação ao sistema ditado pela Constituição, que rejeita a legitimação, diz respeito à equiparação dos filhos concebidos ou havidos de pais que posteriormente casaram aos nascidos no casamento, para todos os efeitos legais (art. 1.615), sendo aproveitados os descendentes dos filhos falecidos (art. 1.615, par. único).

O dispositivo em pauta, artigo 1.615 do projeto, não merecia ser mantido; se, a rigor, não padece de inconstitucionalidade, incide, ao menos, em redundância, ao promover uma equiparação, estrutural do sistema, já estabelecida expressamente pela Lei Maior.

Efetivamente, insista-se, a única diferença que restou entre os filhos reside no fato de terem ou não sua paternidade presumida, conforme resultem ou não do casamento. De indagar-se, portanto, se tal equiparação respeitaria à presunção de paternidade. Relembre-se que o casamento, como ressaltado, opera o reconhecimento dos filhos antes dele concebidos ou nascidos. Não parece razoável, assim, adotar tal entendimento, desfavorável ao filho e gerador de conflito: a presunção, pode ser contestada nos casos que o projeto especifica; o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento (art. 1.619).

O Capítulo III, dedicado ao reconhecimento dos filhos, refere-se expressamente àqueles havidos fora do casamento (art. 1.616), mas não inova, ficando, em verdade, aquém da vigente Lei de Investigação de Paternidade e contendo disposições criticáveis.

Ao disciplinar as formas de reconhecimento, o artigo 1.618 limitou-as ao termo de nascimento, à escritura pública e ao testamento, excluindo duas modalidades previstas na Lei 8.560/92, ora vigente, de grande alcance prático: o escrito particular e a manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (art. 1º, II e IV). Extinta foi, também, a faculdade conferida ao Ministério Público de iniciar a ação de investigação da paternidade.

De todo infeliz o artigo 1.625: “A filiação incestuosa, reconhecida em sentença irrecorrível não provocada pelo filho, ou quando comprovada em confissão ou declaração escrita do pai, faz certa a paternidade.” De início, a redação afronta o artigo 226, parágrafo sexto, da Constituição Federal, que proíbe quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, padecendo, portanto, de inconstitucionalidade.

Se o intento do legislador era aproveitar sentença em ação diversa da investigatória, como a de anulação de casamento, ou declaração do pai expressa fora do termo de nascimento, escritura ou testamento, sem dúvida, melhor seria adotar-se a letra do artigo 1º, IV, da Lei 8.560/92, antes mencionado.

Igual defeito atinge o artigo 1.626 que impede a investigação da maternidade adulterina, ao prescrever: "Não se permite a investigação de maternidade quando tenha por fim atribuir à mulher casada filho havido fora da sociedade conjugal. Parágrafo único. Admite-se a investigação depois de dissolvida a sociedade conjugal, ou de um ano de separação ininterrupta do casal, devidamente comprovada." Como salientado de início, o estado de filho encontra-se desvinculado do estado civil dos pais, por força de norma constitucional, nada justificando a vedação em causa que constitui, em verdade, cerceamento de um direito em relação aos filhos havidos fora da sociedade conjugal, insista-se, proibido pela Constituição Federal.

As eventuais conseqüências do adultério devem ser suportadas pela mãe e não pelo filho. O estabelecimento da filiação, ainda que adulterina ou incestuosa, não mais encontra restrições, como pacificamente passou-se a entender após 1988. O impedimento objeto do artigo transcrito representaria inaceitável retrocesso, não bastasse sua inconstitucionalidade.

Constata-se, nessas primeiras considerações, não ter havido no projeto de Código Civil modificação estrutural na disciplina da filiação, mas uma adaptação, nem sempre satisfatória, à nova ordem constitucional.

A REFORMA NO DIREITO BRASILEIRO: NOVAS NOTAS SOBRE UM VELHO DEBATE NO DIREITO CIVIL*

LUIZ EDSON FACHIN**

O estudo que aqui segue em síntese tem um ponto de partida definido, desdobrado em três premissas e uma perspectiva de conclusão.

O marco inicial da reflexão está no combate ao aparente triunfo da indiferença que parece ganhar espaços no eloqüente silêncio sobre a temática da reforma do direito civil brasileiro.

Estribam-se as idéias ora sumariadas na crítica de certa inospitalidade que em razoável parcela dos ambientes, iniciados ou não, se observa no trato do tema. Nesse vazio da indolência se instala uma crise entre os velhos paradigmas que declinam e os novos pressupostos ainda por se constituírem.

Pode ser paradoxal apontar esse esmaecimento dos vãos epistemológicos e da interlocução científica na seara do direito que se propõe a governar juridicamente o que se apresenta na base organizativa da sociedade: as titularidades de apropriação, o projeto parental e o trânsito jurídico. Afinal, esse debate deveria radiografar os três pilares que mostram, numa breve lição de anatomia jurídica, a arquitetura social e o seu reflexo normativo sobre os bens de uso, de consumo e de produção.

Ubica-se aí essa primeira nota de conclamação destinada não apenas ao debate imprescindível sobre o projeto do novo Código Civil, mas sim sobre o conjunto de transformações necessárias pelas quais passou e deve ainda passar o direito civil brasileiro. Daí o sentido dessa cliavagem entre os limites da codificação e as possibilidades da reforma.

* Trabalho preparado para o painel "Desafios e perspectivas das novas codificações no Direito Civil". Curitiba, PR, 06 de abril de 1998, Seminário luso-brasileiro sobre as novas tendências do Direito Civil.

** Professor de Direito Civil da UFPR, da PUC/PR e do IBEJ.

A reforma é um processo em construção. A codificação enquanto proposição de unidade é um evento, evento esse que no tempo opera, mediante a tradição, uma função de modo. Em ambas observamos um mapeamento tributário dos valores culturais predominantes, e para ambas dirigimos nossa atenção.

Assim, ao lado do enaltecimento das iniciativas que abrem as portas de foros interessados em tal interlocução, tem sentido, por conseguinte, traçar aqui algumas premissas que podem sugerir, de alguma forma, eleição de caminhos e fins.

De início, por um lado, soa imperativo reconhecer que o vigente Código Civil brasileiro, espelhado em suas raízes históricas e sociológicas¹, edificou um sistema de direito privado não imune à idéia de reforma e em grande parte coerente com sua história. A norma civil codificada foi produto da sua época e sobre sua quadra também dialeticamente interagiu; o tempo e o lugar do Código foram também a estação européia, vivificada pela força dos fatos e das idéias que suplantaram a *escola histórica*.

O código patrimonial imobiliário dava conta do individualismo oitocentista num modelo único de sociedade. Adotou, por essa mesma razão, um *standart* de família, de vínculo e de titularidade, e promoveu a exclusão legislativa das pessoas, bens, culturas e símbolos *estrangeiros* a essa definição².

Nada obstante, o sentido de permanência indefinida ou da vizinhança com a imutabilidade esteve mais em quem do Código se serviu e menos em quem o elaborou³. Sem embargo de tratar-se, no plano axiológico, de um projeto do século XIX promulgado em 1916, fruto da *belle époque* do movimento codificador, o Código Civil brasileiro, a seu modo e a seu tempo, resultou numa grande projeção⁴ dos interesses que alinhavaram esse corpo legislativo por mais de oitenta anos.

1 A propósito, Orlando Gomes, "Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro". Salvador: Ed. Livraria Progresso e Universidade da Bahia, 1958. Na mesma perspectiva, Sérgio Buarque de Holanda, "Raízes do Brasil". São Paulo: Companhia das Letras, 1995, especialmente p. 157 e seguintes.

2 A exemplo, anota Serpa Lopes: "Os costumes indígenas não tiveram qualquer influência na evolução do Direito brasileiro" (à p. 127 da obra "Curso de Direito Civil", volume I, 8. Ed., Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1996).

3 Referindo-se à vigência por "algum tempo" da codificação, Clovis Beviláqua na página 15 da obra "Em defeza do projecto do Codigo Civil Brasileiro" (Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906), ligava à codificação a noção de momento histórico.

4 "O Direito latino-americano, com suas próprias características, também contribuiu para a história da codificação, aliás de forma significativa. Primeiro, mediante o Direito brasileiro, que apresenta características ímpares por força da influência do Direito português" (Fábio Siebeneichler de Andrade, "Da codificação; crônica de um conceito". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 170:71).

A indisfarçável inserção cultural e histórica desse corpo legislativo dá o estreito liame entre o Código Civil e a estrutura social do país, espelhado no desenho jurídico dos três pilares fundamentais da ordenação privada: a família, a apropriação e o trânsito jurídico assentado nos contratos. Mas não é somente isso.

Uma proposição adicional deflui precisamente da anterior: a *historicidade* da codificação ressalta o desenho jurídico das suas instituições de base que se altera à medida que vão se transformando os valores que governam o projeto parental, as titularidades e os contratos. Assim se vê que o surgimento de *letà della decodificazione*, como designada por Natalino IRTI, trouxe para esse sistema desafios, perplexidade e fragmentação. A formação dos *microsistemas* alavancada em expressivo número de leis especiais, e a *constitucionalização*⁵ de suas categorias principais, selam um tempo diverso daquele que ligou a codificação ao absolutismo e ao positivismo científico.

Essa nova quadra de valores não afirmam necessariamente a debilidade da civilística. Daí reconhecemos, como o fez Franz Wieacker, "o despovoamento dos núcleos mais centrais do direito privado tradicional", mas para dele divergimos quanto ao desleixo e à retração da teoria do direito civil⁶. Longe de representar um enfraquecimento moral e espiritual da cultura jurídica, é uma demonstração de uma nova densidade⁷.

Na sequência, o derradeiro horizonte deste trabalho é o debate entre a reforma e a nova codificação que se propõe. De um lado recolhe dados de uma conhecida discussão sobre o papel dos códigos; de outro, fomenta e enaltece o papel *criador* da jurisprudência⁸ e a porosidade do fenômeno jurídico. Por

5 A exemplo, Pietro Perlingieri, "Perfis do Direito Civil; introdução ao Direito Civil Constitucional". Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997. Do mesmo tema, "A caminho de um Direito Civil Constitucional", Maria Celina B. M. Tepedino, artigo na Revista dos Tribunais nº 65, a partir da p. 21. Mais especificamente, v. Gustavo Tepedino, "Contornos Constitucionais da Propriedade Privada", in "Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito", organizado por Carlos Alberto Menezes Direito, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, cujo texto foi publicado originariamente sob o título "Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988", in "Rassegna del diritto civile", n. 1, p. 96 a 119.

6 Franz Wieacker, "História do Direito Privado Moderno". 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, especialmente à página 722.

7 É dessa mesma densidade (marcadamente no plano social) que nos fala o professor Luis Roberto Barroso, na obra "O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas; limites e possibilidades da Constituição Brasileira" (2. d., Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1993) ao tratar de um novo conceito de efetividade, afirmando: "O Direito existe para realizar-se" (p. 80).

8 Exemplo saliente entre nós é o teor da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça ("É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que *desprovido de registro*"), com nosso destaque, superando a direção equivocada da Súmula 621 do Supremo Tribunal Federal, que

consequente, não se enfileira com a idéia segundo a qual as codificações se destinam tão-só a dar guarida a institutos e soluções sedimentados e estáveis⁹; diversamente, assume posição contrária à afirmação assentada na idéia que *codificar não é modificar*¹⁰. Se assim for, a representação simbólica da codificação se torna uma luz para requentar o passado e não um caminho para apreender o presente e descortinar o futuro.

Os contrastes e as mutações sociais em curso, mais que isso, nada obstante, influenciam e direcionam códigos e leis, sobressaindo-se, por isso mesmo, o caráter histórico e cultural das reformas, em maior ou menor grau, de pequeno ou largo alcance. Reafirme-se que a codificação e a reforma têm entre si grau de parentesco, há entre elas certa transitividade, mas não pertencem necessariamente à mesma *família epistemológica de sangue*.

E assim, retornando, ao ponto de partida, vê-se também que o sentido da reforma, na perspectiva legislativa ou jurisprudencial, ultrapassa a questão da codificação, e é profundamente um conceito histórico, rente à vida e à sociedade que, por ação ou omissão, faz sua eleição de princípios e regras.

Vejam agora três exemplos. A família, por princípio, não tem mais o desenho jurídico do ente familiar patriarcal fundado na lei de desigualdade, exclusivamente matrimonializado e transpessoal. Ao largo do Código, e mesmo contra o Código Civil e até afrontando certos *códigos culturais*, os fatos foram veiculando sua reforma que abriu portas na jurisprudência e na legislação esparsa. Daí emergiu uma dimensão renovada, eudemonista, florescida para dar espaços à igualdade e à direção diárquica, à não discriminação.

De outra parte, o contrato, a seu turno, migrou do formalismo e da rigidez dos pactos para acolher não apenas a boa-fé como também a relevância dos deveres jurídicos laterais. E assim, as titularidades que sobre si receberam os ares da *funcionalização*, respondem pois por ditames teleológicos no plano de sua justificação social. Empresa, posse e propriedade recolocam em cena, sob matizes diversos, a dicotomia do público e do privado. Vê-se, portanto, nessas

três dimensões, citadas a título de ilustração, a transformação de valores operada a partir da mudança cultural.

Acolhemos, para esse fim (apenas), a afirmação de Clovis Beviláqua segundo o qual “os Códigos são equiparáveis aos sistemas filosóficos. Cada sistema filosófico concretiza, em forte síntese, uma concepção de mundo”¹¹. E nessa acolhida segue, de um lado, o reconhecimento da proximidade entre os naufrágios e triunfos dos projetos codificadores no Brasil e as vicissitudes históricas e sócio-econômicas, e de outra parte, a vinculação entre o elemento motor da *descodificação* com nuances de um tempo que aponta para o ocaso das codificações na crise do racionalismo e a retirada do Código Civil do território central das relações privadas clássicas.

Mais que isso, nossa tendência de conclusão, transcendendo a questão da codificação, indica pela necessidade inafastável de um debate interdisciplinar. O caminho de nossa época e a vocação de nosso tempo estão na pauta das discussões. Se estamos dispostos a perguntar sobre qual arcabouço jurídico deve se assentar as relações sociais às portas do terceiro milênio, cabe apressar o passo para não submergir aos desafios sociais de nosso país numa penosa mas inapelável travessia.

Antes de vermos um *código atrás de um país*, cabe a esse mesmo país escutar o chamamento que vai do singular ao coletivo sobre novos tempos e velhos dilemas. Daí por que a dimensão propositiva da reforma não começa necessariamente na codificação, pode até passar por ela se a proposição chamar para si o compromisso com o futuro, e alinhava um programa de repensar os alicerces e os fundamentos da ordenação social, do privado ao público, e do público ao social.

Uma das possíveis lições que pode servir de bússola e guia na efervescência do tema que recoloca o debate da reforma no direito civil brasileiro pode estar nos clássicos. A propósito, é possível lembrar que um dos sentidos que se atribui à Odisséia se ocupa menos da ida e do triunfo de Ulisses, mas sim do caminho da volta, da partida de Tróia em direção a Ítaca, aquela viagem mais difícil, aquela que de meses perdurou por alguns anos, longo período de caminhos turbulentos com provações incessantes. Diz-se, então, que de certo modo, com alguma licença poética, sempre estamos metaforicamente partindo de Tróia, do lugar das conflagrações para alcançar Ítaca, uma ilha de refúgio e paz, mas que essa travessia, espaço e tempo que os separa, é lenta e difícil, recheada de provações e obstáculos.

Essa evocação pode ter sentido quando se pretende apreender as razões e o sentido do debate sobre a codificação civil no Brasil. Em suma, o que se pode

exigiu tal registro. Sobre o tema, ver a obra de Marcelo Domanski, “Posse: da segurança jurídica à questão social” (Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1997), fruto de dissertação de Mestrado defendida e aprovada no âmbito da pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

⁹ Sobre o tema, ver a publicação “Código Civil: anteprojetos”, volume 1, do Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, Brasília, DF, 1989, p. 7.

¹⁰ Tal debate, a respeito do novo Código Civil do Québec, está no artigo “Le nouveau Code Civil du Québec et la théorie de la codification: une perspective française”, de Jean-François Niort, publicado na “Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridiques”, volume 24, PUF/CNRS, p. 135 e seguintes. Ainda mais específica e pormenorizadamente sobre a mesma experiência há a obra “La réforme du Code Civil”, textos reunidos e publicados pelo Barreau du Québec e pela Câmara dos notários du Québec em conjunto com a Université Laval, de 1993.

¹¹ Obra anteriormente citada, p. 15.

perguntar é afinal já concluímos a nossa travessia e se estamos aptos para tirar da sombra o que na *história* tem sido renegado. Em nosso ver, não se trata mais do velho debate que remonta ao panorama jurídico alemão na primeira década do Oitocentos. Trata-se, isso sim, de reconhecer a historicidade daquele debate, entre um Código Civil francês, após a derrota de Napoleão, e o problema do surgimento de um Código nacional. Trata-se, como se vê, do confronto entre a cultura aristocrática na tradição européia com os ventos democráticos e então liberalizantes.

Do mesmo modo, vencido o preâmbulo e o desenrolar da crise dos códigos, resta indagar os fundamentos do rompimento da unidade do Direito Privado para que não venha a se repetir, como numa dança de mitos, uma falsa crise que retire do próprio Direito seus limites e possibilidades. Fala-se, hoje, então, num caos legislativo proposital e até mesmo na morte do Direito¹².

Não comungamos com essa crônica de um naufrágio anunciado. A premissa que anima o presente estudo é precisamente a resposta negativa. As dificuldades e obstáculos encontrados revelam que se inexistem aquelas condições para a plena realização das pessoas e da sociedade, na assim designada “*liberté dépanoiusement*”, concorrem, de outro lado, elementos suficientes para compreender, na história, a *era da descodificação*, aliada aos movimentos de *repersonalização* e *despatrimonialização* do direito privado.

Urge apreender esse novo cenário, no qual, a codificação civil, na experiência das famílias jurídicas romanistas ocidentais, se insere ao final do século XX numa espécie de família real sem trono, um “*roi sans couronne*”.

Sobre esse velho tema cabe trazer em cena questões ainda em aberto. Dentre elas, é possível situar o problema num lugar diverso do debate atual, posto que, tão relevante quanto a discussão sobre a *descodificação* e a formação dos *microsistemas*, pode se localizar o sentido e o alcance da reforma no direito civil brasileiro positivado.

Entenda-se por reforma, sem embargo de outras legítimas acepções possíveis, aquela empregada por HABERMAS¹³ ao tratar do processo de polarização entre o público e o privado ao final do século XVIII, momento em que o sistema privado se erige em antítese ao público, e o *privatus* significa, pois, estar excluído do Estado. Mudou o desenho jurídico do Estado, arquitetou-se uma nova moldura dos três pilares fundamentais do privado (a família, a apropriação e o trânsito jurídico contratual), e agora, na comunidade jurídica brasileira se põe o projeto do novo Código Civil no topo da estação.

E aí uma leitura mais atenta da temática quiçá recoloca os termos da questão, para volvermos as preocupações *menos* para a moldura, e *mais* para

o objeto fotografado. Afinal, *para que e para quem* o sistema jurídico, quer aquele do direito privado clássico que se assentou sobre a codificação, quer o que se desborda no fluído presente dos microsistemas.

Cabe, por isso, a compreensão do *fio condutor* daquilo que está implícito nesse debate já histórico, tentando captar *mais* o que não se ilumina no palco principal da cena e *menos* o que toma assento nas primeiras fileiras das discussões.

Diante de nosso presente e prestando contas por antecipação ao nosso futuro, cabe acolher a lição de Pietro Barcellona para tornar visíveis, nesse debate que deve ser aprofundado, os problemas “ligados à invisibilidade da vida: o problema do sofrimento, o esvaziamento da identidade pessoal, o problema da diferença sexual, os jovens sem futuro e sem ocupação, a infelicidade difusa nas cidades caóticas, os rapazes que se suicidam porque no sistema do sucesso a qualquer custo até um boletim escolar torna-se uma verificação da própria ineficiência”¹⁴.

Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo no limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução e o Direito. O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade.

Diríamos, ainda mais, que cabe às vésperas do terceiro milênio perguntar e tentar responder a pertinência desse debate com o medievo que teima em enclausurar o Brasil no desprezo do atendimento às questões vitais até hoje irrespondidas. Arrostar os interesses ofuscados pela falta de visão histórica, sem cair no servilismo de outras experiências normativas, é o desafio que recoloca ao final do século XX o Direito na perspectiva da sua função emancipatória, reclamada pelo conteúdo mínimo dos valores fundamentais do ser humano e do atendimento às necessidades básicas.

Tal como Ulisses que ao cabo de alguns anos perambulando por íngremes caminhos reencontrou sua ilha, queira ainda o futuro reservar para o novo desenho jurídico do Direito civil brasileiro espaço para o sonho de uma sociedade justa, fraterna e igualitária.

¹² Fábio Sieneichler de Andrade, obra citada, p. 142:43.

¹³ Na página 24 da obra “Mudança estrutural da esfera pública”. Rio de Janeiro; Ed. Tempo Brasileiro, 1984.

¹⁴ Pietro Barcellona, “O egoísmo maduro e a insensatez do capital”. São Paulo: Ícone, 1995, p. 87.

ORIGENS E EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

REGIS FICHTNER PEREIRA*

I — INTRODUÇÃO

II — A PERSONIFICAÇÃO SOCIETÁRIA

A proposta deste trabalho, de efetivar um estudo das origens e do desenvolvimento da chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, não inclui o desafio de se enfrentar o tema do próprio desenvolvimento da pessoa jurídica, como entidade autônoma, titular de direitos e obrigações que não se confundem com os direitos e obrigações dos seus sócios.

Isso porque as questões que envolvem o surgimento da noção de pessoa jurídica e a fixação da sua natureza, têm suscitado enorme controvérsia na Doutrina e o seu enfrentamento demandaria um trabalho de pesquisa tão amplo, que acabaria por ensejar o próprio desvio dos objetivos deste trabalho.

Para a finalidade deste estudo, basta que se fixe a noção de que a configuração moderna da pessoa jurídica somente surgiu com a revolução industrial, no momento em que o sistema econômico exigiu a desmobilização da riqueza e o sistema jurídico teve que dar ao investidor de capital uma garantia de que os riscos de perdas estariam restritas ao montante por ele mesmo fixado, sem que houvesse a possibilidade de que o eventual insucesso da sua empreitada comercial acabasse por atingir todo o seu patrimônio pessoal.

* Professor de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

A noção de pessoa jurídica, do ponto de vista jurídico através do qual ela é hoje visualizada¹, somente pôde surgir a partir da concepção das pessoas como sujeitos de direito, às quais é dada a faculdade de invocar direitos subjetivos outorgados pelo ordenamento jurídico (direito objetivo).

Essas transformações, na concepção do eixo em torno do qual o sistema jurídico é construído, decorreram do antropocentrismo filosófico que surgiu no séc. XVIII e dominou o pensamento jurídico de todo o séc. XIX. No centro do sistema foi colocado o indivíduo, como sujeito de direitos outorgados pelo ordenamento jurídico, ao qual era atribuída a liberdade de autodeterminação.

Somente com a noção de sujeito de direito é que se pode construir toda a noção de direito subjetivo, cujos titulares seriam não apenas as pessoas naturais, mas também associações de pessoas ou instituições criadas para determinadas finalidades.

Assim é que às pessoas naturais foi dada a faculdade de criarem pessoas jurídicas, às quais foi possibilitado que assumissem obrigações autônomas, que fossem titulares de direitos de crédito e pudessem invocar direitos subjetivos para a satisfação dos seus interesses, distintos dos interesses dos sócios².

A idéia da separação patrimonial e jurídica entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas dos seus sócios ou administradores tomou inicialmente um caráter absoluto, como se efetivamente nenhum liame houvesse entre eles e não se pudesse de forma alguma responsabilizar um pelos atos do outro.

O dogma da separação absoluta entre a pessoa jurídica e as pessoas dos seus sócios acabou por possibilitar o surgimento de situações jurídicas inaceitáveis, nas quais transparecia óbvio o caráter abusivo do princípio da separação patrimonial, o qual, levado às últimas conseqüências, foi transformado em instrumento para o cometimento de fraudes contra credores.

Foi preciso, então, até para que se pudesse preservar o instituto da pessoa jurídica, criar-se instrumentos legais através dos quais se pudesse penetrar através do manto protetor da pessoa jurídica, para se atingir as pessoas dos sócios, sempre que se constatasse o mau uso do princípio da separação patri-

¹ Como foi dito acima, reina a controvérsia sobre as origens da noção de pessoa jurídica. É certo, porém, que apesar de já no Direito romano clássico terem existido a *universitas personarum* (agrupamento de indivíduos) e a *universitas bonorum* (estabelecimentos ou fundações), não tinham tais associações ou entidades o mesmo caráter que possuem no Direito moderno. Mesmo no Direito medieval, no qual, através de Sinibaldo de Fleschi (posteriormente Papa Inocêncio IV), foi efetivada a concepção dogmática da pessoa jurídica como *persona ficta*, não se pode dizer que os seus contornos reais equivalessem aos contornos que o instituto assumiu após a metade do séc. XVIII.

² Veja-se o conceito de Ferrara de pessoa jurídica: "As pessoas jurídicas podem definir-se como associações ou instituições formadas para a consecução de um fim e reconhecidas pela ordenação jurídica como sujeitos de direito". Ob. cit., págs. 640 e seguinte.

monial, a fim de que não servisse de instrumento para o cometimento de fraudes e para a consecução de fins não merecedores de proteção pelo sistema jurídico.

Dentro dessa linha de raciocínio é que surgiu a teoria que veio a ter no Brasil a denominação de "teoria da desconsideração da personalidade jurídica", cujas origens e desenvolvimento serão examinados nesse trabalho.

III — ORIGENS E EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO ESTRANGEIRO

III.1) INGLATERRA

O primeiro caso de que se tem notícia, em que uma decisão judicial determinou o afastamento do princípio da separação do patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio dos seus sócios, ocorreu na Inglaterra.

Trata-se do famoso caso Salomon vs. Salomon Co., em que o comerciante Salomon transferiu o fundo de comércio do seu negócio para uma empresa constituída em conjunto com familiares, constituindo em seu favor pessoal débitos privilegiados da empresa. A empresa logo começou a inadimplir as suas obrigações e veio a ser liquidada, por não dispor de bens suficientes a cobrir todo o passivo. O Liquidante da Sociedade buscou, no interesse dos credores quirografários, cujos créditos não tinham sido satisfeitos, atingir o patrimônio pessoal de Salomon, sustentando que a atividade da empresa era ainda a atividade pessoal de Salomon, tendo obtido êxito em primeira instância e em grau de apelação. Salomon recorreu, então, à Casa dos Lordes, tendo obtido decisão favorável³.

As decisões proferidas em primeiro grau e em grau de apelação, favoráveis aos credores quirografários prejudicados, surtiram enorme efeito, tendo sido base posterior para o desenvolvimento da chamada teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito americano e subseqüentemente no Direito continental europeu.

Na Inglaterra, no entanto, a decisão da Casa dos Lordes, favorável a Salomon, criou um precedente negativo, que deixou muito pouco espaço para o desenvolvimento jurisprudencial da teoria da desconsideração. Relembre-se que o sistema inglês é marcado pela prevalência do *case law*, cujas regras são as que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra, que vinculam todos os tribunais inferiores⁴.

³ V. Rubens Requião, ob. cit., págs. 18 e seguinte.

⁴ Cf. René David, "Os Grandes Sistemas...", ob. cit., págs. 324 e segs.

No caso Salomon, o Tribunal Superior da Casa dos Lordes endendeu que a Sociedade constituída por Salomon e seus seis familiares tinha atendido aos ditames legais, que exigiam a participação de sete pessoas para a constituição de sociedade, motivo por que Salomon não poderia ter tido seu patrimônio atingido pelos credores da sociedade validamente criada.

Em um sistema como o inglês, de direito jurisprudencial, em que há a obrigação de respeito às regras que foram estabelecidas pelos juízes das cortes superiores — as *stare decisis* — um precedente como o que ocorreu no caso Salomon serve para impedir que qualquer outro Tribunal, que não a própria Casa dos Lordes, julgue diferentemente do que foi por ela mesmo estabelecido⁵, o que certamente consistiu na principal razão para o fraco desenvolvimento nesse país da possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, para atingimento das pessoas físicas dos sócios, em favorecimento dos credores.

Assim é que para que fosse quebrado o princípio de direito estabelecido no precedente negativo acima citado, foram editadas na Inglaterra algumas leis (statutes)⁶, que passaram a possibilitar o afastamento da regra da separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio da pessoa física do sócio, sendo de se destacar as seguintes:

- a) Finance Act, de 1940, arts. 46 e 55;
- b) Companies Act, de 1948, arts. 31, 154 e 332;
- c) Income Tax Act, de 1952, arts. 184-186.

Atualmente, a desconsideração da personalidade jurídica é admitida em alguns casos na Inglaterra, especialmente em razão da aceitação jurisprudencial da sua introdução no sistema, através dos statutes, sendo os seguintes os casos mais usuais⁷:

- a) fraude e declarações inexatas;
- b) controle da sociedade em tempo de guerra;
- c) no direito fiscal, quando há subordinação de uma empresa a outra, com controle de fato;
- d) nas sociedades subordinadas, em função de alguns benefícios fiscais;

⁵ A respeito da importância e do papel dos *stare decisis* no sistema inglês, v. René David, "Grandes Sistemas...", ob. cit., págs. 341 e seguintes.

⁶ Juntamente com o sistema de criação da regra de direito através da decisão judicial, convive na Inglaterra o sistema da regra legislativa (statute law), que tem caráter diverso do que possui a lei no sistema romano-germânico, na medida em que as disposições legais inglesas somente integram efetivamente o sistema, quando são retomadas e reafirmadas pelos tribunais, podendo inclusive ser alteradas. Cf. René David, "Os Grandes Sistemas...", ob. cit., pág. 326.

⁷ V. Luiz Roldão de Freitas Gomes, "Desconsideração...", ob. cit., págs. 32/33.

e) em imunidades de entidades privadas controladas por Estados estrangeiros;

f) na expropriação de bens de sociedades estrangeiras situadas na Inglaterra.

III.2) ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O sistema de Direito adotado pelos Estados Unidos da América é muito similar ao sistema inglês, sendo, portanto, pertencente à chamada família de Direito da *common law*, caracterizada pela prevalência da regra do precedente judicial sobre a norma escrita⁸.

Foi nos Estados Unidos da América que se sentiu com maior clareza a necessidade de em certos casos se admitir a possibilidade de se desconsiderar a separação de patrimônios que caracteriza a pessoa jurídica. Nesse país o questionamento do dogma da separação de patrimônios encontrou terreno fértil para se desenvolver. Esse desenvolvimento se deu, como é característica do direito norte-americano, através das decisões jurisprudenciais proferidas em casos específicos levados a julgamento nos mais diversos tribunais do país.

O Direito norte-americano, pela sua própria natureza, ao contrário do Direito dos países que compõem a família de Direito romano-germânica, não é marcado por profundas teorizações doutrinárias. O Direito, de ordinário, nasce a partir do caso concreto, através da criação do precedente jurisprudencial, cuja existência obrigará os órgãos julgadores a observá-lo, sempre que houver a repetição dos fatos que envolvem a matéria enfocada e decidida no caso anterior.

Diante disso, não causa surpresa o fato de a regra-base da chamada desconsideração da personalidade jurídica estar contida na decisão proferida no caso *United States vs. Milwaukee Refrigerator Transit Co.*, julgado em 1905, cujo Relator foi o juiz Sanborn⁹.

Sanborn, no julgamento do caso que lhe foi posto, fez questão de salientar a prevalência da regra geral, segundo a qual a empresa deve ser visualizada como uma entidade legal, distinta da pessoa do sócio. Acrescenta, no entanto, Sanborn, que quando a noção de entidade legal é usada para se praticar fraudes, contrariar o interesse público ou cometer ilegalidades, a lei deve considerar a empresa como uma associação de pessoas, as quais, por consequência, são responsáveis pelos seus débitos¹⁰.

⁸ V., a respeito, René David, "Os Grandes Sistemas...", ob. cit., págs. 357 e seguintes.

⁹ Em 1809 a Suprema Corte americana no caso *Bank of the United States vs. Devenaux*, cujo relator foi o *Justice Marshall*, desconsiderou a personalidade jurídica de uma empresa para efeito de fixação do domicílio do sócio como competente. Não se trata, portanto, de se desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade para se responsabilizar o sócio, mas sim para fixar competência, motivo por que essa decisão não é considerada a pioneira na matéria.

¹⁰ Veja-se o seguinte trecho da decisão de Sanborn: "if any general rule can be laid down, in

Criado o precedente, tornou-se possível o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial no Brasil da chamada teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que nos Estados Unidos da América e na própria Inglaterra é conhecida por doutrina do *piercing the corporate veil*¹¹, que em tradução literal significa penetrar o véu corporativo. O primeiro trabalho doutrinário norte-americano sobre a matéria data do ano de 1912 e é de autoria de Maurice Wormser.

O famoso e aclamado *Blacks Law Dictionary*, no verbete *Piercing the corporate veil*¹², traz a seguinte definição para o instituto, em tradução livre¹³:

“Penetração do véu corporativo — Processo judicial, através do qual a Corte irá desconsiderar a imunidade usual dos diretores de entidades corporativas da responsabilidade pelas atividades corporativas; e.g. quando a estrutura corporativa, com a sua concomitante responsabilidade limitada dos acionistas, pode ser desconsiderada e responsabilidade pessoal imposta aos acionistas, administradores e diretores no caso de fraude. A corte, porém, somente deve olhar além da forma corporativa para frustrar a fraude ou o ilícito, ou para remediar a injustiça. *Handson vs. Bradley*, 298 Mass. 371, 381, 10 N. E 2d 259, 264. Ver também *Instrumentality rule*.¹⁴”

É preciso que se ressalte que no direito norte-americano, a responsabilidade limitada dos sócios é considerada um dos atributos-chave da forma corporativa. Os sócios da pessoa jurídica regularmente formada irão normalmente estar

the present state of authority, it is that a corporation will be looked upon as a legal entity as a general rule, and until sufficient reason to do the contrary appears; but when the notion of legal entity is used to defeat public convenience, justify wrong, protect fraud, or defend crime, the law will regard the corporation as an association of persons.”. In Condorcet Rezende, “Aspectos da Desconsideração...”, ob. cit., pág. 131.

11 No Brasil, a maioria dos autores afirma que a teoria é conhecida nos Estados Unidos da América e na Inglaterra por disregard of the legal entity. Não é, no entanto, o que de fato se pode observar. Os livros americanos em geral não utilizam essa denominação, mas sim *piercing the corporate veil*. O conhecido Dicionário Jurídico *Blacks Law Dictionary*, ob. cit., válido tanto para o Direito inglês, quanto para o norte-americano, não dispõe de verbete sobre disregard of the legal entity, mas sim sobre *piercing the corporate veil*.

12 Ob. cit., pág. 1823.

13 A tradução é do autor do texto. Em razão das dificuldades em se traduzir para o português termos característicos do direito norte-americano e do direito inglês, a tradução é evidentemente falha. Por isso, a redação original consta de pé de página.

14 “Piercing the corporate veil — Judicial process whereby court will disregard usual immunity of corporate officers or entities from liability for corporate activities; e.g. when corporate structure with its attendant limited liability of stockholders may be disregarded and personal liability imposed on stockholders, officers and directors in the case of fraud. The court, however, may look beyond the corporate form only for the defeat of fraud or wrong or the remedying of injustice. *Handson vs. Bradley*, 298 Mass. 371, 381, 10 N.E.2d 259, 264. See also *Instrumentality rule*.”

imunes à responsabilidade pessoal pelos débitos da empresa, estando suas perdas limitadas aos seus investimentos¹⁵.

Somente em casos excepcionais e extremos, o juiz poderá penetrar o véu da sociedade e atribuir a alguns ou todos os sócios responsabilidade pessoal pelos débitos da sociedade¹⁶.

A questão que realmente importa é saber em que casos e em que situações efetivamente poderá se dar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. O observador estrangeiro, especialmente aquele que seja proveniente de país que adote o modelo romano-germânico, irá constatar uma total falta de preocupação do profissional do direito norte-americano na elaboração de fundamentos técnicos para a aplicação do instituto. Essa aplicação se dá por razões de justiça social, detectáveis pelo juiz ao julgar cada caso concreto, e a doutrina quase que se limita a coletar os dados de cada precedente em que se tenha aplicado o instituto, para visualizar em que situações e mediante que requisitos tem cabimento tal aplicação.

O primeiro grande divisor de águas na aplicação do instituto reside na classificação do caso sob julgamento como *tort* ou *contract*, ou seja, como caso que envolva, respectivamente, responsabilidade extracontratual ou contratual.

Essa distinção é importante para o norte-americano, por se poder através dela saber se o credor que tenha sido prejudicado pela insolvência da empresa é ou não credor voluntário, ou seja, se se tornou credor por ter espontaneamente firmado contrato, ou se se tornou credor por uma casualidade, decorrente da prática de um ato ilícito por parte da empresa.

No caso da existência de contrato, entende o norte-americano que o contratante teve a oportunidade de investigar a outra parte e decidir pelo estabelecimento ou não de uma relação contratual, bem como pelo estabelecimento ou não de garantias para a satisfação do seu crédito.

Em razão dessa circunstância, as cortes norte-americanas se inclinam mais a aplicar a doutrina do *piercing* em casos de *torts*, por neles não ter tido o credor a oportunidade de escolher quem seja o seu devedor¹⁷.

15 Cf. Emanuel, “Corporations...”, ob. cit., pág. 25.

16 A desconsideração pode se dar também no que os norte-americanos denominam de *Parent/Subsidiary Structure*, ou seja, nas relações entre subsidiárias e controladoras. Além disso, pode ocorrer na situação denominada de *Brother-Sister Corporations*, que ocorre quando uma empresa é dividida em pedaços para se evitar a responsabilidade de todo o patrimônio. Neste último caso, aplica-se a chamada *Enterprise Liability Doctrine*. Cf. Emanuel, “Corporations”, ob. cit., págs. 25/34.

17 A aplicação da teoria se dá com mais facilidade em matéria contratual, nos casos de contratos de adesão, por às vezes terem eles a característica de contratos involuntários. Nesses casos serão fundamentais para a decisão o montante do valor em jogo e a quantidade de empresas que pudessem prestar o serviço ou fornecer o bem de que necessitava o credor.

A jurisprudência americana consolidou alguns fatores, que considera necessários para a desconsideração da personalidade jurídica. Em quase todos os casos em que houve a desconsideração, ocorreu pelo menos a presença de dois desses fatores: a) fraude ou *wrongdoing*¹⁸; b) capital inadequado; c) falta de cumprimento de formalidades¹⁹.

Dos fatores acima elencados, o que merece maior exame, por sua particularidade, é o do capital inadequado. A fraude e a falta de cumprimento de formalidades²⁰ são elementos que no Brasil também são considerados decisivos para a desconsideração da personalidade jurídica. No requisito do capital inadequado é que se evidencia certa diferença de tratamento entre os sistemas brasileiro e norte-americano.

A ausência de capital adequado na empresa é o fator mais relevante nas decisões dos juízes norte-americanos para a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, para o fim de se atingir a pessoa dos sócios. No caso de desconsideração em razão de *torts*, em que o credor se caracteriza como credor involuntário, esse fator é considerado fator-chave.

Os precedentes a esse respeito se encaminham no sentido de que toda empresa deve ter capital adequado para os fins a que se destina. Se se verifica que determinada empresa não foi convenientemente capitalizada, ou se foi abruptamente descapitalizada durante a sua existência, tal fator irá ser decisivo para autorizar a agressão ao patrimônio dos sócios em função de dívidas da empresa²¹.

É controvertido na jurisprudência norte-americana a questão correspondente a se saber se a grave capitalização inicial inadequada é suficiente, por si só, para autorizar a desconsideração, sem que haja a presença simultânea de alguns dos demais fatores normalmente exigidos para tanto.

A corrente minoritária se encaminha no sentido de entender que no caso de credor involuntário, esse fator é suficiente, mesmo na falta de outros dos fatores normalmente considerados (fraude e falta de cumprimento de formali-

18 Em razão da enorme dificuldade de se encontrar um termo em português que expresse o que na linguagem jurídica inglesa e norte-americana é designado por *wrongdoing*, preferimos deixar o termo no original, salientando que com ele se denota o mau comportamento, aquele que é reprovado pelo Direito.

19 V., a respeito, Emanuel, "Corporations", ob. cit., págs. 26/28.

20 V.g., falta de formalização de participações societárias, de documentação de reuniões, de clara distinção entre o patrimônio da empresa e o dos sócios, de documentação financeira da empresa. Dentro desse âmbito se insere a *misleading to creditor*, que corresponde em parte ao que nós denominamos de teoria da aparência.

21 Um pequeno número de decisões possibilitou, em casos muito excepcionais, a falta de adição de mais capital na empresa como fundamento para a desconsideração.

dade)²². A corrente majoritária entende que a descapitalização inicial não é suficiente para a desconsideração, sendo necessário que se apresente cumulada com fraude, *wrongdoing* ou desatendimento à formalidade essencial²³.

A descapitalização superveniente da empresa, denominada de *Siphoning of Profits*, também possibilita a desconsideração, apesar de não ser o caso mais freqüente. Normalmente ela se dá através de prática de atos em fraude contra credores, tais como pagamento de salários e dividendos excessivos ou transferências de patrimônio da sociedade para os sócios²⁴.

Nesse campo, leis federais e estaduais foram editadas possibilitando a desconsideração de transferências fraudulentas em prejuízo de credores²⁵. Verifica-se, no entanto, uma preferência da jurisprudência norte-americana pelo uso do precedente do *piercing the corporate veil*, em vez da aplicação das leis existentes sobre a matéria. Tal comportamento pode ser explicado pelo repúdio natural do juiz norte-americano ao tecnicismo das leis, que, no tema em estudo, requerem de ordinário análises detalhadas das transações financeiras fraudulentas. A doutrina do *piercing* é muito mais flexível, além de ser *equitable*, o que quer dizer que a Corte tem a possibilidade de para cada caso concreto determinar o que ela entende como requisito de justiça, para visualizar a quebra ou não desse requisito, através do comportamento dos administradores ou acionistas da sociedade, sem necessidade de maiores demonstrações técnicas no que se refere às fraudes ou questões referentes a formalidades para a constituição de empresas.

III.3) ALEMANHA

Ao contrário do que ocorreu nos Estados Unidos da América e como não poderia deixar de ser, tendo em vista as características do Direito alemão, pertencente à família romano-germânica, a introdução neste país da possibilidade de se desconsiderar a separação patrimonial, que caracteriza a pessoa jurídica, não decorreu de uma evolução jurisprudencial, mas sim de um desenvolvimento teórico-doutrinário²⁶.

22 V. *Minton vs. Cavaney*, 364 P. 2d 473 (Califórnia, 1961). A Califórnia acabou posteriormente por modificar a sua posição, passando a adotar a da corrente majoritária. Emanuel, "Corporations", ob. cit. pág. 28, refere, no entanto, que há Estados que ainda seguem essa corrente minoritária.

23 Cf. *Walkovsky vs. Carlton*, 233 N.E. 2d 6, New York, 1966.

24 Cf. Emanuel, "Corporations", ob. cit., págs. 29/30.

25 V.g., a *The Uniform Fraudulent Conveyance Act*, adotada na maioria dos Estados norte-americanos.

26 Cf. Jonas Keiti Kondo, "Natureza da pessoa...", ob. cit., págs. 24/25.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica foi introduzida na Alemanha com os nomes de *Durchgriff der juristischen Personen* ou *Misachtung der Rechtsform der juristischen Personen* por força de uma Monografia de autoria de Rolf Serick, professor da Universidade de Tübingen, elaborada nos anos de 1952 e 1953, cujo título era “Forma e Realidade da Pessoa Jurídica”²⁷.

O trabalho de Serick consistiu na análise de casos do direito norte-americano e do próprio direito alemão, com a finalidade de demonstrar doutrinariamente a necessidade de em certas situações atingir-se o patrimônio pessoal do sócio ou administrador da sociedade, por dívidas por ela contraídas²⁸.

Apesar de Serick ter se inspirado em decisões jurisprudenciais norte-americanas, o seu trabalho não parou por aí, já que objetivou ele efetivar uma sistematização e elaboração doutrinária da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tendo em vista que o espírito alemão e a tradição do Direito deste país demonstram um certo repúdio ao caráter empírico de fórmulas jurisprudenciais.

Serick efetivou em sua monografia uma classificação dos casos de desconsideração em dois grupos, a saber: a) quando se abusa da personalidade jurídica com vistas à realização de fraude; b) quando a desconsideração é condição de aplicação de normas jurídicas.

Além disso, Serick elaborou determinados princípios que norteariam a aplicação do instituto:

a) o princípio que vigora é o da separação de patrimônios. O mau uso desse princípio é que caracteriza a ilicitude que autoriza o seu afastamento, como medida necessária para a própria preservação da eficácia da regra geral de direito das sociedades;

b) o instituto deve ser aplicado sempre que houver abuso na forma da pessoa jurídica, com a intenção de furtar-se a uma obrigação legal ou contratual ou de prejudicar terceiros;

c) a teoria da desconsideração deve ser aplicada como demonstração de repúdio ao uso da forma da pessoa jurídica para ocultar o verdadeiro agente;

d) em princípio, todas as normas jurídicas relativas às pessoas naturais poderão ser aplicadas também às pessoas jurídicas.

O trabalho pioneiro de Serick serviu para dar caráter científico à teoria da desconsideração da personalidade jurídica, na medida em que a partir de sua obra se iniciou o processo de sistematização e estudo teórico dessa figura jurídica. A partir desse trabalho, a doutrina e a jurisprudência alemãs passaram

a desenvolver e aplicar a teoria da desconsideração. O seu trabalho teve o mérito de fazer essa doutrina se propagar por toda a Europa e posteriormente pela América Latina.

III.4) ITÁLIA

A introdução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Itália se deu também através de uma obra doutrinária, inspirada na obra de Rolf Serick, de autoria do jurista Piero Verrucoli, professor da Universidade de Pisa, intitulada *Il superamento della Personalità Giuridica delle Società di Capitali nella Common Law e nella Civil Law*, editada no ano de 1964.

Verrucoli se inspirou no trabalho de Serick e no estudo de precedentes norte-americanos para realizar o seu trabalho, tendo, no entanto, chegado a algumas conclusões diversas²⁹.

Para Verrucoli o fundamento da teoria da desconsideração se encontra no fato de as pessoas jurídicas poderem dispor de personalidade em razão de um privilégio outorgado pelo Estado. Sempre que esse privilégio for utilizado para servir à criação de situações injustas, pode ser ele retirado, de forma a poder se atingir o patrimônio dos sócios.

Verrucoli cita em sua obra os casos em que se autoriza a aplicação da teoria: a) direta realização de interesses do Estado; b) repressão a fraudes; c) realização de interesses de terceiros; d) realização dos interesses dos sócios.

A obra de Verrucoli teve o grande mérito não só de introduzir a teoria da desconsideração da personalidade jurídica na Itália, mas também de difundir-la por todos os países de língua latina, em especial os situados na América Latina.

III.5) FRANÇA

Na França, ao contrário da Itália e da Alemanha, a introdução da teoria da desconsideração não decorreu de uma grande obra doutrinária, mas sim de decisões dos Tribunais, que passaram a desenvolver a tese da chamada *mise en écart de la personne morale*.

A jurisprudência francesa ora declara que a sociedade e a personalidade são puramente aparentes, fictícias ou fraudulentas, ora que a sociedade tem existência certa, porém é controlada por certos associados ou dirigente que detêm seu poder econômico e que são responsáveis por atos ilícitos por ela cometidos³⁰.

27 “Rechtsform und Realität juristischer Personen.”

28 Cf. João Casillo, “Desconsideração...”, ob. cit., págs. 29/30.

29 V., a respeito, João Casillo, “Desconsideração...”, ob. cit., págs. 31/32.

30 V. Luiz Rodão de Freitas Gomes, “Desconsideração...”, ob. cit., pág. 34.

III.6) OUTROS PAÍSES

Como foi dito acima, a partir da introdução da teoria da desconconsideração na Europa, por força da obra de Serick, foi ela se espraiando por outros países. Na Suíça foram utilizados conceitos de abuso de direito e violação de interesses legítimos como fundamento para a sua aplicação³¹. Na Espanha, a introdução da teoria se deu a partir da tradução da obra de Serick, efetivada por Puig Brutau. Na Argentina a introdução da chamada *teoria de la penetración* se deu através da obra de Héctor Masnatta.

Em Portugal, a introdução da teoria da desconconsideração também se deu como resultado do desenvolvimento inglês e norte-americano, trazido para o direito continental europeu através do trabalho de Serick³², sendo de se salientar que há norma no Código Civil sobre o tema³³.

IV — ORIGENS E EVOLUÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO

IV.1) A CONTRIBUIÇÃO DE RUBENS REQUIÃO

No Brasil, como aconteceu em alguns outros países, a introdução da aqui denominada teoria da desconconsideração da personalidade jurídica se deu através do trabalho doutrinário de um autor.

Em uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, por ocasião das comemorações do primeiro centenário de nascimento do Desembargador Vieira Cavalcanti Filho, fundador da Faculdade e seu primeiro catedrático de Direito Comercial, o Professor Rubens Requião apresentou palestra com o tema *Abuso de Direito e Fraude através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)*³⁴.

Pela primeira vez se dava no Brasil tratamento doutrinário ao que o próprio Rubens Requião veio a denominar *de teoria da desconconsideração da personalidade jurídica*.

Em seu trabalho, Rubens Requião expressamente refere que há tempo vinha se preocupando com a possibilidade de uso do princípio da separação do

patrimônio da pessoa jurídica do patrimônio da pessoa do sócio, como meio para a prática de abusos e fraudes. A seguir, revela que tinha se deparado na Itália com a obra de Piero Verrucoli, referida neste trabalho, tendo, “por feliz coincidência”, logo após, recebido do exterior a tradução espanhola da obra de Rolf Serick, que, segundo ele, “mais acentuou o nosso fascínio pelo curioso tema”³⁵.

A seguir faz a exposição da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, através dos dados coletados nas obras de Serick e Verrucoli, fazendo menção ao tratamento doutrinário dado à teoria pelos autores europeus e o seu desenvolvimento jurisprudencial nos Estados Unidos da América, citando e descrevendo também o primeiro caso julgado na Inglaterra.

Requião refere que a teoria da desconconsideração possibilita a quebra do princípio consubstanciado no art. 20 do Código Civil, segundo o qual *as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*.

O fundamento para a quebra do princípio da separação de patrimônios pode ser encontrado, segundo Requião, na doutrina do abuso de direito de Josserand. Além disso, refere o festejado autor que os fins ilícitos ou abusivos detectáveis nos atos praticados pelo sócio ou administrador da pessoa jurídica autorizariam a quebra do princípio da separação de patrimônios, inclusive com a aplicação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, que dispõe que *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*.

Segundo Rubens Requião, a teoria da desconconsideração, conforme elaborada pelos autores europeus, na esteira da jurisprudência norte-americana, seria perfeitamente compatível com o Direito brasileiro e deveria ser aplicada, a despeito da ausência de dispositivo legal expresso que a autorizasse.

No fim do seu artigo, Requião refere que procurou sem sucesso na Jurisprudência brasileira referências à doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica. Não obstante, cita alguns julgados brasileiros em que magistrados deram soluções equitativas a casos a eles postos para julgamento, que se assemelham às preconizadas pela teoria da desconconsideração da personalidade jurídica.

IV.2) PRINCIPAIS DISPOSITIVOS LEGAIS RELACIONADOS COM A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A ausência de dispositivo específico no Direito brasileiro que tratasse da aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica não quer dizer

³⁵ ob. cit., págs. 12/13.

³¹ Cf. João Casillo, “Desconconsideração...”, ob. cit., pág. 34.

³² Cf. Luiz Hentz, “Notas sobre...”, ob. cit.

³³ “Art. 998º, 2 — Não podendo o lesado ressarcir-se completamente, nem pelos bens da sociedade, nem pelo patrimônio do representante, agente ou mandatário, ser-lhe-á lícito exigir dos sócios o que faltar, nos mesmos termos em que poderia fazer qualquer credor social.”

³⁴ Publicada na Revista dos Tribunais vol. 410, ano 58, dezembro de 1969, págs. 12/24.

que não houvesse qualquer norma que possibilitasse o superamento da couraça da pessoa jurídica, para se atingir os seus sócios.

Algumas normas havia no Direito brasileiro que tratavam da responsabilidade de representantes e sócios de pessoas jurídicas por atos por estas praticados, tanto no campo penal, quanto no campo da responsabilidade civil. Essas normas referiam-se, contudo, a situações específicas e não concediam grau de generalidade capaz de se fazer reconhecer que uma teoria da desconsideração da personalidade jurídica tivesse tido tratamento legislativo³⁶.

A primeira dessas normas foi o Decreto nº 22.626/33, chamado de lei da usura, que atribuiu responsabilidade aos representantes das pessoas jurídicas que incidissem na prática do delito da usura.

Também podem ser citadas a Lei nº 4.137/62, que tratou da repressão ao abuso do poder econômico, e que, no seu artigo 6º, atribuiu responsabilidade aos diretores e gerentes das pessoas jurídicas que praticarem atos ilícitos previstos na lei; o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que, com grande dose de generalidade, atribuiu responsabilidade subsidiária de empresas controladoras por débitos trabalhistas das empresas controladas e coligadas, que fizessem parte do mesmo grupo financeiro; o art. 167 do Decreto-lei 2.627/40, que tratava da responsabilização penal dos administradores de sociedades anônimas, substituído pelos arts. 121 e 122 da atual Lei das Sociedades Anônimas, que tem dispositivo similar; o art. 135 do Código Tributário Nacional, que trata da responsabilização pessoal do representante legal nas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infrações de lei, contrato social ou estatutos.

Vê-se, portanto, que a idéia de se responsabilizar, pessoalmente, os sócios ou administradores de pessoas jurídicas por atos praticados por estas não era totalmente estranha ao Direito brasileiro, ao tempo em que foi proferida a palestra de Rubens Requião. A doutrina da desconsideração, tal como foi elaborada por Serick e Verrucoli, a partir dos precedentes americanos, era, no entanto, desconhecida dos juristas brasileiros. A necessidade, porém, de se quebrar o mito da indissociabilidade entre o patrimônio do sócio ou administrador e o patrimônio da pessoa jurídica, já era sentida no Brasil e era objeto de tratamento legislativo bastante razoável e de um ainda tímido reconhecimento jurisprudencial.

IV.3) O PROJETO DO CÓDIGO CIVIL 634B/75

No ano em que Rubens Requião introduziu no Brasil a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, se encontrava em elaboração um projeto de

Código Civil. No ano de 1972, ou seja, algum tempo depois de proferida a famosa conferência, Rubens Requião passou a exercer influência sobre a Comissão Revisora do Projeto de Código Civil, presidida por Miguel Reale, para que nele constasse regra que disciplinasse a desconsideração da personalidade jurídica.

Rubens Requião mandou, então, para a Comissão Revisora, uma sugestão de norma legal que tratasse da desconsideração da personalidade jurídica. A sugestão de inclusão de norma que fizesse referência à teoria da desconsideração foi acatada. O teor da norma projetada, porém, não correspondeu exatamente ao conteúdo que tinha sido sugerido por Rubens Requião, conforme se pode ver da sua primeira versão, *verbis*:

“Art. 49 — A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins que determinaram a sua constituição, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que caberá ao juiz, a requerimento do lesado, ou do Ministério Público, decretar-lhe a dissolução.

Parágrafo Único — Neste caso, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, responderão conjuntamente com a pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.”

A redação da norma projetada foi objeto de severas críticas da doutrina, inclusive da parte de Rubens Requião, em razão de prever como sanção para a prática de atos ilícitos ou abusivos a dissolução da sociedade.

Em seu artigo, Requião tinha ressaltado que a grande vantagem da teoria da desconsideração da personalidade jurídica consistia em que o efeito da prática de ato abusivo ou ilícito consistia na ineficácia dos atos praticados em relação ao lesado e na ineficácia do princípio da separação dos patrimônios para aquela situação concreta, sem que se atingisse, no entanto, em sua generalidade, o princípio da separação entre os patrimônios da pessoa jurídica e da pessoa física dos sócios ou administradores.

A norma projetada se desviou completamente dessa perspectiva, ao determinar a dissolução da sociedade por atos ilícitos ou abusivos, anulando, assim, nessas situações, a própria existência da pessoa jurídica, ao invés de simplesmente declarar a ineficácia do princípio da separação de patrimônios para os atos fraudulentos ou abusivos praticados.

Diante das críticas que lhe foram dirigidas, a Comissão Revisora alterou a norma projetada, que passou a ter a seguinte redação no Projeto aprovado na Câmara de Deputados, *verbis*:

³⁶ V., a respeito, Clóvis Ramalhete, “Sistema de legalidade...”, ob. cit., pág. 12.

“Art. 50 — A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade.

Parágrafo Único — Neste caso, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, responderão conjuntamente com a pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.”

As alterações introduzidas na norma não foram satisfatórias, já que se limitaram a não possibilitar que o lesado solicite a dissolução da sociedade e a possibilitar que em vez de se dissolver a sociedade, se determine a exclusão do sócio responsável.

As críticas, portanto, persistiram, já que a norma projetada se desviou dos princípios e regras que regem a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Além disso, a norma projetada contraria a tendência moderna de sempre se buscar a preservação da empresa, ao possibilitar a sua dissolução, quando a simples ineficácia de atos abusivos seja a sanção adequada para o ato ilícito ou abusivo praticado.

IV.4) A CONTRIBUIÇÃO DE FÁBIO KONDER COMPARATO

Na parte terceira da festejada obra *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, editada pela primeira vez em 1976, que trata da *Personalidade Jurídica e Poder de Controle*, Fábio Konder Comparato trata do tema com o seguinte título: *Balanço e resultados. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica*³⁷.

Comparato critica em seu texto a utilização do abuso de direito e da fraude à lei como fundamento para a desconsideração da personalidade jurídica³⁸, tentando fundamentar a aplicação desta figura jurídica em bases mais objetivas, calcadas na noção de que toda pessoa jurídica possui uma função e que a desconsideração ocorre como consequência de um desvio de função, sem deixar

de considerar e de admitir, contudo, que este desvio de função ocorre, normalmente, em razão de abuso ou fraude³⁹.

Comparato, examinando a jurisprudência norte-americana, procura desenvolver uma teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica, que se contrapõe em parte à desenvolvida por Rubens Requião, salientando que o verdadeiro critério para a desconsideração está nos pressupostos da separação patrimonial, já que a pessoa jurídica nada mais é que “uma técnica de separação patrimonial”⁴⁰.

Comparato importa da jurisprudência norte-americana a noção fundamental de que a desconsideração da personalidade jurídica dependerá em muito da questão referente a se saber se a empresa em questão se encontra devidamente capitalizada, salientando que o dever de capitalização da empresa constitui um princípio geral de direito mercantil.

Além disso, Comparato, seguindo a trilha de Requião, critica veementemente o tratamento que o Projeto do Código Civil nº 634B/75 deu ao tema, salientando a importância de a sanção consistir na ineficácia dos atos que vieram a prejudicar terceiros e não na invalidade em si da separação patrimonial.

IV.5) A REGULAÇÃO NORMATIVA DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Além de Rubens Requião e Fábio Konder Comparato, outros doutrinadores brasileiros importantes trouxeram contribuições valiosas para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, cabendo citar, dentre eles, J. Lamartine Corrêa de Oliveira⁴¹, Fábio Ulhoa Coelho⁴² e Marçal Justen Filho⁴³.

O desenvolvimento prático da teoria foi sendo efetivado pela jurisprudência, que cada vez com mais frequência passou a possibilitar a quebra do princípio da separação de patrimônios que caracteriza a pessoa jurídica, em relação aos seus sócios. Essa quebra, no entanto, se admitia mediante a presença dos pressupostos autorizadores e somente ocorria em caráter excepcional⁴⁴.

39 Ob. cit., pág. 286.

40 Ob. cit., págs. 343/344.

41 “A dupla crise da Pessoa Jurídica”, ob. cit.

42 “Desconsideração da Personalidade Jurídica”, ob. cit.

43 “Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro”, ob. cit.

44 Veja-se, v.g., a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Execução — Sociedade Anônima — Penhora — Incidência sobre bens particulares de sócio — Admissibilidade — Hipótese em que a pessoa da executada confunde-se com a de seu único acionista e administrador — Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica — Recurso não provido diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica. O juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude

37 Ob. cit., págs. 275/293.

38 Ob. cit., págs. 284/285, “verbis”: “É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento de personalidade com as noções de abuso de direito e de fraude à lei. A explicação não nos parece inteiramente aceitável.”

Esse era o estado da doutrina e da jurisprudência até o advento do Código do Consumidor, que veio a disciplinar a desconsideração da personalidade jurídica de forma no mínimo polêmica, já que o legislador se afastou de toda a teoria dominante existente no Brasil, criando enormes divergências interpretativas das suas disposições sobre a matéria.

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 — Código do Consumidor —, tratou na Seção V, do Capítulo IV, do seu Título I, do tema desconsideração da personalidade jurídica, da seguinte forma:

“Art. 28 — O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração de lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º — Vetado

§ 2º — As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 3º — As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§ 4º — As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º — Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

O Código do Consumidor deu um tratamento legislativo inusitado à desconsideração da personalidade jurídica, tendo ignorado por completo toda a doutrina a ele anterior, seja brasileira, seja estrangeira⁴⁵.

Em todos os países vigora o princípio da separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos seus controladores e administradores. A desconsideração da separação patrimonial que caracteriza a pessoa jurídica é sempre considerada exceção e é somente aplicada mediante certos pressupostos,

ou o abuso de direito, ou se deve desprezar a personalidade jurídica, para, penetrando no seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos e abusivos.” (Apelação Cível nº 201.018-1, Relator Des. Barbosa Pereira — 07.04.94.)

⁴⁵ Neste sentido, Raquel Sztajn, “Desconsideração...”, ob. cit., pág. 71, “verbis”: “Claramente o texto do art. 28 da Lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria nos sistemas de origem.”

que variam de país para país, estando normalmente vinculados à detecção da prática de fraudes ou abusos, através de atos que tenham por resultado a descapitalização da empresa, cujo resultado é a frustração do crédito de terceiros⁴⁶.

O Código do Consumidor, da forma como está redigida a norma sobre desconsideração da personalidade jurídica, dá azo a que se o interprete como se tivesse ignorado o caráter excepcional da desconsideração⁴⁷.

A interpretação literal do art. 28 do Código do Consumidor parece resultar na conclusão, segundo a qual estaria irremediavelmente comprometido todo o esforço jurisprudencial, legislativo e doutrinário empreendido por séculos para se dar autonomia à pessoa jurídica em relação aos seus sócios e se possibilitar, assim, o investimento com riscos previamente determinados⁴⁸.

A norma do Código do Consumidor possibilita que se a interprete como se no Brasil se tivesse em relações de consumo extirpado do sistema o princípio da separação de patrimônios, que em todo o mundo caracteriza e sustenta o direito societário⁴⁹.

⁴⁶ Essa é também a tradição brasileira, conforme se pode ver exemplificativamente, da seguinte decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Ilegitimidade de parte passiva — Ocorrência — Grupo societário — Ausência de responsabilidade subsidiária — Inaplicabilidade das teorias da responsabilidade do grupo empresarial e da desconsideração da pessoa jurídica — Hipótese em que não basta a simples comodidade ou conveniência do credor, para dirigir a escolha contra a sociedade controlada, em lugar da controladora ou vice-versa — Recurso não provido. É verdade que a tendência cada vez mais freqüente em nosso direito é desfazer a intangibilidade da personalidade jurídica, mas somente, quando esta for usada para acobertar a fraude à lei, o abuso de direito das formas jurídicas, ou causar prejuízos a terceiros pela falência, insolvência ou encerramento danoso das atividades.” (Apelação Cível nº 211.163-1, Relator Des. Cunha Cintra, São Paulo, 16.06.94.)

⁴⁷ Caio Mário da Silva Pereira, “Responsabilidade...”, ob. cit., examina o tratamento dado pelo Código do Consumidor à teoria da desconsideração, sem, no entanto, ao contrário da maioria da doutrina, efetivar qualquer crítica.

⁴⁸ Raquel Sztajn, “Desconsideração...”, ob. cit., afirma que o legislador do Código do Consumidor efetiva na verdade a extinção e liquidação das sociedades, lamentando o desperdício e a banalização de um instrumento tão valioso como a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

⁴⁹ Assim é também no Brasil. Veja-se o seguinte Acórdão do Superior Tribunal de Justiça: “Execução fiscal — sociedade por quotas de responsabilidade limitada — penhora de bens de patrimônio de sócio que não exerceu função de direção — Decreto-lei nº 3.708/19, art. 16 e CTN art. 135, III — divergência jurisprudencial. É impossível a penhora dos bens de sócio que jamais exerceu a gerência, a diretoria ou mesmo representasse a empresa executada. Há de ser utilizada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevalecendo o princípio da responsabilidade subjetiva, e não a simples presunção. Recurso conhecido, mas desprovido.” (RESP 8711/91 — RS — 2ª Turma — Rel. Min. Peçanha Martins.)

A primeira frase da norma do *caput* do art. 28 está em perfeita consonância com a teoria da desconsideração da personalidade jurídica⁵⁰. Se o legislador tivesse parado por aí, teria introduzido no sistema uma norma adequada aos princípios e regras que regem a matéria.

Já na segunda frase do *caput*, porém, se iniciam os problemas, ao determinar a lei que *a desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*.

O conceito de má administração é um conceito inteiramente subjetivo e carece de contornos mínimos que possam assegurar ao empresário uma certa segurança de que o seu patrimônio pessoal não será atingido em razão de o seu negócio ter fracassado, sem que ele tenha cometido qualquer ato ilegal, fraudulento ou abusivo. Pode, v.g., ser considerada má administração, sujeita à desconsideração, a compra equivocada de estoque provocada por errônea avaliação do mercado consumidor, que venha a resultar na quebra da empresa⁵¹? Pode ser considerada má administração, para fins de desconsideração da personalidade jurídica, a contratação de um empregado que venha culposamente causar um acidente e gerar um crédito indenizatório para terceiros, cujo montante a empresa não tem condição de satisfazer?

A utilização de um conceito fluido como o de *má administração*, para possibilitar uma medida extrema como é a de desconsideração do princípio da separação patrimonial, é inteiramente reprovável e não dá ao empresário uma mínima segurança no que se refere aos pressupostos da aplicação dessa grave sanção. Qualquer controlador ou administrador de empresa saberá avaliar quando esteja praticando uma fraude ou ato abusivo e poderá escolher entre praticar ou não ato dessa natureza e assumir os riscos envolvidos. Difícil, porém, para o empresário, saber avaliar e ter consciência de estar praticando um ato de má administração, que possa gerar para ele a grave sanção do comprometimento do seu patrimônio pessoal e de sua família.

O § 5º, do art. 28, da Lei do Consumidor, se interpretado na sua literalidade, é inteiramente incompreensível, já que parece determinar que a desconsideração possa ser efetivada sempre que, por qualquer razão, o consumidor não puder receber o seu crédito da pessoa jurídica⁵².

50 Luciano Amaro, "Desconsideração...", ob. cit., sustenta, sem razão, que o *caput* do art. 28 não trata de desconsideração da personalidade jurídica, mas da responsabilidade do sócio, e que somente o § 5º trata efetivamente desse tema. A primeira frase do *caput* do art. 28 contém a mais pura teoria da desconsideração.

51 O exemplo não é fictício. O mercado recentemente atribuiu a fatos como esse a quebra, que originou pedidos de concordata, de grandes empresas de varejo no Brasil, como Mesbla e Casas Pernambucanas.

52 Luciano Amaro, "Desconsideração...", ob. cit., critica o § 5º, fazendo, à pág. 178, uma

Essa regra, se lida isoladamente, resultaria na revogação do princípio, extremamente caro para o direito societário, da separação dos patrimônios, que caracteriza a pessoa jurídica. Nessa linha de raciocínio, teria o § 5º, do art. 28, do Código do Consumidor, revogado, em relações de consumo, o art. 20 do Código Civil, que consagra o princípio de que *as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros*⁵³.

Essa interpretação é evidentemente inaceitável, já que aniquilaria todo um esforço histórico de desenvolvimento do conceito de pessoa jurídica, indispensável para o incremento das relações econômicas e para a circulação da riqueza, e se afastaria de toda a doutrina e jurisprudência em matéria de desconsideração da personalidade jurídica, seja no Brasil, seja no estrangeiro.

O tratamento, portanto, dado à desconsideração da personalidade jurídica no Código do Consumidor, na hipótese de se interpretar a norma na sua literalidade, na verdade aniquilaria toda a teoria formada sobre este tema, uma vez que de fato somente se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica, se se reconhecer que existe uma personalidade jurídica a ser desconsiderada⁵⁴. O Código do Consumidor, na sua expressão literal, simplesmente ignora o princípio da separação de patrimônios, ao preceituar que o patrimônio do sócio poderá ser atingido sempre que o credor não puder receber o seu crédito da pessoa jurídica.

O § 5º, do art. 28, somente pode ser interpretado à luz do *caput* do artigo, ou seja, no sentido de que a desconsideração somente pode ser determinada, caso esteja presente algum dos pressupostos ali estabelecidos⁵⁵.

comparação com a seguinte norma hipotética, que põe inteiramente a nu a contradição com o *caput*: "Se causares prejuízo com abuso irás preso; também irás preso se causares prejuízo por má administração; e também irás preso sempre que, de qualquer forma, causares prejuízo."

53 Esse é o entendimento de parte da doutrina. Domingos Kriger Filho, "Aspectos da ...", aplaude a norma do § 5º, do art. 28, do Código do Consumidor, salientando, à pág. 83, que "em matéria de consumo, interessa ao legislador, acima de tudo, a efetiva proteção do consumidor", como se se tratasse o direito do consumidor de um direito absoluto, a reinar sobre todos os outros.

54 Veja-se, a esse respeito, Condorcet Rezende, "Aspectos da Desconsideração...", ob. cit., pág. 132.

55 Neste sentido, Arruda Alvim e outros, "Código do Consumidor Comentado", ob. cit., pág. 185; Simone Gomes Rodrigues, "Desconsideração...", ob. cit.. Veja-se o seguinte Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Ilegitimidade de parte — passiva — Ocorrência — Inclusão de sócio minoritário de sócio da ré — vínculo remoto — Invocação equivocada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica — Alcance limitado do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor — Entidade que não detém o controle do capital social — Ilícito em detrimento do consumidor, ademais, não comprovado — Recurso não provido. A personalidade jurídica de uma empresa pode ser desconsiderada para que se exija o cumprimento de obrigações por outra pessoa jurídica formalmente distinta, mas de tal modo ligadas uma à outra, que chegam

Qualquer entendimento em sentido contrário iria resultar em que se teria de considerar que o *caput* do artigo 28 é inteiramente inócuo, pois todas as suas hipóteses estariam abrangidas pelo § 5º, o que em matéria de interpretação da norma jurídica é inteiramente inaceitável.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda e outros, *Código do Consumidor Comentado*, 2ª edição, 2ª tiragem, Biblioteca de Direito do Consumidor, vol. 8, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

AMARO, Luciano, *Desconsideração da Pessoa Jurídica no Código de Defesa do Consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor nº 5, janeiro a março de 1993, Editora Revista dos Tribunais, págs. 168/182.

BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary — Definition of the terms and phrases of american and english Jurisprudence, ancient and modern*, Fifth Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979.

CASILLO, João, *Desconsideração da Pessoa Jurídica*, in Revista dos Tribunais nº 428, págs. 24/40, outubro de 1979.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1983.

DAVID, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, 3ª edição, Editora Martins Fontes, São Paulo, 1996.

EMANUEL, Steven, *Corporations*, First Edition, Emanuel Law Outlines Inc., 1989, New York.

FERRARA, Francesco, *Trattato di Diritto Civile Italiano, Vol. I, Dottrine Generali*, Athenaeum, Roma, 1921.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, in Revista de Direito Civil nº 46, págs. 27/49, Editora Revistas dos Tribunais.

HENTZ, Luiz Antonio Soares, *Notas sobre a Desconsideração da Personalidade Jurídica: a Experiência Portuguesa*, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro nº 101, janeiro/março de 1996, Editora Revista dos Tribunais, págs. 109/113.

JUSTEN FILHO, Marçal, *Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.

KONDO, Jonas Keiti, *Natureza da Pessoa Jurídica — Desconsideração da Pessoa Jurídica*, in Jurisprudência Brasileira, nº 102, págs. 13/34.

KRIGER FILHO, Domingos, *Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor nº 13, Editora Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1995, págs. 78/86.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Editora Saraiva, São Paulo, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Responsabilidade Civil. Aspectos no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Desconsideração da Personalidade*, in Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas nº 7, 1º semestre de 1995, Editora Renovar, Rio de Janeiro, págs. 127/140.

RAMALHETE, Clóvis, *Sistema de Legalidade, na "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, in Revista dos Tribunais nº 586, págs. 9/14, agosto de 1984.

REQUIÃO, Rubens, *Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)*, in Revista dos Tribunais, vol. 410, ano 58, págs. 12/24, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, dezembro de 1969.

REZENDE, Condorcet, *Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária em Matéria Fiscal*, in Revista de Direito Administrativo nº 178, págs. 128/142, out./dez. de 1989.

RODRIGUES, Simone Gomes, *Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor*, in Revista de Direito do Consumidor nº 11, julho/setembro de 1994, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, págs. 7/20.

SZTAJN, Raquel, *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, in Revista de Direito do Consumidor nº 2, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

a se identificar no mundo fático." (Agravado de Instrumento nº 251.177-2, São Paulo, Relator: Des. Aroldo Viotti.)

A APLICAÇÃO DO DIREITO E A LEI INJUSTA

RICARDO PEREIRA LIRA*

Sumário: I — A aplicação do direito. Diagnose do fato. Diagnose do direito. Crítica formal da norma. Crítica substancial da norma. Interpretação. Subsunção. Lacunas do ordenamento e seu suprimento: analogia, costumes e princípios gerais do direito. II — Uso alternativo do direito. Direito alternativo *stricto sensu* e pluralismo jurídico. Direito insurgente. III — Os direitos fundamentais na Constituição da República.

I

A aplicação do direito é um fenômeno nimamente dinâmico, que se não limita a um só momento, a um só instante, mas se desdobra em fases sucessivas e indeclináveis.

Ela implica na percussão do fato com a norma jurídica — preceito comum e abstrato, emanado do poder competente e provido de sanção —, ou, se se desejar, a aplicação do direito é o encontro de uma fatia da realidade com o ordenamento jurídico, conjunto de normas protegido por uma sanção externa e institucionalizada.

Até chegar-se a esse resultado, em que o geral se individualiza, em que o abstrato se concretiza, operações há que se vão desenvolver necessariamente, e que são as seguintes:

- (a) diagnose do fato;
- (b) diagnose do direito;
- (c) crítica formal da norma;

* Professor de Direito Civil e Propriedade Urbana no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ.

- (d) crítica substancial da norma;
- (e) aplicação da norma ao fato diagnosticado.

Vejamos em breve relance cada qual desses estágios.

(a) O diagnóstico do fato consiste na consideração dele dentro de seus próprios contornos, despido de qualquer conotação jurídica, visto fora da esfera do direito.

(b) O diagnóstico do direito procura determinar se esse fato é regulado pelo direito, e, em caso positivo, qual a norma aplicável, em que extensão o fato nela se enquadra. É a qualificação jurídica do fato. Já se o tem dentro da esfera jurídica, examinado não mais isoladamente, mas em confronto com o direito. Define-se o fato juridicamente. Diante do fato, se analisa, por exemplo, se as partes celebraram um contrato. Se esse contrato é de direito público ou de direito privado? Em sendo de direito privado, se o contrato é de direito civil ou de direito comercial? Haverá preceito legal regulando expressamente o contrato? Qual será esse preceito? Chega-se, então, à norma.

Não se estará sequer na metade desse caminho difícil e penoso da aplicação do direito.

Localizada a norma, passa-se à

(c) crítica formal dela. Apura-se a autenticidade e a exatidão do conteúdo da norma, através do exame dos autógrafos e documentos que a divulgam. Não é atividade desimportante, como possa parecer, sobretudo quando não se tenha, como entre nós, o monopólio da publicação das leis e atos administrativos pelas entidades oficiais, ocorrendo não muito raramente a divulgação de textos legais e regulamentares inçados de erros materiais.

Continua o processo com a

(d) crítica substancial da norma. Cuida-se, agora, dos requisitos intrínsecos, da legitimidade e eficácia da norma. Verifica-se (i) se a norma foi elaborada, sancionada, promulgada e publicada pelo poder competente, se esse poder se conservou nos extremos das suas atribuições; (ii) se a norma é constitucional; (iii) em se tratando de norma de hierarquia inferior, se ela não exorbitou do campo de aplicação da normação prevalente; (iv) em se cuidando de organização federativa como a nossa, se se está diante de norma editada na área de competência concorrente entre a União Federal, os estados federados e os municípios, caso em que vingar-se o critério hierárquico, ou se se está em face de norma editada na área da competência específica, caso em que a norma estadual específica preponderará sobre a norma federal abusiva, ou em que a norma municipal prevalecerá sobre a norma estadual ou federal eventualmente agressiva da competência local; (v) se a norma está em vigor, explícita ou implicitamente, revogada ou ab-rogada, isto é tirada de vigência parcial ou totalmente; se a norma aguarda a *vacatio* para tornar-se plenamente eficaz; se a norma é

de vigência temporária, tendo-se exaurido sua força pelo só decurso do tempo assinado; se a norma é de ordem pública, não se tolerando estipulações que lhe sejam contrárias, ou se é de natureza supletiva, existindo para incidir apenas quando as partes tenham silenciado sobre a matéria que constitui o seu objeto.

Encerradas a crítica formal e a crítica substancial da norma, inicia-se a sua (e) interpretação, atividade destinada a fixar o verdadeiro sentido e alcance da norma.

Por mais clara que seja a norma, ela será sempre interpretada. Ao alcançar-se a convicção da clareza da norma, ela já terá sido interpretada.

Pode acontecer que o legislador tenha dito, ao enunciar o comando, menos do que queria — *minus dixit quam voluit* —, e assim o trabalho do intérprete fará com que a norma e o fato se encontrem, e aconteça a aplicação do direito, operando-se a chamada interpretação extensiva da norma: o fato não está alcançado pela literalidade da norma, mas o trabalho do intérprete, valendo-se dos princípios da hermenêutica, faz com que o fato esteja no âmbito de portada da norma.

Ocorre, assim, a subsunção, que é o encontro do fato (concreto) com a hipótese legal abstratamente prevista na norma.

Pode ocorrer que o esforço interpretativo não seja suficiente para encontrar o fato dentro do campo de aplicação da norma.

Nesse ponto, as soluções variam em função da natureza da norma em cujos domínios esteja o intérprete trabalhando.

No ordenamento jurídico-penal, por exemplo, estar o fato fora do âmbito da norma, significa a impossibilidade de o Estado punir o agente, já que ninguém pode ser punido senão por crime anteriormente definido em lei: é o princípio da reserva legal.

No ordenamento jurídico-tributário, se determinado fato está fora do âmbito da norma, tal fato não pode gerar obrigação de pagamento de tributo.

Não há qualquer lacuna no ordenamento jurídico nessas duas hipóteses consideradas. O que sucede, no primeiro caso, é que se a norma penal não incluiu aquele fato na portada da lei é porque aquele fato não é penalmente punível. No segundo caso, se a norma fiscal não contemplou determinado fato na sua portada, é porque o Estado não considera tal fato gerador da obrigação de pagamento de tributo.

No direito privado, contudo, a solução é diversa. O Direito não tem lacunas. O ordenamento jurídico é que as tem, e o intérprete tem de recorrer aos meios de integração previstos para supri-las.

Entende-se o ordenamento como pleno, não sendo lícito ao aplicador abster-se de fazer incidir em determinado fato jurídico uma certa norma, sob a alegação de omissão do ordenamento.

Se há fato jurídico e esse fato não entra no âmbito de incidência de qualquer norma legal, o aplicador recorrerá aos processos de integração destinados a assegurar a inteireza, a completude do ordenamento: a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

A analogia consiste na aplicação da norma a fatos outros que não estejam no seu âmbito de incidência, sendo os fatos da norma e esses outros fatos iguais em sua essência. É o critério da harmônica igualdade, de que fala a doutrina (Ruggiero, “Instituições de Direito Civil”, vol. I, § 17), fazendo com que certa norma se aplique a caso nela não previsto.

O costume é a norma criada espontaneamente pela consciência comum do povo, que observa de modo constante e uniforme ao longo de determinado lapso de tempo (*longa consuetudo*) determinado comportamento, com a convicção de que, assim agindo, atende a uma necessidade jurídica (*opinio iuris et necessitatis*). Sua admissão não nega a estatalidade do direito, pois o costume só é costume jurídico na medida em que recebe o reconhecimento do Estado, pelos modos e procedimentos estabelecidos pelo próprio Estado. Não entramos aqui na análise da possibilidade do pluralismo jurídico.

Quanto aos princípios gerais de direito, cuja definição oferece campo a controvérsias, Vicente Rao, na sua conhecida obra “O Direito e a Vida dos Direitos”, observa que

“o intérprete, a quem também incumbe realizar a restauração orgânica do direito, deve percorrer os seguintes graus progressivos de investigação, até alcançar o princípio que procura, capaz de resolver o caso concreto:

- (a) o sistema jurídico da legislação de que se trate;
- (b) as leis científicas do direito;
- (c) a filosofia do direito, que nos ensina os princípios fundamentais, os mais amplos, inspiradores de todos os ramos da ciência jurídica e constitutivos da unidade do conhecimento do direito”.

Vale lembrar que o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, preceitua: “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às experiências do bem comum”.

II

O problema se põe quando o aplicador do direito, depois de passar por esses vários estágios, alcança uma solução absolutamente injusta, que desatende

aos fins sociais a que o direito se dirige e aos valores fundamentais que, axiologicamente, hão de ser colimados.

Surgiu, então, a concepção de um direito alternativo, buscando soluções, além dos critérios de integração, avançando além dos próprios princípios gerais de direito, quando a aplicação do direito se torne insatisfatória, sem atender aos reclamos da Justiça Social.

Essa concepção nascida na Itália, no início da década de 70, com Pietro Barcellona, Giuseppe Cotturi e outros, advoga o uso alternativo do direito, servindo ao processo de emancipação da classe trabalhadora na luta contra a classe burguesa e capitalista. Não se cuidaria de fazer a revolução via Direito, mas de reconduzir as interpretações jurídicas progressistas ao desenvolvimento das contradições sociais, buscando restituir aos trabalhadores a capacidade criadora da história (Amilton Bueno de Carvalho, “Lições de Direito Alternativo”, ed. Acadêmica, 1991, págs. 54/55).

Luigi Ferrajoli, que há alguns anos esteve presente em um seminário sobre direito alternativo, realizado no Rio de Janeiro, observa que o uso alternativo no direito trata de colocar, no possível, o direito e os juristas ao lado dos que não têm poder.

Várias são as críticas que inúmeros juristas formulam contra essa concepção, desde a observação de que não será possível admitir a alternatividade de ordenamentos jurídicos, como se fosse possível uma disjunção de comandos e imposições, até a afirmação que dita concepção resulta, enfim, na adoção da escola do direito livre, em que o aplicador formularia a regra para solução do conflito concreto posto à sua frente.

Não há dúvida quanto ao fato de que a concepção do direito alternativo sofre a primeira desvantagem da absoluta impropriedade da denominação, padecendo também a nosso ver do pecado de uma falta de dogmática que lhe permita assumir as galas de um sistema.

Tudo isso decorre, a nosso ver, do fato de que a concepção do direito alternativo é filha direta da crise paradigmática, que marca os tempos de hoje, em que valores e direitos fundamentais precisam impor-se e ser efetivamente reconhecidos.

O que importa registrar é que, ao longo dos tempos, em nossa realidade, temos tido hipóteses de alternatividade no direito, embora muitos juristas não se permitam reconhecê-lo.

Senão vejamos.

Para facilidade de exposição, poderíamos distinguir três espécies de alternatividade: o uso alternativo do direito, um direito alternativo *stricto sensu*, com laivos de pluralismo jurídico, e, finalmente, um direito insurgente.

Ponham-se em tela casos concretos que ilustram a primeira espécie.

1) A posse dos direitos pessoais, advogada por Ruy Barbosa, para possibilitar a proteção interdita de determinados direitos pessoais que, de outro modo, restavam sem salvaguarda.

A posse, nas suas origens romanas, nascida da necessidade de proteger o ocupante do *ager vectigalis*, se reservava aos bens corpóreos.

Em uma fase posterior se admitiu a posse dos direitos reais, *a iuris possessio*, como por exemplo no reconhecimento de uma quase posse das servidões, que mereciam a proteção dos interditos.

Entre nós, Ruy Barbosa, partindo do preceito do art. 485, do Código Civil, concebeu a possibilidade da posse de direitos pessoais.

O mencionado artigo estatui: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade". O eminente jurista asseverava que o Código aludia a domínio, significando senhoria sobre as coisas corpóreas, e a propriedade, significando titularidade de direitos incorpóreos, como a propriedade intelectual e artística. Assim os titulares de direitos incorpóreos exerciam posse, eram possuidores, e assim mereciam a proteção interdita.

Essa concepção perdeu relevância na medida em que a Constituição Federal de 1934, inspirada no "juicio de amparo" mexicano, criou o mandado de segurança para a proteção dos direitos líquidos e incontestáveis, que veio a ser regulado, pela primeira vez, em nosso ordenamento, por uma lei ordinária de 1936.

A proteção interdita dos direitos pessoais, partindo da possibilidade jurídica da sua posse, constituiu desenganadamente uma tentativa de uso alternativo do direito.

2. A chamada "teoria brasileira do habeas corpus", brilhantemente desenvolvida por Pedro Lessa, estendendo a aplicação do remédio além da defesa do puro e simples direito de ir e vir, foi também exemplo de uso alternativo do direito.

3. Também pode ser mencionada como tal, a possibilidade jurídica do reconhecimento dos filhos adulterinos, após a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges

O art. 358, do Código Civil brasileiro, interditava de maneira absoluta o reconhecimento dos filhos adulterinos.

O Decreto-lei nº 4737, de 24.10.1942, permitiu o reconhecimento dos filhos adulterinos, desde que dissolvida a sociedade conjugal pelo então chamado desquite.

Posteriormente, os operadores do direito, através de intenso trabalho jurisprudencial, vieram a admitir o reconhecimento dos adulterinos quando a sociedade conjugal tivesse ocorrido pela morte de um dos consortes.

A Lei nº 883, de 21.10.1949, veio a positivar, tornar realidade legislativa, essa extensão da possibilidade de reconhecimento.

Antes desse diploma legal, o reconhecimento após a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges foi resultante de uso alternativo do mencionado Decreto-lei nº 4737, de 24.10.1942.

Não diga que seria um caso de integração do ordenamento pela via do suprimento de lacuna, através da analogia ou da aplicação de princípio geral de direito.

Não.

A analogia, seja *analogia legis* ou *analogia juris*, tem como pressuposto inafastável que o fato não previsto guarde com o fato previsto relação de identidade, o que não há entre uma dissolução da sociedade conjugal pelo desquite e uma dissolução da sociedade conjugal pela morte. São fatispecies diferentes no mundo da vida. Não se aplica de outro lado o aforisma — que sequer é um princípio geral — segundo o qual *ubi eadem ratio ibi idem ius*, que igualmente pressupõe mesmidade de circunstâncias.

Tratou-se igualmente de um uso alternativo do direito, em que o aplicador, dentro da razoabilidade dos parâmetros, e, em nome da equidade e da isonomia, estendeu a norma para alcançar a justiça.

O direito justo não se exaure na positividade da lei.

4. Outro exemplo interessante de uso alternativo do direito é o do Decreto nº 24150, de 29.04.1934, tomado do ângulo de visada da legitimação processual para a renovação compulsória das locações comerciais e industriais.

Esse decreto, hoje substituído pela vigente lei de locação predial urbana, exigia como requisito da pretensão renovatória que o contrato a ser reconduzido fosse escrito e tivesse o prazo mínimo de 5 anos.

Contra a literalidade da norma, o operador do direito entendeu, e se tornou incontroverso, que o locatário que não fosse parte em um contrato de no mínimo 5 (cinco) anos, mas o fosse de dois ou mais contratos, sem solução de continuidade, que somassem cinco anos ou mais, teria também legitimação para a renovatória.

Oportuno também nessa passagem anotar que se não trata de um caso de suprimento de lacuna, pois um contrato com prazo de cinco anos, e vários contratos sucessivos cujos prazos somem cinco anos ou mais, são coisas diversas.

Também aqui o legislador afastou a literalidade da norma em nome do direito justo. Igualmente hipótese em que, abstraída a imperfeição da denominação, ocorreu um uso alternativo do direito.

Outros casos poderiam ainda ser alinhados, como, por exemplo, a teoria da imprevisão afastando a incidência do *pacta sunt servanda* nos contratos de duração, e a demanda de partilha na rutura das situações concubinárias, consagrada, então, pela súmula do Supremo Tribunal Federal, quando a jurisprudência foi buscar o instituto da sociedade de fato, no direito das obrigações, para aplicar o direito justo no direito de família.

Vejamos, agora, um caso da segunda espécie, um interessante caso que nos permitiríamos classificar de direito alternativo *stricto sensu*, com laivos de manifestação de pluralismo jurídico.

É a figura do “direito de laje”, nas favelas do Rio de Janeiro.

Há quem defenda a necessidade de restabelecer no direito brasileiro um instituto que existiu entre nós até meados do século passado, e está presente no direito comparado: o direito real de superfície.

Por força dessa categoria alguém concede a outrem o direito de construir no seu terreno, permanecendo a propriedade do terreno com o concedente, e sendo da propriedade do concessionário aquilo que ele construiu. Suspendem-se, convencionalmente, por esse instituto, os efeitos da acessão, por força do qual é do domínio do dono do solo tudo aquilo que sobre ele se construiu, mesmo quando a edificação seja feita por terceiro.

A propriedade da construção, pertencente a quem a realizou, assentando sobre a propriedade do solo de outrem, é a propriedade superficiária.

Em alguns ordenamentos, como, por exemplo, no direito suíço, é possível que o dono da propriedade superficiária conceda a um terceiro a possibilidade de construir sobre a propriedade superficiária, ficando a propriedade dessa segunda propriedade superficiária no domínio de quem a construiu. É o direito de superfície em segundo grau, que se concretiza pelo chamado direito de sobrelevação.

Resultam, portanto, três níveis de propriedade: a do dono do solo, a do primeiro superficiário e a do segundo superficiário.

Pois bem.

Nas favelas do Rio de Janeiro, moradores permitem que um terceiro construa sobre a sua laje, ficando da posse exclusiva desse terceiro a moradia por ele construída. É o “direito favelar” consagrando o direito de sobrelevação existente no direito suíço, e ainda não existente no nosso direito estatal.

Essa relação de direito material existe entre os favelados como uma realidade. Como se resolvem os conflitos dela resultante, se na própria comunidade ou perante o direito formal, é uma questão de direito processual, que não elimina a existência fática, real de um “direito de laje”.

É um caso de alternatividade do direito, com marcas de um pluralismo jurídico.

Cuide-se, agora, do direito insurgente.

Aqui o direito aplicado desafia vantajosamente o ordenamento jurídico, em estado de conflito frontal com ele.

O primeiro caso deita suas raízes na história. É o da chamada Lei Áurea, que extinguiu a escravidão no Brasil.

A Carta Outorgada de 25 de março de 1824, Constituição Imperial, assim dizia no seu artigo 179:

“Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

- 1)
- 2)

22. É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será esse previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar essa única exceção e dará as regras para se determinar a indenização”.

Pois bem.

A Lei Áurea, tardiamente, extinguiu a escravidão no Brasil, pelo menos formalmente, e o fez com um só artigo de lei, sem prever qualquer indenização aos donos de escravos.

É a insurreição do direito, em nome da Justiça Social.

Um segundo caso de insurreição pode ser indicado.

Cuida-se da responsabilidade civil do preponente, amo ou comitente por ato do preposto.

Hipótese de responsabilidade por fato de outrem.

O Código Civil brasileiro, no art. 1521, estatui:

“Art. 1521. São também responsáveis pela reparação civil:

.....
III — O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir ou por ocasião dele”.

O art. 1523 estabelece que o patrão, amo ou comitente só serão responsáveis “PROVANDO-SE QUE ELES CONCORRERAM PARA O DANO POR CULPA OU NEGLIGÊNCIA DE SUA PARTE”.

No direito legislado, por conseguinte, a responsabilidade do amo, patrão ou comitente é desenganadamente subjetiva. Não basta que a vítima prove a culpa do preposto, serviçal ou empregado. Para surgir a responsabilidade do preponente seria necessário, em face do texto da lei, que a vítima provasse a culpa *in vigilando* ou *in eligendo* do preponente, ou seu procedimento doloso.

Os operadores do direito criaram, insurgentemente, a responsabilidade sem culpa do preponente, por força da qual provada a culpa ou dolo do preposto é responsável o preponente.

A Súmula nº 341, do Supremo Tribunal Federal, editada ao tempo em que ele tinha a competência constitucional de zelar pelo direito federal, enunciou que “é presumida a culpa ou dolo do patrão ou comitente pelo ato culposos do empregado ou preposto”.

Ainda que lida ao longo de sua literalidade a súmula teria criado *contra legem* um caso de presunção de culpa, que só pode existir *ministerio legis*. Na realidade, se entende que a jurisprudência, insurgentemente, criou um caso de responsabilidade sem culpa.

O terceiro caso de direito insurgente, ainda anterior à Constituição de 1988, consistiu em uma ação reivindicatória promovida, no Município de Canoas, por dois casais contra dezoito sem teto.

Coagidos pela necessidade, sem recursos para o pagamento de alugueres, vítimas de uma situação sócio-econômica injusta, marginalizados do bem-estar social, os réus levantaram seus casebres em uma grande área vazia, desocupada, sem o mais mínimo sinal de apropriação anterior, ou posse, sem função social alguma, e que, por informação de toda a vizinhança, pertenceu ao antigo prado do Jockey Clube de Canoas, cujas instalações de água e venda de apostas ainda estavam de pé, ou pertenceriam à Municipalidade.

Tratava-se de uma propriedade sem função social, sem uso e sem qualquer aproveitamento, talvez na expectativa ociosa de valorização, em plena especulação imobiliária, à espera de uma melhor infra-estrutura urbana circunjacente que a acrescentasse sem o menor trabalho daqueles que lhe detinham o título dominical. Enquanto isso, centenas de famílias vagavam sem teto e sem um pedaço de chão onde pudessem erguer um abrigo.

A decisão de primeiro grau deu pela procedência da reivindicação.

Houve apelação, que tomou o nº 28.711, distribuída à 1ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, que, por maioria, manteve a decisão recorrida.

Opostos embargos infringentes (nº 100287119), o 1º Grupo Cível, por maioria, os acolheu para julgar improcedente a ação, privilegiando a posse dos sem teto. (*apud* “Aconteceu na Justiça”, ed. Instituto Apoio Jurídico Popular-Fase, maio de 1989).

Um quarto caso de insurreição do direito pode ser lembrado.

Em certo momento da realidade nacional, quando a crise econômica impôs ao comércio o cheque pré-datado (seria mais próprio dizer pós-datado), as autoridades declararam que tais cheques só poderiam ser apresentados na data ostensiva da sua emissão.

Vejam-se as declarações do Ministro Edson Vidigal, do Superior Tribunal de Justiça, publicadas no Jornal do Brasil, Suplemento Negócios&Finanças, de 9/8/93, pág. 15:

“Temos resolvido aqui no Superior Tribunal de Justiça que o cheque pré-datado, sendo uma ordem de pagamento acertada, é substitutivo da nota promissória. A diferença é que a nota promissória é mais burocratizada; com o pré-datado não há burocracia. Se no dia acertado não houver fundo o devedor não se livra dos calafrios do Código Penal”.

Ora, o cheque é uma ordem de pagamento à vista. Não é promessa de pagamento e muito menos contrato, tendo por objeto um ajuste quanto à data de apresentação. Se se aceita o “papel” como tal, não há cheque, e a inexistência de fundos na data prometida não pode caracterizar o crime de cheque sem provisão de fundos, ocorrendo simples inadimplência civil.

É de ver que a aceitação do chamado cheque pré-datado é também um caso de direito insurgente.

III

Dissemos ao início deste ensaio que a concepção do direito alternativo era uma resultante da crise paradigmática, ressentindo-se de uma construção teórica, levantada à base de princípios.

Hoje, a Constituição Federal de 1988 abre caminho para, dogmaticamente, chegar-se a resultados pretendidos pela concepção do direito alternativo. Isso porque o texto constitucional consagra a teoria dos direitos fundamentais, partindo de princípios efetivos e não simplesmente programáticos, que são fundamentos da República mesma.

A Constituição de 1988 estabelece que a República tem como fundamento a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, declara que é objetivo fundamental dessa mesma República ERRADICAR A POBREZA E A MARGINALIZAÇÃO, BEM COMO REDUZIR AS DESIGUALDADES SOCIAIS.

De outro lado, condena expressamente a propriedade não-utilizada ou sub-utilizada.

Dessa forma esses princípios fundamentais presidem toda a interpretação e aplicação do direito infra-constitucional, de forma a conduzi-lo à equidade e à Justiça Social.

Esses princípios fundamentais estão acima dos próprios princípios gerais de direito de que cuida a Lei de Instrução ao Código Civil, como processos de integração e suprimento das lacunas do ordenamento.

Essa concepção de direitos fundamentais centrados na Constituição, dominando todo o ordenamento, já se faz sentir em vários momentos no fenômeno dinâmico da aplicação do direito.

Tomemos, por exemplo, o quadro dos conflitos fundiários, em que se encontra de um lado o titular de uma propriedade urbana ou rural evidentemente sub-utilizada ou não-utilizada, vocacionada para sua extinção nos termos do texto constitucional, e do outro lado o direito de habitação e de acesso à terra, dos sem teto e dos sem terra. Diante desse conflito entre o direito de propriedade, de um lado, e o direito de habitação e de acesso à terra, do outro, o aplicador há de chegar a uma solução que encontre a sua razão de ser nos fundamentos da própria República.

A superação dos limites formais da propriedade pela ação dos sem teto ou dos sem terra encontra a sua razão de ser na dignidade mesma da vida humana.

Essa solução atende à finalidade social do Direito, e já se encontra em expressivos precedentes judiciais.

Tome-se, por exemplo, o acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 212.726-1-São Paulo, em 16.12.1994, unânime, com a seguinte ementa:

“AÇÃO REIVINDICATÓRIA — Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se encontra do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de Direito”. (*apud* AASP, nº 1896, 26.04.95 a 02.05.95, págs. 137/140).

Outro caso a ser respigado é o do acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, proferido em 12 de março de 1996, no Habeas Corpus 4399/SP, em que eram pacientes DIOLINDA ALVES DE SOUZA E OUTROS (lideranças do Movimento dos Sem Terra), em que o tribunal concedeu a medida para o fim de substituir a prisão preventiva pela liberdade provisória, com fiança.

O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em seu voto, assevera que os sem terra, ao proceder à invasão, não praticaram esbulho possessório, por isso que neste o agente dolosamente investe contra a propriedade alheia para a usurpação. A ação se apresentava dominada pelo interesse na reforma agrária.

É de ver, pelos casos apontados, que o Poder Judiciário começa a revelar sensibilidade na solução dos conflitos entre direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, nas hipóteses, entre o direito de propriedade, de um lado, e o direito de moradia e de acesso à terra do outro lado.

É de ver que, no caminho da Justiça Social, na aplicação do Direito, o direito alternativo é uma passagem importante, agora dogmaticamente enriquecido pela doutrina dos direitos fundamentais, na própria Constituição da República.

É o esforço na busca do direito justo.

É importante que assim seja, já que o direito não é somente uma técnica de organização social, nem somente uma ciência normativa, mas é também axiologia, já que os valores fundamentais são a própria razão de ser do homem em sociedade.

EFEITOS DO NOVO CONCEITO DE EMPRESA MERCANTIL

THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS*

É notável o aparecimento de novos contratos e títulos de crédito determinados pela evolução do comércio internacional e, ainda, pelo desempenho do sistema financeiro, favorecido por revolução telemática, que gerou mercado instantâneo de 24 horas, além de novas técnicas operacionais, entre as quais a securitização¹ e os derivativos², precedidos pelos “s”, (“American Depositaries Receipts”) e pelos “Commercial Papers”.

Merecem registro o excepcional desenvolvimento dos fundos de pensão cerca de 4 trilhões e meio de dólares nos Estados Unidos e 55 bilhões de dólares no Brasil), os fundos mútuos, as “ventures capital” (“empresas capital de risco), a criação dos “especialistas” nas Bolsas de Valores.

O alcance, a velocidade, a enorme dimensão dessas transformações como bem registra o prof. ALFREDO LAMY FILHO “imposto em toda parte, necessidade de repensar — com urgência — normas e instituições concebidas e aceitas para reger situações e atender a objetivos hoje fundamentalmente diversos ou mesmo inexistentes” (“Pressupostos e objetivos da re..... da Lei de Sociedade por Ações”), tese aprovada na VI Conferêncianal da Ordem dos Advogados do Brasil, Salvador, 1976.

O conceito de empresa também está se ampliando, abalando os alicerces da doutrina tradicional, pois atividades consideradas exclusivamente já são

1 “Securitização” é o processo de converter qualquer ativo em um título em liquidez. Essa denominação ficou conhecida na negociação da dívida externa do México, quando parte da dívida foi trocada por “zero cupons bonds”, títulos do Tesouro Norte-Americano.

2 A palavra “derivativos” designa contratos ou transações entre duas partes em que o valor da transação *deriva* de um bem ou uma taxa subjacentes. Inexiste tratamento legal no Brasil ou nos Estados Unidos, ..o apenas pela sua criação recente, mas, ainda, pela complexidade e multiplicidade de suas operações. A jurisprudência certamente haverá e, em breve, manifestar-se sobre esses contratos.

* Titular de Direito Comercial da UERJ e do Mestrado da Universidade Estácio de Sá.

reconhecidas como comerciais por juristas merecedores do nosso respeito e de nossa admiração.

No caso das sociedades por ações, desde o Decreto nº 434, de 4 de de 1981, até a atual Lei nº 6404, de 15 de dezembro de 1976, a for..... independentemente do objeto determinada a comercialidade da sociedade.³

A Lei nº 4.068, de 9 de junho de 1962, declarava, em seu art. 1º, que são comerciais as empresas de construção, elidindo as dúvidas sobre sua comercialidade.

RUBEN RAMALHO assevera que, “Embora a Lei nº 4.068/62, tenha sido revogada pela Lei nº 5.074, de 18 de julho de 1968 (Lei das Duplicatas), o caráter mercantil das empresas de construção continua a ser mantido e, “uma vez mercantil, os atos constitutivos das empresas de construção devem ser registrados na Junta Comercial, que passou a ser o “registro peculiar”, a que se refere o art. 18 do Código Civil” (“Curso Teórico e Prático de Falência e Concordatas”, Saraiva; 1984, nº 243, pág. 60).

Já o Professor DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE acolhe a comercialidade das empresas imobiliárias, criticando os que pensam em contrário: “Ainda uma vez, peço vênha para dizer que, em outro artigo, sob o título “Os imóveis em face do Direito Comercial”, publicado na RF 92/45, tentei demonstrar que é preconceituosa tal posição, fundada em razões falsas, até mesmo porque, modernamente, negocia-se amplamente sobre imóveis, especialmente nas compras de terras brutas, para urbanizá-los, loteá-los e revendê-los, subdivididos em lotes, o que constitui atividade economicamente organizada, quer dizer empresarial e, portanto, comercial” (“Da comercialidade da empreitada de construção”, Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 652, pág. 9, fevereiro de 1990).

E o Ministro e Professor CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO chegou a considerar todas as sociedades por quotas de responsabilidade limitada comerciais pela forma, independentemente do seu objeto (“Sociedade por quotas de responsabilidade Limitada”, 1ª vol. pág. 63, Forense)⁴. No mesmo sentido Fran Martins (“Das Sociedades por Cotas no Direito Brasileiro”, nº 13, pág. 41).

³ Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929 sujeitou à falência, no art. 3º, expressamente, “todas as sociedades anônimas”, ainda no de seu objeto civil.

Acórdão de 25 de junho de 1862, o Supremo Tribunal de Justiça afirma que as sociedades comerciais não se distinguem das civis, pela forma por que são constituídas, mas sim, pela natureza de suas operações.

⁴ Waldírio Bulgarelli, julga uma anomalia considerar-se “uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada como civil, porque civil é o seu objeto, o que só serve para propiciar que essas sociedades se furem ao regime falimentar...” (“Direito Comercial”, vol. II, Editora Atlas, 1978, pág. 51).

No caso de sociedades de objeto misto (civis e comerciais) prevalece a vis atractiva do direito comercial (vide, nesse sentido, Rubens Requião — Curso de Direito Falimentar, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 1983, vol. 1º, nº 28, pág. 46).

A possibilidade de aplicação do conceito de comerciante ao produtor rural é tese que vem se ampliando constantemente, podendo ser mencionados, entre outros — Giuseppe Ferri, Jean Van Ryn, Lorenzo Mossa, Messineo, Michel Despax, Ripert, Roblot, e, entre nós, Fran Martins, José da Silva Pacheco, Ruy de Souza, Sá Vianna, Sylvio Marcondes, Fábio Konder Comparato, Washington Albino e Wille Duarte Rosa, em primorosa tese de doutoramento, aprovada, com louvor, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG e que será, nos próximos meses, editada em Belo Horizonte.

O Prof. Philomeno J. da Costa corretamente critica: “Existem sabidamente sociedades de fins lucrativos e que são todavia sociedades civis: as que exploram (que têm por objeto) as profissões liberais, agrícolas, etc. A sedimentação econômica da idéia jurídica de comercialidade mantém-se acanhada” (“Anotações às Companhias”, vol. I, S. Paulo, 1980, nº 4, pág. 80).

3. O primeiro conceito legal de empresa, entre nós apareceu na chamada Lei Malaia (Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945, art. 1º, parágrafo único):

“Para os efeitos deste Decreto-Lei a palavra “empresa” abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que dispõem de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos”.

Já a lei que “regula a repressão ao abuso do poder econômico e criou o CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica” —, no art. 6º estabelece:

“Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

E o Anteprojeto de Código Civil brasileiro, ainda em lenta tramitação no Congresso Nacional, baseou-se no Código Civil italiano para conceituar o empresário no seu artigo 1.009:

“Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

Embora longa, é mais completo o conceito de RUY DE SOUZA,

“É empresa a instituição jurídica não personalizada, que se caracteriza pela organização, com certa permanência e com autonomia administrativa, de uma atividade econômica destinada à produção de bens ou serviços para o mercado, ou a intermediação deles no circuito econômico; essa organização põe em funcionamento um fundo de comércio, a que se vincula, através do empresário individual ou societário, ente personalizado cuja função é representar juridicamente a empresa do mundo dos negócios e cujos atos são praticados repetidamente, em série orgânica, e são sempre comerciais, pela sua própria natureza” (“Direito das Empresas — Atualização do direito comercial”, Belo Horizonte, Bernardo Álvares, 1959, pág. 299).

4. O direito comercial regula as relações de massa que interessam à coletividade e que, em consequência, devem ter publicidade.

Além de benéfica para o crédito do comerciante, tal publicidade, obrigatória, preserva os interesses dos que com ele contratam e nesta transparência, como registra MUNZINGER, reside a guarda da moralidade comercial.

Daí a instituição do Registro do Comércio, que tem caráter público: qualquer pessoa poderá obter, por certidão parcial ou total, os documentos registrados ou arquivados.

5. O Registro do Comércio era regulado por duas leis, além das Instruções Normativas expedidas pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio-DRC; a de nº 4.726, de 13 de julho de 1965 e a de nº 6.939, de 9 de setembro de 1981, regulamentada pelo Decreto 87.764, de 22 de setembro de 1981.

6. Todos reconheciam que esse conjunto de regras necessitava de revisão e adaptação à realidade. Coube ao DNRC, com a colaboração da Comissão de Modernização do Sistema Normativo do Registro do Comércio e das Juntas Comerciais, elaborar anteprojeto que se converteu em Projeto de Lei apresentado pelo Ministro Jarbas Passarinho, em Exposição de Motivos MJ/nº C-362-A, de 31 de julho de 1991, onde explica:

“A situação atual traz elevada dose de insegurança jurídica a certas empresas, registradas no Registro do Comércio ou Civil, cujas inscrições podem sofrer contestações de várias ordens”.

“Nota-se que nossos tribunais, em farta jurisprudência, ora considera certas atividades atos de comércio, ora não os considera, o que traz fortes implicações jurídicas para os efeitos, por exemplo, de tributação, falência, locação, regime de liquidação, responsabilidades dos empresários, interação com agentes financeiros, creditícios, etc.”

Em 26 de setembro de 1992, o Relator desse Projeto de Lei na Comissão de Economia, Indústria e Comércio, Deputado José Carlos Aleluia pondera: “A

principal inovação do Projeto diz respeito a modificação de denominação do registro do comércio para registro de empresas mercantis, fazendo prevalecer, portanto, a chamada “teoria da empresa”, os detrimientos da ótica restritiva de levar a registro apenas “atos de comércio”, cuja interpretação conceitual causa inúmeras controvérsias sobre a competência registral”, repetindo, com outras palavras, o voto do Deputado ROBERTO MAGALHÃES, bem sintonizado com a ampliação do conceito de empresa: “Entendemos positiva a manutenção dessa inovação no projeto, pela qual a atividade negocial não se caracterizará mais pela prática de atos de comércio, mas pelo exercício profissional de uma atividade econômica organizada, para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Substitui-se, assim, o tradicional conceito de comerciante pelo conceito de empresário”⁵.

6. Aprovado, o Projeto de Lei converteu-se na Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994, que no artigo 2º determina a *comercialidade das sociedades de objeto civil*, pois elas terão, agora, os seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, “*independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei*”. O Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996, a regulamentou.

Assim, não mais serão as sociedades de objeto civil, com fins lucrativos, registradas no Cartório do Registro Civil das Pessoas Jurídicas, mas nas Juntas Comerciais.

Prevalece, então, a atividade receptiva da empresa, para caracterizá-la como comercial, elidindo a velha discussão que dividiu os juristas entre os que ficavam presos às regras do Código Comercial (note-se que este não oferece o conceito jurídico de comerciante) para considerar mercantis apenas os atos indicados na legislação do império e os que preferem avaliar a tese da ampliação do conceito de empresa comercial.

Estarão, em consequência sujeitas à falência e terão direito à concordata, pois são comerciais por força de lei, as sociedades cujo objeto social for a produção e a circulação de bens de serviços, alcançando, assim, uma enorme variedade de atividades econômicas, com ênfase para o setor de serviços, hoje marcadamente desenvolvido, especialmente após a sua chamada “terceirização”.

A lei atingiu, ainda, as firmas individuais, cujos titulares serão considerados comerciantes individuais, dentro dos mesmos princípios acima estabelecidos.

5 A teoria dos atos de comércio, para Basílio Machado, é “problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência”. Georges Ripert — “Quase nada fica restando desta grande teoria dos atos de comércio, que a doutrina complicou com as suas construções jurídicas” (Georges Ripert — “Traité Élémentaire de Droit Commercial”, nº 312, pág. 131).

Em conclusão: os atos das firmas individuais e das sociedades mercantis são arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, *independentemente de seu objeto*, salvo as exceções previstas em lei.

Assim, ampliou-se, seguindo a esteira das legislações modernas e com apoio da doutrina o conceito de *empresa mercantil*, nele incluídas todas as organizações destinadas à exploração, por pessoa física (empresa individual ou jurídica (empresa coletiva ou sociedade comercial), de *qualquer atividade econômica de fins lucrativos*.⁶

Elas, em consequência, terão direito de requerer concordata, sacar duplicatas e poderão ser declaradas falidas, nas hipóteses previstas na lei de Falências.

E será ilegal, nesses casos, o arquivamento dos atos constitutivos e suas respectivas alterações no Cartório do Registro Civil das pessoas jurídicas, pela Lei nº 8.934, de 18 de novembro de 1994⁷.

6 Já em 1916, Paulo de Lacerda proclamava: "A teoria dos atos de comércio, depois de experimentada em todos os moldes legislativos e doutrinários, caiu em *completa* desmoralização: ela só existe hoje para os escritores retardatários, que repetem as lições já abandonadas pelas melhores cátedras acadêmicas" (in "Revistas de Direito", nº 41, pág. 12).

7 O Professor José Nadi, jurista mineiro, pretende excluir as sociedades civis, sob dois fundamentos: 1º, a lei fala, no artigo, 2º, em "sociedades comerciais" e no final, admite "as exceções previstas em lei".

ARBITRAGEM NOS LITÍGIOS ADMINISTRATIVOS

CAIO TÁCITO

I

O arbitramento tem, entre nós, raízes históricas no Código Civil de 1916 como meio de prova de atos jurídicos (art. 136, nº VII), a título de fixar o valor a retribuir na locação de serviços (art. 1.218), na liquidação de obrigações (art. 1536, § 1º) ou no ressarcimento de ato ilícito (art. 1.533). O Código de Processo Civil regulou o procedimento ao juízo arbitral, com ressalva da necessária homologação judicial e a Lei sobre direitos autorais atribui competência ao Conselho Nacional de Direito Autoral (Lei nº 5.988/73, art. 60).

Foi todavia, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 que imprimiu modernidade ao instituto da arbitragem como forma amigável de dirimir litígios entre pessoas capazes de contratar.

A arbitragem tanto cuida de questões de direitos como de alcançar, por equidade, a composição entre partes desavindas no tocante a direitos patrimoniais disponíveis (arts. 1º e 2º).

A convenção de arbitragem prefigura o compromisso, mediante cláusula contratual ou por acordo de vontades, limitada a intervenção judicial quando necessária a tornar efetiva a cláusula compromissória (art. 7º).

No procedimento arbitral serão respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, em moldes de equivalência com o procedimento judicial (art. 21, § 2º).

A sentença arbitral independe, porém, de homologação judicial, como era exigida no processo anterior. A sentença arbitral produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (art. 31).

A sentença arbitral estrangeira é reconhecida e executada no Brasil de conformidade com os trabalhos internacionais que lhes regulem a eficácia no

ordenamento interno ou, na inexistência de norma própria, mediante homologação pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 34 e 35).

A Lei atual, simplificando e prestigiando o arbitramento como forma amigável de solver litígios entre interesses contraditórios, não coloca outro limite à sua exeqüibilidade a não ser quanto a direitos indisponíveis, a saber, aqueles que por sua natureza, caracterizada em lei, são insuscetíveis de transação (art. 1º).

O impedimento opera tanto como limite prévio da instituição da arbitragem como importará em extinção de juízo arbitral, quando venha a incidir.

Assim é que, sobrevivendo no curso de arbitragem, controvérsia sobre direito indisponível e se de sua existência, ou não, depender o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes ao órgão competente do Poder Judiciário, suspendendo o juízo arbitral (art. 25).

A Lei nº 9.807/96 não se refere à possibilidade de arbitragem em questões em que seja parte a Administração Pública.

Limita-se a definir o seu âmbito como meio apto de opção em relações patrimoniais entre pessoas capazes de contratar. A rigor não estarão, portanto, insentas de seu alcance as pessoas jurídicas que possam validamente assumir obrigações de natureza bilateral.

Se assim é, fora de dúvida, com respeito a pessoas típicas de direito privado, como se entenderá a possibilidade de convenção de arbitragem por parte de órgãos administrativos, seja os da administração direta — pessoas de direito público — seja os da administração indireta, notadamente as empresas públicas, sociedade de economia mista e entidades que exploram atividade econômica, sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o ditame do art. 173, § 2º da Constituição?

II

Antes da nova lei a doutrina e a jurisprudência se inclinavam, em sua maioria, pela incompatibilidade do juízo arbitral em contendas pertinentes à Administração Pública, em razão do princípio da indisponibilidade do serviço público.

Como a alienação de bens públicos é condicionada a prévia e específica autorização legislativa, submetia-se a igual condição a possibilidade de adotar-se o arbitramento em litígios administrativos.

O Tribunal de Contas da União, atendendo à consulta do Ministro de Minas e Energia, declarou inadmissível a utilização do juízo arbitral em contratos firmados por empresa estatal por contrariedade aos princípios básicos de direito público, na ausência de autorização legal (Boletim de Licitações e Contratos nº 9/93 — pp. 374 e segts.).

O parágrafo único do art. 45 do Decreto-lei nº 2.300/86 (que regia as licitações e contratos da Administração Federal) apenas permitia o juízo arbitral nos contratos com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior.

A contrario sensu, entendeu o Tribunal de Contas, em minucioso estudo, que a arbitragem, no plano nacional, era inaceitável no tocante a contratos administrativos, por afronta aos princípios da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, de indisponibilidade e inalienabilidade do interesse público.

Foi, na oportunidade, trazida à colação o julgado do Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível nº 137.279, em sessão de 28 de março de 1989, que, confirmando sentença de primeira instância, negou pedido de homologação de laudo arbitral relativo à liquidação de dívida vinculada a contrato de obra entre a SUDECO e a empreiteira CONVAP.

Como advogado da empresa contratante tivemos ensejo de sustentar, sem êxito, que o princípio de indisponibilidade não alcançava relações segundo as quais a entidade paraestatal assumia a obrigação do reajuste de preços contratualmente pactuado em função de obras realizadas, adequadamente, pela empresa privada.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, porém, em outros termos, a questão da viabilidade do juízo arbitral no tocante a direitos patrimoniais oponíveis ao Estado.

Longa demanda judicial conclui-se em julgamento da Corte Suprema, proferido em 14 de novembro de 1973, no Agravo de Instrumento nº 52.181 (Revista Trimestral de Jurisprudência — vol. 88, pp. 382 e segts.).

Empresas da Organização Lage reivindicavam direito a receber indenizações decorrentes do torpedeamento de navios durante a Segunda Guerra Mundial, que integravam o acervo incorporado ao Patrimônio Nacional.

O Decreto-lei nº 952, de 26 de julho de 1946, admitia que a transferência de valores poderia ser determinada mediante juízo arbitral, cujo laudo foi, porém, impugnado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Governo, sob o fundamento da inconstitucionalidade da lei autorizativa da arbitragem.

Confirmando decisão do Tribunal Federal de Recursos que, pelo voto do Ministro Godoy Ilha, afirmara a admissibilidade do juízo arbitral, o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária unânime adotou o voto do Ministro Bilac Pinto, ratificado em voto do Ministro Rodrigues Alkmin, no sentido da constitucionalidade da instituição, no caso, do juízo arbitral.

Lembrou o relator que, desde o Império, em autorizados pronunciamentos, entre outros, de Lafayette, do Visconde do Ouro Preto e do Conselheiro Silva Costa, era acolhido o instituto de arbitragem em causas da Fazenda Nacional. Nem a Carta de 1937, nem a Constituição de 1967/69 então vigente vedavam,

na hipótese, a instituição de juízo arbitral, que não violava ao princípio da competência do Poder Judiciário.

III

A questão do cabimento do juízo arbitral em matéria pertinente a contratos administrativos, assumiu aspecto novo com o advento da Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas.

Nos termos do respectivo art. 23, inscrevem-se entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. (item XV).

O Estado do Rio de Janeiro, em preceito pioneiro, já consagrava no art. 5º, § 2º, da Lei estadual nº 1.481, de 21 de julho de 1989, a previsão expressa de juízo arbitral como solução consensual de controvérsias administrativas.

Em igual sentido, a lei paulista nº 7.535, de 8 de maio de 1982, prevê a admissão contratual da solução amigável de controvérsias (art. 8º, nº XXI).

A partir do exposto critério quanto aos contratos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estadual e municipal, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa.

Em estudos específicos sobre o tema, ADILSON DE ABREU DALLARI (Arbitragem na concessão de serviço público — Boletim de Direito Administrativo — setembro 1996 — pp. 571 e s.), CLAUDIO VIANA DE LIMA (A lei de arbitragem e o art. 23 da Lei de Concessões), DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (Arbitragem nos contratos administrativos), LEON FREDDA SZKLBROWSKY (Arbitragem e os contratos administrativos — LTR — Suplemento Tributário — 86/97, p. 513) marcaram a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos.

IV

Os contratos administrativos não se confundem com os contratos de direito privado pela finalidade a que se destinam no atendimento do interesse público.

Ressalvada, porém, suas peculiaridades, são relações bilaterais que têm como requisitos essenciais a natureza comutativa (equivalência entre as prestações das partes) e o caráter sinalagmático (reciprocidade das obrigações).

Na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida.

Assim como é lícito, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação — e, por via de consequência, a convenção da arbitragem — será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens.

Em suma, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração.

Certamente, haverá casos em que a prestação assumida pelo Estado possa corresponder a interesses públicos de uso de bens públicos ou a fruição de vantagens que não se compadecem com a disponibilidade ou a alienação do patrimônio estatal.

Quanto a estes, somente o Poder Judiciário poderá, no exercício de suas prerrogativas, impor à Administração deveres ou obrigações de fazer ou não fazer, de permitir ou de autorizar.

Todavia, quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A convenção de arbitragem será, em tais casos, caminho aberto a que, pelo acordo de vontades, se possa alcançar a plena eficácia da relação contratual.

A discriminação entre as hipóteses, tendo como fundamento a natureza própria das obrigações contratuais, está a merecer tratamento no plano normativo que faculte, nos contratos administrativos, equivalência entre partes desiguais, de tal modo que as prerrogativas da Administração não onerem excessivamente a outra parte ou eliminem a fruição de direito do contratante privado.

Se, indubitavelmente, em certos casos, o princípio da indisponibilidade do interesse público repele o compromisso arbitral, não há por que obstar o benefício da transação quando a natureza da obrigação de conteúdo mercantil, a ser cumprida pelo órgão público, possibilita que ao acordo de vontade, fruto do vínculo bilateral possa igualmente suceder o procedimento amigável como dirimente de eventual discrepância no entendimento da latitude da obrigação do administrador.

Mais ainda se compatibiliza o juízo arbitral com atos de gestão de empresa estatal que se dedique à exploração de atividade econômica na qual, nos termos da Constituição de 1988, art. 173, § 1º, prevalece o regime jurídico próprio das empresas privadas.

O acordo conducente ao procedimento arbitral, superando a delonga do rito judicial, favorece a celeridade na superação de litígios em benefício da dinâmica própria das relações econômicas, que o Estado venha a assumir como imperativo do interesse coletivo.

A ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS EM FACE DA SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO*

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO**

Permita-me o ilustrado auditório iniciar esta exposição com a visão histórica acerca da gênese e evolução da concepção teórica da *separação de poderes* do Estado.

É de conhecimento geral que a concepção tripartida de poderes do Estado, conquanto formulada na esteira da afirmação do Parlamento inglês em face da Coroa, bem por isso já enunciada nos textos de JOHN LOCKE e THOMAS HOBBES, restou celebrizada na França revolucionária, com irradiação mundial, através da obra "*De l'Esprit des Lois*", do famoso Barão de MONTESQUIEU. Simboliza essa construção do Direito Constitucional moderno um brado de guerra contra a concentração de poder vigorante no absolutismo monárquico de origem divina, a sustentar a cisão orgânico-funcional do exercício interno da soberania do Estado em três Departamentos independentes e harmônicos entre si, a saber o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Tal engenho teórico-organicista, longe de centrar sua preocupação num modelo operacional de Estado, voltava-se primordialmente à proteção das liberdades públicas, à maneira de um mecanismo institucional indispensável para a salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face da vocação sempre abusiva dos detentores do poder temporal. Nessa ordem de convicções, deixaram proclamados os autores iluministas da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, em seu art. 16, sob a influência vigorosa de MIRABEAU, a célebre

* Texto da conferência proferida por ocasião do "XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil", realizado no Rio de Janeiro em 22.10.97.

** Subprocurador-Geral da República, aposentado. Doutor em Direito Público. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

advertência de que – “*a sociedade, em que não estiverem garantidos os direitos fundamentais e a separação de poderes, não tem Constituição*”. Assim, para o liberalismo organicista, o *Estado Constitucional* do novo regime político significava a enunciação solene dos direitos naturais do homem e a organização da comunidade política calcada na separação dos poderes, esta vista como o principal antídoto contra a tirania absolutista da velha ordem. Sintetiza tal formulação doutrinária a seguinte passagem do livro célebre, de retumbante efeito sonoro e bem ao estilo do discurso revolucionário francês, onde lê-se: “*Tudo estará perdido se o mesmo homem ou órgão unipessoal exercer esses três poderes: o poder de fazer as leis, o poder de executar as deliberações de política pública e o poder de julgar os crimes e as desavenças entre os particulares*”.

Baseava-se essa proposta de organização nacional na experiência das instituições políticas inglesas, onde a supremacia e independência do Parlamento já remontavam a um século antes, isto desde sua consagração definitiva com a Revolução Gloriosa do ano de 1688. Tanto é assim que o capítulo do *Espírito das Leis* dedicado à separação de poderes recebeu de MONTESQUIEU a sugestiva designação *Da Constituição da Inglaterra*, deixando entrever nítida influência da obra de JOHN LOCKE, intitulada o *Segundo Tratado do Governo Civil*, na qual o jusfilósofo inglês concebia três poderes do Estado: o Poder Legislativo, o de maior importância e encarregado da edição das leis e do controle das ações de Governo, o Poder Executivo, e, finalmente, o Poder designado *Federativo*, incumbido do trato das relações internacionais. Convém notar, nessa visão histórica, conforme bem lembrado por OSWALDO TRIGUEIRO, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, em importante estudo monográfico sobre a Reforma do Poder Legislativo¹, que MONTESQUIEU esteve na Grã-Bretanha a admirar o funcionamento das instituições políticas anglo-saxônicas no ano de 1729, portanto, quando ali já se afirmara definitivamente o Parlamento em face do poder monárquico, mas quando o sistema parlamentarista de governo ainda não conquistara o prestígio histórico que viria a desempenhar no Reino Unido. Tal se deve porquanto o sistema parlamentar, mercê dos conhecidos acasos da história, somente se formalizaria na Inglaterra no último quartel do século XVIII, quando o trono inglês cai em mãos dos príncipes alemães da casa de Hanover, que não residiam na grande ilha do Mar do Norte e mal pronunciavam o idioma inglês, circunstância que precipitou a exigência institucional de que a condução das ações e programas

¹ TRIGUEIRO, OSWALDO, Conferência proferida no Seminário sobre a Reforma do Poder Legislativo, promovido pelo Centro de Extensão Cultural da Universidade de Brasília, ano 1965; publicada no volume *Reforma do Poder Legislativo no Brasil*, Ed. Câmara dos Deputados, 1966.

de governo se transferissem para um Gabinete Executivo legitimado pela confiança da maioria parlamentar.

Daí a perfeita cronologia do entusiasmo do iluminista francês pela tripartição orgânica dos Poderes do Estado, exposta em seu *Espírito das Leis*, cuja primeira edição veio a público no ano de 1747, isto na consideração de que o modelo parlamentar que em seguida viria aperfeiçoar-se na Inglaterra não preconiza a visão *separatista* ortodoxa, qual retratada na obra de MONTESQUIEU. É que o sistema do *Governo de Gabinete* e da supremacia do Parlamento, tão bem estudado por Sir IVOR JENNINGS,² em obra clássica traduzida entre nós pela historiadora e jurista LEDA BOECHAT RODRIGUES, deita raízes na credulidade da estreita e permanente interação entre os Departamentos propriamente políticos da soberania estatal, onde se prodigalizam as recíprocas intervenções entre o Legislativo e o Executivo, tudo feito sob a arbitragem incontestável do Colégio de Representação Popular sediado na *Casa de Westminster*.

O que importa ter em conta, com efeito, é que a doutrina da separação de poderes visou, primordialmente, proteger a autonomia do indivíduo na esteira filosófico-ideológica do individualismo de índole liberal, emprestando condições político-institucionais que favorecessem o seu florescimento, notadamente a liberdade econômica tão almejada pela burguesia revolucionária em França. Não se ignora, nessa ordem de idéias, que a Revolução Francesa, certamente não no seu limiar, mas na sua implementação final, foi muito mais um movimento de reformulação político-institucional do que propriamente de transformação social. É que a elite burguesa que logo assumiu o poder em França, longe de pretender estabelecer um regime de igualdade material extensivo à classe campesina e às camadas inferiores do chamado terceiro estado (*tiers état*), seus aliados do início da revolução, buscou, de fato, tão-só destruir as estruturas políticas nobiliárquicas e de privilégio absolutistas que tanto prejudicavam o exercício pleno da liberdade econômica, aspiração maior da burguesia emergente. Como anota MICHEL MIAILLE, da Universidade de Montpellier, a vitória revolucionária de julho traduz, em suma, a substituição de uma sociedade juridicamente estratificada por uma sociedade juridicamente igualitária.³ Significa dizer, enfim, que a queda do *ancien régime* representa sobretudo a falência dos dogmas institucionais do absolutismo, assinaladamente a concentração de poderes nas mãos do rei, bem como a ruptura do sistema de privilégios estamentais da nobreza e do clero, que dificultavam a liberdade econômica e a acumulação do capital em mãos da nova classe dominante.

² JENNINGS, W. IVOR, *Governo de Gabinete*, Ed. Senado Federal, Brasília, 1979.

³ Cf. MIAILLE, MICHEL, *L'État du Droit*, Ed. François Maspero, Presses Universitaires de Grenoble, 1978, p. 97.

Nesse contexto, a repartição funcional e tripartida da soberania do Estado desponta a um só tempo como técnica de desconcentração institucional do poder e de limitação constitucional do exercício da autoridade pública, a fim de que este se paute segundo os ditames da legalidade constitucional e da intangibilidade dos direitos e garantias individuais e coletivos. Vê-se, assim, que o ideário da separação de poderes consubstancia muito mais uma doutrina política para contenção do exercício da autoridade a serviço da concepção liberal do Estado de Direito e dos direitos do homem por esse assegurados, do que propriamente uma teoria jurídica dotada de cientificismo e essencial à existência do Estado enquanto comunidade política abstrata, que de resto experimentou no curso de sua evolução histórica variadas expressões orgânicas e refletoras das variantes fenomenológicas do poder político. Contudo, a pregação *separatista* foi historicamente erigida à condição de dogma jurídico a embasar os regimes constitucionais democráticos e antiabsolutistas, sem, é claro, que lograsse atender em toda linha aos rigores da dogmática legalista. E esse desvirtuamento de finalidade histórica restou exacerbado com o princípio da *indelegabilidade* das funções primárias de cada um dos Poderes do Estado e, ainda, com o postulado da *não-ingêrência* nas respectivas esferas de atribuições entre as instituições governativas, os quais figuraram expressamente nas Constituições brasileiras de 1934, de 1946 e de 1967. Essa retrospectiva é bem formulada por NASCIMENTO SILVA, que expõe a propósito da tese de MONTESQUIEU: “*Visava o filósofo francês com sua criação, antes de tudo, a modificação do absolutismo estatal, contra o qual o espírito de seu tempo se rebelava por todas as formas. A teoria da separação de poderes não era diversa das demais demonstrações contra a monarquia absoluta. Mas, é caprichosa a sorte das idéias... Assim, a teoria engendrada a toda a aparência para solapar o absolutismo real superou o fato histórico contra o qual se dirigia, e transformou-se em verdade dogmática... O certo é, assim, que a teoria de Montesquieu da separação dos três Poderes do Estado sobreviveu à época para a qual fora editada, adquirindo maior rigorismo com a adoção do princípio da indelegabilidade de funções e da não ingerência entre os órgãos exercentes da soberania...*”⁴

Avultam, pois, as precariedades teórico-jurídicas do princípio da separação de poderes, se se pretender alçá-lo à posição de um postulado dogmático de estruturação do Estado. Vale reparar, com efeito, que a especialização funcional da soberania em três Poderes distintos e independentes não corresponde a diferenças ontológicas entre as funções ditas legislativa, executiva e judicial, é

que, a rigor, o poder estatal exerce-se em apenas duas direções fundamentais, sendo uma no sentido da *criação ou modificação* do direito (*função normativa*) e a outra no sentido da *aplicação do direito* (*função de execução*), que a doutrina norte-americana, com inteira procedência, distingue entre *rule making* e *law enforcement*. Queremos dizer com isso que, em essência, as funções jurisdicionais e administrativas são indistintas, posto que ambas se propõem à aplicação concreta do direito positivo, ou dos princípios e valores dele emergentes, não tendo por finalidade precípua a criação da *norma agendi*, isto em que pese o maior ou menor índice de subjetividade que subjaz a atividade de interpretar e aplicar as regras abstratas ou legisladas. Manifestamos, com isso, nossa adesão à corrente doutrinária que, dessa forma, concebe apenas 2 (duas) funções essenciais do Estado, sendo uma *criadora* e outra *aplicadora* do direito positivo, em sinal de retificação da clássica teoria tripartite celebrizada por MONTESQUIEU. Nesse particular aspecto, pensamos juntamente com GEORGES BURDEAU⁵ e HANS Kelsen⁶, entre outros estudiosos, que não vislumbram diferença de essência entre as funções judicial e executiva. O renomado mestre da Universidade de Paris cognomina-as ambas de *função administrativa*, portanto, de aplicação das deliberações normativas, em contraste ao que designa de *função governamental*, que se identifica por introduzir ou modificar comando de conduta no ordenamento jurídico. À sua vez, embora com certos temperamentos, observa o consagrado mestre da Escola de Viena que – “*o conceito de legislação se identifica com a produção, criação e positivação do direito, enquanto que a atividade individualizada do Estado encerra a aplicação do Direito*”.

Considerando, pois, que o exercício da soberania do Estado reparte-se entre a positivação das regras jurídicas e a sua implementação, que correspondem respectivamente à função normativa e à função de execução das normas de direito, fica patente que a idéia de separação tripartite de poderes dissocia-se de qualquer rigor científico no que tange à natureza mesma de cada uma das três funções clássicas. Sua elocubração deve-se, como já visto, ao escopo de estabelecer um mecanismo de controle recíproco entre os chamados três Poderes, para fins de salvaguarda da liberdade, um sistema, enfim, de freios e contrapesos (*checks and balances*), segundo a consagrada expressão do direito norte-americano. Repare-se, com efeito, pondo-se em cotejo a função administrativa e a judicante, que ambas acham-se dedicadas à concretização das normas jurídicas, seja, no primeiro caso, no interesse dos serviços públicos, seja, na via jurisdicional, para a composição dos conflitos de interesse e recomposição da

4 NASCIMENTO SILVA, LUIZ GONZAGA, no ensaio *A delegação de poderes legislativos na jurisprudência norte-americana*, na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, vol. 45, março de 1974, págs. 71-72. Convém consultar, ainda, nessa linha de exposição, o ensaio de NELSON SALDANHA “*O Estado moderno e a separação de poderes*”, Ed. Saraiva, 1987.

5 BURDEAU, GEORGES, *Traité de Science Politique*, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970, tomo 5, pág. 379.

6 Kelsen, HANS, *Teoria General del Estado*, Ed. Nacional, México, 1975, pág. 301.

paz social. A distinção que pode ser apontada entre uma e outra dessas funções de concreção da ordem jurídica, longe de tocar no âmago de cada uma delas, reside na maior ou menor extensão da *eficácia conclusiva* que possa ser ostentada por cada uma dessas funções no mister de tornar a ordem jurídica efetiva. Assim, nos ordenamentos que adotam o sistema do *controle judicial da constitucionalidade das leis e da validade dos atos do Poder Público* (sistema da *judicial review*) confere-se aos órgãos do Poder Judiciário a prerrogativa de formular em caráter definitivo e com conclusividade a interpretação e aplicação das regras de direito, desse modo atribuindo-se aos juízes e tribunais a supremacia para declarar *o que é o direito (what the law is)*. É certo que a função jurisdicional se estrema da sua congênere executiva em razão do *poder conclusivo final (final enforcing power)* de que se revestem, ou podem reverter-se, seus enunciados. Em consequência, quanto menor for o grau de conclusividade dos pronunciamentos judiciais, o que se dá nos sistemas jurídicos que adotam, em maior ou menor escala, o princípio da supremacia parlamentar, ou as variadas espécies de contencioso administrativo, tanto menor serão as diferenças a apartarem a função judicial da função executiva. Tal fenômeno avulta, muito especialmente, nos sistemas legais que atribuem a variados órgãos e agências integrantes do Poder Executivo competências para dirimir controvérsias e conflitos de interesses, isto não apenas entre particulares e a Administração Pública, mas também entre litigantes privados, aproximando-os do clássico modelo de solução judicial.⁷ O que se cuida nesse terreno, portanto, não é de se estremar as tríplices funções estatais com base em traços distintivos que digam com a natureza mesma de cada uma dessas funções, mas sim em especializar, sob o ponto de vista funcional, os departamentos orgânicos do Estado para o exercício predominante (jamais exclusivo) das competências respectivas. E isto através de um mecanismo de recíproco controle, uma vez que a concentração de poder é vista secularmente como a base de todas as tiranias e do arbítrio, segundo a festejada lição de MADISON, um dos conven-

7 Vale transcrever, a propósito, a esclarecedora observação do Professor americano RAY BROWN, ao sustentar: "*There is no sufficient clarity effectively to differentiate the judicial and the administrative functions and so to place them in their proper respective departments. Administrative bodies have been given power to decide controversies between the state and individuals and between private disputants, which nevertheless held to be non-judicial in character as long as the power of enforcement is left with the Courts and a modicum of judicial review is still available.*" (apud GELLHORN & BYSE, na obra *Administrative Law – cases and comments*, Ed. The Foundation Press, 6ª edição, 1974, pág. 103). Para um desenvolvimento do tema, pode-se utilizar o estudo de nossa autoria – SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO, "*The non-delegation doctrine in the American Constitutional Law*", publicado, no Brasil, na Revista *Arquivos do Ministério da Justiça*, ano 1979, vol. 149, notadamente às fls. 105 a 114.

cionais de Filadélfia.⁸ Por essa razão, a doutrina da separação de poderes acabou desaguando na concepção sistêmica de freios e contrapesos, deixando há muito de ser um projeto rígido de partilha de competências institucionais para erigir-se em técnica de proteção da liberdade contra os abusos da autoridade.

É certo, por outro lado, a despeito da leitura histórica original que radicalizava a tese *separatista*, que a convivência política e institucional entre os Três Poderes terminou por acatar as práticas mais diversas de mútua colaboração e, especialmente, de *recíproco controle* entre os órgãos e agentes estatais, isto como exigência incontornável do regime democrático, que, de ordinário, não tolera o absolutismo ou a incontrastabilidade do exercício da autoridade. Nessa ordem de idéias, o *sistema de freios e contrapesos* ou de *controles recíprocos*, consoante cunhado pelo constitucionalismo norte-americano na Convenção de Filadélfia em 1787, traduz a pioneira adoção da fórmula de MONTESQUIEU na primeira Constituição formal da era moderna, mas tornando-a permeável, sob o influxo do discurso de inspiração democrática contra o abuso de autoridade, a multiformes mecanismos de controles externos, também chamado de controle *interórganos*, pelo qual cada um dos Poderes do Estado desempenha variados tipos de papel fiscalizador em face do exercício das competências exercitáveis por parte dos demais Poderes associados. A traduzir essa nova percepção *colaboracionista* e de *interação* entre os Três Poderes, a Constituição brasileira de 1988 não mais consente a *ortodoxia separatista*, a ponto de haver suprimido a tradicional vedação de indelegabilidade das funções próprias de cada Departamento especializado da soberania,⁹ cingindo-se a estatuir, no art. 2º, que – "*são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.*" É bem verdade que o princípio da separação de Poderes segue sendo, entre nós, um postulado vetor de nossa organização política, eis que incluído, no § 4º do art. 60 da Constituição, dentre as matérias insuscetíveis de deliberação por emenda constitucional, designadas de *cláusulas pétreas*.

8 A histórica advertência de MADISON acha-se assim verberada: "*The accumulation of all powers, legislative, executive and judiciary in the same hands ... may justly be pronounced the very definition of tyranny*" (Cf. MADISON, HAMILTON and JAY, *The Federalist*, nº 47, Ed. New American Library, New York, 1961).

9 É oportuno reconhecer que, no Brasil, ressalvado o hiato representado pela Carta de 1937, todos os diplomas constituintes do passado vedaram, implícita ou explicitamente, as transferências de funções típicas de um Poder a outro Poder associado, sendo certo que as Constituições de 1934 (art. 3º e §§ 1º e 2º), de 1946 (art. 36 e §§ 1º e 2º), de 1967 (art. 6º e parágrafo único) e de 1969 (art. 6º e parágrafo único) fizeram-no por expresse, a exemplo da conhecida fórmula constante da Carta Política de 1967: "*São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles, não poderá exercer a de outro*".

As atividades de controle *interórganos* despontam, assim, não só entre nós, mas também nas nações do mais destacado desenvolvimento político-constitucional, como essenciais ao Estado Democrático de Direito. É digno de nota, nesse sentido, que KARL LOEWENSTEIN, o festejado mestre da Universidade de Munique, em sua magistral *Teoria da Constituição*, inclui a *função de controle* dentre as mais relevantes na visão pós-moderna da Teoria do Estado neste fim de século, a ponto de asseverar que — *na realidade política, o interjogo e a interação entre o governo e o Parlamento constituem o miolo do processo de poder, de tal modo que a história do Estado Constitucional, desde suas origens, tem sido a busca perene da fórmula mágica para o estabelecimento de um equilíbrio ideal entre o governo e o Parlamento, e que assegure o mais possível a independência do Parlamento e elimine o mais possível a influência dos detentores do Poder Executivo sobre o exercício das funções de representação popular das Casas Legislativas*.¹⁰

Exemplariza esse gênero de atribuições de fiscalização externa entre os Poderes orgânicos da soberania o veto do Presidente da República a projetos de lei aprovados pelo Congresso Nacional; o controle da constitucionalidade dos tratados, das leis e dos atos administrativos pelo Poder Judiciário; as atribuições congressuais referentes à aprovação prévia para a nomeabilidade de altas autoridades da República, a exemplo do Procurador-Geral da República, de embaixadores e dirigentes do Banco Central; além da competência da Casa Legislativa para o julgamento de crime de responsabilidade do Chefe da Nação. Há de incluir-se nesse elenco de atribuições de controle *interorgano* a competência para o exercício do *controle externo*, a cargo do Congresso Nacional, a ser concretizado com o auxílio indispensável do Tribunal de Contas, consistente na — *fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas*, a que alude o art. 70 da Constituição Federal promulgada em 1988.

Visto isso, é de indagar-se como se situam as competências constitucionais e legais dos Tribunais de Contas em face do princípio da separação funcional de poderes do Estado, que é o tema desta exposição.

Creio não haver dúvida, em primeiro lugar, de que as Cortes de Contas em toda a Federação não exercem, de ordinário, função de natureza legislativa ou de criação do direito, não obstante integrarem a estrutura das Assembléias de representação popular. Para fins de animar o debate, é digno de constatação, contudo, que tanto a Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, quanto a Lei Complementar Estadual nº 63, de 1ª de agosto de 1990, consistentes, respecti-

vamente, nas Leis Orgânicas do Tribunal de Contas da União e do Estado do Rio de Janeiro, dispuseram competir a ambas essas Cortes de Contar o exercício do *poder regulamentar*. A toda evidência, porém, não se cuida, aí, do poder regulamentar em sentido estrito, para fins de edição genérica de regulamentos com vistas à fiel execução das leis, o que constitui prerrogativa inerente e exclusiva das Chefias do Poder Executivo nas instâncias de governo na Federação, a teor da matriz contida no art. 84, IV, da Constituição. Trata-se, isto sim, de atribuição administrativa de caráter normativo, que se consubstancia com a elaboração do Regimento Interno desses Órgãos Colegiados ou para a edição de deliberações ou resoluções tendo por objeto o funcionamento de seus serviços ou constitutivas de seus pronunciamentos no âmbito das competências conferidas pela Constituição. Nessa visão técnica e estreita, não é dado aos Tribunais de Contas editar validamente, a qualquer título, regras de direito, sejam elas independentes ou regulamentares, mas que sejam abstratas e contenham imposição de obrigações dirigidas a terceiros, sejam eles administradores públicos ou particulares administrados.

Com efeito, os Tribunais de Contas de todo o país exercem, primordialmente, funções relacionadas com a aplicação ou concreção das normas jurídicas produzidas pelas Casas Legislativas, sejam elas de natureza *judicante, porém não jurisdicional*, sejam elas de natureza tipicamente administrativa. Permitam-me aprofundar essa ordem de questões. Afirmo, em primeiro lugar, função judicante ou de *aplicação judicatória* das leis, *porém não jurisdicional*, por que o Tribunal de Contas não integra o Poder Judiciário, nem substitui os órgãos da Justiça na emissão de julgamentos definitivos acerca de questões envolvendo lesão ou ameaça de lesão a direito, ao amparo da garantia da *inafastabilidade* da tutela jurisdicional, consoante inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República. Exemplifica essa aplicação de caráter judicatório a competência para apreciar anualmente as contas dos Chefes do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, bem como para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, na forma contemplada no art. 71, incisos I e II, da mesma Lei Maior.

Esse aspecto parece-me de superlativa importância no tema da separação de poderes em conjugação com as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas. Acredito ser intocável a possibilidade de revisão judicial das decisões desse importante Colegiado integrante da estruturação legislativa no campo da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Considerando-se que o saudável princípio da livre acessibilidade ao Poder Judiciário mereceu reforçada contemplação no art. 5º, inciso XXXV, da atual Constituição, que aí incluiu, a título de inovação, não apenas a proteção dos juízes e tribunais para as lesões a direito, mas também a tutela jurisdicional ante a simples ameaça em potencial de qualquer agravo à esfera jurídica individual ou coletiva, não

¹⁰ Cf. *Teoría de la Constitución*, Ed. Ariel, Barcelona, 2ª edição, 1976, págs. 222-223.

há duvidar que as decisões das Cortes de Contas em todo o país sujeitam-se, em linha de princípio, à *judicial review*, isto quando estiver em questão direitos e garantias fundamentais. Assim, por exemplo, os processos de apuração de responsabilidade, em caso de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas, para fins de aplicação das sanções legais, inclusive multa proporcional ao dano causado ao Erário, segundo o disposto no inciso VIII do art. 71, não de observar necessariamente o princípio do *devido processo legal*, do qual se irradiam os postulados do *contraditório e da ampla defesa*, a teor do preceituado no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, sem esquecer a necessidade de motivação suficiente para o aperfeiçoamento da decisão cominatória da penalidade. Nessa, como em tantas outras situações de desvio de legalidade formal, caberá sempre a intervenção corregedora do Poder Judiciário conducente à prevenção ou reparação de lesão a direito individual.

Contudo, no que concerne ao mérito propriamente dito de atos especializados de controle externo a cargo do Tribunal de Contas, quando revestirem-se de natureza inequivocamente *política*, sou inclinado a pensar que a Corte de Contas está constitucionalmente investida de autonomia técnica e de prerrogativas privativas e insub-rogáveis pelos demais Poderes do Estado. Desse modo, a título de ilustração, o conteúdo e as conclusões do parecer prévio acerca das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, com supedâneo no art. 71, I, da Lei Maior, traduz um núcleo de mérito-técnico deixado à deliberação exclusiva do Tribunal de Contas, como tal imperturbável pelos demais Poderes, até mesmo pela via da revisão judicial. No rigor jurídico, não creio se possa, a pretexto da tutela judicial quanto a direitos individuais ou coletivos, se pretender substituir esse parecer técnico, cuja emissão é da privativa da Corte de Contas, por outro ato de apreciação opinativa da alçada de órgãos do Poder Judiciário. Nessa ordem de convicções, penso que esteja perfeitamente subsistente a posição moderada do Supremo Tribunal Federal, conforme expressa no julgamento do Recurso Extraordinário em mandado de segurança nº 55.821, no ano de 1967, envolvendo litígio entre o Tribunal de Contas do Paraná e seu Presidente e o Estado do Paraná, de que foi Relator o saudoso Ministro VITOR NUNES LEAL — cuja ementa enuncia: “*Salvo nulidade decorrente de irregularidade formal grave ou de manifesta ilegalidade, é do Tribunal de Contas a competência exclusiva para julgamento das contas dos responsáveis por haveres públicos*”.¹¹ É assinalável, ainda, que os Tribunais de Contas, na aferição do embasamento legal dos atos de gestão financeira e patrimonial dos entes estatais, o que constitui preliminar insuperável para a verificação da legalidade dos procedimentos resultantes em despesa pública, podem apreciar

a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, a teor do enunciado da súmula 347 do Supremo Tribunal Federal. Fazem-no, contudo, sem caráter de conclusividade e sob a eventual censura do Poder Judiciário, no âmbito do controle judicial *difuso* da constitucionalidade das normas jurídicas.

De outra parte, as Cortes de Contas exercem variadas funções de aplicação do direito de molde genuinamente administrativo, onde se incluem toda sorte de diligências, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, além da prestação de informações e de relatórios trimestrais e anuais ao Poder Legislativo, na esteira do art. 71, incisos IV e VII, e § 4º da Constituição Federal. Todas essas atribuições, por isso que oriundas de imperativo constitucional, não podem sofrer a ação inibidora por parte de qualquer dos Poderes do Estado, uma vez que visam permitir o pleno exercício da função fiscalizatória em face da administração da receita e despesa pública, que são exercidas pelos três Poderes da República. Com efeito é da incumbência insubtraível do Tribunal de Contas fiscalizar o Executivo, o Judiciário e o próprio Legislativo, de cuja estrutura é integrante, em tudo quanto respeite à fiscalização contábil, financeira e patrimonial.

Impende reconhecer, neste passo, que as competências para a efetivação do controle externo atribuídas ao Tribunal de Contas foram sendo gradativamente ampliadas desde a sua pioneira previsão na Constituição Republicana de 1891. É assinalável que, em boa hora, essas atribuições restaram sobremodo dilargadas no estatuto supremo de 1988, se posto em cotejo com o antecedente diploma outorgado pelo regime militar. Assim é que, enquanto a Carta Política objeto da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, limitava-se a declarar, no art. 70, competir ao Congresso Nacional a — “*fiscalização financeira e orçamentária da União*”, a nova Constituição alude, por expresse, às *entidades da administração direta e indireta*, bem como à generalidade dos *administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos*, como, ainda, às *contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital a União participe*, além da referência categórica à aplicação de *quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município*. A par dessa ampliação do âmbito da fiscalização a ser exercida pela Corte de Contas, a Lei Maior de 1988 torna extensiva a própria substância do controle externo, a ponto de deixar explícito que essa atividade não se circunscreverá, doravante, à mera apreciação da legalidade formal da administração dos valores públicos, de molde a abranger, sobremais, o exame quanto à *legitimidade e a economicidade* dos atos de ordenação da despesa pública. Além disso, o estatuto supremo determinou competir ao Tribunal de Contas a apreciação, para fins de registro, dos atos de admissão de pessoal a qualquer título, isto com o translúcido propósito de bem garantir a observância dos requisitos constitucionais de in-

¹¹ O acórdão acha-se transcrito na Revista Forense, vol. 226, pág. 81.

vestidura nos cargos e empregos das entidades estatais. Essa previsão competencial permitiu que o Tribunal de Contas da União desferisse um golpe de morte no *nepotismo* que tantos malefícios trouxe à Administração Pública em nosso país. Assim é que, antecipando-se até mesmo ao julgamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, conforme proferido nas ações diretas de inconstitucionalidade — ADINs nºs 9, 236 e 245, manifestou aquela Egrégia Corte de Contas, inclusive em enunciado já sumulado, o entendimento de que admissão em empregos nas entidades da administração indireta, notadamente nas empresas públicas e sociedades de economia mista, dependem, por igual, de aprovação prévia em concurso público. Por fim, vale destacar que o novo diploma supralegal, além de haver transformado o princípio da moralidade administrativa num *epicentro axiológico* dentre os valores que informam a Administração Pública, deixou a Corte de Contas permanentemente aberta e solícita aos questionamentos provindos da sociedade civil, em especial às denúncias populares de irregularidades ou ilegalidades que sejam manifestadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, conforme o disposto em seu art. 37 e 73, § 2º. Acrescente-se que o prestígio constituído às funções excelsas da Corte de Contas chegou ao extremo de ingerir-se na executividade dos títulos extrajudiciais que consubstanciem débitos ou multas decretados pelo órgão colegiado incumbido do controle externo, como se infere da norma do art. 71, § 3º, da Lei Maior, o que, de resto, se afigura até mesmo despiciendo, considerando-se que o conceito infraconstitucional de *dívida ativa*, tal qual exposto no art. 2º e § 2º da Lei 6.830/80, já seria abrangente para compreender os créditos assim constituídos.

De todo modo, na perspectiva evolutiva ora apreciada, tem oportunidade reconhecer que a Constituição de 1988 emprestou inteira ressonância às teses sustentadas pelo saudoso Ministro SEABRA FAGUNDES, com o alto propósito de dotar a Corte de Contas de competências e condições operacionais que permitam a pronta constatação e correção de práticas condenáveis e não condizentes com a moralidade administrativa. Nesse sentido, já advertira o juriconsulto pátrio nos idos de 1986: “É preciso que os Tribunais de Contas passem a ser outros que não os que são hoje. É preciso ampliar as atribuições das Cortes de Contas, de sorte a torná-las mais do que órgãos de controle formal e contábil das atividades da administração pública, órgãos com poderes para a constatação e a correção de práticas menos condizentes com a moralidade administrativa. Assim é que se impõe cometer-lhes a verificação obrigatória da realização efetiva das obras públicas, com o confronto entre os valores nela realmente despendidos e os valores das dotações a ela destinados nominalmente. Essa é uma das soluções mais importantes que é preciso dar aos Tribunais de Contas, para que eles possam verificar se, na realidade, foram gastos os valores que, teoricamente, deveriam corresponder ao custeio dessas obras. O mesmo dever

de constatação teria que ser adotado para as aquisições de bens, inclusive de equipamentos, de serviços, veículos, máquinas de escritório, aparelhagem hospitalar etc., quando houvesse excedentes da rotina modesta do dia-a-dia. Atribuir-se aos Tribunais de Contas, entre outros poderes, o de confrontar, no caso de obras públicas e de contratação de serviços, a correspondência efetiva entre o valor despendido e o custo da obra construída, entre o mérito do serviço prestado e a remuneração atribuída ao prestador, revelando mais rigor no poder de inspeção direta.¹² *Com efeito, as inovações introduzidas pela nova Constituição representam, sem dúvida, um avanço apreciável, aptas a transformar o Tribunal de Contas numa espécie de antena transmissora de juízos, não apenas de legalidade formal, mas também de mérito administrativo e da compatibilidade moral dos atos de gestão patrimonial e financeira, a serem, apenas nas hipóteses indicadas na Constituição, posteriormente reavaliados pela judicatura política a cargo do Congresso Nacional.*

Outro tópico que tem suscitado acalorados debates a propósito das relações entre o Tribunal de Contas e os órgãos e entidades do Poder Executivo tem a ver com a questão do chamado *controle prévio* dos editais de licitação pública, bem como com a possibilidade jurídica de sustação dos procedimentos licitatórios considerados inconsistentes com a legalidade. Sabido que a Corte de Contas não integra a Administração Pública — nem seria recomendável que o fizesse —, não se lhe aplica, de ordinário, nas atividades de controle externo, o verbete da Súmula 473 do STF, segundo o qual os órgãos administrativos — “*podem anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ... ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos*”. Sou de opinião, no primeiro aspecto cogitado, de que a forma mais direta e segura de evitar a consumação de ilegalidades e a violação do cânone da moralidade está em se permitir a apreciação dos editais licitatórios ainda antes da abertura do certame concorrencial. É natural, contudo, que tal exame somente se efetuará após a respectiva publicação oficial do mesmo, a menos que haja procedimento de consulta prévia, de iniciativa exclusiva do órgão ou entidade interessada na promoção da licitação, acerca de cláusula de habilitação ou critério de julgamento a ser incluído no edital ainda em fase de gestação administrativa. Essa compreensão da matéria, quero acreditar, resguarda a um só tempo as esferas de competências próprias do Poder Executivo e da Corte de Contas, além de emprestar adequada aplicação à norma do art. 113, § 2º, da Lei 8.666/93. Devo destacar, por ser de justiça, que esse entendimento constou da tese apresentada perante o XVI Congresso dos Tribunais de Contas

12 Cf. conferência do saudoso jurista pátrio proferida em 1986 no Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sob o título “Controle prévio e controle posterior”, publicada na Revista de Direito Público, vol. 89, pág. 199.

do Brasil, no ano de 1991, pelo eminente Conselheiro REYNALDO SAN'ANA, que até recentemente sobremodo ilustrou e dignificou o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Quanto ao segundo aspecto em cogitação, alusivo à sustação dos procedimentos licitatórios, estou a crer que a questão soluciona-se a partir da literalidade do texto constitucional, na dicção do art. 71, inciso X, e § 1º. Assim, em se tratando de ato ou sucessão de atos impugnados, que nesse caso consolidam um procedimento administrativo, é dado ao Tribunal de Contas efetuar, direta e imediatamente, sua sustação. O edital de licitação, como, de resto, a generalidade dos atos praticados na tramitação do procedimento licitatório, são, bem por isso, sustáveis mercê da intervenção corregedora da Corte de Contas. Porém, em se tratando de contrato, portanto de ato jurídico bilateral e negocial, o ato de sustação deverá ser adotado pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Cabe indagar-se, aqui, todavia, sobre como se há de proceder, à luz do § 2º do art. 71, da Constituição, na hipótese de o Congresso Nacional ou o Poder Executivo não atenderem à recomendação do Tribunal de Contas no prazo de noventa dias, considerando que, para essa eventualidade, determina a Lei Maior, em mandamento tão sucinto quanto categórico, que o *Tribunal de Contas decidirá a respeito*. Neste ponto, meu entendimento afina-se com o do ilustre e estimado colega de São Paulo, CELSO BANDEIRA DE MELLO, para quem a decisão e as providências da Corte de Contas assumirão, em tal conjectura, caráter autônomo e definitivo.¹³ A não ser assim, estar-se-ia fazendo letra morta daquele comando constitucional e esvaziando-se por completo o permissivo da intervenção subsidiária do órgão constitucional de controle externo para suprimimento da inércia dos Poderes em causa.

Destaco, por derradeiro, a problemática gerada com a competência ampliada para apreciar a concessão de aposentadorias, reformas e pensões dos servidores públicos, inclusive para outorgar ou negar o registro do ato concessivo da inatividade, com as conseqüências daí advindas, a teor do art. 71, III, da Constituição Federal. Merece menção, neste passo, o Acórdão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança originário nº 21.466, impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União, em cuja ementa lê-se:

“Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orça-

¹³ Cf. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o artigo *Função Controlada do Tribunal de Contas*, publicado na Revista de Direito Público, vol. 99, pág. 163.

mentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta.

No exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, à verificação da legalidade da aposentadoria, e determina – tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo – a efetivação, ou não, de seu registro.

O Tribunal de Contas da União, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame.

Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União – especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora – recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa do registro.

Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução à diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União – reafirmando, assim, o seu entendimento quanto à plena legalidade da concessão da aposentadoria, caberá à Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro”.¹⁴

Vê-se, pois, que o pronunciamento do Tribunal de Contas acerca da concessão de aposentadorias é vinculante tanto para os órgãos públicos quanto para os servidores interessados. Todavia, por envolver questões de legalidade estrita, é natural que aqueles prejudicados com a decisão da Corte de Contas poderão recorrer ao Poder Judiciário para questioná-la e obter o reconhecimento de seus direitos funcionais. Assim sendo, sou inclinado a pensar, nessa ordem de questões, que esteja perfeitamente subsistente o verbete da Súmula nº 6 do Supremo Tribunal Federal, ao enunciar que – “a revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário”.

CONCLUSÃO

Desejo concluir essas singelas observações externando meu ponto de vista de que devam ser consideradas naturais, inevitáveis e peculiares aos processo

¹⁴ O acórdão acha-se publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 198, págs. 290-291.

de acomodação político-institucional as fricções de posturas e as divergências quanto à compreensão dessas empolgantes questões à luz da Constituição, que ora e vez irrompem nas relações entre os Tribunais de Contas e os órgãos de cúpula do Poder Executivo. Se é certo, por exemplo, que o critério da *economicidade* não pode ser levado ao extremo de gerar empeco à boa execução dos programas político-administrativos de um governo democraticamente eleito, como, também, não pode ensejar a substituição de políticas públicas formuladas pelos mandatários do povo, ou por agentes que sejam por aqueles comissionados, pelas opiniões de mérito político que possam ser esposadas pelos membros de uma Corte de Contas, não é menos certo, mercê do princípio da *razoabilidade* e da *moralidade* que devem informar a globalidade das ações de governo, que o Tribunal de Contas pode e deve impedir, pelos meios e modos constitucionalmente ofertados ao seu alcance, toda e qualquer ilegalidade ou irregularidade na gestão da receita e da despesa públicas. Inclui-se, a meu sentir, nessa atividade de controle, com esteio nos postulados da *razoabilidade* e da *moralidade* administrativa, a censura do Alto Colégio de controle externo aos dispêndios notoriamente supérfluos e às obras públicas suntuosas, que agredem a consciência coletiva do nosso grande povo neste país vitimado por inaceitáveis desigualdades sociais e regionais.

O *controle interórgano*, de que faz exemplo a atividade fiscalizadora objeto do denominado controle externo, é, por natureza, incômoda e indesejável pelos Administradores mal-intencionados e por aqueles que operam na esfera estatal sem o devido zelo pelo patrimônio da sociedade e pelas liturgias do serviço público. Esses gestores desqualificados da área pública, imbuídos da visão do *presidencialismo imperial e cesarista*, que de longa data tem deformado as instituições governativas em nosso país, tornam-se não raro críticos sarcásticos das diligências de fiscalização da execução orçamentária e financeira. Tais diligências, como óbvio, não devem pautar-se em sentimentos ou preconceitos pessoais, tampouco partidários, o que descaracterizaria a imparcialidade judiciatória do controle de contas e conduziria ao seu irremediável descrédito perante o Poder Legislativo e a própria opinião pública, ante o desrespeito ao princípio da *impressoalidade* e da *isonomia* a que se subordinam todas as expressões do exercício da autoridade constituída. Mas, para o administrador cômico de suas responsabilidades, a só existência de uma Corte de Contas, e a virtualidade do escoreito e cotidiano exercício de suas atividades fiscalizatórias, de certo constitui fator de tranquilidade e confiança na operacionalidade do sistema constitucional de gestão das finanças e do patrimônio do Estado. Este — é sempre bom lembrar — está indispensavelmente radicado no cânone da ética pública. Tudo porque — bem o disse CIRNE LIMA — “a atividade administrativa é a atividade de quem não é proprietário e está a serviço do interesse público”.

Recordo-me que aqui mesmo, no Estado do Rio de Janeiro, em recentes episódios em que se verificaram desencontros de visão acerca do alcance do controle externo dos atos de gestão financeira e patrimonial entre dignatários do Poder Executivo e da Corte de Contas, houve quem sustentasse, sem cerimônia e à mingua de ilustrações constitucionais mais elementares, a própria extinção do Tribunal de Contas estadual, quiçá a sua privatização ou a terceirização de suas excelsas funções. Chegou-se ao despautério de apregoar, sob imoderado delírio privatizante, até mesmo o repasse de tais atribuições para empresas multinacionais de auditoria. Nada mais despropositado, sabido que a auditoria privada, além de realizada sob encomenda e remunerada segundo os valores competitivos de mercado, não possui, em suas premissas comerciais de lucro, qualquer compromisso com o interesse coletivo e com a ética pública. Basta ver, nessa ordem de convicções, que muitos relatórios de auditores privados de grande prestígio no mercado interno e internacional, encomendados por dirigentes de bancos e instituições financeiras, que vieram em seguida a experimentar catastrófico colapso gerencial, a ponto de serem socorridas com recursos do *Programa de Estímulo à Reestruturação do Sistema Financeiro Nacional* — PROER, instituído pela Medida Provisória nº 1.179/95, ou que foram liquidadas pelo Banco Central, estampavam, por espantoso que pareça, situações de liquidez que logo se provaram artificiais e falaciosas. E não se conhece, ao menos até o dia de hoje, qualquer precedente de apuração de responsabilidade, civil ou criminal, dos agentes do Banco Central encarregados da fiscalização do sistema financeiro nacional, tampouco e muito menos dos representantes e prepostos das gigantes empresas de auditoria privada que efetuaram de forma grosseiramente incompetente a análise dos balanços e das demonstrações financeiras dessas instituições sujeitas à fiscalização governamental. Portanto, a esses arautos do apocalipse das mais veneráveis instituições públicas, há que se responder com a lição de LOUIS TROTABAS e JEAN-MARIE COTTERET, em seu primoroso livro sobre *Direito Orçamentário e Contabilidade Pública*, a demonstrar as diferenças ético-sociais entre o regime público e o regime privado da gestão orçamentária e financeira, que guardam entre si a mesma imensa distância que extrema a noção histórica de soberania e o conceito romanístico da liberdade individual.¹⁵ Ajunte-se, aqui, pela alta

¹⁵ Eis um excerto da exposição dos festejados doutrinadores franceses acerca das diferenças ontológicas e finalísticas entre o orçamento privado e o orçamento público: “*BUDGETS PRIVÉS ET BUDGETS PUBLIQUES* — Ces dernières observations montrent que si la vie privée et la vie publique connaissent également les impératifs financiers, le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes dans les deux cas, par le fait même que les finances publiques se rapportent à un régime de droit public. S’il n’est pas possible de rendre compte en quelques mots de toutes les différences qui distinguent la vie privée et la vie publique, d’autant que ces

oportunidade, a advertência autorizada do insigne Ministro LUIZ OCTAVIO GALLOTTI, do Supremo Tribunal Federal e ex-integrante do Tribunal de Contas da União, ao reportar-se aos comentários de PIMENTA BUENO em prol da instituição do Tribunal de Contas já ao tempo do Brasil monárquico e da Constituição Imperial de 1824, na obra clássica *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*:

“E concluia Pimenta Bueno: — ‘Todos os homens e países ilustrados sabem que não há leis que afetam mais as liberdades e interesses dos cidadãos, que dependem de maior zelo e sabedoria do Poder Legislativo, do que as dos orçamentos e balanços; a respectiva discussão revela, pois, e orienta muito o juízo que dever formar-se das condições da nacionalidade’.

Se a necessidade da fiscalização financeira, pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, já se fazia sentir há cento e vinte e cinco anos, quando publicada originariamente a obra citada, é fácil compreender a relevância da função de controle das atividades governamentais de gestão, em plena era assinalada pela atuação do Estado-empresário.”¹⁶

Mas, assim tem sido de um modo geral, árduo e conflitivo desde as origens da Corte de Contas, há mais de dois séculos, alhures, seja na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, com a instituição do *General Accounting Office*,

différences vont d'une opposition absolue à de simples nuances, il faut au moins préciser ici l'importance et le sens de cette appartenance au droit public des finances publiques et des budgets qui les expriment... Lorsqu'on raisonne dans le cadre de la vie privée, en retenant sa forme la plus simple, celle de la vie familiale, le problème budgétaire repose, en principe, sur la liberté de l'individu, et consacre cette liberté... Mais le fondement du problème budgétaire, et son enjeu, c'est bien la liberté, la maîtrise du chef de famille, comme du chef d'entreprise... Il suffit d'évoquer l'Etat pour s'apercevoir que le problème budgétaire ne dépend plus, comme précédemment, de sa liberté. L'Etat, puissance souveraine, affranchi de toute contrainte, est maître de ses recettes et de ses dépenses. Mais si l'Etat doit assumer toutes les activités qui lui incombent, il ne doit assumer que ces activités: le problème n'est plus pour lui, comme pour l'individu, de choisir ce qu'il peut faire, mais ce qu'il doit faire. La gestion des finances publiques est ainsi dominée par la reconnaissance des activités de l'Etat, qui, dès qu'elles sont admises, doivent être assurées, coûte que coûte, c'est-à-dire financées. Il ne s'agit donc pas, pour l'Etat, d'obtenir une marge de ressources supérieures à ses charges, comme dans la vie privée, parce que ni ses activités ni ses choix ne sont subordonnés à l'existence de cette marge: ils sont imposés para le service de l'intérêt général dont l'Etat a la charge.” (Cf. *Droit Budgétaire et Comptabilité Publique*, Ed. Dalloz, 1972, págs. 17-19)

¹⁶ Extraído do artigo “Atualidade do Tribunal de Contas”, publicado na Revista de Direito Público, vol. 72, pág. 5.

superintendida pelo *General Comptroller and Auditor*, seja na França com a *Cour des Comptes*, cujas competências, conquanto de nível legislativo, são, em vários aspectos, ainda mais extensivas do que aquelas hoje atribuídas ao Tribunal de Contas em nosso país. De todo modo, reverente ao regime constitucional deferido à Corte de Contas por força dos arts. 70 a 75 da Lei Maior, tenho para mim que não mais condiz com a altitude de suas competências e solenes predicamentos a noção, um tanto simplista e ultrapassada, de que se trata de um órgão de mero assessoramento ao Poder Legislativo. Penso que o Tribunal de Contas deve ser concebido, assim como o Ministério Público com relação ao Poder Judiciário, como uma *Função Essencial ao Legislativo*. Tanto assim é que o art. 73 de nossa Carta Política confere-lhe, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 do mesmo diploma constitucional, que traduzem as competências privativas dos Tribunais Judiciários e que expressam a sua independência e autonomia enquanto um dos Poderes da República. É justo reconhecer, até mesmo, que instituições desse gênero tendem a constituir-se naquilo que GERARD LEBRUN e BERTRAND DU JOURVENEL, em prestigiosas obras acerca da institucionalização do poder político, designam de *Instituições quase-Poder*. É o caso notório das *Funções Essenciais à Justiça*, a exemplo do Ministério Público, e da *Função Essencial à Soberania Legislativa*, conforme presentemente expressada pelas atribuições constitucionais do Tribunal de Contas. Instituições desse porte, muito embora não tenham se aperfeiçoado como um autêntico *Poder Orgânico da Soberania*, perseverando enquanto instituições *intra-Poder*, passaram a exhibir, por exigência da evolução do constitucionalismo democrático, traços que são peculiares aos Departamentos Funcionais da Soberania, ou seja, aos três Poderes do Estado. Por isso mesmo, tanto o Ministério Público quanto o Tribunal de Contas ostentam hoje um perfil constitucional indissociável da sua independência orgânica e autonomia técnico-política, cujos traços singulares podem ser assim enumerados: a) estruturação básica em matriz constitucional; b) definição de princípios institucionais expressivos da independência orgânica e da autonomia técnica em face dos três Poderes constituídos do Estado, em tudo semelhantes àqueles aplicáveis à Magistratura; c) regime estatutário próprio e constitucional para os seus membros, diferenciado daquele aplicável à generalidade do funcionalismo; d) exercício de funções institucionais e indelegáveis do Estado; e) conjunto de garantias, prerrogativas e impedimentos singularizados; f) exclusividade de suas competências em face dos demais agentes do Poder Público; g) competência da mais alta Corte da Justiça brasileira – o Colendo Supremo Tribunal Federal – para conhecer e julgar as ações constitucionais impetradas contra seus atos, a exemplo da competência da Corte guardiã da Constituição para julgar mandados de segurança e de injunção em face do Tribunal de Contas, a teor do art. 102, I, alíneas “d” e “p”, da Constituição da República.

Por esse conjunto de razões, creio poder concluir essas modestas digressões, parafraseando a exaltação do eminente Ministro do Tribunal de Contas da União, LUCIANO BRANDÃO ALVES DE SOUZA, em importante trabalho monográfico publicado em seguida à promulgação da nova Constituição Federal, onde lê-se: “Foi longa, árdua, mas afinal proveitosa, a jornada percorrida pelo Sistema dos Tribunais de Contas no Brasil – em busca do necessário e urgente alargamento de suas competências, visando a um melhor controle dos dinheiros públicos. Essas competências estão hoje reinscritas na estrutura constitucional do país... Nesse particular, o momento é, pois, de auspiciosa expectativa. Por isso, só há um caminho a trilhar: o de irmos ao encontro das justas aspirações de austeridade, exação e rigor de toda a sociedade brasileira”.¹⁷

¹⁷ Cf. o ensaio “*A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas*”, na Revista de Informação Legislativa, Ed. Senado Federal, Brasília, vol. 102, pág. 96.

LEGALIDADE TRIBUTÁRIA O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A TIPICIDADE ABERTA

JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA*

INTRODUÇÃO

Pesquisas de diversas fontes recorrentemente proclamam o que é notório: a histórica concentração de renda não só persiste como se tem aprofundado na sociedade brasileira.

Pensamos que o sistema tributário brasileiro, reputado caótico, bitributante, a merecer “reforma”, tem sido um ingrediente importante da injustiça social reinante no país porque se presta a reforçar a iniquidade através da injustiça fiscal.

Ora, cremos caber à doutrina um fundamental papel, uma função pioneira e desbravadora, tanto quanto revisora, dos valores essenciais da ordem jurídica em geral e tributária em especial.

Parece-nos, e temos isso sustentado em nosso *Capacidade Contributiva*¹, que há algumas décadas o direito tributário brasileiro vinha priorizando os aspectos formais do vínculo jurídico-tributário, numa perspectiva tão intensa a ponto de se distanciar das preocupações materiais do fenômeno.

Reportando-nos aos dois grandes princípios do Estado de Direito: a Igualdade e a Legalidade, indagamos se a ênfase na chamada *legalidade estrita* (*tipicidade fechada, legalitariedade*), tributárias, terá atingido o nobre fim a que se destinava: a Democracia tributária e a garantia de Liberdade para o cidadão contribuinte...

¹ *Direito Tributário — Capacidade Contributiva*, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª edição, 1998.

* Livre Docente e Professor Adjunto de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Evidencia-se que a legalidade, como princípio formal, não é bastante em si para fazer prevalecer o anseio racional do homem por justiça, ou seja, a igualdade, princípio material da ordem democrática, traduzida na justiça fiscal e no respeito à capacidade contributiva, reconduzida esta, em boa hora, ao texto constitucional no artigo 145 da Carta de 1988.

Constata-se que a chamada tipicidade tributária fechada não raro tem sido usada para “garantir” o amesquinhaamento dos campos de incidência constitucionais, prestando-se a validar ilegítimos “recortes” de fatos geradores e de bases de cálculo em descompasso com a realidade (e, assim, não “subsumidos” à generalidade da tributação), instrumentalizando a concessão de isenções e a edição de leis interpretativas de favor, e a perpetuação dos privilégios dos que *menos pagam* impostos e que mais se fazem ouvir nos Parlamentos, *em detrimento da maioria da população* que sempre é chamada a *pagar mais* pela incúria ou pela má-fé dos administradores da coisa pública e gestores da despesa.

Os estudos de KLAUS TIPKE na Alemanha confirmam o diagnóstico em outro ambiente cultural e nos animam a propor um novo patamar para a legalidade tributária, no qual possa ela, mercê da interpretação científica, melhor servir à causa da Democracia, sempre inspirada na idéia de **proporcionalidade** traduzida na relação meio-fim que há de presidir sempre a análise da legitimidade dos atos estatais.

PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio jurídico da proporcionalidade consiste na exigência de adequação dos atos estatais aos fins estabelecidos pela Constituição. É na verdade um requisito de legitimidade: a discrição juspolítica dos Poderes do Estado sofre um *controle teleológico*, de natureza jurídica, certo que esse juízo é, no escólio de JORGE MIRANDA,

“assente na correta interpretação e aplicação das normas e na adesão aos valores que lhe subjazem(...) o que está em causa é uma funcionalidade teleológica...”².

O confronto da finalidade dos atos estatais com os efeitos destes torna possível o controle do excesso do poder³.

2 Jorge Miranda (Manual de Direito Constitucional), Coimbra, Ed. Coimbra, 1988, t. IV, p. 274).

3 Gentz, *apud* Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, 5ª ed., Malheiros, 1994, p. 357).

O princípio da proporcionalidade permite um *controle material e finalístico* do Estado de Direito, além daquele formal ou de legalidade. Ao influxo desse princípio, que está na base do “novo” ou “segundo” Estado de Direito, na expressão de PAULO BONAVIDES, floresceram os chamados direitos sociais, econômicos e culturais, e os direitos difusos da comunidade, como os à proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento⁴.

O exercício do Poder implica na *identificação dos fins* colimados pela Constituição e na opção, na *escolha dos meios* que levarão à satisfação daqueles. O Estado de Direito é o Estado que se deixa controlar juridicamente. Esse controle se faz superiormente com recurso ao princípio da proporcionalidade.

O princípio teve seu emprego clássico no Direito Público como critério de controle do mérito do ato administrativo discricionário⁵ de modo a afastar o excesso de poder (*ultra vires* na expressão inglesa citada por CAIO TÁCITO⁶).

Para SÉRVULO CORREIA, no Direito Administrativo haveria quatro planos de verificação da adequação meio-fim expressa pelo princípio da proporcionalidade: a determinação do fim a perseguir; o juízo de aptidão ou adequação; o juízo sobre a indispensabilidade; e o juízo sobre o equilíbrio ou proporcionalidade em sentido estrito⁷.

Mas a idéia de proporcionalidade nunca esteve ausente de outros ramos do Direito (excesso de legítima defesa; estado de necessidade e exercício regular de direito; necessidade-possibilidade e fixação de alimentos; execução civil pelo modo menos gravoso ao devedor). Assim, proporcionalidade é a busca constante da **razoabilidade jurídica**⁸.

Não obstante sua “descoberta” pelo Direito Administrativo e sua recente adoção pelo Direito Constitucional⁹, à proporcionalidade nunca esteve alheio o Direito Tributário.

4 *ibidem*, pp. 358 e 362.

5 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Legitimidade e Discricionariedade, Rio de Janeiro, Forense, 1989, pp. 50-51).

6 O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto, in Revista de Direito Administrativo, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, v. 206, p. 5.

7 Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos, Coimbra, Livr. Almedina, 1987, p. 114.

8 Cf. Gordillo (Princípios Gerais de Direito Público, São Paulo, trad. bras., Ed. Rev. dos Tribunais, 1977, pp. 183-184); e Belsunce (Garantías Constitucionales, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, pp. 99, 142). Segundo Caio Tácito, “o teste da racionalidade (*rationality test*), ou o padrão de razoabilidade (*reasonableness standard*), são no direito norte-americano, critérios de aferição de legalidade como remédio contra restrições indevidas de direitos e liberdades na via administrativa e legislativa” (op. loc. cit.).

9 Para Canotilho o princípio da proporcionalidade exprime-se através de três elementos parciais ou subprincípios, a saber, a **conformidade** ou **adequação** do ato estatal para atingir-se

O princípio da capacidade contributiva, expressão tributária da isonomia, exerce influência milenar sobre a tributação¹⁰. Pressuposto da tributação, critério de graduação e limite do tributo, a capacidade contributiva tem sido aplicada pelos Tribunais também como referência de razoabilidade. O Supremo Tribunal Federal ao julgar inconstitucional a taxa judiciária do Estado do Rio de Janeiro considerou **excessiva onerosidade e desproporção a falta de razoável equivalência** entre aquele tributo e os serviços judiciais, a impedir ou estorvar o acesso da média da população ao Judiciário (denegação de justiça)¹¹.

GILMAR FERREIRA MENDES traz como **exemplo pioneiro** de aplicação do princípio da proporcionalidade pela Jurisprudência brasileira **outro caso tributário**, envolvendo antigo imposto de licença, acórdão em que se lê que o poder de tributar

“só pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade (...) cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir* (...) ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da Lei Maior pode-se acender não somente considerando a letra, o texto, como, também, e principalmente, o espírito e o dispositivo invocado”¹².

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

A igualdade e a legalidade se constituem nos dois grandes princípios do Estado de Direito. A igualdade (princípio material) exprime a idéia de justiça¹³,

ao fim colimado (constitucionalmente legítimo); a **exigibilidade ou necessidade**, ou seja, a indispensabilidade do ato para defesa ou conservação do fim legítimo; e a **proporcionalidade strictu sensu**, consistente no requisito de recair a **escolha** sobre o meio que mais ou melhor considerar o conjunto de interesses em jogo (**Direito Constitucional**, Coimbra, 2ª reimpressão da 5ª ed., Almedina, 1992, pp. 386-388). *Idem*, com pequena diferença terminológica, Paulo Bonavides (**Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, 5ª ed., Malheiros, 1994, pp. 360-361). Miranda refere-se às vertentes do princípio como sendo três: necessidade, adequação e racionalidade (*op. loc. cit.*). Para Pierre Muller, “a proporção adequada se torna assim condição da legalidade” *apud* Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 361).

¹⁰ Cf., do Autor, **Capacidade Contributiva, Conteúdo e Eficácia do Princípio**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1988, p. 21.

¹¹ Mendes (**Controle de Constitucionalidade**, São Paulo, Saraiva, 1990). José Marcos Domingues de Oliveira (**Capacidade Contributiva**, *cit.*, p. 52 e p. 71 n. 14). Representação nº 1.077 (ementa do acórdão publicada em 28.09.84).

¹² Artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, nº 23/94, pp. 469-475. O acórdão examinou imposto de licença sobre as cabines de banho na cidade de Santos.

¹³ Cf. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, em que Bandeira de Mello indica

enquanto que a legalidade (princípio formal) implica na exigência do autoconsentimento através da representação política dos cidadãos destinatários das ações estatais. A legalidade se destina a realizar a igualdade e só nessa perspectiva é que encontra sua justificativa.

Para ALBERTO XAVIER, a igualdade no Direito Tributário comporta dois subprincípios: o da *generalidade tributária* (todos se sujeitam à tributação) e o da *capacidade contributiva* (paga-se o tributo conforme a respectiva idoneidade econômica)¹⁴. A legalidade determina que o tributo seja previsto em lei.

Em conexão com o princípio da segurança jurídica, prossegue XAVIER, a legalidade tributária, sempre mais rigorosa que a legalidade administrativa, configurou-se como **reserva absoluta de lei formal**: a lei deve conter o fundamento e todos os critérios de decisão¹⁵ do respectivo ato de aplicação, o lançamento tributário¹⁶.

PRINCÍPIO DA TIPICIDADE TRIBUTÁRIA

À legalidade tributária segue-se o princípio da tipicidade, exigindo que a lei seja rigorosa na descrição de todos os elementos essenciais do tributo por ela instituído. A tipicidade seria

“um atributo, do fato ou fatos da vida, que exprimiria a sua conformidade com o modelo abstrato descrito na norma e que seria indispensável”

para a constituição da obrigação de imposto¹⁷. São objeto de tipificação a **hipótese de incidência** ou **fato gerador** e a **medida do tributo** (alíquota e base de cálculo, isto é, os elementos de graduação da carga fiscal).

Como corolários do princípio da tipicidade, arrolam-se os subprincípios da **seleção** (escolha pelo legislador dos fatos geradores), do **numerus clausus** (listagem necessária e taxativa, e proibição da analogia), do **exclusivismo** (privatividade da escolha e suficiência dos elementos selecionados), e da **determinação** (exigência de que o conteúdo da decisão de aplicação da lei tributária nesta se encontre rigorosamente determinado)¹⁸.

os critérios para a justa desigualação dos destinatários do Direito (São Paulo, 2ª ed. Revista dos Tribunais, 1984, pp. 27-28).

¹⁴ Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978, pp. 8-10.

¹⁵ *ibidem*, pp. 36-37, 45-46.

¹⁶ Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1977.

¹⁷ Xavier (**Os Princípios**, *cit.*, p. 59).

¹⁸ Xavier (**Manual de Direito Fiscal**, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, pp.

A tipicidade tributária traduziria uma tipicidade “fechada” (na terminologia de KARL LARENZ, invocada por XAVIER)

“sem carecer de qualquer recurso a elementos a ela estranhos e sem tolerar qualquer valoração a substituir ou acrescer à contida no tipo legal”¹⁹.

Tal decorreria do “conteúdo peculiar” da legalidade no Direito Tributário, onde ela terá encontrado “conteúdo restrito” (“mais rigoroso”) devido aos ideais de segurança jurídica, cujos “valores e interesses” conduziram ao *princípio da determinação* com a conseqüente proibição dos conceitos indeterminados neste ramo do Direito²⁰. Para XAVIER,

“ao legislador ordinário está vedada a utilização de conceitos jurídicos indeterminados em matéria de incidência, de isenções, de base de cálculo ou de alíquota”²¹.

PROPORCIONALIDADE, TIPICIDADE TRIBUTÁRIA E CONCEITOS INDETERMINADOS

Como se viu, o princípio da proporcionalidade permite um controle finalístico de constitucionalidade das leis. Manifestada na amplitude conceitual da virtuosa cláusula *due process of law*, que na sua vertente material se confunde com a exigência de razoabilidade dos atos estatais, a fluidez do princípio parece apontar para uma revisão do preciosismo formal de que se pretendeu revestir a legalidade.

A “tipicidade tributária fechada”, em garantia da legalidade formal, exigiria “rigorosa descrição” dos elementos do tributo em homenagem à segurança do direito (proteção da confiança do contribuinte na Lei).

Olvidando sua finalidade (garantir a igualdade no Estado de Direito), a legalidade transmudou-se num fim em si mesma.

A doutrina da “tipicidade fechada” no direito tributário teve o seu apogeu num período histórico felizmente já ultrapassado. Claudicando outros mecanismos de controle democrático do poder do Estado, aqui como alhures, era

119-124, e ainda recentemente in *Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário*, Rio de Janeiro, 2ª edição, Forense, 1997, pp. 206-207). Ylves Guimarães (*Os Princípios e Normas Constitucionais Tributários*, São Paulo, Ed. LTr, 1976, pp. 58-66). Roque Carrazza (*Curso de Direito Constitucional Tributário*, São Paulo, 3ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pp. 161 e 232).

19 *ibidem*, p. 92. Larenz (*Metodologia de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, trad. espanhola da ed. alemã de 1960, Ed. Ariel, 1966, pp. 354-358).

20 *id.*, *ibidem*, pp. 95, 96 e 97.

21 *id.*, *ibidem*, p. 95.

necessário *conquistar a lei* como último recurso ou garantia de liberdade; daí a adoção da tipicidade fechada no Brasil²², quando aqui grassava excessivo positivismo²³.

Haviam sido revogados pela Emenda 18, de 1965, os dispositivos da Constituição de 1946 que prestigiavam o princípio da capacidade contributiva e a personalização dos impostos (artigo 202) e a intributabilidade dos gêneros de consumo necessário (§ 1º do artigo 15). Antes, o Supremo Tribunal Federal flexibilizara o princípio da anualidade tributária²⁴, dando origem à indigente regra da anterioridade (§ 29 do artigo 153 da Emenda nº 1 à Carta de 1967). Restava, então, a legalidade tributária. E a tipicidade “fechada”...

* * *

Conceitos e tipos são técnicas de sistematização da linguagem jurídica. O **conceito** se caracteriza pela formulação abstrata e generalizadora dos institutos jurídicos. Para LARENZ, onde o conceito abstrato-geral e o sistema lógico não bastam por si para satisfazer a multiplicidade do ser (ou do sentido), ali se nos oferece, em primeiro lugar, a forma do pensamento do *tipo*²⁵. O *tipo* não se destina a definir ou conceituar, mas a retratar a realidade. Ora, para o mestre, ao contrário do conceito (abstrato), o tipo é “aberto”, só podendo ser descrito por indicação:

“No tipo **não se subsume** o fenômeno individual, que apenas se *coordena* a ele, quando se demonstra que é um fenômeno que *corresponde* (mais ou menos) ao tipo.”²⁶

Após LARENZ, na 6ª edição de sua **Introdução ao Pensamento Jurídico**, KARL ENGELSH historia que no passado assentara-se a idéia de que seria

“possível estabelecer uma clareza e segurança jurídicas absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos”²⁷.

Foi o tempo do Iluminismo, em que o juiz era tido qual autômato a repetir a letra da lei (como convinha à reação à *justiça de gabinete*). Após o declínio

22 Sacha Calmon Navarro Coelho (*O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, p. 334).

23 Ricardo Lobo Torres (*Sistemas Constitucionais Tributários*, v. 2, t. 2 do *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, pp. 96, 181, 410 e 411).

24 Sobre o tema: Flávio Bauer Novelli (*O Princípio da Anualidade Tributária*, artigo publicado na Revista Forense, vol 267, pp. 75-94).

25 *op. cit.*, p. 344.

26 *id.*, *ibidem*, p. 354.

27 Lisboa, trad. da ed. alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 206.

daquela concepção no decurso do século XIX, hoje, segundo ENGLISH, em **todos os domínios jurídicos** as leis são elaboradas de tal forma

“que os juízes e os funcionários da Administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a agir de um modo semelhante ao do legislador”²⁸ (...) “E assim continuará a ser no futuro. Será sempre uma questão apenas duma maior ou menor vinculação à lei”,

intuía o Mestre, para quem atualmente distinguem-se como “meios de expressão legislativa” representativos dessa irreversível tendência os **conceitos jurídicos indeterminados**, os conceitos normativos, os conceitos discricionários e as cláusulas gerais²⁹.

Depois de diagnosticar a raridade dos conceitos “absolutamente determinados” no Direito e definir o conceito juridicamente indeterminado, categoria predominante, como um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ENGLISH exemplifica com os conceitos naturalísticos recebidos pelo Direito como os de “escuridão”, “sossego noturno”, “ruído”, “perigo” e “coisa”. Lembra os “múltiplos pontos de contato” desses conceitos com os “conceitos de tipos” ou, simplesmente, “tipos”, que se colocam ao lado dos primeiros, em parte como subespécies dos “**conceitos indeterminados**” (com os seus ‘contornos fluidos’) ou dos conceitos normativos, **o que não impede a realização da subsunção**.

No Brasil, MIZABEL DERZI (**Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**) asseverou que a “tipicidade fechada” já não se encontra nas edições recentes da obra de LARENZ, que passou a entender que **os tipos são sempre abertos**, eliminando de sua **Metodologia** o “tipo fechado”³⁰. O tipo, segundo a ilustre professora, é o nome que se dá à ordem que, comparativamente,

“ordena objetos, segundo características nem rígidas nem flexíveis, em sistema aberto, graduável, voltado à realidade de valor e sentido”³¹.

E RICARDO LOBO TORRES não afasta a possibilidade de utilização de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, inevitáveis diante da ambigüidade de linguagem do direito tributário³². **Os tipos têm uma estrutura aberta e gradual e**

²⁸ *ibidem*.

²⁹ *op. cit.*, pp. 207-208.

³⁰ São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988, pp. 61 e 64.

³¹ *ibidem*, p.65.

³² Curso de Direito Financeiro e Tributário, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1993, p. 93.

“são mais aptos do que os conceitos fechados, à adaptação rápida a uma realidade jurídica mutante”³³.

Tal é a realidade jurídico-tributária, sabidamente conexa à **mutante realidade econômica**, pois a tributação ou incide sobre fatos-signos de riqueza ou é graduada em virtude dela (capacidade contributiva); e mais ainda a tributação extrafiscal, destinada a influir na conduta dos indivíduos e agentes econômicos, cuja atividade depende da *evolução dos fatos*. Daí a necessidade de uma tipificação apropriada, caracterizada pela **indeterminação conceitual** de ser adotada também nos tipos tributários.

O direito tributário não detém o monopólio da segurança jurídica. Se todos os ramos do Direito perseguem a segurança, se a tipicidade como instrumento de limitação da vontade individual (tipicidade penal, tipicidade dos direitos reais e dos regimes de bens; tipicidade das pessoas jurídicas, civis e comerciais) nem privativa é do Direito Público, onde assume o color de freio à discricionariedade, então o “rigor” do princípio num ou noutro ramo do Direito seria uma questão de **grau**, como é, afinal, a **determinação dos conceitos**, face à **imanente indeterminação** de todos eles³⁴. KRUSE ironiza a lei geral tributária alemã que prevê a autorização de regulamentos fiscais com a exigência de que a lei ordinária “determine” o respectivo conteúdo, finalidade e medida. Segundo ele, são

“exigências por si mesmas tão indeterminadas que no caso concreto com frequência não se pode calcular de antemão a decisão dos Tribunais...”³⁵.

O emprego dos conceitos jurídicos indeterminados permite, assim, o exame da **proporcionalidade**, da **adequação da lei tributária aos fins** a que ela se destina constitucionalmente. Não será mera coincidência o fato de o princípio da igualdade se expressar no Direito Tributário através de um conceito jurídico indeterminado, como RUY BARBOSA NOGUEIRA, citando ENGLISH, qualifica o princípio da capacidade contributiva³⁶.

Por outro lado, não se compreende bem a verdadeira cruzada empreendida contra o emprego do conceito indeterminado na tipificação tributária porque a **teoria da indeterminação conceitual considera que ele é exatamente um**

³³ *ibidem*, p. 57.

³⁴ José Souto Maior Borges (**Lançamento Tributário**, vol. IV do **Tratado de Direito Tributário Brasileiro**, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 178-187); no mesmo sentido, Alberto Xavier (**Os Princípios**, *cit.*, p. 97).

³⁵ Kruse (**Derecho Tributario, Parte General**. Madri, trad. espanhola da 3ª ed. alemã de 1973, Editorial de Derecho Financiero, 1978, p. 154).

³⁶ Nogueira (**Curso de Direito Tributário**, São Paulo, 4ª ed., Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976, *op. cit.*, p. 10).

instrumento moderno de vinculação do Administrador à lei, separando-a do que antes foi considerado campo de discricionariedade administrativa³⁷.

É que o conceito indeterminado não implica em uma indeterminação das suas aplicações; só se permite “**uma única solução**” a ensejar controle de legalidade da atuação do Administrador³⁸. O princípio da proporcionalidade permitirá um controle finalístico da aplicação da lei tributária pela Administração, ciente ela de que sua conduta, assim vinculada, estará sujeita a reexame judisdiscional.

FALCÃO não se opunha à tipificação aberta pelos conceitos indeterminados. Leia-se no seu sempre citado **Fato Gerador da Obrigação Tributária** o rechaço aos críticos dessa categoria jurídica ao confundirem-na com a discricionariedade:

“a discrição apontada no ato de lançamento refere-se a certos conceitos de determinação difícil (...) uma confusão de duas noções diferentes — a de conceito indeterminado e a de poder discricionário”³⁹. E, citando EHMKE:

“Por **discrição** deve designar-se uma liberdade de escolha da administração (...). ... deve considerar-se juridicamente legítima *ex definitione* qualquer solução dada pela administração, por isso que na intenção da lei **decisiva é a vontade da administração**”⁴⁰,

para acrescentar que

“o **conceito indeterminado não enseja uma opção ou liberdade de escolha** (...) quer o legislador que **uma única solução** seja adotada, a que resulta do comando legal traduzido pelo conceito indeterminado: o problema no caso, para concreta determinação do preceito, é apenas, como acentuam os autores, de interpretação”⁴¹.

Ademais, um conceito jurídico se diz indeterminado não porque seja indeterminável, mas porque não foi conveniente ou possível a determinação na lei, “com traço de absoluta nitidez”⁴², do respectivo campo de incidência, por ser necessário “considerar dados empíricos, fácticos, técnicos ou científicos de que somente o intérprete e o aplicador, em cada hipótese concreta, disporão”⁴³.

³⁷ García de Enterría e Fernández, (Curso de Direito Administrativo, São Paulo, trad. da 4ª edição espanhola, Ed. Rev. dos Tribunais, 1991, pp. 393-395).

³⁸ *ibidem*.

³⁹ Rio de Janeiro, 5ª ed., Forense, 1994, p. 59.

⁴⁰ *op. cit.*, p. 61.

⁴¹ *id.*, *ibidem*.

⁴² Barbosa Moreira (Temas de Direito Processual — 2ª série, cap. 6 (Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados), São Paulo, 2ª ed., Saraiva, 1988, p. 64).

⁴³ Falcão (Fato Gerador da Obrigação Tributária, Rio de Janeiro, 5ª ed., Forense, 1994, pp. 61-62). E tratando do poder regulamentar (Introdução ao Direito Administrativo, Rio de Janeiro, DASP, 1960, pp. 33-34); e Introdução ao Direito Tributário, Rio de Janeiro, 3ª ed. Forense, 1987, p. 45.

Ora, como se disse, a realidade jurídico-tributária é sabidamente conexa à cambiante realidade econômica, pois a tributação ou incide sobre fatos-signos de riqueza ou é graduada em virtude dela, daí porque se entende ser a correspondente linguagem natural e necessariamente **aberta** em função da evolução dos fatos e da ciência. Do contrário, os tipos não poderiam atingir a “realidade mutante” a que alude MIZABEL DERZI.

Ensinava ALFREDO BECKER que

“tendo-se presente que a construção da regra jurídica tem como matéria-prima *dados* físicos, biológicos (...) é evidente que as estruturas jurídicas não podem nem deverão ficar indiferentes ao progresso das ciências cujo objeto é a investigação e análise daqueles *dados*”⁴⁴.

FERREIRO LAPATZA veio a aditar:

“...la Ley debe determinar — directamente o mediante la fijación de criterios a desarrollar por fuentes secundarias — qué categorías de ciudadanos y en razón de qué presupuestos de hecho van a pagar el tributo.”⁴⁵

E LOIC PHILIP:

“Il en résulte que le principe de la légalité fiscale doit se concilier avec d’autres principes ayant aussi valeur constitutionnelle.”⁴⁶

No direito brasileiro, lembre-se que FALCÃO⁴⁷ admitiu que a lei tributária condicionasse sua aplicação à regulamentação, só incidindo quando o regulamento administrativo for baixado; não é ela nesse caso auto-aplicável. E não o é, como lucidamente vem de esclarecer NOVELLI⁴⁸, porque à lei mesma é facultado dispor sobre

“o âmbito (temporal) de eficácia (e de aplicação) das [suas] normas”, pois se trata de limitação

“querida e determinada direta e exclusivamente pela lei, como efeito preliminar e instrumental”.

⁴⁴ Teoria Geral do Direito Tributário, São Paulo, 2ª ed., Saraiva, 1972, p. 90.

⁴⁵ Curso de Derecho Financiero Español, Madri, 14ª ed., M. Pons, 1992, p. 55.

⁴⁶ Finances Publiques, Paris, 4ª ed., Cujas, 1992, p. 353. Xavier Oberson anota que os tributos ambientais, essencialmente extrafiscais, caracterizam-se pela “flexibilidade” e “adaptabilidade” porque esta área é particularmente subordinada à evolução das circunstâncias e do conhecimento científico, citando como exemplos a graduação administrativa do tributo ambiental em função de fatores técnicos, como o nível de emissões poluentes, a decisão administrativa de pôr em vigor, adiar ou suprimir a exigência do tributo cujos efeitos se revelam pouco convincentes ou contrários aos fins da lei (Les Taxes D’Orientation. Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 52).

⁴⁷ Introdução ao Direito Tributário, Rio de Janeiro, 3ª ed. atualizada por Flávio Bauer Novelli, Forense, 1987, p. 47.

⁴⁸ Observações sobre a Subordinação da Vigência da lei à do Regulamento de Execução, in Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 206 e 205, respectivamente.

Ao lado do Direito Penal, onde também vigora o princípio da tipicidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*), e se admite o uso da *norma penal em branco*⁴⁹, completada pela norma administrativa, o Direito Tributário regra outra forma de intervenção estatal na liberdade individual (liberdade de iniciativa), através da exigência de recursos pecuniários dos contribuintes auferidos no exercício dessa liberdade; daí não se dever estranhar, a não ser por força de **razões ideológicas**⁵⁰, que o **Direito Tributário se valha de conceitos jurídicos indeterminados (que nem norma em branco são) para estabelecer na lei elementos essenciais do tributo, quais sejam o contribuinte, a hipótese de incidência e a medida do gravame.**

O que está em causa é a compatibilização de um valor fundamental constitucionalmente protegido, a liberdade humana (liberdade de empresa, de trabalho, propriedade privada), com o dever dos administrados (todos eles, é o que exprime o princípio da generalidade) de suprir ao Estado os recursos necessários à promoção do bem-comum, sua missão básica. E o tributo é o **meio ordinário para a satisfação daquele fim**⁵¹. **O emprego de conceitos jurídicos indeterminados é a fórmula jurídica que permite a um só tempo outorga de flexibilidade do legislador ao administrador, sob garantia de controle de proporcionalidade** pelo juiz, homenageando a separação de poderes e realizando a indispensável harmonia entre eles.

Assim, não deve prevalecer o *subprincípio da determinação* exposto por XAVIER⁵². Aliás, é o próprio XAVIER que admite o emprego de **conceitos indeterminados** tais como “despesas razoáveis” ou “lucro arbitrado”⁵³, como

49 Augusto Thompson afirma que “admitida a **habilitação**, permite-se que a lei formal-material atribua a outro Poder a especificação do preceito genérico a que se prendia a sanção, através de ato normativo (lei material)” — *Lei Penal em Branco*, tese publ. na Revista de Direito da Procuradoria-Geral da GB, p. 228.

50 Sobre o tema, cf. de Louis Eisenstein *Las Ideologías de la Imposición* (The Ideologies of Taxation), Madri, trad. espanhola. Instituto de Estudios Fiscales, 1983. Bielsa refere a tendência humana de “querer librarse del peso de toda contribución” (**Los Conceptos Jurídicos y su Terminología**, Buenos Aires, reimpr. da 3ª ed., Depalma, 1993, p. 167). Alberto Xavier ao registrar que “o princípio da legalidade assumiu no Direito Tributário um conteúdo peculiar” deixa claro o matiz ideológico da construção teórica em torno da tipicidade tributária (**Os Princípios**, cit., pp. 95-97).

51 O tributo é o instituto que permite num clima de liberdade racionalizar juridicamente o esforço de cooperação individual em prol da comunidade (cf., do Autor, *Capacidade Contributiva, Conteúdo e Eficácia do Princípio*. Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1988, p. 11).

52 **Os Princípios**, cit., pp. 96-99.

53 **Conceito e Natureza do Lançamento Tributário**, São Paulo, Ed. Juriscredi, [s.d.]. No caso do imposto sobre produtos industrializados é a própria Constituição que se vale de **indeterminação** ao estabelecer que a sua **medida** recorra a alíquotas seletivas em função da **essencialidade**.

de resto são encontradiços na legislação pátria do **imposto de renda** (“gastos incompatíveis”, “despesas necessárias à manutenção da fonte” conceituadas como ligadas a “operações exigidas pela atividade da empresa”, “bens imprescindíveis”. A lei complementar do **imposto sobre serviços** também contempla na *respectiva lista de incidências* conceitos indeterminados ao se referir a “serviços congêneres” e “serviços correlatos”. O mesmo se diga da legislação sobre **incentivos fiscais** subordinados a exame administrativo do mérito de projetos “de interesse” (ou de “relevante interesse”) para o “desenvolvimento”, econômico, da cultura, etc. E a legislação sobre **contribuição de melhoria** não destoa ao admitir a sua cobrança quando executada a obra na sua totalidade, ou “em parte suficiente” para beneficiar determinados imóveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na concretização ou determinação dos conceitos o que se faz é uma **valoração técnica** qualitativa e quantitativa, como bem acentua XAVIER, secundado entre outros por GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ⁵⁴, VALDÉS COSTA⁵⁵, AMÍLCAR FALCÃO⁵⁶ e BARBOSA MOREIRA⁵⁷, fenômeno diverso e que **nada tem a ver com discricionariedade administrativa** pura ou volitiva, “de opção”, que poria em risco a certeza do Direito Tributário.

Ao aplicar o **conceito indeterminado** o intérprete proclama a **única vontade da lei** e, por força do princípio material da **proporcionalidade**, submete-se ao **crivo jurisdicional** por este ensejado, compatibilizando-se, assim, com o princípio formal da **legalidade tributária** que, esclareça-se só se justifica como garantia dos valores constitucionais.

Se o Estado de Direito é o Estado que se deixa controlar juridicamente ao influxo do princípio da proporcionalidade, somente razões pré-jurídicas determinariam que o Direito Tributário não se valesse dos conceitos jurídicos indeterminados para estabelecer na lei os elementos essenciais do tributo, como são daquela natureza os fundamentos da teoria da tipicidade cerrada ou fechada.

Se, nas palavras de ALFREDO AUGUSTO BECKER⁵⁸, ao Direito Tributário, liberto das “inibições que paralisam e esterilizam muitas de suas genuínas

54 ... “se se tratasse de aplicar um conceito jurídico indeterminado(...) só uma única solução será a justa com exclusão de toda outra” — *op. cit.*, p. 394.

55 **Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano**, Montevideu, ed. do autor, 1982, pp. 168-169).

56 *Fato Gerador da Obrigação Tributária*, cit., pp. 109-110; 112-113.

57 **Temas de Direito Processual**, cit., p. 64.

58 *op. cit.*, p. 533.

potencialidades”, cabe “tarefa fundamental” na “verdadeira revolução que gerará o novo Ser Social”, parece que a **tipicidade, aberta** pelos **conceitos jurídicos indeterminados**, é o caminho capaz de iluminar materialmente a conciliação ético-jurídica da liberdade humana com o dever social de prestar o tributo justo, justo porque conexo à **capacidade contributiva** dos cidadãos, sempre sob a reserva do **controle de proporcionalidade** das leis e dos atos administrativos de lançamento.

CONCLUSÕES

1. O princípio da proporcionalidade requer a adequação dos atos estatais aos fins estabelecidos na Constituição e permite um controle material e finalístico do Estado.

2. A legalidade tributária é o princípio que impõe o autoconsentimento da cidadania através da representação popular, expressa em lei, para a instituição dos tributos.

3. A tipicidade tributária é o princípio que determina que a lei seja rigorosa na descrição de todos os elementos essenciais do tributo.

4. Os tipos têm estrutura aberta e apta a adaptar-se a realidades mutantes, daí a necessidade de uma tipificação que admita a indeterminação conceitual.

5. A denominada tipicidade tributária “fechada” é equivocada ao pretender proibir a utilização de conceitos jurídicos indeterminados na tipificação dos elementos essenciais do tributo; resta ela superada pelo atual estágio de desenvolvimento do Estado de Direito (o “segundo Estado de Direito”), devendo-se admitir a utilização de tipos abertos no Direito Tributário, como se dá nos demais ramos do Direito.

6. A abertura do tipo tributário deve-se dar pelo emprego dos conceitos jurídicos indeterminados, como de resto, na prática, já ocorre na legislação, em especial do imposto sobre a renda, sob a garantia de controle jurisdicional de proporcionalidade das leis e dos atos administrativos de lançamento.

7. Como os conceitos jurídicos indeterminados postos na lei tipificadora implicam na busca da “única solução justa” pelo intérprete, compatibilizam-se, através deles, a legalidade, a segurança jurídica e a proporcionalidade.

BIBLIOGRAFIA

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, São Paulo, 2ª ed., Saraiva, 1972.

BELSUNCE, Horacio Garcia. **Garantías Constitucionales**, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984.

BIELSA, Rafael. **Los Conceptos Jurídicos y su Terminología**, Buenos Aires, reimpr. da 3ª ed., Depalma, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo, 5ª ed., Malheiros, 1994.

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento Tributário**, vol. IV, *do Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**, Coimbra, 2ª reimpressão da 5ª ed., Almedina, 1992.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**, São Paulo, 3ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O Controle da Constitucionalidade das Leis e do Poder de Tributar na Constituição de 1988**, Belo Horizonte, Del Rey, 1992.

CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**, Coimbra, Livr. Almedina, 1987.

COSTA, Ramón Valdez. **Estudios de Derecho Tributario Latinoamericano**, Montevideu, ed. do autor, 1982.

DERZI, Mizabel. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

EISENSTEIN, Louis. **Las Ideologías de la Imposición (The Ideologies of Taxation)**, Madri, trad. espanhola. Instituto de Estudios Fiscales, 1983.

ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, trad. da ed. alemã de 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato Gerador da Obrigação Tributária**, Rio de Janeiro, 5ª ed., Forense, 1994.

_____. **Introdução ao Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, DASP, 1960.

_____. **Introdução ao Direito Tributário**, Rio de Janeiro, 3ª ed. Forense, 1987.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo, trad. da 4ª edição espanhola, Ed. Rev. dos Tribunais, 1991.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**, São Paulo, trad. bras., Ed. Rev. dos Tribunais, 1977.

GUIMARÃES, Ylves. **Os Princípios e Normas Constitucionais Tributários**, São Paulo, Ed. LTr, 1976.

KRUSE, H. M.. **Derecho Tributario, Parte General**. Madri, trad. espanhola da 3ª ed. alemã de 1973, Editorial de Derecho Financiero, 1978.

LAPATZA, Jose Juan Ferreiro. **Curso de Derecho Financiero Español**, Madri, 14ª ed., M. Pons, 1992.

LARENTZ, Karl. **Metodologia de la Ciencia del Derecho**, Barcelona, trad. espanhola da ed. alemã de 1960, Ed. Ariel, 1966.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, São Paulo, 2ª ed. Revista dos Tribunais, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Controle de Constitucionalidade**, São Paulo, Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Coimbra, Ed. Coimbra, 1988, t. IV.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de Experiência e Conceitos Jurídicamente Indeterminados, in **Temas de Direito Processual — 2ª série**, cap. 6), São Paulo, 2ª ed., Saraiva, 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

NOGUEIRA, Rui Barbosa. **Curso de Direito Tributário**, São Paulo, 4ª ed., Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976.

NOVELLI, Flávio Bauer. O Princípio da Anualidade Tributária, artigo publicado na Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 267, pp. 75-94.

_____. *Observações sobre a Subordinação da Vigência da lei à do Regulamento de Execução*, in **Estudos em Homenagem ao Prof. Caio Tácito**, MENEZES, Carlos A. Direito [coord.], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1997, pp. 201-227.

OBBERSON, Xavier. **Les Taxes D'Orientation**. Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 52).

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Capacidade Contributiva, Conteúdo e Eficácia do Princípio**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1988.

_____. **Direito Tributário. Capacidade Contributiva, Conteúdo e Eficácia do Princípio**, Rio de Janeiro, 2ª ed. Renovar, 1998.

PHILIP, Loic. **Finances Publiques**, Paris, 4ª ed., Cujas, 1992.

TÁCITO, Caio. *O Princípio da Legalidade: Ponto e Contraponto*, in Revista de Direito Administrativo, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, v. 206, pp. 1-8.

THOMPSON, Augusto F. G. Lei Penal em Branco, tese publ. na Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara, v. 19, p. 223-271.

TORRES, Ricardo Lobo. **Sistemas Constitucionais Tributários**, v. 2, t. 2 do *Tratado de Direito Tributário Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1986.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1993.

XAVIER, Alberto. **Manual de Direito Fiscal**, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1974.

_____. **Conceito e Natureza do Lançamento Tributário**, São Paulo, Ed. Juriscredi, [s.d.].

_____. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1978.

_____. **Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro**, São Paulo, Ed. Resenha Tributária, 1977.

_____. **Do Lançamento. Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário**, Rio de Janeiro, 2ª edição, Forense, 1997.

MANDADO DE INJUNÇÃO: O QUE FOI SEM NUNCA TER SIDO. UMA PROPOSTA DE REFORMULAÇÃO

LUÍS ROBERTO BARROSO

O mandado de injunção foi criado pelo constituinte de 1988 em atendimento ao reclamo generalizado pela busca de uma maior efetividade das normas constitucionais. Também visando à mesma finalidade – solucionar o problema das omissões legislativas – foi instituída a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, § 2º)

Decorridos mais de oito anos de vigência da Constituição, é inegável que o mandado de injunção não atendeu, de modo significativo, às expectativas criadas com sua introdução. A principal causa de tal frustração de propósitos tem sido identificada na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, na linha do precedente assentado no julgamento de MI nº 107-3-DF, onde se lavrou:

“É ele (o MI) ... ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o art. 5º, LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se se tratar de direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste”¹

¹ MI 107-3-DF, rel. Min. Moreira Alves, RDA 184/226, 1991.

* Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Master of Laws pela Universidade de Yale.

O entendimento da mais Alta Corte, portanto, foi no sentido de que o mandado de injunção tem *natureza* mandamental, o *sujeito passivo* da ação é o poder, órgão ou entidade omissos, e sua *finalidade* é a declaração da omissão, com mera ciência ao omissor para que adote as providências necessárias.

Sob crítica cerrada da doutrina, o Supremo Tribunal Federal atenuou a rigidez de tal entendimento em duas linhas de decisões, tendo por objeto os arts. 8º, § 3º do ADCT, e 195, § 7º do texto constitucional. Confira-se.

Ao julgar o MI nº 283-5, decidiu a Corte:

*“Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, 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.”*²

Pouco adiante, em mandado de injunção impetrado com base na mesma disposição constitucional (art. 8º, § 3º do ADCT), o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o escoamento do prazo que concedera no writ anterior, considerou desnecessária nova comunicação ao Congresso Nacional e facultou aos impetrantes ingressarem imediatamente em juízo para obter a reparação a que faziam jus. A decisão, proferida no Mandado de Injunção nº 284-3, assim lavrou:

*“Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional — único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada — e considerando que, embora previamente cientificado no Mandado de Injunção nº 283, absteve-se de adimplir a obrigação que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.”*³

O Supremo Tribunal Federal, ao firmar tal posição: a) admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada (porque dependente de norma infraconstitucional integradora) em norma de eficácia plena; b) considerou o mandado de injunção hábil para obter a regulamentação de *qualquer* direito

previsto na Constituição, e não apenas dos direitos e garantias fundamentais constantes do seu Título II.⁴

Essa mudança na orientação do Supremo Tribunal Federal se consolidou no julgamento do Mandado de Injunção nº 232-1, no qual se discutiu o alcance do § 7º do art. 195 da Constituição Federal, que estabelece serem “isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”. Decorridos mais de dois anos da promulgação da Carta, tal lei não havia ainda sido editada, apesar do art. 59 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias haver fixado um prazo máximo de seis meses para sua apresentação e outros seis para que fosse apreciada pelo Congresso Nacional. Na parte relevante para o tema aqui versado, a decisão foi assim ementada:

*“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 art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.”*⁵

Note-se, no entanto, que em ambas as hipóteses aqui tratadas — tanto a do art. 8º, § 3º do ADCT quanto a do art. 195, § 7º — o Tribunal não precisará suprir qualquer lacuna normativa. Limitar-se-á a considerar auto-aplicável norma que conferia um direito, mas condicionava-o ao preenchimento de requisitos que a lei ditaria. A rigor, portanto, não havia maior dificuldade, nem se exigia do Judiciário uma atuação de integração da ordem jurídica.

Em linha dissonante da posição do Supremo Tribunal, mas afinada com a maior parte da doutrina, o 4º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão da lavra do professor e desembargador José Carlos Barbosa Moreira, concluiu, *in verbis*:

“É admissível mandado de injunção seja qual for o texto constitucional, federal ou estadual, que proveja o direito cujo exercício depende de norma regulamentadora ainda não editada. — Não conflita com a Carta da República a disposição do art. 84, parágrafo

4 Milton Flaks, *Instrumentos processuais de defesa coletiva*, RDA, 190:61, 1992.

5 MI 232-1-RJ, rel. Min. Moreira Alves, DJU, 27.03.92, p. 3.800. Votaram vencidos, por esposarem a tese que aqui se afirma ser a melhor, os Mins. Carlos Mário Velloso, Célio Borja e Marco Aurélio.

2 MI 283-5, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 14.11.91, p. 16.355-6.

3 MI 284-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU, 26.06.92, p. 10.103.

único, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que trata de "licença sindical" para os servidores públicos civis eleitos para cargos de direção em federações ou sindicatos da categoria, durante o exercício do mandato. — A servidores nessa situação reconhece-se o direito, até a entrada em vigor da lei regulamentadora, ao gozo de licença não remunerada, determinando-se à autoridade impetrada que os afaste de suas funções, sem prejuízo dos direitos e vantagens à carreira."

Cuidava-se, na hipótese, de mandado de injunção requerido por dois policiais que haviam sido eleitos para cargos de direção da Federação Nacional da Polícia Civil e que pediam afastamento dos seus cargos, invocando o art. 84, parágrafo único da Constituição do Estado, que previa: "A lei disporá sobre a licença sindical para os dirigentes de Federações e sindicatos de servidores públicos, durante o exercício do mandato, resguardados os direitos e vantagens de cada um." A lei referida, que disciplinaria as condições da licença, ainda não fora editada.

O acórdão, enriquecido por substancial pesquisa, estabeleceu com acuidade três premissas:

a) a legitimação passiva recai sobre o Secretário de Estado de Polícia Civil, a quem compete conceder a licença (a rigor técnico, como se sabe, a autoridade apenas presta informações, sendo o Estado o sujeito passivo);

b) ao órgão ao qual se imputa a omissão é dada ciência da impetração;

c) diante da lacuna, cabe ao órgão judicial formular a regra concreta e aplicá-la, limitada, subjetivamente, às partes do processo.

No mérito, acolheu-se o pedido e reconheceu-se aos impetrantes o direito ao gozo de licença não remunerada durante o exercício dos respectivos mandatos. A decisão fundou-se nos critérios adotados pela Consolidação das Leis do Trabalho, que, embora inaplicável à espécie, inspirou a regra concreta formulada pelo órgão julgador.

A maior parte dos anteprojetos de regulamentação do mandado de injunção em discussão aderem ao ponto de vista divergente da posição do Supremo Tribunal. A proposta ora formulada afasta-se formalmente de ambas as correntes, embora, do ponto de vista material, termine por produzir resultado que, a rigor, não contravem a filosofia subjacente a uma e a outra. De fato, a linha do STF é a de não assumir uma competência de cunho normativo, mesmo que transitória ou limitada ao caso concreto. De outra parte, a doutrina majoritária professa um entendimento que permite a solução do caso concreto, sanando-se a omissão.

Em realidade, a proposta objeto destas notas funda-se na premissa de que a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos subjetivos pode

e deve prescindir do mandado de injunção como instrumento de sua realização. De fato, surgido como uma idéia importante na busca da efetividade, a verdade é que hoje o mandado de injunção, em qualquer de suas versões, tornou-se, quando não um óbice, ao menos um complicador desnecessário à realização dos direitos.

O fundamento da presente proposta é o seguinte: toda norma constitucional é dotada de *eficácia jurídica*⁶ e deve ser interpretada e aplicada em busca de sua *máxima efetividade*⁷. Todos os juízes e Tribunais devem pautar sua atividade por tais pressupostos. Basta, portanto, a explicitação de que toda norma definidora de direito subjetivo constitucional tem aplicação direta e imediata, cabendo ao juiz competente para a causa integrar a ordem jurídica, quando isto seja indispensável ao exercício do direito. A rigor técnico, é o que já vem expresso de longa data no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Não se justifica, a propósito, o temor, freqüentemente verbalizado, de que a adoção de uma posição como a da presente proposta – ou mesmo a versão mais efetiva do mandado de injunção, defendida pela maior parte da doutrina – importaria no exercício excessivo de competências normativas pelo Poder Judiciário. Não há hipótese de isto acontecer. Confirme-se.

As normas materialmente constitucionais classificam-se em normas constitucionais (i) *de organização*, (ii) *definidoras de direitos* e (iii) *programáticas*. Ora bem: as normas de organização – que são as que organizam o exercício do poder político, instituem os órgãos públicos, definem-lhes as competências, prevêm procedimentos da elaboração legislativa etc. – não ensejam, em linha de princípio, a impetração de mandado de injunção ou decisões integrativas. É que possuindo, normalmente, caráter objetivo, e tendo por destinatários órgãos públicos, dificilmente poderiam gerar qualquer pretensão individual fundada em omissão normativa.

No outro extremo, as normas programáticas – que indicam fins públicos, sem especificar a conduta a ser adotada (e.g. arts. 217, caput, 218 e §1º) – não ensejam a exigibilidade de qualquer conduta *positiva*. O máximo de eficácia e efetividade que se pode extrair de uma norma programática é a exigibilidade de conduta *negativa*, de abstenções. Pode-se, por exemplo, pretender a invalidação de atos emanados do poder público que embaracem a pesquisa ou que dificultem (em lugar de fomentar) práticas desportivas. Não muda o caráter programático da norma o fato de ela fazer menção a *direito*, se a estrutura do

6 V. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., 1982.

7 V. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 3ª ed., 1996.

dispositivo claramente revela não ser esta a hipótese, como, *e.g.*, ocorre com o art. 215, *caput*. Normas programáticas, portanto, não ensejam a impetração de mandado de injunção.

Por via de consequência, somente as regras definidoras de direitos subjetivos constitucionais, cuja eficácia e efetividade estejam condicionadas à edição de uma norma infraconstitucional, ensejam a impetração de mandado de injunção ou a necessidade de decisões integrativas. Estas hipóteses são limitadas, e sua invocação revela que a solução aqui proposta é mais simples, prática e eficiente que a do mandado de injunção.

Tome-se o inciso XXVI, do art. 5º da Constituição, cuja dicção é a que se segue:

“XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.”

Pois bem: supondo-se inexistir esta lei definindo “pequena propriedade rural”, que medida poderia tomar o pequeno proprietário que quisesse impedir a penhora de sua propriedade? Pela orientação do STF, poderia requerer um mandado de injunção, perante a mais Alta Corte, para que fosse dada ciência ao Congresso da omissão. Pelo entendimento da maior parte da doutrina, caberia mandado de injunção, também ao STF, no qual se pediria à Corte que definisse, para o caso concreto, o sentido de “pequena propriedade rural”. Pela presente proposta, caberia ao juiz da causa esta definição, “com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito”. De tal decisão caberiam os recursos próprios.

O mandado de injunção, na atual quadra, tornou-se uma complexidade desnecessária. Mais simples, célere e prática se afigura a atribuição, ao juiz natural do caso, da competência para a integração da ordem jurídica, quando necessária para a efetivação de um direito subjetivo constitucional submetido à sua apreciação. Tal idéia se materializa na proposta abaixo.

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL

Dá nova redação ao § 1º, do art. 5º, da Constituição, e extingue o mandado de injunção.

Art. 1º. O § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“§ 1º. As normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais têm aplicação direta e imediata. Na falta de norma regulamentadora necessária ao seu pleno exercício, formulará o juiz competente a regra que regerá o caso concreto submetido à sua apreciação, com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito”.

Art. 2º. Fica revogado o inciso LXXI, do art. 5º, da Constituição Federal, bem como suprimida a referência a mandado de injunção nos seguintes dispositivos: art. 102, I, *q*, e II, *a*; art. 105, I, *h*; art. 121, § 4º, V.

O pensamento jurídico ocidental durante mais de um século girou principalmente em torno dos dois pólos positivistas: a norma emana ou dos fatos sociais ou de uma outra norma que lhe constitui a condição de validade.

Com o aparecimento do livro de Rawls ocorre a “virada kantiana”³, isto é, o direito volta a se comunicar com a ética no plano teórico, o Estado se funda na idéia de contrato, a liberdade se torna absolutamente prioritária e a justiça encontra no imperativo categórico o seu ponto de apoio.

Essa guinada na filosofia jurídica teria que merecer, como realmente mereceu, diversas interpretações, muitas delas contrastantes. Em uma das primeiras avaliações da obra de Rawls o constitucionalista americano Alexandre Bichel classificou-o como liberal contratualista, na linha de Locke e Rousseau, e não na de Burke.⁴ Os comunitaristas, especialmente Sandel,⁵ não titubearam em defini-lo como liberal individualista. Miguel Reale chamou a atenção para a diversidade de apreciações da obra de Rawls, desde os esquemas que o apresentam como neoliberal até os que nele vêem uma produção autenticamente social-liberal; inclinou-se o jusfilósofo brasileiro a compreender a obra rawlsiana como liberal social.⁶ Alguns intérpretes consideram Rawls antiutilitarista,⁷ enquanto outros chegam a apelidá-lo de neo-utilitarista.⁸

O objetivo deste trabalho é examinar as repercussões da obra do pensador americano junto à reflexão filosófico-jurídica da esquerda e as tentativas de capturação do seu pensamento em busca de novas saídas para a teoria social-democrata do Estado e da Justiça. Analisaremos principalmente as vertentes do comunitarismo, com ênfase na obra de Walzer, da social-democracia francesa, especialmente Rosanvallon, e do solidarismo de Van Parijs.

Averbação que não pode deixar de ser feita é a de que se considera aqui a “esquerda” como a tendência para a defesa do socialismo, do igualitarismo ou

da social-democracia.⁹ Embora desgastado o tema depois da queda do muro de Berlim¹⁰, que enfraqueceu a dicotomia radical antes observada, ainda assim merece ser repensada a esquerda a partir de novos enfoques como o que oferece a teoria de Rawls.

II — WALZER E AS ESFERAS DA JUSTIÇA

2. A obra de Walzer

Michael Walzer escreveu extensa obra sobre a teoria da justiça e a questão da igualdade.¹¹ Pode ser classificado entre os representantes do comunitarismo, por oposição ao liberalismo.

Cumpramos examinar o pensamento de Walzer no que concerne às esferas da justiça e ao papel desempenhado pelo Estado na garantia e na redistribuição de bens sociais, a ver em que direção se distancia da teoria dos liberais, principalmente de John Rawls.

3. Comunitarismo versus Liberalismo

Toda a discussão entre o comunitarismo e o liberalismo se faz à sombra da consideração da obra seminal de John Rawls. É em torno dela que se procuram fixar novos fundamentos para a justiça e apontar princípios de redistribuição de bens sociais.

A teoria da justiça de Rawls, obra fundamental do **liberalismo**, oferece, para o tema em exame, alguns pontos relevantes. É **política**, porque não pretende ser uma teoria absoluta do justo, mas uma contribuição para a teoria da justiça compatível com as estruturas democráticas de governo;¹² demais disso,

3 HÖFFE, Otfried. *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1990, p. 351.

4 *A Ética do Consentimento*. Rio de Janeiro: Liv. Agir Editora, 1978, p. 14.

5 M. SANDEL (“The Procedural Republic and the Unencumbered Self”. In: AVINERI, Shlomo & DE-SHALIT, Avner (Ed.). *Comunitarism and Individualism*. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 12) dirigiu uma das mais severas críticas a Rawls, denunciando-lhe a defesa de um individualismo exacerbado, que criava um homem isolado dos laços sociais, em “eu sem constrangimentos” (*an unencumbered self*).

6 *Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 34: “a teoria de Rawls corresponde mais ao neoliberalismo, entendido como social-liberalismo, do que à social-democracia”.

7 Cf. O. HÖFFE, *op. cit.*, p. 306.

8 Cf. MUSGRAVE, Richard. “Horizontal Equity once more”. *National Tax Journal* 43 (2): 113-122, 1990.

9 Cf. BOBBIO, Norberto. *Direita e Esquerda. Razões e Significados de uma Distinção Política*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 16.

10 HABERMAS, Jürgen. “A Revolução e a Necessidade de Revisão da Esquerda”. In: BLACKBURN, (Org.). *Depois da Queda: O Fracasso do Comunismo e o Futuro do Socialismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 70.

11 Interessam-nos aqui os seguintes trabalhos seus: *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*. New York: Basic Books, 1983; *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1994; “Exclusion, injustice et État démocratique”. In: AFFICHARD, Joelle et FOUCAULD, Jean Baptiste de (Org.). *Pluralism et équité. La Justice Sociale dans les Démocraties*. Paris: Ed. Esprit, 1995, p. 29-50; “Die Kommunitaristische Kritik am Liberalismus”. In: HONNETH, Axel (Org.). *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*. Frankfurt: Campus, 1995, p. 157-180; *On Toleration*. New Haven: Yale University Press, 1997.

12 *Political Liberalism*, cit., p. 11.

fundamenta-se no princípio de que é alcançada através de um **processo político** no qual as posições e as agências de distribuição de renda e riqueza sejam acessíveis a todos;¹³ finalmente, dá lugar a um **liberalismo político**, no sentido de que sinaliza para uma concepção moral que, contendo certas idéias e princípios, tem por foco as instituições políticas, sociais e econômicas.¹⁴ É **procedimental (procedural)**, eis que não se propõe a fazer a distribuição dos bens sociais, mas, apenas, a garantir o processo tendente a permitir que os cidadãos livres manifestem a sua escolha, resguardadas a situação e a sobrevivência daqueles que se encontram no nível mais baixo da sociedade.¹⁵

As idéias centrais do **comunitarismo** transparecem inicialmente na contribuição de filósofos e moralistas como MacIntyre¹⁶ e Taylor¹⁷. Aprofundam-se nos trabalhos de filósofos do direito do porte de Walzer e Sandel¹⁸ e se projetam para a construção dos constitucionalistas que se filiaram à corrente do **“republicanism”**, principalmente B. Ackerman, F. Michelman e C. Sunstein.¹⁹ A obra dos comunitaristas surge por contraste com as teses principais de Rawls. Quanto ao aspecto **político**, defende a maior **ingerência** do Estado na distribuição de bens sociais e na regulação do mercado.²⁰ Respeito ao **processo**, combate a **“procedural republic”**²¹ e procura certos conteúdos na distribuição dos bens, recorrendo a idéias como as de virtude, vida boa e superação do eu dividido ou do “cidadão sem constrangimentos”. As posições comunitaristas, a toda evidência, se aproximam da ideologia social-democrata e denotam o saudosismo do Estado Providencial.

Nesse contexto é que se deve analisar a doutrina de Walzer. Ele próprio se diz um social-democrata.²² Entretanto, construiu uma teoria da justiça eminen-

temente formalista, com a fraca presença do Estado; só depois das críticas recebidas é que reformulou a sua doutrina, para abrir espaço à ação estatal.

4. As esferas da justiça

Walzer parte da consideração de que a sociedade humana é “uma comunidade distributiva” (**a distributive community**), que tem por objetivo distribuir a multiplicidade de bens, por uma multiplicidade de procedimentos, agentes e critérios.²³

Os bens sociais compõem diferentes esferas distributivas, nas quais apenas um critério é apropriado. São esferas da justiça a cidadania (**membership**), a seguridade e o bem-estar, o dinheiro e as mercadorias, os cargos públicos, o trabalho árduo, o tempo livre, a educação, o amor, a graça divina, o reconhecimento e a honra e o poder político. Entre os critérios de distribuição aparecem o merecimento, a qualificação, o nascimento, a amizade, a necessidade, o livre comércio, a lealdade política e a decisão democrática.²⁴ Há, portanto, um pluralismo de princípios da justiça: os bens sociais devem ser distribuídos por diferentes razões e segundo vários procedimentos e diversos agentes, de tal forma que as diferenças derivem das variegadas compreensões dos próprios bens sociais (**from different understandings of the social goods themselves**), o que é produto inevitável do particularismo histórico e cultural.²⁵ É o significado dos bens (**meaning of goods**) que justifica a distribuição, ou seja, todas “as distribuições são justas ou injustas com relação ao significado social dos bens” (**all distributions are just or unjust relative to the social meanings of the goods**).²⁶ Segue-se dessa diversidade de significações sociais que a distribuição deve ser autônoma, procedendo-se dentro da esfera respectiva segundo critérios específicos. O dinheiro, por exemplo, não é apropriado para a esfera do ofício eclesiástico.²⁷ Em síntese afirma Walzer: “Os bens sociais têm significações sociais, e nós encontramos o caminho da justiça distributiva através da interpretação dessas significações. Nós procuramos princípios internos para cada esfera distributiva”.²⁸

Walzer distingue então entre **igualdade simples e complexa**. Na igualdade simples o bem, ainda que dominante, é distribuído igualmente por todos, o que

13 *A Theory of Justice*, cit., p. 61.

14 *Political Liberalism*, cit., p. 62.

15 *A Theory of Justice*, cit., p. 62.

16 *After Virtue*. London: Duckworth, 1981; *Whose Justice? Which Rationality?* London: Duckworth, 1990.

17 *Sources of Self*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

18 *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

19 Parece-nos procedente inserir o republicanismo no comunitarismo, pelas idéias comuns sobre o espaço público e a comunidade dialógica, embora a questão não seja pacífica — cf. STOLZENBERG, Nomi Maya. “A Book of Laughter and Forgetting: Kalman’s “Strange Career” and the Marketing of Civil Republicanism”. *Harvard Law Review* 111 (4): 1.070, 1998.

20 Cf. SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 31.

21 SANDEL, Michael. “The Procedural Republic and the Unencumbered Self”, cit., p. 12.

22 *Spheres of Justice*, cit., p. 318; “Die Kommunitaristische Kritik am Liberalismus”. cit., p. 158. Cf., a respeito da posição social-democrata de Walzer. FORST, Rainer. *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie Jenseits von Liberalismus und Communitarismus*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 216.

23 *Spheres of Justice*, cit., p. 3.

24 *Ibid.*, p. 6.

25 *Loc. cit.*

26 *Ibid.*, p. 9.

27 *Ibid.*, p. 10.

28 *Ibid.*, p. 19: “Social goods have social meanings, and we find our way to distributive justice through an interpretation of those meanings. We search for principles internal to each distributive sphere”.

ocorre, por exemplo, quando todos os cidadãos têm a mesma quantidade de dinheiro; conduz à desigualdade final, pois o próprio mercado se encarrega de produzir as diferenças.²⁹ No regime de igualdade complexa não há um bem dominante que possa ser convertido em outros bens, posto que estão todos eles distribuídos em diferentes esferas; pode haver até pequenas desigualdades, que não serão modificadas através de processo de conversão.³⁰

O regime de igualdade complexa é o oposto do que Walzer chama de tirania (**tyranny**). Estabelece um conjunto de relações que torna impossível a dominação. A igualdade complexa significa que nenhum cidadão colocado em uma esfera ou com referência a um determinado bem social pode ser prejudicado em outra esfera com relação a outro bem. O cidadão X pode ser escolhido, em vez do cidadão Y, para um posto político e então os dois serão desiguais na esfera da política; mas não haverá desigualdade enquanto a posição de X não lhe der vantagens sobre Y em outras esferas — assistência médica, acesso às melhores escolas para os seus filhos e oportunidades empresariais. Assim sendo, o uso do poder político para obter acesso a outros bens é um uso tirânico.³¹

5. O papel do Estado

No regime de igualdade simples é necessária a presença do Estado, ao qual incumbe controlar os monopólios e reprimir novas formas de dominação.³²

Na igualdade complexa, todavia, diminui a importância do Estado, competindo-lhe apenas zelar pelos limites entre as esferas e evitar a tirania. Defende Walzer o “**decentralized democratic socialism**”, cabendo à própria comunidade estabelecer os critérios para a distribuição dos bens: o Estado de Bem Estar Social forte (**strong welfare state**) é substituído pelo poder local, pelo mercado, pelo serviço civil aberto e desmitificado, pela escola pública independente, pela partilha do trabalho árduo e do tempo livre, pela proteção da vida religiosa e familiar, pelo controle dos trabalhadores sobre as companhias, pela política de partidos, movimentos e debates públicos.³³

Mas o poder político, além de ser o guardião dos limites de distribuição dos bens sociais, é ele próprio um bem suscetível de ser possuído por homens e mulheres e, conseqüentemente, objeto de limite, divisão e balanceamento. “O poder político nos protege contra a tirania e ele mesmo se torna tirânico”.³⁴ No

regime de igualdade complexa não é o poder político que se distribui, senão a oportunidade de exercê-lo, posto que cada cidadão é um participante potencial, um político potencial.³⁵

O papel do Estado passa a depender, assim, do **social meaning** dos bens a se distribuírem. Transforma-se, conseqüentemente, em questão de **interpretação**, tendo em vista que o critério de justiça está ligado à compreensão do significado dos bens.³⁶

Análise sugestiva empreende-a Walzer quanto ao tema das prestações públicas de saúde. Observa inicialmente que nas comunidades medievais havia a distinção nítida entre a **cura do espírito** e a do **corpo**. A comunidade preocupava-se com a cura do espírito e com o destino da alma após a morte e havia inclusive o financiamento público para a assistência espiritual; a cura do corpo, entretanto, era privatizada, podendo os ricos, na medida de suas posses, recorrer aos médicos, ficando os pobres afastados das prestações de saúde. Hoje a situação é outra e a cura do corpo tornou-se fundamental na sociedade moderna, cabendo ao Estado garanti-la. Mas qual é o critério para a entrega das prestações públicas da saúde? Entende Walzer que o único critério válido é o da necessidade, fornecido pelo **social meaning** da saúde. Sucede que, nos Estados Unidos, o governo estabeleceu o sistema contributivo de medicina social, de modo que as pessoas devem pagar para obter a prestação pública, assim mesmo reservada à assistência básica e essencial. Só os ricos conseguem plenamente a cura do corpo, eis que podem recorrer a médicos e hospitais particulares. Ora, se o fundamento da justiça sanitária é a necessidade, a entrada dominante do dinheiro na respectiva esfera é tirânica, conduzindo à injustiça. Deve o Estado — conclui Walzer — abolir os sistemas de **Medicare** (dos velhos) e **Medicaid** (dos pobres) e instituir nova estrutura para o serviço médico, adotando os princípios marxistas renovados: de cada um segundo os seus recursos e a cada qual segundo suas necessidades reconhecidas.³⁷

Essa idéia de pluralidade das esferas da justiça, uma das quais envolve o poder político, foi adotada também por autores influenciados por Walzer. Assim é que, por exemplo, Luc Boltanski e Laurent Thévenot admitem uma pluralidade de cidades — **cité inspirée**, **cité domestique**, **cité d’opinion**, **cité civique**, **cité industrielle**; mas só a **cité civique** tem caráter constitucional que a associa à definição do Estado.³⁸

²⁹ *Ibid.*, p. 14.

³⁰ *Ibid.*, p. 17.

³¹ *Ibid.*, p. 19.

³² *Ibid.*, p. 15.

³³ *Ibid.*, p. 318.

³⁴ *Ibid.*, p. 281.

³⁵ *Ibid.*, p. 310.

³⁶ Cf. WARNKE, Georgia. *Justice and Interpretation*. Cambridge: The MIT Press, 1993, p. 14.

³⁷ *Spheres of Justice*, cit., pp. 86-90.

³⁸ *De la Justification. Les Economies de la Grandeur*. Paris: Gallimard, 1991, p. 93.

6. As Críticas a Walzer

Tal concepção de Estado, dependente da interpretação do significado dos bens sociais, acabou por enfraquecer a própria noção de poder político, reduzido ao papel de árbitro da obediência aos limites de cada esfera da justiça. A teoria de Walzer, que se pretendia contestadora das posições procedimentalistas de Rawls, tornou-se ela própria extremamente formalista.

As críticas vieram de todos os lados.

Observou B. Barry³⁹ que a proposta de Walzer desconsidera inteiramente a representação e os procedimentos parlamentares, o que lhe retira a operacionalidade para introduzir conteúdo de justiça.

Ronald Dworkin dirigiu severa crítica à obra de Walzer, que considerou relativista e utópica, por admitir uma visão agradável da justiça, com a distribuição alcançada em harmonia com a tradição, sem tensões constantes.⁴⁰ Criticou a idéia da interpretação autônoma da justiça, obtida pela compreensão do **social meaning**, salientando que as interpretações da justiça não podem apelar à própria justiça, senão que devem buscar a justificativa em idéias não-políticas, como a natureza humana ou a teoria do eu.⁴¹ Rebateu as teses de Walzer sobre a assistência médica, dizendo que o **social meaning** da medicina não passa de pontos de vista sobre atividades, bens e instituições, isto é, posições discutíveis das quais não pode resultar nenhum consenso, posto que é impossível, por exemplo, determinar quais as cirurgias eletivas devem ser realizadas ou quem necessita de transplante de coração.⁴²

Em trabalho dedicado à análise do papel do Estado em uma concepção pluralista de justiça P. Ricoeur⁴³ chama a atenção para os “paradoxos do político” — constitui simultaneamente uma esfera da justiça entre outras, na medida em que o poder político é ele igualmente um bem a distribuir, e **enveloppe** de todas as esferas, pois é o guardião do espaço público no interior do qual se confrontam os bens sociais constitutivos das esferas de justiça. Denuncia P. Ricoeur que uma teoria do Estado Mínimo não discutida se introduz sub-repticiamente nessa teoria da justiça.

39 *Justice as Impartiality*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 103.

40 *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 214.

41 *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 425.

42 *A Matter of Principle*, cit., p. 216.

43 “La Place du Politique dans une Conception Pluraliste des Principes de Justice”. In: AFFICHARD, Joëlle e FOUCAULD, Jean Baptiste de (Org.). *Pluralisme et Équité. La Justice Sociale dans les Démocraties*. Paris: Ed. Esprit, 1995, p.

7. Novas idéias sobre o Estado

Da mesma forma que se deu o redirecionamento da teoria de Rawls no sentido do **political liberalism** houve a modificação das idéias de Walzer sobre o Estado. Claro que as críticas acima recenseadas contribuíram para o novo enfoque.

Em artigo dedicado ao problema da exclusão, indaga o filósofo do direito americano se pode ela ser justa. Em princípio, segundo sua teoria da justiça, as pessoas prejudicadas em uma esfera de distribuição podem obter vantagens em outra, o que leva à conclusão de que ninguém seria radicalmente excluído.⁴⁴ Mas essa posição é utópica, pois há uma responsabilidade social, e não apenas pessoal, pela exclusão. Em todas as sociedades nas quais os bens sociais são diferenciados e repartidos segundo processo de distribuição autônomos, a exclusão é injusta, restando uma razão legítima de mobilização política.⁴⁵ Sucede que a exclusão é uma condição que se reproduz em cada uma das esferas, inclusive na política.⁴⁶ Urge, pois, que os protestos contra a exclusão conduzam a uma redistribuição e a uma reapropriação do poder político. Admite Walzer, explicitamente, que o Estado deve exercer um papel mais importante do que o entrevisto por ele dez anos antes, para promover a noção de igualdade complexa. Reconhece haver superestimado a justiça do sistema de distribuição e subestimado o Estado enquanto agente da justiça distributiva.⁴⁷ Mas a intervenção direta do Estado não é necessária, cabendo-lhe financiar e facilitar o trabalho das associações beneficentes (Igreja, sindicato, cooperativas, associações de vizinhança, grupos de interesses).⁴⁸ Quando os cidadãos e os dirigentes contribuem para reformar o Estado, eles participam ao mesmo tempo do movimento de reforma da sociedade. São promotores e agentes de igualdade complexa. Tanto que redistribuído o poder, ele é reempregado somente para defender as fronteiras que separam cada esfera.⁴⁹ Não se pode estender o domínio da intervenção legítima, e talvez necessária do Estado, porque melhor maneira de tratar a exclusão consiste mais em aumentar a quantidade de bens disponíveis do que em redistribuir os já existentes.⁵⁰ O Estado democrático moderno deve defender os valores da complexidade e da igualdade no interesse de todos os cidadãos.⁵¹

44 “*Exclusion, Injustice et État démocratique*”, cit., p. 31.

45 *Ibid.*, p. 46.

46 *Ibid.*, p. 47.

47 *Ibid.*, p. 33.

48 *Ibid.*, p. 43.

49 *Ibid.*, p. 48.

50 *Ibid.*, p. 49.

51 *Ibid.*, p. 50.

No livro intitulado **Thick and Thin**, publicado em 1994, desenvolve Walzer a concepção de que a justiça requer a defesa da diferença — diferentes bens distribuídos por diferentes razões entre diferentes grupos de pessoas — e essa exigência torna-a uma idéia moral densa ou maximalista, refletindo a atual densidade (**thickness**) de culturas e sociedades particulares.⁵² Retoma Walzer o exemplo dos serviços médicos, que havia examinado em **Spheres of Justice**: na Idade Média e no início da Moderna a salvação da alma financiava-se com fundos públicos, enquanto a cura do corpo encontrava-se em mãos particulares, o que não contrastava com os princípios de justiça, pois o bem a ser distribuído era a vida eterna; posteriormente substituiu-se a eternidade pela longevidade como bem social e a cura do corpo foi socializada, enquanto a da alma se privatizou; nesse novo contexto há necessidade da reserva de recursos provenientes dos impostos para a saúde pública, a construção de hospitais, a formação de médicos; se o Estado não pode usar o seu poder de coerção para apoiar o atendimento espiritual, não há casos em que possa se afastar da cura dos corpos. Walzer abandona o tom dogmático e a condenação do sistema americano de saúde pública e passa a admitir que a questão é profundamente controversa, máxime nos aspectos de justiça relacionados com a prática privada da medicina.⁵³

No importante artigo intitulado “A Crítica Comunitarista ao Liberalismo” Walzer dirige a sua argumentação contra a neutralidade do Estado defendida pelos liberais, obtida por indução a partir da fragmentação social.⁵⁴ Diz que quanto mais isolados os indivíduos tanto mais forte deve ser o Estado, abandonando o seu distanciamento frente à compreensão da vida boa. O Estado deve adotar condutas tendentes a: 1. Permitir a organização de sindicatos de trabalhadores; 2. Conceder incentivos fiscais e isenção de impostos em favor de grupos religiosos, para desenvolver a solidariedade entre as pessoas e combater a miséria. 3. Estimular a organização das associações de vizinhança. Um bom Estado liberal (ou social democrata) reforça os vínculos comunitários. O neo-republicanismo, que rejeita a neutralidade do Estado, é capaz de construir o conceito político do comunitarismo.⁵⁵

No livro “Sobre a Tolerância” Walzer repisa em que o fortalecimento da comunidade e da individualidade postula que se atue politicamente, e requer um embasamento só alcançável pela ação do Estado (**by state action**), o que se sintetiza na idéia de social-democracia (**social democracy**).⁵⁶

⁵² *Thick and Thin*, cit., p. 33.

⁵³ *Ibid.*, p. 31.

⁵⁴ “*Die Komunitaristische Kritik am Liberalismus*”, cit., p. 172.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 175.

⁵⁶ *On Toleration*, cit., p. 111.

Vê-se, pois, que Walzer reorientou a sua doutrina para admitir maior peso do Estado na equação da justiça, com o que a tornou mais coerente com os pressupostos sociais democratas em que diz se apoiar. Dois pontos são importantes: ficam esmaecidas as rígidas fronteiras das esferas da justiça, pois o Estado abdica do seu papel de guardião contra a tirania e a predominância indevida de certos bens sociais para ganhar a feição de agente redistribuidor; perde relevo a consideração do poder político como bem a ser distribuído, o que traz como consequência o fortalecimento da idéia de justiça política, a ser obtida através da ação do Estado e não apenas pelo processo comunitário espontâneo da interpretação do significado dos bens sociais dentro de cada esfera de justiça.

As posições iniciais eram extremamente formalistas e não se distanciavam claramente das teorias do liberalismo americano. Ainda mais porque, no fundo, os comunitaristas têm um parentesco próximo com os liberais, já que incorporaram os valores básicos do liberalismo, discordando apenas da ênfase no individualismo⁵⁷; o próprio Walzer considera o comunitarismo como forma periódica de correção da doutrina autodestrutiva do liberalismo⁵⁸, com ele coincidindo, entretanto, na linguagem dos direitos individuais, a compreender o pluralismo, a tolerância, a privacidade e a livre manifestação do pensamento.⁵⁹ Agora oferece Walzer um novo quadro de referência jurídica e política, abrindo caminho para o enriquecimento do liberalismo com a maior atenção à participação da comunidade e do Estado na construção da justiça distributiva.

III — ROSANVALLON E O ESTADO-PROVIDÊNCIA

Outra vertente de esquerda contrária às idéias de Rawls é representada principalmente por Pierre Rosanvallon,⁶⁰ que procede à crítica e tenta reformular as teses fundamentais do filósofo americano. A sua doutrina coincide em grande parte com a de outros escritores franceses de índole social-democrata, como

⁵⁷ Cf. MULHALL, Stephen & SWIFT, Adam. *Liberals & Communitarians*. Oxford: Blackwell, 1996, p. 155; HONNETH, Axel. “Posttraditionale Gemeinschaften. Ein Konzeptueller Versuch”. In: BRUMLICK, Rich & BRUNKHORST, Hauke. *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*. Frankfurt: Fischer, 1995, p. 260.

⁵⁸ “*Die Kommunitaristische Kritik am Liberalismus*”, cit., p. 170.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 169.

⁶⁰ Os principais livros de Rosanvallon são: *La Crise de l'État-providence*. Paris: Ed. du Seuil, 1992 (1ª edição em 1981); *La Nouvelle Question Sociale. Repenser L'État-providence*. Paris: Ed. du Seuil, 1995; e, em colaboração com Jean-Paul Fitoussi, *Le nouvel âge des inégalités*. Paris: Ed. du Seuil, 1996.

sejam Robert Castel⁶¹ e François Ewald,⁶² e serve de fundamento teórico para as manifestações da esquerda francesa no plano da ação política, como as verbalizadas pelo primeiro ministro Lionel Jospin.

8. As críticas de Rosanvallon à teoria da justiça de Rawls

Rosanvallon critica alguns pontos cardeais da obra de Rawls, principalmente a idéia de contrato social fundado em decisões tomadas sob o “véu de ignorância”, as escolhas morais e racionais, o formalismo da equidade e o proceduralismo do seu conceito de justiça.

De feito, o véu de ignorância sob o qual se realiza o contrato social implica que as escolhas sejam estritamente lógicas e racionais, como se as relações sociais fossem simétricas e neutras, impedindo que os indivíduos procedam a escolhas segundo os seus legítimos interesses.⁶³ O contrato social de Rawls seria a própria **négação du social**, posto que não é senão o momento de exercício de um cálculo silencioso e rigoroso, uma breve reunião de **experts** e jamais uma assembléia ruidosa.⁶⁴

A filosofia de Rawls consistiria, afinal, em uma ética puramente racional, instauradora da “**utopie de la raison**”.⁶⁵ Justificaria uma equidade de chances, vista como norma ético-lógica que combina os princípios da eficácia e da diferença, incapaz de superar as desigualdades sociais, e conduziria a uma concepção de justiça procedural, sem a preocupação com os resultados.⁶⁶

9. A solidariedade e a equidade de chances

O projeto de Rosanvallon de repensar o **État-providence** como um **État-service**⁶⁷ opera com a reformulação de algumas teses de Rawls, mas repousa sobretudo na visão positivista e sociológica da justiça.

O ponto de partida está na afirmação de que, com a falta de recursos financeiros suficientes, deve-se encontrar a solução “**sociologique**” para a crise do Estado-providência: “não são os valores morais (fidelidade, piedade filial, etc.) mas formas sociais que o Estado procura promover nesse caso”.⁶⁸ Há

necessidade de ajustar os direitos sociais à própria relação social (**la relation sociale elle-même**), tendo em vista que, em tema de inserção, “não é uma alocação, mas uma relação social que é o objeto do direito”.⁶⁹

A partir dessa perspectiva Rosanvallon transforma a **solidariedade** na grande estrela do seu sistema. Observa que a solidariedade se fundava na idéia de mutualização crescente dos riscos sociais, de tal sorte que o Estado-providência passivo (**État passif-providence**) se identificava com uma espécie de sociedade seguradora (**société assurancielle**). Hoje se impõe a separação progressiva entre seguro social e solidariedade, de modo que se alcance uma visão “diretamente política da solidariedade”,⁷⁰ identificada com a reformulação do contrato social, em busca de uma justiça redistributiva e não simplesmente comutativa. A solidariedade, nesse modelo, passa a ser financiada pelo imposto.⁷¹

Urge que se redefina a solidariedade e se reinventem as fontes de financiamento dos direitos sociais. Rosanvallon defende a noção de um direito procedural (**droit procedural**), em sentido diferente do adotado por Rawls, eis que se confunde em certa medida com a prática da justiça e tem por finalidade dar a cada um meios específicos de influir o curso de uma vida, de superar uma ruptura, de antecipar uma pane. O desenvolvimento de um direito procedural corresponde também a um novo relacionamento entre indivíduos e sociedade. O proceduralismo de Rosanvallon leva a uma **judiciarisation du social**, pois necessita de sistema de recursos e apelações, tendo se tornado insuficiente a atividade puramente administrativa para a entrega das prestações.⁷²

Do direito procedural decorre para Rosanvallon a possibilidade de se transformar a **égalité des chances** em uma **équité des chances**, entendida como direito igual a tratamento equivalente. A equidade de chances não consiste somente em compensar as desigualdades da natureza ou as disparidades da fortuna; visa a reordenar os instrumentos necessários à existência; seu objetivo é dar aos indivíduos os meios de fazer face às áleas que não são de ordem classicamente securitária (acontecimentos familiares, problemas pessoais, rupturas profissionais repetidas, etc.).⁷³

Algumas observações devem ser feitas em torno da preocupação de Rosanvallon em criticar as posições de Rawls e tentar reformulá-las.

Seja a primeira a de que o autor francês distorce intencionalmente as premissas da filosofia de Rawls. Não é correto dizer que o contrato social e o

⁶⁹ *Ibid.*, p. 216.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 220.

⁷¹ *Ibid.*, p. 10.

⁷² *Ibid.*, p. 84.

⁷³ *Ibid.*, p. 220.

⁶¹ *Les Métamorphoses de la Question Sociale. Une Chronique du Salarial*. Paris: Fayard, 1995.

⁶² *L'État-providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

⁶³ *La Crise de l'État-providence*, cit., p. 92.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 99.

⁶⁵ *La Nouvelle Question Sociale*, cit., p. 54.

⁶⁶ *La Crise de l'État-providence*, cit., p. 106.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 94 e 95; *Le Nouvel Âge des Inégalités*, cit., p. 101.

⁶⁸ *La Nouvelle Question Sociale*, cit., p. 219.

véu de ignorância, por exemplo, conduzem à reforma de todas as relações sociais e à superação dos determinismos, eis que, sendo hipotéticos, convivem com as grandes definições obtidas pelo **overlapping consensus**.⁷⁴ O formalismo do pensador liberal não é assim tão rígido, eis que admite o consenso constitucional sobre matéria substantiva.⁷⁵ A equidade, a rigor, não a defende Rawls, no sentido que lhe é imputado, já que o termo **fairness** se aproxima muito mais do significado de imparcialidade do que do de equidade que lhe atribuíam as traduções de “**A Theory of Justice**” nos países de línguas neolatinas.⁷⁶

A segunda averbação consiste em que as palavras utilizadas na obra de Rosanvallon não guardam qualquer relação com o significado que possuíam na teoria de Rawls. O proceduralismo, por exemplo, não implica a reconstrutualização em um sistema democrático com agências abertas a todos, senão que desemboca num judiciarismo capaz de garantir a solidariedade embutida nas próprias relações sociais. A equidade de chances, por oposição à igualdade de chances, nada mais representa do que a velha dicotomia entre igualdade de chances e de resultados.

As distinções entre as obras de Rawls e de Rosanvallon não se esgotam nessas minúcias. Decorrem sobretudo das premissas de cada sistema: a base moral e a possibilidade de decisões racionais no sistema do filósofo americano; o sociologismo imanentista na obra do autor francês. Repensar o Estado-providência, na obra de Rosanvallon, é sacar das próprias relações sociais o conteúdo juridicizável, o que reacende a velha vocação dos sociólogos para transformar o ser em dever ser. Como observou Antonio Paim⁷⁷ “trata-se de um modelo teórico de muito difícil implementação, exigindo talvez uma sociedade de seres morais (onde a solidariedade seria talvez o valor maior), de que os sociais-democratas não parecem ter-se livrado, em que pese seu esforço de diferenciação dos socialistas”.

10. Convergências no pensamento da esquerda francesa

Rosanvallon defende a idéia de uma solidariedade que brota das próprias relações sociais, refratária ao seguro social e ao mútuo. Tal solidariedade amplia o dever tributário por parte da camada mais rica da população, substituindo as contribuições dos usuários das prestações estatais pelo imposto dos que detêm a capacidade contributiva, principalmente o imposto de renda.

74 RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996, p. 154.

75 Ibid., p. 4: “a constitutional consensus already implies much agreement on substantive matters”.

76 Cf. BARRY, Brian. *Justice as Impartiality*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 8.

77 “A Reforma do Estado Assistencial”. Rio de Janeiro: min., 1997, p. 10.

Esse novo **pacto de solidariedade** está presente em todo o pensamento atual da esquerda francesa. A sua novidade está em que substitui a solidariedade do grupo, vinculada à divisão de trabalho, que era o traço característico da tradição sociológica formada em torno do conceito de solidariedade orgânica como determinante do relacionamento social e da regulação do direito objetivo, como acontecia com Duguit,⁷⁸ por uma solidariedade genérica e vazia fundadora da justiça social.

Assim é que Robert Castel propõe a reformulação do contrato social mediante um novo “pacto de solidariedade, pacto de trabalho, pacto de cidadania”.⁷⁹

De forma semelhante François Ewald fala de um “**contrat de solidarité**”,⁸⁰ que resulta da transformação do “contrato civil” em vero “contrato social”, no qual a responsabilidade do Estado se torna objetiva, isto é, independente de culpa ou de ilícito, e passa a garantir não só a liberdade e a segurança da propriedade mas principalmente os “riscos sociais” (velhice, desemprego, doença, etc.).

As idéias dos teóricos franceses a respeito da solidariedade se projetaram para o programa político dos socialistas. Em discurso pronunciado perante a Assembleia Nacional Lionel Jospin defendeu “**un pacte républicain**”, “**un pacte de développement et de solidarité**”.⁸¹

11. A reflexão social-democrata na França e nos Estados Unidos

Há algumas diferenças importantes no método e na fundamentação das teorias comunitaristas em comparação com as dos socialistas franceses, embora se aproximem consideravelmente no que concerne aos resultados.

Os comunitaristas americanos combatem o liberalismo a partir de posições éticas, sem se preocuparem em reformular categorias rawlsianas: preservam a idéia de espaço público para as discussões e se apóiam na defesa das virtudes e na procura da vida boa. Os autores franceses, ao contrário, filiam-se à visão mecanicista da sociedade e acreditam chegar às mudanças como resultado do determinismo das próprias forças sociais.

Aproximam-se, contudo, nas soluções, que postulam sempre o intervencionismo estatal e a regulação das relações sociais. O exemplo mais sugestivo talvez seja o enfrentamento da **questão da saúde**, hoje o mais difícil problema a ser resolvido no contexto da seguridade social e dos direitos. Rosanvallon

78. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Fontemoing, 1911, p. 10.

79. *Op. cit.*, p. 23.

80. *Op. cit.*, p. 349.

81. “Le Discours de Lionel Jospin”. *Le Monde* 21.6.97.

advoga a criação de um sistema não-contributivo de saúde, no qual incumbiria aos ricos e às empresas, pelo pagamento do imposto de renda fundado na solidariedade, suportar os ônus financeiros da prestação estatal.⁸² A proposta do comunitarista Walzer não se distancia muito desses pressupostos: critica o sistema contributivo americano, que não atende ao **social meaning** dominante na esfera da saúde, defende a adoção de princípios marxistas renovados (de cada um segundo os seus recursos e a cada qual segundo suas necessidades reconhecidas)⁸³ e entende que há necessidade da reserva de recursos provenientes dos impostos para o atendimento sanitário, a construção de hospitais e a formação de médicos.⁸⁴ A solução adotada no Brasil pela Constituição de 1988, por influência de sanitaristas de índole socialista, foi semelhante: instituiu-se o sistema universal e gratuito de saúde (art. 196) — que só encontrava paralelo nos ricos países escandinavos — financiado por anômalas contribuições sociais sobre o lucro e o faturamento (art. 195) e, posteriormente, pela CPMF — Contribuição Provisória Sobre Movimentação Financeira (Emenda Constitucional nº 12, de 1996), que na realidade têm a natureza de imposto, por lhes faltar a característica contraprestacional; o Supremo Tribunal Federal deu pela constitucionalidade da legislação regulamentadora das contribuições, sob o argumento de que “incumbe à sociedade, como um todo, financiar, de forma direta ou indireta, nos termos da lei, a seguridade social, atribuindo-se aos empregadores a participação mediante bases de incidência próprias — folha de salários, o faturamento e o lucro”,⁸⁵ a gratuidade (para alguns) das prestações de saúde inviabilizou o sistema e o levou ao caos financeiro. É importante contrastar essas soluções comunitaristas e sociais-democratas com a visão dos liberais, como é o caso de Dworkin,⁸⁶ e mesmo com o direito positivo dos Estados Unidos, Alemanha e Itália, todos a defender o sistema contributivo com a universalidade das prestações estatais.

IV — VAN PARIJS E A SALVAÇÃO DA SOLIDARIEDADE

O filósofo do direito e moralista belga Philippe Van Parijs⁸⁷ vem procu-

⁸² *La Nouvelle Question Social*, cit., p. 79.

⁸³ *Spheres of Justice*, cit., p. 86 e seg.

⁸⁴ *Thick and Thin*, cit., p. 31.

⁸⁵ RE 150.764-1, Ac. do Pleno, de 16.12.92, Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 147/1062.

⁸⁶ *A Matter of Principle*, cit., p. 216; “Will Clinton’s Plan Be Fair” *The New York Book Review*, 13.1.94, p. 20-25.

⁸⁷ Escreveu os seguintes trabalhos, entre outros: “La Double Originalité de Rawls”. In: LADRIÈRE, Jean et —. (Dir.). *Fondements d’Une Théorie de la Justice. Essais critiques sur la philosophie politique de John Rawls*. Louvain-la-Neuve: Ed. de L’Institut Supérieur de

rando divulgar a obra dos liberais e dos comunitaristas americanos na Europa. Diz-se um **liberal solidarista** influenciado por John Rawls.⁸⁸

12. A esquerda rawlsiana

Van Parijs iniciou o seu livro “Salvar a Solidariedade”, dedicado a Rawls⁸⁹, com a observação de que “o pensamento de esquerda de nosso tempo será rawlsiano ou não será de esquerda”.⁹⁰ As idéias de tolerância e solidariedade, presentes na obra do filósofo americano, e os princípios de diferença e do **maximin** (maximização do mínimo), todos balizados pelos direitos fundamentais, fornecem a base do liberalismo solidarista, ao qual também se filia o moralista belga.⁹¹ Ser de esquerda — no sentido de igual solicitude em face dos interesses de todos — implica na opção pela mudança do **status quo**, na tomada permanente de posição em favor dos trabalhadores e contra o capital, e na luta para ampliar o papel do Estado e reduzir o do mercado.⁹² Mas o rawlsianismo de esquerda muitas vezes ultrapassa as teses do próprio Rawls.⁹³

Anota Van Parijs que existe também uma **direita rawlsiana**, que se caracteriza pela defesa da redução da pressão fiscal e parafiscal sobre os detentores das rendas móveis elevadas e pelo ataque aos aspectos universais do Estado-providência, especialmente no domínio das prestações de saúde e de educação.⁹⁴

13. O liberalismo solidarista

O que caracteriza o **liberalismo solidarista**, segundo Van Parijs, é a definição da justiça pela realização do **maximin** das situações materiais, com a observância do respeito às liberdades fundamentais. Trata-se, em parte, de uma concepção **liberal** de justiça, no sentido de que apela, para dizer o que é justo, a uma concepção particular de vida boa, mas se compatibiliza com igual respeito pelas diversas concepções de vida boa que coexistem nas nossas sociedades pluralistas. Mas, além de liberal, é também **solidarista**, no sentido

Philosophie, 1984, p. 1-34; *Qu’est-ce Qu’une Société Juste? Introduction à la pratique de la philosophie politique*. Paris: Ed. du Seuil, 1991; *Sauver la Solidarité*. Paris: Les Editions du Cerf, 1996.

⁸⁸ *Sauver la Solidarité*, cit., p. 30.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 7. A dedicatória tem o seguinte teor: “A John Rawls, incontournable allié pour penser la gauche de notre temps”.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 9: “La pensée de gauche de notre temps sera rawlsienne ou ne sera pas”.

⁹¹ *Ibid.*, p. 10.

⁹² *Loc.*, cit.

⁹³ *Ibid.*, p. 23.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 13.

de que exprime uma igual solicitude relativamente a todos os cidadãos, uma igual consideração dos interesses de todos os membros da sociedade. As concepções solidaristas se estremam das “proprietaristas” ou “libertárias”, que vêem na justiça apenas a ausência de violação dos direitos individuais “naturais”, preexistente a toda instituição social.⁹⁵

O rawlsismo de esquerda, liberal-solidarista, apóia-se em três componentes decisivas: alocação universal, globalização democrática e patriotismo solidarista.

14. A alocação universal

A alocação universal (também apelidada de dividendo social, renda básica, renda de cidadania, renda existencial, etc.), já adotada em alguns países da Europa, é um dos pontos básicos do liberalismo solidarista. Compreende a renda incondicionalmente garantida a cada cidadão, independentemente de ter ou não um emprego, de desejar trabalhar ou não, de ser casado ou solteiro, de possuir ou não outras rendas. A renda mínima aumenta a autonomia de cada um sem prejudicar a dignidade das pessoas. Como a alocação universal é assimilável a uma dotação garantida para toda a vida, integra a dimensão da riqueza fundada no princípio da diferença, bem como o aspecto da oportunidade de acesso às diferentes posições sociais ligadas à fortuna.⁹⁶ A alocação universal deve ter o financiamento mais vasto que seja politicamente possível, fixado no nível mais elevado que seja economicamente sustentável.⁹⁷

15. A globalização democrática

A globalização democrática é outro pilar do liberalismo solidarista. Tem na União Européia o seu melhor exemplo, não obstante as dificuldades práticas para a integração política e econômica das diversas nações.⁹⁸ O rawlsismo de esquerda afirma, contra o próprio Rawls, que a ambição do solidarismo não pode-se limitar a uma cooperação harmoniosa entre as nações, mas deve visar à chegada lenta, caótica mas urgente, das primeiras manifestações de uma democracia ampliada em escala planetária.⁹⁹

⁹⁵ *Ibid.*, p. 32.

⁹⁶ *Qu'est-ce qu'une société juste?*, cit., p. 215.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 227.

⁹⁸ *Sauver la solidarité*, cit., p. 77.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 23.

16. O patriotismo solidarista

A globalização democrática deve ser equilibrada com o **patriotismo solidarista**, que Van Parijs pretende apoiar no ideal de uma sociedade bem ordenada descrito por Rawls.¹⁰⁰ A sociedade bem ordenada não é aquela que possui instituições justas, mas também uma sociedade cujos membros aderem aos princípios que sustentam tais instituições; fazer declarações corretas às autoridades competentes, por exemplo, constitui um “dever natural” para os membros de uma sociedade bem ordenada pelos princípios de justiça rawlsianos. O **patriotismo solidarista** consiste em renunciar, por lealdade, ao projeto de justiça social expresso nas instituições de sua sociedade, a procurar o rendimento mais lucrativo que possa encontrar no estrangeiro. É incoerente na sociedade bem ordenada exportar seu capital ou seu trabalho a fim de se beneficiar alhures de um regime fiscal mais favorável. Reconhece Van Parijs que de um tal patriotismo solidarista Rawls jamais falou.¹⁰¹

V — CONCLUSÃO

17. O liberalismo social de F J. Rawls

A visão esquerdista da obra de Rawls contém muitos exageros e imprecisões. Mas tem a virtude de procurar novos caminhos para a reordenação da sociedade a partir da reflexão sobre a justiça, a ética e os direitos fundamentais. Sem dúvida nenhuma o pensamento político se sofisticou ao manter a visão historicista e sociológica pela argumentação em torno dos critérios válidos para a justiça e para a vida boa.

De outra parte a esquerda rawlsiana permite a reaprecação da obra de Rawls amparada em novos parâmetros. O entendimento estreito de que a doutrina do filósofo americano seria neoliberal ou de direita fica comprometido diante das novas possibilidades abertas pelo pensamento esquerdista.

Mesmo as correntes contrárias ao liberalismo de Rawls, como a dos comunitaristas, com ele comungam na defesa absolutamente prioritária dos direitos fundamentais.

Fica aberto, sem a menor dúvida, o caminho para nova compreensão da obra de Rawls e para o aprofundamento da crítica a partir do enfoque liberal social, que, a nosso ver, é o que melhor se ajusta a sua obra e à etapa atual da reflexão sobre a justiça e os direitos fundamentais.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰¹ *Loc. cit.*

FUNDAMENTOS DA VITIMOLOGIA

ESTER KOSOVSKI*

Sob o aspecto epistemológico (de *episteme e logos*, ciência e conhecimento — teoria da ciência) a Vitimologia pode ser enfocada com abordagem analítica e crítica.

No sentido denotativo do termo, *Vítima* deriva de *vincere* — o vencido, ou de *vincire* — animais que são sacrificados aos deuses. De todo modo, penalmente, vítima é aquele que sofre a ação ou omissão do autor do delito, (sujeito ativo, agente) e é sinônimo de ofendido, lesado ou sujeito passivo.

Evidentemente que sempre existiu a vítima, mas não era considerada foco central de atenção.

A vítima era encarada como apêndice do binômio crime-criminoso, preocupação maior dos estudos criminológicos tradicionais, clássicos e positivistas. A posição crítica, social e globalizante surgiu bem mais tarde, e a vítima então apareceu como outro pólo ativo desse binômio. O termo Vitimologia, que etimologicamente deriva da palavra latina *vítima* e da raiz grega *logos*, foi pela primeira vez empregado por Benjamin Mendelsohn, professor e advogado de Jerusalém (falecido em janeiro de 1998), em *The origins of the Doctrine of Victimology*, obra pioneira da sua autoria; porém o precursor do estudo dessa matéria é Hans von Hentig (citado pelo próprio Mendelsohn em sua obra *Vitimologia*) que em 1948 publica pela Universidade de Yale *The Criminal and His Victim*. Outros se seguiram nesses estudos, como Henry Ellenberger, também citado por Mendelsohn, que contribuiu com *Relações Psicológicas entre o Criminoso e sua Vítima*, fazendo interessante classificação das vítimas.

Mendelsohn, em “Um Horizonte Novo na Ciência Biopsicossocial: a Vitimologia”, 1947, conferência em Bucareste, chama Vitimologia ao que Von Hentig denominou “Vitimogênese”, como a origem da “vitimidade”. Jiménez de

* Professora de Direito Penal da UFRJ e advogada. Vice-Presidente da Sociedade Mundial de Vitimologia.

Asúa em *La Ilamada Victimologia*, em 1961, também se ocupa com esta temática e intitula um ensaio com pequena variante na denominação: *Victimiologia*.

Assim, o estudo da vítima é relativamente recente, mas existem publicações de teses de 1906, 1911 e 1928, que tratam da vítima e são precursoras da nova ciência.

A primeira visão da vítima é a antropológica, como sacrifício humano aos deuses, para aplacar a sua ira ou pedir as suas benesses através da oferenda da vida humana, depois substituída pela de animais, para expiação dos pecados do grupo.

A visão bíblica, cena do quase sacrifício de Isac, quando Deus testa a lealdade de Abraão, pedindo-lhe a vida do filho em holocausto, é bastante vívida para todos.

A propósito deste relato da Bíblia, fez interessante estudo o Prof. Schlomo Schoham (da Universidade de Tel-Aviv) denominado o "Complexo de Isac", que se contrapõe ao complexo de Édipo, pois é o pai eliminando o filho e não o filho matando o pai pela posse da mãe e é tão fascinante como a figura edípica de Freud.

A propósito de filhos como vítimas, temos a interessante obra denominada *O Filicídio* de Arnaldo e Matilde Rashkovski, publicada na Argentina e no Brasil.

A prof^a Lola Aniyar de Castro, famosa criminóloga venezuelana, em sua obra "Vitimologia" — tese de Doutorado publicada em 1969, citando Mendelsohn, sintetiza o objeto da Vitimologia nos seguintes itens:

1º) Estudo da personalidade da vítima, tanto vítima de delinquente, ou vítima de outros fatores, como consequência de suas inclinações subconscientes.

2º) O descobrimento dos elementos psíquicos do "complexo crimínogeno" existente na "dupla penal", que determina a aproximação entre a vítima e o criminoso, quer dizer: "o potencial de receptividade vitimal".

3º) Análise da personalidade das vítimas sem intervenção de um terceiro — estudo que tem maior alcance do que o feito pela Criminologia, pois abrange assuntos tão diferentes como o suicídio e os acidentes de trabalho.

4º) Estudo dos meios de identificação dos indivíduos com tendência a se tornarem vítimas; seria então possível a investigação estatística de tabelas de previsão, como as que foram feitas com os delinquentes pelo casal Glueck o que permitiria incluir os métodos psicoeducativos necessários para organizar a sua própria defesa.

5º) A importantíssima busca dos meios de tratamento curativo, a fim de prevenir a recidiva da vítima.

Estes são os delineamentos básicos desta ciência nova — a Vitimologia, segundo Mendelsohn "tão útil à vítima, como ao acusado, que poderia ser parcial ou totalmente inocente".

1ª) Classificação de Mendelsohn: Mecanismos Situacionais e Mecanismos Relacionais

Mecanismos Situacionais	Do ponto de vista moral e jurídico	a) vítima que colabora b) vítima que não colabora c) vítima por ignorância d) vítima que pratica o crime
	Do ponto de vista psicossocial	a) vítima em cuja conduta está a origem do delito b) vítima que resulta de consenso c) vítima que resulta de uma coincidência
Mecanismos Relacionais	Relações psico-biológicas, neuróticas e genobiológicas	a) vítima de crimes b) vítima de si mesma, suicídio, auto-acusações, autopunições.

2ª) Classificação de Jiménez de Asúa

a) Vítima indiferente	O assaltante que ataca qualquer um
b) Vítima determinante (Ex.: crime passionai por ciúmes)	- Vítima resistente (obstaculiza) - Vítima coadjuvante (ajuda o criminoso)

3ª) Classificação de Lola Aniyar de Castro

a)	- Vítima coletiva - Vítima singular
b)	- Vítima de crimes alheios - Vítima de si mesma
c)	- Vítima por tendência - Vítima reincidente - Vítima habitual - Vítima profissional
d)	- Vítima que age com culpa inconsciente - Vítima consciente - Vítima que age com dolo

A *Vítima no Código Penal* (Parte geral de 1984):

1 — Relativamente a agravantes:

- a) Pelo fato da vítima estar impossibilitada de defesa.
- b) Vítima menor de 14 anos, presunção de violência — nos crimes contra os costumes.
- c) Vítima de idade avançada, enfermo ou com laços de parentesco ou coabitação, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.
- d) Meio cruel que faz a vítima sofrer mais.
- e) Por ocasião de desgraça particular do ofendido.

2 — Relativamente a atenuantes:

- a) Vítima que provoca injustamente o ato delituoso.
- b) Retorsão da vítima.
- c) Vítima por motivo nobre ou motivo de relevante valor social ou moral.
- d) Prestação de socorro à vítima.
- e) O art. 59 do Cód. Penal — Parte geral, faz referência à contribuição da vítima, na aplicação da pena pelo juiz, o que constitui uma nova contribuição da Vitimologia.

3 — A mulher como vítima — sujeito passivo: aborto (não consentido) estupro, sedução, rapto não consensual.

Terminologia vitimológica:

Suposta vítima — quando a vítima atrai (ou seduz) o delinquente à prática do crime e depois o acusa. É exceção à regra o estupro encoberto — não revelado. Até recentemente, esta exceção era a regra.

Vitimização — é a ação ou efeito de alguém (indivíduo ou grupo) se autovitimar ou vitimar outrem (indivíduos ou grupos). A vitimização de grupos é mais séria que a nível individual.

Vítimas coletivas — grupos sociais — decorrentes de problemas sociais — violam o mais mezinho dos direitos: o direito à vida e à qualidade de vida, condizente com a riqueza do ambiente e do contexto.

Crimes do colarinho branco, crimes econômicos (corrupção, medicamentos, alimentos, financeiras) — que lesam vítimas coletivas e em geral contam com a impunidade. São os crimes mais graves e pouco punidos.

Formas de vitimização:

I — *vitimização da mulher* — no trabalho, explorada por salário menor, desrespeitado princípio da isonomia constitucional, ou constrangida a ceder no

terreno sexual para conseguir ascender na carreira — mulheres espancadas e oprimidas;

II — *vitimização do idoso* — preocupação de geriatria — com o afastamento às vezes precoce do trabalho e do poder decisório; acusações gratuitas de senilidade, alcunhas de “esclerosado”, recusa de mercado de trabalho da sua mão-de-obra experiente e ridicularização da condição de “velho” (que deveria estar no asilo, esperando a morte);

III — *vitimização da criança* — espancamentos, lesões corporais, lesões psíquicas em crianças indefesas, constatados em poucos casos, a tempo de salvar de consequências funestas. Os consultórios pediátricos e psiquiátricos registram casos incríveis a esse respeito.

IV — *vitimização do acusado* — em todos os níveis, transformar o acusado em vítima, tentando comprovar que o seu ato foi gerado por coações de natureza psicológica individual ou social, econômico-políticas etc., cabíveis ou não estas alegações, e também a transformação do condenado em vítima da sociedade e do sistema na instituição prisional;

V — *criminalização da vítima* — a vítima colocada no banco dos réus. Acusação à vítima, muitas vezes feita na defesa do acusado, para eximi-lo. Utilização muitas vezes artificiosa da vitimologia para ampliação do conceito de que a vítima também é culpada, na medida em que de algum modo contribui para o delito, mas na realidade é a inversão dos papéis — a vitimização do acusado e a criminalização da vítima que em geral já não pode se defender em caso de homicídio.

“A vítima representou, durante sempre, o papel de herói esquecido, no drama criminal seja antes, durante ou após o ato jurídico.”

A vitimologia procura resgatar o herói desse drama.

COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL — CONCEITO E LIMITES —¹

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR² e RAÚL CERVINI³

1 — INTRODUÇÃO

Nosso objetivo é tratar pontualmente de alguns aspectos do Direito Penal Internacional, relativamente ao chamado Direito da Cooperação Penal Internacional, sob uma perspectiva moderna. Tal assunto, que outrora se pretendeu estar incluído no Direito Internacional Privado, hoje é uma emanção do Direito Penal Internacional.

Quando falamos em um Direito da Cooperação Penal Internacional não queremos com isso significar, que estejamos tentando criar um novo ramo autônomo do Direito. Desejamos, apenas, como o faz *Polimeni*, destacar a existência de uma nova ótica conceitual e valorativa em relação à Cooperação Penal Internacional, de modo que tal forma de auxílio entre os Estados seja encarada como um instituto global, integrado por idéias de solidariedade e

¹ Contribuição Latino-Americana oferecida ao Colóquio Internacional (maio de 1998), organizado pela Universidade de Utrecht, preparatório do XVI Congresso Internacional de Direito Penal (Budapeste, 1999), a ser publicada na *Revue Internationale de Droit Pénal*. O texto original foi revisto e condensado em 09.06.98, para publicação na Revista da Faculdade de Direito da UERJ. O texto original constitui, também, o capítulo de abertura do livro "Cooperação Penal Internacional", atualmente no prelo, que os autores pretendem lançar no mercado internacional, até dezembro de 1998.

² Prof. Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Prof. Convidado do "DEA" e do Curso de Doutorado da Universidade de Pau (França). Secretário-Geral Adjunto da Association Internationale de Droit Pénal. Doutor Honoris Causa pela Universidade Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Diretor da Faculdade de Direito de Valença.

³ Professor de Direito Penal da Universidade Nacional do Uruguai e da Universidade Católica de Montevidéu. Secretário-Geral do Grupo Uruguaio da AIDP e membro do Grupo Brasileiro da AIDP. Secretário-Geral do Centro de Estudos Penais Econômicos de Miami (USA).

garantias, para o qual todos os ramos do saber jurídico poderão ser chamados a contribuir.

Nesse sentido, no desenvolvimento dos temas, atuaremos de forma sistemática, de molde que sejam examinados o conceito descritivo dos mesmos e as teorias sobre os seus fundamentos, natureza e alcance jurídico, chegando por fim ao estabelecimento de seus graus ou níveis.

Como veremos, cada um das matérias que serão aqui abordadas, são imprescindíveis à boa interpretação e à fixação do alcance da projeção contemporânea desse instituto global e, especialmente, à penetração do conteúdo das normas constantes dos textos internacionais e das fontes nacionais relativas à matéria.

A Cooperação Penal Internacional em sentido lato não é uma “descoberta” recente. Os primeiros aportes clássicos sobre o tema já podem ser encontrados incidentalmente em *Bartolo* e, de forma mais precisa, na Escola Holandesa, na obra de *Grotius* e na de seus seguidores, *Puffendorf* e *Woll*⁴. O primeiro caso histórico consta do tratado de paz celebrado entre Ramsés II e Hatussilli, rei dos Hititas, em 1280 a.C.. Este tratado, ademais, é considerado o documento diplomático mais antigo da humanidade⁵.

Posteriormente, no final do século passado, as profundas mudanças provocadas pela crescente internacionalização das sociedades⁶, refletiram-se em uma modernização da visão científica a cerca dos problemas vinculados ao auxílio interestatal em matéria penal.

Alguns temas de Cooperação Penal Internacional constituíram-se no centro dos debates do 1º Congresso Penitenciário Internacional celebrado em Londres em 1872 e nos posteriores (Roma, 1885 e Paris, 1895), nos quais chegou-se a pensar na necessidade urgente de união das polícias dos diferentes Estados, com o propósito de facilitar a prisão de criminosos foragidos e em uma racional conexão entre os Juízes da Europa, com o fim de enfrentar de forma harmônica essa questão⁷.

Outro episódio importante, ocorrido já em nosso século, deu-se em abril de 1916, quando Alberto I, de Mônaco, obedecendo a motivações tanto pessoais

4 *Mouso, Paulo*: “Cooperación Judicial Inter-Etática”, in *Revista Colombiana de Derecho Procesal*, ano III, vol. 2, Bogotá, 1990, p. 31.

5 *Araujo Junior, João Marcello*: “Extradição — Alguns aspectos fundamentais”; in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 326, p. 61.

6 Sobre tema veja-se o estudo de *Josef M. Hüssling*: “A internacionalização das sociedades contemporâneas no campo da criminalidade e as respostas do Movimento de Defesa Social”; in *João Marcello de Araujo Junior* (org.): “Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso”; *Forense*, Rio de Janeiro, 1992, p. 341.

7 *Fierro, Guillermo J.*: “La Ley Penal y el Derecho Internacional”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 207.

quanto pitorescas⁸, convocou o 1º Congresso de Polícia Judiciária, evento ao qual acorreram policiais e juristas de 14 países, para discutir estratégias comuns em face do delito transnacional⁹ e assentar as bases da futura Organização Internacional de Polícia Criminal (OIPC — INTERPOL). A INTERPOL, entretanto, somente foi efetivamente fundada depois de duas guerras mundiais, ou seja, pela Conferência de Bruxelas de 1946¹⁰.

Voltando ao plano histórico, cumpre destacar, que 14 anos antes, em 1932, *Roux* resumiu, premonitoriamente, a relevância do assunto, com o relato de exemplos da época, ainda hoje de dolorosa atualidade. Dizia, que a Cooperação Penal Internacional havia nascido como consequência da necessidade de formular-se uma resposta eficiente diante do fato tangível de a defesa social em matéria penal, àquele tempo, limitar sua atuação ao âmbito nacional em razão do princípio da territorialidade, enquanto a delinquência se internacionalizava. Tal internacionalização dava-se, ora pela própria atuação criminal internacional (organizações destinadas ao tráfico de drogas, ao tráfico de pessoas, etc...), ora em razão da natureza do delito cometido (apoderamento ilícito de aeronave), ora para impedir a própria ação da Justiça Penal.

Negar essa realidade, afirmava, equivaleria a tolerar que “les gendarmes devaient continuer a aller a pied quand les voleurs courraient a bicyclette”¹¹.

8 *Fierro, Guillermo J.*: “La Ley Penal...”, ob. cit. ut supra, p. 22, afirma textualmente: “Es más lógico pensar que su idea de celebrar en Mónaco una conferencia, con asistencia de altos funcionarios de policia, juristas y magistrados del mayor número posible de países europeos fuera debido a su constante preocupación por atajar em creciente número de delincuentes internacionales que, atraídos por una burguesia adinerada que de forma continua concurría al casino, operaban dentro del principado impunemente, y no exclusivamente por las consecuencias que le originó un romance con una supuesta condesa alemana, de nombre Sophia, que un buen día apareció en la vida del príncipe, contándole la historia de un loco amor por un joven compatriota con el que no podía contraer matrimonio ante la oposición de sus padres, habiendo marchado ambos a Mónaco para tentar la suerte del juego y establecerse en Italia, suerte que les habia sido adversa hasta la aparición del príncipe. este aceptó su romántica historia, posiblemente más impresionado por la belleza de la mujer que por el contenido de la narración y la invitó a visitar sus aposentos, dos o tres visitas fueron suficientes para recoger los datos necesarios. Una noche, mientras la “condesa” entretenía a su anfitrión en los jardines, su amigo desvalijaba las habitaciones privadas del soberano. Cuando Alberto I pudo reaccionar, la pareja ya había abandonado el pequeño territorio, sin que la policia monegasca hubiera tenido tiempo ni oportunidad de intervenir y, lo que era peor, sin posibilidad de acción alguna, al haber traspasado los autores la frontera”.

9 Foram quatro os pontos submetidos à discussão entre os delegados dos 14 países: meios adequados para acelerar e simplificar a captura de delinquentes; aperfeiçoamento de métodos de identificação; criação de um fichário central internacional, e unificação dos instrumentos processuais relativos à extradição.

10 *Bresler, Fenton*: “INTERPOL”; Edic. Sinclair-Stevenson, Great Britain, 1992, p. 23 e ss..

11 *Roux, Jean André*: “L’entr’aide des états dans la lutte contre la criminalité”; *Recueil des*

Anos mais tarde, *Quintano Ripolles* retomou o argumento e modernizou a imagem dizendo que seria igual a “tolerar que os criminosos fugissem de avião e o juiz e a polícia os perseguissem de diligência”¹².

Recentemente, em outubro de 1986, durante o XI Congresso Internacional de Defesa Social, realizado na cidade de Buenos Aires, *Beria di Argentine*¹³ assinalou que nos últimos anos se tem falado na internacionalização do delito, entendendo-se por isso duas coisas diferentes. De um lado a formação de uma delinquência que apresenta as mesmas características em todos os países do mundo (seqüestros, roubos em grande escala...) e, de outro, o desenvolvimento de uma conduta criminosa cujas manifestações se estendem pelo globo, sem consideração de nenhuma fronteira nacional (funcionamento geocêntrico).

As duas formas de internacionalização anotadas por *Beria di Argentine*, denominamos criminalidade por contaminação e criminalidade transnacional.

Hoje em dia são muito freqüentes em nossa região (Brasil e Uruguai) os atos delitivos caracterizados por uma espécie de ubiquidade, um delito cujo processo executivo se dá em diferentes territórios nacionais. É o caso da nova criminalidade que causa a crise de nossa cultura sócio-política, fenômeno não só internacionalizado, como de características transnacionais: a criminalidade econômica internacional.

Esta transnacionalização é, sem dúvida, o aspecto mais importante, a nota mais saliente, da criminalidade organizada contemporânea, diante da qual os Estados isoladamente ficam reduzidos a uma virtual impotência.

O fenômeno do crime organizado de caráter transnacional, como bem ilustrou *Eligio Resta*¹⁴, rompe o círculo de validade e eficácia das normas, uma vez que se coloca fora do seu alcance. Destaca o mesmo autor, usando uma linguagem cibernética, que “um sistema não pode ultrapassar seus próprios limites”. Normalmente, esse tipo de delito passa as fronteiras nacionais e as usa deliberadamente para seus fins, uma vez que a polícia e o Direito Penal ao qual ela serve, estão limitados pelo princípio da territorialidade. Seus limites

de ação terminam na fronteira do País onde se desenvolve sua atividade. Toda intromissão policial e judicial fora dos limites territoriais estará impedida de ser exercida em razão da própria definição de Estado soberano.

Sendo assim as coisas, os ilícitos financeiros internacionais; os crimes fiscais; as violações às normas sobre moeda estrangeira; o tráfico de armas, de órgãos e de pessoas; o narcotráfico, e a própria lavagem de dinheiro sujo, caracterizados como delitos à distância, adquirem maior grau de eficácia e ficam salvaguardados da ação do Sistema de Justiça Penal.

A atuação policial e judicial, nesses casos, enfrenta dificuldades específicas, tanto no terreno dos fatos, como no jurídico, por exemplo, quando necessita colher o depoimento de uma testemunha no estrangeiro, ou realizar qualquer diligência relativa à instrução. As diferenças freqüentes entre as legislações dos distintos países contribuem para a acentuar o problema.

Precisamente, para alcançar conceitualmente todo este movimento de meios e recursos destinados a combater as manifestações transnacionais da delinquência e a superar as dificuldades fáticas das investigações, inclusive aquelas derivadas dos desajustes normativos entre diferentes nações, foi que *Travers*, cunhou, em 1925 a expressão “Mutuação (cooperação) Penal” (“l’entraide”)¹⁵, para *Roux* — “l’entre’aide” —¹⁶. A expressão, posteriormente, foi conhecida entre os autores americanos como “extra-ajuda penal”¹⁷ para significar os diversos tipos de colaboração que crescentemente são prestados na atualidade entre os Estados, sem qualquer restrição às suas soberanias.

Roux acreditava existir três formas de auxílio recíproco: o policial, o judicial e o legislativo¹⁸. Modernamente se reconhecem duas formas de assistência e cooperação internacional em matéria criminal¹⁹: a *administrativa*, que é fundamentalmente policial, mas que pode ter outras expressões não necessariamente

Cours de l'Académie de Droit International, Edit. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, T. 36, p. 93.

¹² *Quintano Ripolles, Antonio*: “Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal”; Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Francisco Vitoria, T. II, Madrid, 1957, p. 116.

¹³ *Beria di Argentine, Adolfo*: “Relato sobre aspectos sociales-económicos, XI Congreso Internacional de Defesa Social: La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del Movimiento de la Defensa Sociale; Buenos Aires (Argentina), 27 de octubre — 1ª de noviembre de 1986”, mimeo. p. 2.

¹⁴ *RESTA, Elgio*: Relato sobre Aspectos Sociales, no Congresso citado, p. 7. Conf. *RISSE, Eduardo Mario*: “La Transnacionalización en la Sociedad Contemporánea”, Edic. Jasil, México, 1991.

¹⁵ *TRAVERS, Maurice*: “Les Effets Internationaux des Jugements Répressif”, in *Recueil des Cours de L'Académie de Droit International*, tomo 4, Hachette, Paris, 1925, p. 430.

¹⁶ *Roux, Jean-André*: “L’entre’aide des Etats dans la lutte...”, op. cit., supra, p. 80 e ss. Para este autor a “mutuação” ou “cooperação” requer uma dupla condição: em primeiro lugar, um sentido de cortesia entre as nações civilizadas e, em segundo, o sentimento de que os criminosos constituem um risco não, apenas, nacional, mas sim que constituem um perigo internacional.

¹⁷ *CLIFFORD, William*: “The Standard Minimum Rules for Treatment of Prisoners”, in *Proceedings of the 66th Annual Meeting of American Society of International Law*; *American Journal of International Law*, vol. 66, nº 4, set. 1972, Lancaster, 1973, p. 134.

¹⁸ *Roux, Jean-André*: “L’entre’aide des Etats...”; op. cit., p. 87.

¹⁹ Conf. *TROUSSE, Paul-Em*: “Quelques Aspects de la Collaboration des Etats dans L’Administration de la Justice Répressive”, in *Revue Belge de Droit International*, 1968-1, Bruxelles, 1968, p. 11. *STORDAHL, Frank*: “Modalidades de Extradición Penal Internacional”, Doc. Bc. 45-3, vers. mimeo. da conferência pronunciada durante o 2º Curso de Cooperação Internacional em Matéria Penal, Universidade do estado da Flórida, maio, 1991, p. 26. *FIERRO, Guillermo J.*: La Ley Penal... op. cit., p. 208.

vinculadas à polícia, e as variadas formas de *Cooperação Judicial Penal Internacional*, objeto do presente estudo, escrito a quatro mãos.

2 — ASPECTOS TRADICIONAIS E EVOLUTIVOS DA COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Com base no esboço histórico que acabamos de fazer e numa síntese didática, podemos dizer que a Cooperação Penal Internacional apresentou três fases distintas, a saber: i) a dos tratados bilaterais; ii) a da regulamentação interna e, iii) a da regulação internacional.

Na primeira fase, prevaleceu os interesses dos Estados, que entre si e de forma bilateral ajustavam as regras que melhor lhes convinham em tal matéria. O indivíduo era tido, apenas, como objeto, pois a Cooperação se desenvolvia, exclusivamente, no interesse das partes contratantes.

A esta fase seguiu-se outra, de caráter interno, ou seja, os Estados passaram a estabelecer em seu direito nacional regras sobre a Cooperação Penal Internacional.

Finalmente, na terceira fase, predominou uma tendência internacional de harmonização das normas de Cooperação Penal Internacional, através de Tratados multilaterais e internacionais, que passaram a entender que a Cooperação Internaonal em matéria penal não era alguma coisa que se desenvolvia, apenas, no interesse dos Estados, mas, sim, que representa, também, um importante instrumento jurídico de segurança jurídica individual e social.

Para essa evolução, contribuíram, fundamentalmente: o Código Bustamante de Direito Internacional, de 1928; a Convenção europeia dos Direitos do Homem, de 1950; a Convenção europeia de Extradução, de 1957; a Convenção europeia de cooperação judicial em matéria penal, de 1959; o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, de 1966; a Convenção americana sobre os Direitos do Homem, de 1969; a Convenção europeia sobre o valor internacional das sentenças penais, de 1970; a Convenção europeia sobre a transferência de processos penais, de 1972; a Convenção europeia sobre vigilância de pessoas submetidas a suspensão condicional da pena e a livramento condicional, de 1979; a Convenção de Viena contra o tráfico ilícito de drogas, de 1988; o Acordo de Schengen sobre cooperação internacional de serviços de polícia, de 1993. Além de outros pactos multilaterais, como os de Montevidéu, Benelux, Riad, Cairo, NAFTA, MERCOSUL, APEC, CEDEAO, UDEAC.

Nessa evolução, como já se viu, a tônica deslocou-se do Estado para o indivíduo. Além disso, essa verdadeira internacionalização da Cooperação Penal acabou por, de certa forma, consolidar o princípio geral que enfatiza o respeito à dignidade individual. Daí formar o instituto de que estamos tratando, de um sistema global.

Por ser uma sistema global, vários países têm procurado, partindo das normas internacionais, ajustar a elas a sua legislação interna, de maneira a torná-la reguladora de todas as formas de Cooperação, fazendo com que se submetam, de maneira geral, às mesmas regras. É esse o caso da lei suíça, de 1981; da alemã, de 1982; do Código de Processo Penal italiano, de 1988; do Código de Processo Penal português, de 1987; do Criminal Justice International Cooperation Act, inglês, de 1990; do Decreto-lei nº 43 português, sobre cooperação judicial internacional em matéria penal, de 1991 e outros.

As leis anteriormente enumeradas, de forma mais ou menos semelhante, disciplinam todas as formas de Cooperação Penal Internacional, ou seja, o auxílio judicial geral; a transferência de processos penais; a vigilância sobre pessoas em gozo de suspensão condicional da pena e de livramento condicional; a execução de sentenças penais estrangeiras e a extradição.

Veremos, a seguir, quais são essas regras gerais e, para tanto, tomaremos por base o que estabelece o Decreto-Lei nº 43, de Portugal, por ser o mais atual. Para tanto, tomaremos como fonte básica, além do texto do Decreto-Lei nº 43 de Portugal, o Relatório Geral do tema nº 3, do Congresso Internacional de Direito Processual, de Taormina (1995), elaborado pela Profa. *Ada Pellegrini Grinover* e as Recomendações do XV Congresso Internacional de Direito Penal (Rio de Janeiro, 1994).

A primeira característica está no fato de ser a lei nacional subsidiária do direito convencional, aplicando-se, na falta de tratado, caso seja garantida a reciprocidade. Mesmo nos casos em que não seja garantida a reciprocidade, a Cooperação não estará, de imediato, afastada, uma vez que poderá ser concedida, quando a natureza do fato a justificar, quando possa vir a beneficiar a situação do réu ou acusado, ou, ainda, quando puder servir para esclarecer fatos imputados a um nacional.

Geralmente, os requisitos impeditivos da Cooperação, que a lei portuguesa denomina “requisitos gerais negativos”, mencionados nas diversas leis nacionais e recomendados pela doutrina são, em forma sintética, os seguintes:

- a) quando o processo não se ajustar às regras previstas nas Convenções sobre Direitos do Homem e em outros instrumentos internacionais;
- b) quando existam fundadas suspeitas de que a Cooperação tenha sido solicitada em razão de preconceito de raça, língua, convicções políticas, ideológicas, social e religiosa;
- c) quando existir perigo de agravamento da situação processual da pessoa interessada, pelos motivos anteriormente mencionados;
- d) quando o processo se desenvolver perante Tribunal de exceção, ou puder a vir a se desenvolver em um tribunal dessa natureza;
- e) quando o imputado estiver sujeito à pena de morte, à prisão perpétua ou a penas desumanas ou cruéis;

f) quando ao imputado puder vir a ser imposta uma medida de segurança de caráter perpétuo.

Nas duas últimas hipóteses a Cooperação poderá ser concedida no caso de o Estado requerente comprometer-se a não aplicar as ditas sanções;

g) quando se tratar de crime político ou crime militar próprio;

h) quando o pedido importar em violação do princípio do não “bis in idem” e da “dupla incriminação”;

i) quando se tratar de infração de pequeno potencial ofensivo, determinado pelo “quantum” da pena;

j) quando o pedido de Cooperação importar em violação de princípios fundamentais do direito interno, como por exemplo, a colheita ou aceitação da prova ilícita e a violação de segredos.

Para salvaguarda dos direitos fundamentais devem ser estabelecidas regras sobre o direito de defesa, a língua, os requisitos formais dos pedidos de Cooperação e outros do mesmo gênero.

No que se refere a diligências de apreensão de bens, a lei deve prever normas de prudência que reguardem os direitos de terceiros de boa-fé e o dos legítimos proprietários ou possuidores.

Com relação às medidas cautelares urgentes, a urgência deverá se justificada e somente serão executadas se coincidirem com as previstas no direito interno.

Neste ponto, devemos repetir as palavras de *Ada Pellegrini Grinover*, no aludido Relatório Geral, ao se referir ao Título I, do Decreto-Lei português “A propósito, todo o Título I se enquadra na ótica destacada por *Cervini e Chaves*, no sentido de que na Cooperação Judicial Internacional, a possibilidade de que a pessoa resulte prejudicada não se limita à extradição — a chamada ‘medida de cooperação de terceiro grau’ — mas se estende às medidas que possam causar algum gravame a bens — as chamadas ‘medidas de segundo grau’ — e até às medidas de simples assistência processual — as chamadas ‘medidas de cooperação de primeiro grau’ —. A partir dessas considerações, há que reconhecer-se legitimidade ao indivíduo para participar dos atos de cooperação judicial em matéria penal.”²⁰

3 — CONCEITO DE COOPERAÇÃO JUDICIAL PENAL INTERNACIONAL

Definida em termos gerais como uma espécie do gênero Cooperação Internacional, a Cooperação Judicial Penal Internacional concretiza-se quando o

aparelho judicial de um Estado soberano recorre ao auxílio, à assistência, que lhe possa ser prestada por outros Estados, através da atividade jurisdicional²¹.

O processo, nos recorda *Sosa Aguirre*²², constitui um conjunto de atos diversos, que se sucedem em um período mais ou menos extenso, considerados como uma unidade, à vista do fim que os une (no caso a aplicação da lei penal). Normalmente esses atos se desenvolvem no âmbito da competência da autoridade judicial em que tem lugar o processo, porém, às vezes, alguns necessitam ser realizados em outros lugares, dentro ou fora do Estado onde corre o feito. Precisamente, quando sob essas condições, o órgão jurisdicional de um Estado solicita auxílio a um órgão jurisdicional de outro Estado, estaremos em presença da Cooperação Judicial Penal Internacional.

Por seu lado, *Polimeni*, em sua peculiar linguagem, estabelece um conceito introdutório e descritivo de Cooperação Judicial Penal Internacional. Entende-a como um *instituto global de solidariedade interestatal e de garantias (formais e substanciais)* que pressupõe reconhecer, antes de tudo, a necessidade fática e a viabilidade jurídica de uma interação processual-funcional entre estruturas jurisdicionais de diferentes Estados²³.

Conseqüentemente, de acordo com reformulação conceitual feita por *Cervini*, com base nas idéias de *Polimeni*, a Cooperação Judicial Penal Internacional pode esquematizar-se funcionalmente como um *conjunto de atividades processuais* (cuja projeção não se esgota em simples formas), *regulares* (normais), *concretas e de diversos níveis, executado por órgãos jurisdicionais* (competentes) *em matéria penal, pertencentes a diferentes Estados soberanos, que confluem* (funcional e necessariamente) *em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento* (preparação e consumação) *de um processo* (principal) *da mesma natureza* (penal), *dentro de um estrito marco de garantias* (de acordo com o diverso grau e projeção intrínseco do auxílio requerido)²⁴.

É necessário assinalar que — atendendo à diversidade dos sistemas jurídicos envolvidos na cooperação — quando *Polimeni* se refere a “estruturas jurisdicionais”, está admitindo implicitamente que a Cooperação Judicial Penal Internacional seja prestada — tratando-se de primeiro ou segundo grau — não só entre juízes, mas também entre estes e autoridades vinculadas ao exercício

21 *MOUSO, Paulo*: Cooperación Judicial... “ op. cit., p. 22.

22 *SOSA AGUIRRE, Tabaré*: “Cooperación Judicial Internacional en Materia Penal”, in *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* / 3. FCU, Montevideo, 1990, p. 440.

23 *POLIMENI, Gioacchino*: “La Assistenza in Materia Penale”; Turcchio Editore, Milano, 1990, p. 16.

24 *CERVINI Raúl*: “La Cooperación Judicial Penal Internacional. Conceito e Projeção”; in *Revista Judicatura*, nº 37, Montevideu, junho de 1994, p. 118 e ss.

20 *Ada Pellegrini Grinover*: Relatório-Geral do tema nº 3, do Congresso Internacional de Direito Processual, de Taormina, 1995, nº 7.2.1, mimeo.

da Justiça (membros do Ministério Público e outros órgãos ou funcionários), porque, embora seja usual o emprego da expressão Cooperação Judicial Penal Internacional, melhor seria dizer-se Cooperação Jurisdicional Penal Internacional.

É importante finalmente sublinhar, como corretamente o faz *Tellechea Bergman*²⁵, a função essencialmente coadjuvante ao processo principal do auxílio judicial interestatal, característica implícita dentro do aspecto de funcionalidade processual, desenvolvido por *Polimeni*²⁶. Dentro do conceito de cooperação ou auxílio internacional, situa-se toda aquela atividade de natureza processual realizada em um Estado a serviço (em função) de um processo que se desenvolve ou a se desenvolver perante uma outra jurisdição. Este critério, a nosso juízo, importa necessariamente adotar uma posição a respeito do tão debatido tema, ou seja, se nessas instâncias existe jurisdição própria ou mera delegação de jurisdição por parte do juiz requerido. Isso veremos a seguir.

4 — FUNDAMENTO E NATUREZA JURÍDICA DA COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Os enfoques conceituais anteriores pressupõem uma posição prévia, relativa ao fundamento e à própria natureza jurídica do instituto em análise.

Com relação ao fundamento, são várias as propostas que já foram apresentadas, cada uma com sua peculiaridade jurídica e particulares implicações práticas.

4.1 — As teorias utilitaristas.

As teorias da Reciprocidade; da Realização da Justiça e a da Cortesia Internacional (comitas gentium) representam um estágio já superado pelo Direito Penal Internacional e particularmente no que denominamos Direito da Cooperação Penal Internacional²⁷.

²⁵ TELLECHEA BERGMAN, Eduardo: "Un instrumento para la integración jurídica del MERCOSUR. El Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre la República oriental del Uruguay y la república Federativa del Brasil", in Revista Uruguaya de Derecho procesal /3, FCU, Montevideo, 1991, p. 393. Idem: "El protocolo de Cooperación u asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa entre los estados parte del MERCOSUR", vers. mimeo. da comunicação apresentada ao Seminário: MERCOSUL: Livre circulação de mercadorias e proteção do consumidor; porto Alegre, 10/11 de dezembro de 1993, p. 4.

²⁶ POLIMENI, Gioacchino: "La Assistenza...", op. cit., p.39 e ss.

²⁷ Trousse, Paul: *Quelques Aspects de la Collaboration des États...*; ob. cit. p. 16. *Operti Didier*; in: Brown, Richard; Cervini, Raúl; Duran Martinez, Augusto; Gros Espiell, Héctor;

4.2 — Novas formulações.

Modernamente foram ensaiadas novas formulações. Vejamos:

Um setor da doutrina entende que, sem prejuízo dos motivos que podem conduzir um Estado a admitir e desenvolver uma prática de cooperação judicial penal (utilidade política, interesse na justiça substancial, império dos fatos, simples cortesia, etc..), o fundamento essencial desse tipo de assistência reside no respeito ao processo, como concentração estrita e formal de atos, criada pela sociedade para dirimir as controvérsias que ocorrem em seu seio, seja qual for a sua natureza, com o objetivo de promover a Justiça²⁸.

Outros autores entendem que na base da Cooperação Judicial Penal Internacional estão presentes os pressupostos fáticos da própria existência do Direito Penal Internacional. Embora, o simples reconhecimento da existência de diversidades entre os sistemas jurídico-penais dos Estados, por si só, importe em estarmos dando um passo fundamental no caminho do desenvolvimento da Cooperação Judicial Internacional. Os que assim pensam acrescentam que são as circunstâncias fáticas: em primeiro lugar, a existência de modalidades delitivas que transcendem às fronteiras nacionais (transnacionais) e, em segundo, a eventual compatibilidade ou tolerância funcional dos princípios que regem os diferentes ordenamentos jurídico-penais, que determinam, historicamente, a maior ou menor elasticidade nos requisitos de admissão dessa continuidade jurídica que é a Cooperação Penal Internacional²⁹.

4.3 — Natureza Jurídica.

No que se refere à natureza jurídica da Cooperação Judicial Penal Internacional, a posição teórica tem condicionado os alcances do instituto.

4.3.1 — De acordo com uma dessas posições doutrinárias, existe uma *Jurisdição Própria* da sede cujo auxílio é requerido. A jurisdição do juiz

Operti, Didier e Talice, Jorge: *Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de los Estados Unidos de América*; trabalho apresentado na Jornada realizada na Faculdade de Direito da UCUDAL em 14.06.91, publicado pela Universidade Católica do Uruguai Dámaso Antonio Larrañaga, Ed. Barreiro y Ramos, Montevideu, 1992, p. 23, expressa que: "a assistência jurídica mútua entre os Estados converteu-se em uma obrigação dos Estados, deixando de pertencer à "comitas gentium", cortesia em que se fundava tradicionalmente a cooperação".

²⁸ *Turone Giuliano*: *L' Extradizione e l' Assistenza Giudiziaria nei Rapporti Italia-Statì Uniti D' America*; Giuffrè Editore, Milano, 1986, p. 16. Na doutrina uruguaia essa parece ser a posição de Sosa Aguirre, Tabaré: *Cooperación Judicial Internacional...*; ob. cit., p. 440.

²⁹ *Mouso, Paulo*: *Cooperación Judicial...*; ob. cit., p. 34. *Polimeni, Gioacchino*: *La Assistenza...*; ob. cit., p. 43.

requerido, em relação aos atos processuais de cooperação é própria e originária, ou seja, pertence a ele Juiz, ainda quando o ato de cooperação ou auxílio não possua qualquer relevância para o Estado requerido, mas, apenas para o requerente. De acordo com esse entendimento, o Juiz estaria ligado “in natura” à própria sorte do processo principal, podendo, por isso, influir sobre o seu resultado deferindo ou negando diligências³⁰.

4.3.2 — Para os seguidores da outra orientação, existe nos casos de Cooperação uma *Delegação de Jurisdição*. A jurisdição requerida em auxílio judicial atuaria como que comissionada pela jurisdição requerente³¹. Essa posição é tradicionalmente criticada por falar em delegação, já que a jurisdição requerida atuaria como mera mandatária, dependendo sempre da jurisdição requisitante. Por seu turno tal crítica foi contestada afirmando-se que, tecnicamente haveria um “juízo por comissão”. A jurisdição delegada deveria limitar-se a fins precisos, ficando o poder de decisão da contenda em mãos da jurisdição requerente e, em consequência o poder de avaliar, à luz da lei aplicável, o valor e os efeitos dos atos da jurisdição delegada³².

Dentro dessa concepção há certos matizes, entretanto, existe acordo quanto ao fato de que a Cooperação Judicial Penal Internacional se refere necessariamente à assistência que há de ser prestada entre os órgãos judiciais de Estados diversos, a fim de que cada um possa cumprir adequadamente suas funções nos processos a seu cargo.

O órgão judicial cooperante ou assistente, nos diz *Gelsi Bidart*³³, atua por delegação daquele que solicita a cooperação e a assistência, pois o processo principal não pode se desenvolver fora do âmbito espacial do Tribunal que o preside. Existe, segundo o autor citado, uma mútua dependência entre as duas jurisdições. A jurisdição do processo principal não pode realizar diretamente certas atividades, porque estas devem ser levadas a efeito fora de sua competência territorial, por isso depende da jurisdição requerida, pois esta, sim, possui competência territorial. Por seu turno, a jurisdição requerida, depende da existência de um processo em curso na jurisdição requerente.

A situação não é muito diferente da que ocorre dentro de um mesmo Estado. A diferença está que neste caso, entre os órgãos judiciais com competência territorial diferentes a limitação se dá dentro do próprio Estado, enquanto que

nas hipóteses de cooperação a limitação é internacional e a cooperação decorre da existência de um tratado internacional de caráter bi ou multilateral.

4.3.3 — Essa posição tem relação com o que pensa *Polimeni*, que, com sua particular terminologia, define essa distribuição de competência entre os tribunais como “*interação processual funcional internacional*”³⁴.

Contrariamente ao pensamento de outros autores, a posição do citado *Polimeni* não implica de nenhum modo em que o juiz requerido se constitua num “autômato”, em um mero executor material de medidas de qualquer tipo, que lhe sejam solicitadas³⁵. A expressão “delegação” somente representa uma perspectiva relativa à origem funcional do auxílio, não sendo sinônima de mandato ou de mandatário. Isso é o que se chama “*interação processual funcional*”. A nosso juízo, o Juiz chamado a prestar cooperação penal internacional somente poderá dar tramitação e implementar aquelas medidas que não estejam proibidas por suas leis internas. Este princípio está contido nos tratados e na legislação interna tanto brasileira, quanto uruguaia³⁶. Nesse âmbito, entram também os princípios fundamentais do dogma penal e é tarefa dos penalistas cuidar da sua observância.

Finalmente, pode-se admitir que por solicitação expressa e fundamentada da Corte requerente, o juiz requerido cumpra a solicitação de assistência de acordo com as formalidades ou procedimentos especiais, mas isso somente será possível sempre e quando estas formas ou procedimentos não sejam incompatíveis com a lei nacional do juiz. Esta é uma clara manifestação do princípio do respeito à Lei Interna substancial e processual do Estado requerido (formas e garantias)³⁷.

34 *Polimeni, Gioacchino*: La Assistenza...; ob. cit., p. 53.

35 *Mouso, Paulo*: Cooperación Judicial...; ob. cit., p. 36. *Polimeni, Gioacchino*: La Assistenza...; ob. cit., p. 54. *Severin, Louis W.*: International Criminal Assistance; Off-Print of Laws and Criminology Review, vol. 9, nº 1, Austin, 1991, p. 81.

36 Essa foi a solução acolhida no âmbito bilateral do Tratado de Assistência Jurídica Mútua em assuntos Penais entre a República do Uruguai e os Estados Unidos da América, aprovado pelo Poder Legislativo uruguaio em 30 de novembro de 1993 e promulgado em 1º de dezembro do mesmo ano (art. 2, J e 7, U) e no Anteprojeto de Tratado de Assistência Jurídica Mútua em assuntos Penais entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai (art. 2, J e 7, U). Igualmente nos Anteprojetos de Tratados da R.O.U. com o Reino da Espanha, Reino Unido e Austrália respetivamente, ainda pendentes de ratificação. No âmbito multilateral podem ser citados: o projeto de Convenção Inter-americana sobre Assistência Judicial em Matéria Penal. Finalmente, a mesma orientação consta do art. 525.2 do Código Geral de processo que integra, no Uruguai, o Direito Penal Internacional de fonte nacional.

37 Solução encontrada pelo Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre a R.O.U e os E.U.A (art. 7.3, 16.3, 23, U). Igual critério se encontra no citado Anteprojeto de Tratado entre Brasil e Uruguai.

30 *Turone, Giuliano*: L'Extradizione e l'Assistenza Giudiziaria...; ob. cit., p.24.

31 *Polimeni, Gioacchino*: La Assistenza...; ob. cit., p. 52.

32 *Gelsi Bidart, Adolfo*: “Criterios de Cooperación Judicial Internacional en el Código Tipo para América Latina y el Código General del Proceso”, in *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 4, FCU, Montevideu, 1990, p.533.

33 *Gelsi Bidart, Adolfo*: Criterios de Cooperación Judicial...; ob. cit., p. 533.

5 — ALCANCE EXCEPCIONAL DA COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Em torno desse tema estabeleceu-se um ardoroso porém infecundo debate, fazendo com que muitos publicistas se envolvessem numa polêmica sem saída aparente, produto de um falso dilema. Basta recordar que alguns autores conceituaram esquematicamente o tema através de uma opção simples: as medidas de cooperação judicial penal internacional devem ser entendidas como algo extraordinário e absolutamente excepcional ou, em seu efeito, como uma prática internacional de aplicação limitada e restrita. Durante muito tempo, nos diz *Grasso*, sofreu-se a tendência de justificar esses pontos de vista maniqueístas, no sentido de que correspondiam a expressões extremas das perspectivas territorialista e internacionalista, respetivamente. Nada obstante, uma atenta leitura de seus fundamentos, de acordo com o mesmo autor, nos permite afirmar que suas conclusões não resultam cientificamente conseqüentes com os princípios e a evolução das referidas escolas tradicionais³⁸.

Entendemos que uma perspectiva moderna da Assistência Judicial Penal Internacional nos obriga a distinguir entre seus vários matizes e níveis, cada um deles expressando, por sua vez, a solidariedade interestatal e garantias, conforme o seu grau³⁹. Em consonância, *Polimeni* concebe a Cooperação Judicial Penal Internacional como um “estado global regular (normal) de auxílio interestatal e garantias”⁴⁰ e essa concepção se deve refletir no momento de desenvolver esses tópicos.

Procuraremos esboçar nos parágrafos seguintes, em suas grandes linhas, as orientações tradicionais e os novos aportes trazidos a este tormentoso problema.

5.1 — Teses restritivas.

Seus partidários sustentam que o regime jurídico correspondente a estas modalidades de ajuda judicial penal constitui um temperamento de natureza excepcional. Sua postura, estabelecida no Direito Penal clássico⁴¹, funda-se na

³⁸ *Grasso, Giovanni*: Comunidades europeas y Derecho penal — Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y los sistemas penales de los Estados miembros; Ediciones de la Universidad de castilla La-Mancha, 1993, p. 62.

³⁹ *Cervini, Raúl*: Medidas de Asistencia Judicial Penal Internacional em primer Nivel y la Doble Incriminación, in *Anales del 2º Seminario Internacional: La regionalización del derecho Penal en el mercosur*, 10 a 13 de novembro de 1993, Publicação Oficial, Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideu, 1993, p.55 e ss.

⁴⁰ *Polimeni, Gioacchino*: La Assistenza..., ob. cit., p. 19.

⁴¹ *Jiménez de Asúa, Luis*: Tratado de Derecho penal, tomo II, Filosofia y Ley penal; 2ª ed., Editorial Losada S.A., Buenos Aires, p. 730 e ss.

idéia de que o alcance espacial do Direito Penal na esfera internacional deve estar determinado a partir de uma perspectiva territorialista e, assim como o Tribunal solicitante expede a rogatória de acordo com a sua lei, também o Tribunal requerido deve sujeitar sua prestação de auxílio à sua lei nacional⁴².

Os desdobramentos dessa posição são, a nosso ver acertados e, em tal sentido é conveniente recordar, como o faz *Operti*⁴³, que, em atenção aos valores em jogo, a assistência judicial penal participa de, alguma maneira, das notas da territorialidade próprias do Direito Penal material. Porém essa inegável e fecunda conexão entre o princípio da territorialidade e os sistemas de garantia, não pode levar a um isolamento jurídico, nem a conceber-se a assistência penal como algo necessariamente excepcional, como nos ilustra *Severin*⁴⁴.

Subsidiariamente, agregam-se outros argumentos de menor valor baseados em apreciações manifestamente errôneas, entre eles, o de que a medida de colaboração interestatal em matéria penal deve extrair-se da extradição, que constitui a espécie de cooperação que tem maior tradição e desenvolvimento. Este instituto, segundo este critério, deve pautar os requisitos básicos dos demais níveis de cooperação judicial penal internacional (de primeiro nível: mero trâmite e instruções e de segundo nível: medidas assecuratórias, conservadoras ou cautelares) que têm escasso desenvolvimento positivo no direito comparado em geral, diferentemente da extradição. Mais adiante voltaremos a este ponto. Por agora queremos simplesmente expressar que esta afirmação constitui um profundo equívoco e tem sido tradicionalmente fonte de outros tantos lamentáveis equívocos.

Também afirma-se, com rigor discutível, que a tese restritiva constitui a doutrina mais aceita em nossa região. Assim, no âmbito da OEA, as sucessivas CIDIP (Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado) reunidas no Panamá (1975), Montevideu (1979) e La Paz (1984), que excluem de seus textos a Cooperação Penal Internacional, teriam consagrado a princípio o critério que entende ser o tratamento de tais práticas excepcional.

As Convenções sobre Rogatórias, Precatórias e Recepção de Provas Colhidas do Estrangeiro, firmadas no Panamá em janeiro de 1975, durante a 1ª CIDIP, embora somente tratem de cooperação judicial em matéria civil, em ambos os instrumentos (art. 2º de cada um deles) prevêm a faculdade dos Estados partes adotarem as normas das Convenções para a matéria penal. Agrega-se, finalmente, que o mesmo temperamento (restritivo) encontra-se na Convenção sobre igualdade de tratamento processual assinado entre Uruguai e Argentina em 1980 e o Tratado com o Chile, de 1982, que admitem a assistência

⁴² *Turone, Giuliano*: L'Extradizione e l'Assistenza Giudiziaria..., ob. cit., p. 28.

⁴³ *Operti, Didier* e outros: Tratado de Asistencia Jurídica Mútua..., ob. cit., p. 23.

⁴⁴ *Severin, Louis W*: International Criminal Assistance..., ob. cit., p. 84.

penal somente com relação às diligências de mera tramitação e não às diligências anteriores à instrução e secretas (presumarial) e as de natureza cautelar⁴⁵.

5.2 — Tese ampla.

Seus partidários, dentro de uma vasta gama de matizes⁴⁶, situam-se em geral em um ponto de vista metodológico próprio dos internacionalistas, priorizando, antes de tudo, a solidariedade entre os Estados, com clara tendência a uniformizar perigosamente as soluções em todos os ramos do Direito.

Desde essa perspectiva, o critério em matéria de assistência judicial internacional há de ser o de ampliá-la e facilitá-la, inclusive no âmbito penal, abreviar os trâmites usuais em seu aspecto processual e reduzir ao máximo os condicionamentos no plano substancial, como lembra o já citado *Sosa Aguirre*⁴⁷.

Diz-se, a nosso modo ver, acertadamente, que não é razoável, nem tecnicamente correto englobar os diferentes níveis de assistência dentro das mesmas soluções. Não se pode exigir para os graus leves e intermediários (1º e 2º níveis de assistência) os mesmos requisitos que os para a extradição (3º nível de assistência), salvo no que diz respeito às garantias dos direitos fundamentais.

No seio dessa corrente, alguns chegam a sustentar que, tal como ocorre com o “homônimo” fenômeno em matéria civil, o cumprimento de uma medida destinada a produzir prova ou de uma medida assecuratória é inócuo e não compromete, em absoluto, o Tribunal rogado. Não compatilhamos desse argumento. A matéria penal é particularmente sensível e muitas das soluções encontradas no âmbito da cooperação judicial civil, comercial ou trabalhista não podem ser aplicadas sem mais nem menos no âmbito da cooperação penal internacional⁴⁸. Basta recordar que certas medidas de auxílio penal, não somente podem gerar um dano patrimonial irreparável, como — o que é mais grave — podem ferir direitos individuais de valor mais elevado que aqueles que se vêm envolvidos na assistência em outros ramos do Direito.

O processualista uruguaio *Gelsi Bidart* adverte com sagacidade, a respeito dos riscos inerentes a argumentos desse calibre “embora tenhamos aderido à concepção unitária do Direito Processual, devemos admitir, que no Processo Penal, desde o ponto de vista internacional... a diversidade ainda extrema entre as leis penais leva a uma prudência peculiar, para examinar a admissibilidade das solicitações que se apresentarem”⁴⁹.

É necessário dizer-se, também, que se negar a cooperação a um órgão jurisdicional estrangeiro, sem maiores questionamentos, ou colocar freios ao andamento de rogatórias, sob o pretexto da não existência de tratado ou convenção sobre a matéria, importa num arcaísmo que não condiz com o tráfico econômico e jurídico moderno e com o nível alcançado pelas relações internacionais.

Independentemente e sem prejuízo dos fundamentos teóricos aqui resenhados, outros publicistas, partidários da tese ampla, aprofundam suas observações a respeito do grau de recepção que cooperação deve ter no direito positivo dos diversos Países.

Admitida a autonomia do Direito Penal Internacional, o critério de hermenêutica mais apropriado, segundo alguns que se apegam a uma visão jusprivatista segundo *Talice*⁵⁰, é o de recorrer, em primeiro lugar, aos tratados e convenções existentes sobre a matéria, para encontrar ali a doutrina mais aceita. Contrariamente ao que sustenta os defensores da tese restritiva, existem numerosos exemplos de acordos judiciais de cooperação internacional que se referem a matéria penal⁵¹. Devemos ter presente, como nos recorda o citado *Sosa Aguirre*, que com relação ao Uruguai, cada vez que esse País firmou uma convenção bilateral sobre Cooperação Judicial Internacional no último século, fez incluir as rogatórias em matéria penal. Analisando essas normas conclui o

⁴⁵ *Sosa Aguirre, Tabaré*: Cooperación Judicial Internacional ...; ob. cit., p. 441.

⁴⁶ Pertence a este grupo a maioria dos internacionalistas clássicos, principalmente: *Vattel, T.*: Derecho de gentes o principios de la Ley natural; tomo I, Imprenta D. León A. marita, Madrid, 1834, p. 130. Entre os contemporâneos: *Goldschmidt, Werner*: Derecho Internacional privado; Buenos Aires, 1974, p. 490.

⁴⁷ *Sosa Aguirre, Tabaré*: cooperación Judicial Internacional ...; ob. cit., p. 441.

⁴⁸ Sobre o tema da Cooperação Internacional em geral, veja-se o recentíssimo livro dirigido e coordenado pelo Prof. *Italo Andolina*, Catedrático de de Direito Processual Civil da Universidade de Catânia, volume III, da coleção “Ricerche sul Processo”, intitulado *Cooperazione Internazionale in Materia Giudiziaria*, Libreria Editrice Torre, Catânia, 1996, que em seu último capítulo contém estudo da pesquisadora *Elena Andolina* sobre “La cooperazione internazionale nella lotta alla droga ed alla criminalità transnazionale”. JM

⁴⁹ *Gelsi Bidart, Adolfo*: Criterios de Cooperación Judicial ...; ob. cit., p. 532.

⁵⁰ *Talice, Jorge*: “Interpretación e Integración en el Derecho Internacional Privado”, in *Revista Uruguay de Derecho Internacional*, n. 3, Publicación de la Asociación Uruguay de Derecho Internacional, Montevideo, 1974, p. 155 e ss.

⁵¹ Podem ser citados, a título de exemplos, em âmbito global: A Convenção das Nações Unidas de 1988 sobre o tráfico de drogas. No âmbito regional: além dos clássicos Tratados de Direito Processual Internacional de Montevideo (1889 e 1940), as Convenções de 1982 entre Uruguai, Argentina e Chile sobre antecedentes criminais e igualdade de tratamento processual; a Convenção Interamericana de Extradicação de Caracas de 1981 e o Projeto de Convenção Interamericana de Assistência Judicial em Matéria Penal elaborado no seio da OEA, no qual o Uruguai exerceu papel importante, graças à atuação do Prof. Manuel Vieira. No plano bilateral, cabe citar o Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre a República Oriental do Uruguai e os Estados Unidos da América, promulgado em 1º de dezembro de 1993 e os diversos projetos já mencionados em notas anteriores. Relativamente ao Brasil podemos citar os Acordos de cooperação em matéria de drogas celebrados com Portugal (1991), Uruguai (1991) e Cuba (1994).

mesmo autor, que elas não distinguem entre medidas anteriores e posteriores à propositura da ação penal e, onde o legislador não distingue ao intérprete não é lícito fazê-lo, principalmente se tal distinção importa em desvirtuar o sentido mais profundo do moderno auxílio internacional⁵².

5.3 — Tese do Estatuto Normal de Auxílio Interestatal e Garantias.

No começo deste capítulo adiantamos que o debate, quanto ao alcance da Cooperação Judicial Penal Internacional, estava apresentado como um falso dilema. Nisso concordam vários autores contemporâneos de primeira linha. A admissibilidade ou improcedência jurídica de um instituto de tanta transcendência como o da Cooperação Judicial Internacional em assuntos penais, adverte *Pittaro*, não pode ser apresentada em termos de “preto e branco”, não se trata de cooperar de qualquer modo ou de abster-se de fazê-lo por princípio⁵³.

Surge então, natural e obrigatoriamente, uma pergunta: como poderão se amalgamar os aspectos garantistas da tese restritiva com a necessária solidariedade internacional que inspira a tese ampla? A resposta, a juízo de *Polimeni*, deve ser encontrada na própria estrutura da interação processual-funcional entre as jurisdições dos diferentes Estados, comprometidos em nível de assistência penal.

Já dissemos que toda alternativa cooperacional se estrutura sobre três planos fundamentais, que devem se manter em constante equilíbrio dinâmico. Isso deve se refletir em uma necessária tensão entre os interesses de uma eficaz cooperação jurídica internacional, em equilíbrio entre o reconhecimento jurídico formal e substancial da diversidade dos sistemas normativos envolvidos e dos direitos dos indivíduos concretamente afetados no decurso das atividades de cooperação.

Tradicionalmente, atendendo ao fato de que a Cooperação nasce dos Estados e encontra sua origem no Direito Internacional Público, somente foram levadas em conta as partes formais da Cooperação (os Estados). Hoje, com o advento do Direito Penal Internacional (que trabalha com indivíduos), através de um enfoque integrado, os penalistas reivindicam que sejam levadas em linha de conta as partes substanciais dessas Cooperação (os indivíduos e também os Estados).

Certas abstrações do Direito Público reduziram-se historicamente a um certo eufemismo transpersonalista, desconhecendo o fato de que grande parte dos casos de assistência judicial penal internacional, para não dizer todos,

afetam direta ou indiretamente a situação de indivíduos concretos, provocando, em muitos casos, danos irreversíveis na esfera de sua liberdade ou de seu patrimônio. As pessoas eventualmente envolvidas têm uma natural e legítima vocação para fazer ouvir o seu ponto de vista no decurso dessas instâncias processuais de auxílio interestatal. Tal procedimento não pode ocorrer à revelia do cidadão envolvido. Não podemos esquecer que, tanto o Direito Penal interno de cada Estado, como as manifestações internacionais de auxílio penal devem ter por centro o homem e seus interesses⁵⁴.

A já exposta, estrutura funcional desse tipo de assistência importa numa dupla projeção interna/ externa do instituto e, por isso, uma leitura bifocal de seus alcances⁵⁵. Numa primeira aproximação, que chamaremos de “continente”, é indiscutível que nos tempos atuais as instâncias de Cooperação Penal Internacional devem ser vistas — em princípio — como um mecanismo processual normal ou regular do Direito Penal Internacional, como consequência natural do princípio da solidariedade judicial entre os Estados. Obviamente que, tratando-se de assistência de natureza penal, a qualificação de normal ou regular não pode ser entendida, de modo algum, como sinônimo de peremptória e irrecusável⁵⁶.

Atendendo a esse último aspecto, a discussão deverá ser travada em relação ao “conteúdo”. Nessa âmbito estarão em causa uma rede de princípios de eficácia e garantia. Relativamente aos últimos, os de natureza formal e substancial, os próprios do processo e, também, muito especialmente, aqueles da mesma natureza do dogma penal, quais sejam: o da dignidade humana, o da relevância do bem jurídico, o das categorias lógico-objetivas e o da culpabilidade.

Estes mesmos princípios de eficácia e garantia, harmonicamente balanceados, permitirão aos juízes rogados e, eventualmente à Administração, deslindar,

54 *Schutte, Julian*: La regionalización del Derecho Penal Internacional y la protección de los derechos del Hombre en los procesos de cooperación internacional en materia penal; relatório geral para o Xv Congresso Internacional de Direito Penal, in José Luis de la Cuesta e João Marcello de Araujo Junior (org.): Cuadernos del XV Congreso Internacional de Derecho Penal, UERJ, 1994. Também na Revue Internationale de Droit Pénal, vol. 65, n°s 1/2, 1994, p. 39 e 83. *Cervini, Raúl*: Los derechos humanos como limite a ciertas instancias de cooperación internacional; conferência pronunciada durante o Curso Internacional de Criminologia, na Escola de Direito da Universidade da Flórida; Flórida, 1992, p. 24, mimeo.

55 *Polimeni, Gioacchino*: La Assistenza...; ob. cit., p. 80.

56 *Pittaro, Paolo*: Tutela Procedurale e Requisiti in Materia Penale; Siracusa, 1989, p. 6, mimeo. *Cervini, Raúl*: La protección penal del consumidor y el desafío de la regionalización; Porto Alegre, 1993, p. 25, mimeo. *Cervini, Raúl*: Os princípios de cooperação judicial internacional em assuntos penais (com especial referência ao Anteprojeto de Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai; in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n° 30, julho/setembro de 1993.

52 *Sosa Aguirre, Tabaré*: Cooperación Judicial Internacional ...; ob. cit., p. 442.

53 *Pittaro, Paolo*: Tutela Procedurale e Requisiti in Materia Penale; Siracusa, 1989, p. 6, mimeo.

caso a caso, conforme o nível de assistência requerido e outras valorações jurídicas formais e substanciais, a procedência, a improcedência ou o deferimento da assistência solicitada⁵⁷.

6 — NÍVEIS OU GRAUS DE ASSISTÊNCIA

6.1 — Toda medida de Cooperação Penal Internacional importa implicitamente e de algum modo, numa intromissão de uma ordem jurídica (rogante) em outra (rogada) e numa afetação dos direitos patrimoniais e pessoais, cuja medida e danosidade dependerá em primeiro lugar da natureza processual da medida de assistência solicitada e, em segundo lugar, de sua duração e coercibilidade.

Essa característica multiforme e polifuncional própria das medidas de Cooperação Penal Internacional faz denotar, desde logo, a existência de níveis ou graus entre tais medidas, como afirma *Mouso*⁵⁸. Além disso, o extraordinário aumento da criminalidade transnacional, aliada à grande mobilidade das populações em todo o mundo deram causa a uma profunda evolução no seio da Cooperação Penal Internacional, que, principalmente nos últimos dez anos, provocou o surgimento de novas formas mais avançadas e até alternativas de cooperação⁵⁹.

6.2 — Grande parte dos autores que se ocupam do tema⁶⁰ distingue dos grandes ramos do mesmo tronco que, por seu conteúdo e alcance, correspondem a diferentes princípios: o das medidas de mera assistência no processo, que *Andolina* chama de “assistência judiciária menor ou acessória”⁶¹ e o da extradição.

Apurando mais os conceitos, autores como *Polimeni*⁶² de cujo pensamento

compatilhamos⁶³, reconhecem três níveis de Cooperação Internacional em matéria penal:

6.2.1 — o primeiro grau compreende as medidas de assistência leve ou simples. Inclui aquelas tidas como de mera tramitação (notificações), ou seja, aquelas que se dirigem à averiguação de certos fatos acontecidos em lugar determinado de outro Estado, ou à obtenção de provas que sejam úteis ao Tribunal competente (perícias, pareceres e diligências para que pessoas de um Estado prestem depoimentos como testemunhas em outros, sob um estrito regime de garantias e imunidades).

6.2.2 — o segundo grau abrange as medidas de assistência processual penal internacional susceptíveis de causar algum gravame irreparável a bens de pessoas (registros, embargos, seqüestros, ou algum outro tipo de interdição e apreensão de qualquer objeto).

6.2.3 — o terceiro grau compreende aqueles níveis de cooperação extrema susceptíveis de causar gravame irreparável a direitos e liberdades próprios daqueles alcançados por tais medidas. Sendo absolutamente inadmissível, do ponto de vista dos princípios de salvaguarda do Direito interno e da própria Cooperação Judicial Penal Internacional, a possibilidade de trasladar compulsoriamente pessoas para prestar testemunho na fase instrutória em outro Estado⁶⁴. Este campo ficaria reservado exclusivamente para os procedimentos de extradição.

No que respeita à execução de sentença penal estrangeira, alguns entendem que ela não se enquadra na categoria de Cooperação em sentido estrito, mas sim numa categoria independente de relacionamento interestatal judicial. Com essa posição não concorda *João Marcello de Araujo Junior* para quem a Cooperação Penal Internacional se opera em todos os níveis do Sistema de Justiça Penal, ou seja, em nível policial, do Ministério Público, da atividade

tência Legal Mutual, in *Economia y Política del Narcotráfico*, obra coletiva organizada por Juan Tokatlián e Bruce Bagley, Edic. CEI-CEREC, Bogotá, 1990, p. 265; Chamblee: *International Legal Assistance in Criminal cases*, in Fedders, harriss, olsen 7 ristan: *Transnational Litigation; Practical Approaches to conflits on Accommodations*, New York, 1988, vol. I, p. 188; jones, irving: *International Judicial assistance: procedural Chaos and a program for reform*, in, Yale L. J., 1953, p. 515.

⁶³ *Cervini, Raúl*: Medidas de Asistencia Judicial Penal Internacional, ob. cit., p. 60. Princípios da cooperação Judicial Internacional em Assuntos Penais; ob. cit.. Los Derechos Humanos como límite, ob. cit., p. 20. *Brown, Richard; Cervini, Raúl; Duran Martinez, Augusto; Gros Espiell, Héctor; Operti, Didier e Talice, Jorge*: Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales; ob. cit., p. 50. *Cervini, Raúl; Duran Martinez, A.; Operti, D. e Talice, J.*: Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América; Cuestionario, in *Revista Jurídica Estudiantil*, n. IX, ano VI, Montevideu, 1991, p. 23.

⁶⁴ *Nadelman, Ethan A.*: Negociaciones sobre Tratados de Asistencia; ob. cit., p. 276.

⁵⁷ *Polimeni, Gioacchino*: La Assistenza...; ob. cit., p. 82.

⁵⁸ *Mouso, Paulo*: Cooperación Judicial...; ob. cit., p. 31.

⁵⁹ *Elena Andolina*: ob. cit., p. 174.

⁶⁰ *Mosconi, F. e Pisani, Mario*: Le convenzione di estradizione e di assitenza giudiziaria (linee di sviluppo e prospettive di aggiornamento); serie giustizia penale e problemi internazionali, collana diretta da Mario Pisani, Giuffrè Editore, Milano, 1984. *Turone, Giuliano*: L'extradizione e la assitenza giudiziaria...; ob. cit. *Grasso, Giovanni*: Comunità europee e diritto penale...; ob. cit.. *Marchetti, Maria Riccarda* (a cura di): La convenzione europea di estradizione; serie Giustizia Penale e Problemi Internazionali, collana diretta da Mario Pisani, testi / 3; Giuffrè Editore, Milano, 1990.

⁶¹ *Elena Andolina*: ob. cit., p. 175.

⁶² *Polimeni, Gioacchino*: La Assistenza in Materia Penale; Turccio Editore, Milão, 1990, p. 39. Na doutrina anglo-americana: *Nadelman, Ethan A.*: Negociaciones sobre Tratados de Asis-

jurisdicional propriamente dita e da Execução Penal. Se assim não fosse, a extradição destinada a fazer com que o condenado cumpra a pena no País da condenação, não seria, também, uma categoria formal de Cooperação. *Gelsi Bidart* sustenta que, nesses casos, a rigor também se pode falar em Cooperação Judicial Internacional, no sentido de que o Tribunal de um País considera, reconhece e aplica em seu âmbito próprio, a sentença de outra Nação, incluindo em dita aplicação a etapa de execução da sentença. Não obstante, prossegue o aludido autor, por sua transcendência, provoca, em alguma medida, uma mudança não só instrumental, mas, também, de situações jurídicas preexistentes. Por isso, a tradição internacional preferiu dar-lhe posição e tratamento especial⁶⁵. Modernamente, entretanto, como ficou demonstrado no Congresso Internacional de Direito Processual de Taormina (1995), existe uma grande tendência no sentido da mudança desse antigo entendimento. Hoje, como ficou patente nos relatórios da Argentina, Grécia, Japão e Polônia, dentre outros, a tendência internacional é no sentido de dar execução à sentença condenatória estrangeira, no âmbito da necessária Cooperação Internacional em matéria penal⁶⁶.

Essa divisão tripartida foi originariamente reconhecida pela Corte de Casação Italiana⁶⁷ e mais recentemente por outros Tribunais superiores no resto da União Européia⁶⁸. É de destacar, também, que a jurisprudência internacional tem exercido um relevante papel na fixação de limites à Cooperação Penal Internacional, quando estiverem em jogo Direitos Fundamentais.

Finalmente, em uma posição mais radical situa-se um setor de penalistas e internacionalistas, ainda, minoritário. Estes desvinculam, totalmente, das formas de assistência judicial penal internacional (que denominam cooperação penal internacional), a extradição (que chamam Direito Extradicional), considerando-a como pertencente a um “âmbito diferente do tráfico judicial entre Estados”, atendendo à sua independência técnico-jurídica, axiológica e sociológica⁶⁹.

A nosso juízo, esta separação total é inconveniente e perigosa, pois pode conduzir à vontade de concentrar as garantias exclusivamente no campo da

extradição, onde a violação dos direitos humanos é mais evidente, deixando desprotegidas outras formas de cooperação, que, sem dúvida, exigem, também, um sistema de garantias. Por isso os autores deste estudo se vinculam a uma posição mais flexível, como aquela defendida por *Polimeni*, que, sem desconhecer as particularidades e a hierarquia da extradição, a incluem no campo da Cooperação Penal Internacional, concebida esta como “um instituto normal, global de auxílio entre os Estados e de garantias”⁷⁰, em todos os seus níveis.

6.3 — Mais além dos preciosismos jurídicos, devemos estabelecer uma clara distinção técnica entre os distintos graus de cooperação. Isso possui grande importância prática e teórica, além de permitir que se evitem equívocos na hora de prestar assistência judicial ou de empreender esforços para a regionalização do Direito Penal.

Como se disse, as medidas de assistência cobrem uma vasta gama de situações, que vão desde as mais inócuas formalidades da notificação, ao deslocamento compulsório de pessoas, com o fim de que sejam julgadas em outro País. Esse leque de formas de cooperação internacional “inclui em sua própria diversidade a aplicação de iguais requisitos”, assinala agudamente *Paulo Mouso*⁷¹. Isso é o que denominamos “Princípio da Gradualidade dos Requisitos”.

Observando a recente experiência no espaço jurídico europeu, vemos que as medidas de assistência penal conhecidas como de primeiro nível são as que concentram maior tráfico judicial comunitário. Por sua natureza (claramente vinculada à fase preparatória e instrutória do processo) e conteúdo (basicamente procedimental) requerem e possibilitam um fluido intercâmbio e ágil execução entre as Cortes.

Ao contrário, as medidas de assistência penal internacional susceptíveis de afetar direitos patrimoniais de indivíduos envolvidos pela petição de ajuda são menos frequentes e tramitam com maior prudência e garantias⁷². Essas garantias exigem medidas extremas, quando se tratar de procedimento de extradição, por ser a instância extrema da Cooperação Penal Internacional⁷³.

65 *Gelsi Bidart, Adolfo*: Criterios de Cooperación Judicial, ob. cit., p. 534.

66 *Ada Pellegrini Grinover*: ob. cit., nº 7.2.4, mimeo.

67 *Giglio, Danilo*: Rapporto tra l'ordinamento comunitario degli stati membri; Malfi Editori, Torino, 1990, p. 66.

68 *Vouyoucas, C.*: Principes Directeurs pour une Politique; ob. cit. p. 22. *Rissi, Alberto*: Reciprocità e assistenza Giudiziaria; 5. Annuaire de L'Institut de Droit International, Edit. Èrès, Toulouse, 1991, p. 49.

69 *Lavasseur, G.*: Les Nouveaux Recours Jurisdictionnels en matière d'Extradition, versión mimeografada de exposição feita no Curso Internacional sobre extradição, Istituto Superiore Internazionale de scienze Criminali (ISISC), Siracusa, 1989, p. 5. Cf. *Operti, Didier*: tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales; ob. cit., p. 24.

70 *Polimeni, Gioacchino*: ob. cit., p. 48.

71 *Mouso, Paulo*: Cooperación judicial; ob. cit., p. 36.

72 *Mouso, Paulo*: Cooperación Judicial, ob. cit., p. 46. *Lombois, Claude*: Assistenza Giudiziaria e cooperazione in Materia Penale; in *Diritto Penale Internazionale*, Seminario, 2-11 dezembro, 1976, ISISC, Siracusa, 1978, p. 82.

73 Sobre os princípios reitores e garantias na extradição, veja-se o estudo de *João Marcello de Araujo Junior*, em outro ponto deste livro e o volume nº 62, ns. 1/2 da *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1991, no qual consta, também, outro estudo de *João Marcello de Araujo Junior*: L'Extradition dans la Constitution Brésilienne de 1988, p. 567.

Os autores deste estudo, finalmente, discordam, no que se refere à exigência do princípio da dupla incriminação em matéria de cooperação penal internacional. Enquanto *Raúl Cervini* entende que para as medidas de primeiro nível, tal exigência seria dispensável, *João Marcello de Araujo Junior* sustenta que tal exigência é indispensável em todos os níveis. Tal divergência, que aqui referimos a título de ilustração, serve para demonstrar a importância do estudo que estamos levando a cabo, pois trata-se de matéria nova, ainda sujeita a inúmeras dúvidas e perplexidades.

7 — OBSERVAÇÕES FINAIS

7.1 — O aparecimento de novas formas delitivas de estrutura transnacional e até a nova projeção internacional dos delitos tradicionais, lograram paulatinamente reverter uma tendência que se caracterizava por uma acentuada falta de cooperação e pelo isolamento dentro de um radical conceito de soberania territorial. Esse espírito de solidariedade internacional, que emerge com a modernidade, frutificou nos tempos pós-modernos e se expressou, no âmbito penal, por uma nova tendência, muitas vezes programática, qual seja a da harmonização legal entre os Estados e por um crescente e cauteloso aperfeiçoamento das modalidades de cooperação.

7.2 — Nesse âmbito, sem dúvida, a Cooperação Judicial Penal Internacional constitui-se na “vedette” dos nossos dias e a sua análise tem convocado a participação de várias disciplinas jurídicas. Essa concentração de interesses acadêmicos, ainda não resultou definitivamente conclusiva. Em maior ou menor medida, a “especialização” produz inevitáveis deformações na consideração de um problema que pode ser, ao mesmo tempo, objeto de distintos enfoques jurídicos. Neste caso, os jusinternacionalistas, processualistas e penalistas, partindo muitas vezes de princípios que consideram inquestionáveis e que se contradizem com outros similares, provenientes dos restantes ramos do mundo jurídico, podem quebrar a unidade sistemática do Direito e a própria segurança jurídica dos indivíduos. Não sem razão, *Sebastián Soler* afirmou, que sob determinados “especialismos” esconde-se uma autêntica barbárie jurídica. A crescente atomização do Direito, pela especialização abusiva, conduz a um efetivo desconhecimento jurídico.

7.3 — Não estamos pugnando por uma regressão já superada àquelas épocas do auge do positivismo criminal, nas quais o objeto do estudo dos penalistas consistia em uma confusa mescla de temas provenientes de diversos ramos do saber científico. Simplesmente, atendendo à existência de importantes zonas

comuns das distintas disciplinas envolvidas na Cooperação Judicial Penal Internacional e a eventual tentação exclusivista de qualquer delas, advogamos uma aproximação fecunda de todas as disciplinas que permita integrar reciprocamente enfoques distintos sobre um mesmo tema, naturalmente comum.

7.4 — Um esforço de integração responsável permitirá ver com maior clareza que em toda instância de auxílio penal internacional, além dos Estados, partes formais da Cooperação, se encontram envolvidos indivíduos concretos, partes substanciais, cuja proteção resulta fundamental na hora de abordar uma análise integrada e garantidora desse instituto, desde a perspectiva de um moderno Direito Penal Internacional.

7.5 — Nessa fisionomia do auxílio judicial penal entre os Estados se debatem dois valores relevantes e, de certa forma antagônicos, ou, pelo menos, dialeticamente opostos⁷⁴. De um lado, encontramos a necessidade de eficácia na assistência e o respeito às soberanias e, de outro, a garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. A cada dia torna-se mais profundo o sentimento de que tais direitos fundamentais devem funcionar como o limite da Cooperação. Essa crise impõe, ao legislador, ao intérprete e ao aplicador, a difícil tarefa de harmonizar o princípio da solidariedade na luta contra o crime com ineludíveis notas de prudência em face dos Direitos Humanos. Nessas instâncias as garantias dos dogmas penais possuem, portanto, importância capital⁷⁵.

7.6 — Por isso, desde essa perspectiva, ao longo deste livro, que é naturalmente incompleto e preliminar, sublinharemos reiteradamente a importância de certos temas, nos quais as divergências são inevitáveis, como aqueles relativos ao fundamento, à natureza, o alcance e os níveis de assistência, cuja elucidação transcende ao meramente teórico, para projetar-se na realidade diária dos nossos Tribunais, imposta por um abundante tráfico jurídico penal internacional.

Entender o moderno sentido da Cooperação Judicial Penal Internacional como um instituto processual, global e regular de auxílio solidário e garantias, implica, em definitivo, assumir um compromisso com a realidade contemporânea dos Estados e, principalmente, com a segurança jurídica de seus habitantes.

⁷⁴ *Ada Pelligrini Grinover*: ob. cit., nº 3, mimeo.

⁷⁵ Esta foi a conclusão a que chegaram os juristas que participaram do XV Congresso Internacional de Direito Penal da Associação Internacional de Direito Penal, reunido no Rio de Janeiro, em 1994, sob nossa organização. Tanto isso é verdade, que das Recomendações do mencionado Congresso resultou a seguinte: diante de obrigações internacionais que conflitem com a proteção de Direitos do Homem, os Estados devem dar prioridade a estes Direitos, seja denegando a cooperação, ou, pelo menos, subordinando-a a determinadas condições (Cf. Recomendação nº 12, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 66, nºs 1/2, 1995, p. 96).

ESTELIONATO JUDICIÁRIO

NILO BATISTA*

A viabilidade jurídica do chamado *estelionato judiciário*, (*truffa processuale, estafa procesal, Prozessbetrug*) — isto é, daquele conjunto de casos que realizam os elementos típicos do estelionato tendo como sujeito que sofre o engano o juiz — deu origem a larga polêmica. Referindo-se ao tema do magistrado astuciosamente induzido em erro por falsas alegações ou pela dissimulação de fatos verdadeiros (“*si le juge a été astucieusement induit en erreur par des affirmations fallacieuses ou par la dissimulation de faits vrais*”), dizia Logoz ser a questão “delicada”¹.

Teoricamente, a hipótese deriva da constatação de que, como ensinam Schönke-Schröder, no estelionato, *enganado* e *lesado* não precisam ser idênticos (“*Getäuscher und Geschädigter nicht identisch zu sein brauchen*”), surgindo daí a possibilidade de um estelionato judiciário (“*die Möglichkeit eines Prozessbetrugs*”)². Sobre o fato de poder ser o enganado distinto do lesado dizia Antolisei não incidir nenhuma dúvida (“*su ciò nessun dubbio è possibile*”), referindo, em seguida, situar-se aí a debatida questão do estelionato judiciário (“*qui si presenta la questione dell’ammissibilità della truffa processuale*”)³.

A admissão do estelionato judiciário é, hoje, posição doutrinal predominante. Na Alemanha, tal posição, unânime na jurisprudência, remonta a

¹ Logoz, *Commentaire du Code Pénal Suisse-PS*, v. I/158, Neuchâtel, 1955.

² Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20^a ed., Munique, C. H. Beck, 1980, p. 1.665.

³ Antolisei, *Manuale di Diritto Penale-PS*, Milão, Giuffrè, 1972, pp. 267 e 268.

* Mestre (URFJ) e Livre-docente (UERJ) em Direito Penal. Há mais de dez anos (RT 638/255ss) escrevi este artigo, na contramão da *communis opinio*. Volto a publicá-lo, com acréscimos que contemplam a escassa jurisprudência desta década, não só porque — ao que saiba — nenhum tribunal enfrentou com profundidade o tema, mas também porque as decisões que negaram a viabilidade teórica do estelionato judiciário não me convenceram.

Binding⁴ e von Liszt⁵, adotada entre outros por Maurach⁶, Schönke-Schröder⁷, Wessels⁸ e Welzel⁹, que o conceitua genericamente como a hipótese na qual o juiz é enganado por uma parte e profere uma decisão injurídica em prejuízo da parte adversa (“*der Richter wird durch die eine Partei getäuscht und verfügt durch unrichtiges Urteil zu Lasten der Gegenpartei*”). Na Itália, onde os tribunais sistematicamente negavam a hipótese, surgindo mais recentemente decisões isoladas a admiti-la, a posição é sustentada por inúmeros autores, seja em estudos específicos (Martucchi, Battaglini, Boscarelli etc.), seja em obras gerais, como Antolisei¹⁰ e Maggiore¹¹. Em valiosa monografia, Giuseppe Ragno¹² assinala que o agente do estelionato judiciário se serve do juiz por ele induzido a erro como *instrumento* da atuação de seu fim antijurídico (“*strumento per l’attuazione del suo fine anti-giuridico*”), acrescentando que negar essa possibilidade é, de certa forma, negar o art. 48 do CP (italiano), que corresponde ao nosso art. 20, §2º, onde se prevê o erro determinado por terceiro¹³. Na Espanha, o notável Quintano Ripollés, diante de uma jurisprudência vacilante, com decisões em ambos os sentidos, não via impropriedade em que “*se utilice el proceso o las autoridades judiciales como vehículo del engaño, susceptible, como cualquier otro, de integrar estafa*”¹⁴, opinião minuciosamente perfilhada por Oliva García em brilhante trabalho monográfico¹⁵, em cujo Prólogo obteve o endosso de Juan del Rosal.

Tal entendimento foi recebido na América Latina. No México, foi ele defendido ardorosamente por Jiménez Huerta, consignando que “*con lamentable frecuencia en la actualidad se acude a los tribunales con fines ilícitos y lesivos para el patrimonio ajeno*”¹⁶. Na Argentina, referindo-se à situação em que o enganado é pessoa distinta do lesado, afirmava Soler que o caso mais típico desse desdobramento está constituído “*por la estafa ejecutada induciendo*

en error al juez mediante falsedades”¹⁷. No Brasil esta é a opinião de Magalhães Noronha, desde seu meticoloso “Crimes contra o Patrimônio”¹⁸ até seu “Direito Penal”¹⁹: “da própria Justiça se pode valer o estelionatário”.

São três os argumentos daqueles que negam a viabilidade jurídica do estelionato judiciário, e merecem exame individualizado.

Em primeiro lugar temos o argumento da inidoneidade presuntiva do juiz para ser enganado, bem representado na opinião de Heleno Fragoso: “é inconcebível o estelionato na afirmação mendaz feita ao julgador ou com a prova falsa a ele apresentada pelo litigante improbo. Compete ao juiz, na aplicação do Direito, interpretar a lei, o contrato ou a sentença invocados pelo litigante em prol de sua causa, fixando-lhes o alcance e a significação”²⁰. Em 1940 a Cassação italiana afirmara que admitir o juiz como sujeito passivo de meios fraudulentos equivaleria à negação do juiz²¹. A uma, o argumento é falso: como lembra Oliva García, o contraditório não funciona como um “filtro depurador de todo engano”, bastando que se pense em casos de colusão das partes, de revelia ou de jurisdição voluntária²². A duas, o argumento conduziria, como percebeu Ragno, a um corolário absurdo: adotada a tese da inidoneidade do juiz para ser enganado, a quase totalidade dos crimes contra a administração da justiça, inclusive e principalmente a fraude processual e o falso testemunho, tornar-se-iam impossíveis²³. A três, é o próprio CPC, em seu artigo 485, inciso III, que admite a possibilidade de ação rescisória para a hipótese na qual, segundo Barbosa Moreira, “a parte vencedora, faltando ao dever de lealdade e boa-fé”, tenha “influenciado o juízo do magistrado, em ordem a afastá-lo da verdade”²⁴. Por certo, a *fraude criminal* é um *plus* com relação ao *dolo processual*, como o é em relação à *fraude civil*, mas a possibilidade teórica do estelionato é indiscutível. Por fim, esse argumento da inidoneidade presuntiva do juiz funda-se numa concepção arcaica, “liberal, de marca individualista”, na precisa observação do mesmo Barbosa Moreira, na qual o magistrado seria um “espectador frio e distante do duelo das partes”²⁵. Tal concepção do pro-

4 Binding, *Lehrbuch des gemeinen deutscher Strafrechts-BT*, v. I/344, Leipzig, 1902.

5 Von Liszt, *Tratado de Direito Penal Alemão*, t. II/306, trad. José Hygino, Rio, 1899.

6 Maurach, *Deutsches Strafrecht-BT*, Karlsruhe, 1959, p. 283.

7 Schönke-Schröder, loc. cit.

8 Wessels, *Strafrecht-BT*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1977, p. 98.

9 Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlim, 1969, p. 371.

10 Antolisei, loc. cit.

11 Maggiore, *Derecho Penal*, v. VI/125, trad. Ortega Torres, Bogotá, Themis, 1956.

12 Giuseppe Ragno, *Contributo alla Configurazione del Delitto di Truffa Processuale*, Milão, Giuffrè, 1966.

13 Idem, p. 183.

14 Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. II/630, Madri, 1964.

15 Oliva García, *La Estafa Procesal*, Madri, 1974.

16 Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, t. IV/143 ss., México, Editorial Porrúa, 1973.

17 Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, v. IV/321, Buenos Aires, TEA, 1970.

18 Magalhães Noronha, *Crimes contra o Patrimônio*, v. 2/135, São Paulo, Saraiva, 1952.

19 Idem, *Direito Penal*, v. 2/367, São Paulo, Saraiva, 1985.

20 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal — PE*, v. II/78, São Paulo, Bushatsky, 1980.

21 Antolisei, ob. cit., p. 268.

22 Oliva García, ob. cit., pp. 349 e 350.

23 Giuseppe Ragno, ob. cit., pp. 23 e 24.

24 José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V/147, Rio, 1981.

25 Idem, *Temas de Direito Processual*, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 16.

cesso como uma *luta*, “*come un torneo in cui si combatte con le armi dell'astuzia, della mala fede, dell'inganno e della frode*” — tal como a verberaram as célebres palavras do *Guardasigilli* — é, ademais, incompatível com o Código de Processo Civil brasileiro, como veremos. Transigir com o estelionato judiciário, de qualquer forma, seria admitir que essa *luta* pertença ao gênero “*vale-tudo*”.

O segundo argumento procura excluir o estelionato judiciário sob a consideração de que a sentença é uma resultante multifária das alegações e das provas, na qual confluem a diligência das partes, a habilidade dos advogados e a perspicácia do julgador, sendo sua veracidade sempre relativa, condicionada “*a lo ocurrido en el proceso*”²⁶. A fragilidade do argumento evidencia-se por dois ângulos. Inicialmente, não passa pela cabeça de ninguém que a simples postulação desprovida de fundamento ou meras inexatidões configurem o elemento central da fraude criminal. Recorda Jiménez Huerta que “*una cosa es sostener frente al magistrado una pretensión absurda y contraria a la verdad, y otra hacer uso de artificios y maquinaciones dirigidos a engañar al juez*”²⁷. Recorda Soler que “*no basta que se afirmen inexactitudes en juicio ni que se demande un derecho inexistente o excesivo*”²⁸. O estelionatário judicial não é um delirante como Calígula, que postulava a lua, nem um “desobediente civil”, como Thoreau, que questionava a lei: é um espertalhão que *apresenta* ao juiz um elemento falso ou *omite* um elemento verdadeiro — em ambos os casos, violando os deveres de lealdade e verdade — levando-o a uma decisão que não seria prolatada sem a consideração *desse* elemento. E aí chegamos ao segundo ângulo que vulnera esse argumento: ele se esquece da *causalidade* que deve mediar entre a fraude e a disposição patrimonial. Essa causalidade, reconhecida por todos os autores — inclusive o próprio Rodriguez Devesa²⁹ —, *impediria, tal como em qualquer estelionato* (o exemplo mais recordado é o da falsa mendicância), a punição quando o artifício empregado pelo litigante-estelionatário não fundamentasse causalmente a decisão do juiz. Prevalece, aí, a lição comum, enunciada por Welzel: a causalidade entre o erro e a disposição falta quando o enganado mesmo sem o erro teria disposto do bem (“*die Kausalität zwischen Irrtum und Verfügung fehlt, wenn der Getäuschte auch ohne den Irrtum verfügt hätte*”)³⁰.

Por último temos o argumento da fraude processual (art. 347 CP), circunscrito aos sistemas que conhecem este delito contra a administração da justiça,

como o nosso. Para os que o adotam, como Manzini, “com a limitada incriminação da fraude processual o legislador manifestou claramente sua vontade de não incriminar outras possíveis fraudes processuais, desde que não cometidas com um meio punível por si mesmo (“*con un mezzo punibile per se stesso*”), como as falsidades judiciais ou documentais³¹. Este argumento é tecnicamente falacioso, sendo incompreensível o relativo sucesso de que desfrutou. Todos os autores assinalam a natureza *subsidiária* do crime de fraude processual, que, como diz Hungria, “não será identificado se o fato constituir crime mais grave”³², bem seu caráter *formal*, consumando-se “no momento e no lugar em que se completa a inovação artificiosa independente de qualquer outro resultado”³³. Parece claro que o legislador, na tutela da administração da justiça, *adiantou*, como diria Beristain, as barreiras da proteção penal — precisamente o oposto de restringi-las, como supôs Manzini. A evidente subsidiariedade implica que tal tipo cederá sempre diante de um tipo concorrente *principal*, seja a supressão ou alteração de marca em animais (art. 162 CP), seja a falsidade documental (arts. 296 ss CP), seja a corrupção de substância alimentícia (art. 272 CP) etc.: por que não diante do estelionato? Tomemos a Hungria um exemplo de fraude processual: “suprimem-se, mediante operação plástica, certos sinais característicos de um indivíduo procurado pela polícia”³⁴. Nada além dos interesses gerais da reta administração da justiça está afetado por essa conduta, que inovou artificialmente o estado de pessoa, valendo recordar que o réu em ação penal não está adstrito ao dever de verdade. Suponha-se, agora, uma cirurgia plástica que objetive estabelecer semelhança física com terceiro e que se converta no elemento central e decisivo de uma ação de reconhecimento de paternidade envolvendo elevados interesses, cuidadosamente planejada (compatibilidade hemotípica, testemunhas etc.) e executada. Então, ao prever a fraude processual, quis o legislador deixar este estelionato impune? Lograssem seus autores convencer extrajudicialmente o terceiro de que estava diante de seu filho, dele extraindo vantagem patrimonial, ninguém ousaria negar o estelionato. Como, ao invés de “*induzirem ou manterem alguém em erro*” (art. 171 CP), induziram e mantiveram *o juiz*, não há estelionato! O juiz não é juridicamente *alguém*? Estranho argumento, estranha teoria. Como bem assinalou Antolisei, a previsão do crime de fraude processual não exclui a aplicabilidade da norma geral do estelionato (“*non esclude l'applicabilità della norma generale sulla truffa*”), desde que seus requisitos típicos estejam presentes³⁵.

26 Rodriguez Devesa, *Derecho Penal Español* — PE, Madri, 1975.

27 Jiménez Huerta, ob. cit., t. IV/146.

28 Soler, ob. cit., v. IV/321.

29 Rodriguez Devesa, loc. cit.

30 Welzel, ob. cit., p. 371.

31 Manzini, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, v. IX/627, Turim, UTET, 1952.

32 Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. IX/502, Rio, Forense, 1959.

33 Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., v. II/529, Rio, Forense, 1986.

34 Nélson Hungria, ob. cit., v. IX/501.

35 Antolisei, ob. cit., p. 268.

Quando o meio fraudulento empregado tem caráter comissivo, são relativamente simples as soluções, bem servidas por extensa produção teórica sobre a chamada “fraude penal”. Ocorre que o engano, como frisa Wessels, não é concebível somente através de um atuar positivo, mas é também possível através de omissão (“*auch durch Unterlassen möglich*”)³⁶. A hipótese mais importante, aqui, é a do *silêncio fraudulento*.

Resumindo lição comum, ensina Arteaga Sanchez que os casos de silêncio fraudulento devem ser examinados um a um, podendo estabelecer-se como regra geral que o silêncio será considerado meio enganoso idôneo para constituir o estelionato “*cuando existe para el que calla el deber o la obligación de hablar*”³⁷. Logoz dizia que o silêncio deveria não apenas ser determinante do erro, e, pois, do prejuízo, como, também, implicar violação de um dever jurídico daquele que se calou (“*violation d'un devoir juridique de celui qui s'est tu*”)³⁸. A Exposição de Motivos de nosso Código Penal (nº 61) expressamente se refere ao silêncio “malicioso” como “meio característico do estelionato”.

O dever da verdade (*Wahrheitspflicht*) deve ser examinado pela perspectiva de seu regime legal sem, contudo, subordinar mecanicamente as soluções. Assim, por exemplo, o “silêncio intencional” do artigo 94 do Código Civil deve intervir na consideração dos casos conhecidos por “estelionato contratual”³⁹, sem estabelecer paradigma fechado *a priori*. É tendência visível, hoje, aquela que vê no estelionato não apenas a tutela do patrimônio, mas também da liberdade de consentimento nos negócios patrimoniais⁴⁰. A uma liberdade de consentimento refere-se também Reynald Ottenhof em seu extraordinário *Le Droit Pénal et la Formation du Contrat Civil*⁴¹. Autores alemães referem-se a um geral “direito à verdade” (*Recht auf Wahrheit*)⁴².

Para o estelionato judiciário — especialmente o cometido através do silêncio fraudulento — é, pois, importante, ainda que não decisivo, a pesquisa de um dever de verdade. Se admitirmos a existência de um dever *legal* de verdade para os litigantes, não poderá haver qualquer dúvida sobre a idoneidade da mentira ou do silêncio fraudulento para integrar um estelionato, desde que seus demais elementos se apresentem. Contudo, como adverte com sagacidade Oliva

García, “*si, por el contrario, creemos que el deber de veracidad es solo una obligación moral, no sancionada jurídicamente, la situación será la misma que la estafa fuera del proceso, pues tampoco en el tráfico jurídico extrajudicial existe un deber de afirmar la verdad*”⁴³. Na verdade, inadmissível e grotesco é supor que o foro seja um espaço no qual o dever — mesmo geral, mesmo moral — da verdade seja menos intenso ou distinto daquele que se exige nas relações sociais privadas.

O exame do direito positivo, contudo, demonstra que, pelo contrário, o Código de Processo Civil brasileiro impõe aos litigantes um especial dever legal de verdade. Seu artigo 14 estabelece deveres que tocam às partes e seus procuradores “para que haja honestidade e lisura no processo”⁴⁴. Advertia Pontes de Miranda que partes e procuradores “têm o dever de fazer suas comunicações de fato e enunciados de fato com inteireza e veracidade (= sem omissão que lhes altere a verdade)”⁴⁵. Tal dever, segundo Pontes, “abrange todos os fatos manifestáveis, oral ou estritamente, em ações declaratórias, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas, em processo ordinário ou especial, em qualquer grau de jurisdição”⁴⁶. A existência de “um próprio dever de veracidade (e não um ônus de veracidade)” em nosso Código de Processo Civil é reconhecida por Cresci Sobrinho em sua monografia⁴⁷.

Especial relevo para os casos de “silêncio fraudulento” tem o chamado “dever de completitude” (*Pflicht zur Vollständigkeit*), que a percuciente investigação de José Carlos Barbosa Moreira demonstra sediar-se no inciso III do artigo 17 do CPC. Para Barbosa Moreira, o dever de completitude reforça o de veracidade: “o litigante não deve apenas abster-se de fazer alegações cientemente falsas, mas também de silenciar sobre pontos que o juiz precisa conhecer para bem julgar”⁴⁸. Cresci Sobrinho concebe o dever de completitude como “outra face do dever de veracidade”, visto do “ângulo da omissão dolosa”⁴⁹.

Tais ensinamentos são perfeitamente adequados à estrutura fática do silêncio fraudulento. Como argutamente observou Norberto Spolansky, em seu utilíssimo *La Estafa y el Silencio*, o silêncio fraudulento pode se apresentar de

43 Oliva García, ob. cit., p. 344.

44 Celso Agrícola Barbi, Comentários ao Código de Processo Civil, v. I, t. I/172, Rio, Forense, 1975.

45 Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, t. I/365, Rio, Forense, 1974.

46 Idem, t. I/369.

47 Cresci Sobrinho, Dever de Veracidade das Partes no Processo Civil, Porto Alegre, ed. Fabris, 1988, p. 86.

48 José Carlos Barbosa Moreira, ob. cit., v. VI/27.

49 Cresci Sobrinho, Dever de Esclarecimento e Complementação no Processo Civil, Porto Alegre, ed. Fabris, 1988, p. 108.

36 Wessels, ob. cit., p. 84.

37 Arteaga Sanchez, *La Estafa y Otros Fraudes*, Caracas, Universidad Central, 1971, p. 71.

38 Logoz, ob. cit., v. I/153.

39 Cf. a respeito Romeu de Almeida Salles Júnior, Apropriação Indébita e Estelionato, Bauru, Jalovi, 1979, p. 241.

40 Antolisei, ob. cit., p. 262.

41 Reynald Ottenhof, *Le Droit Pénal et la Formation du Contrat Civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 60.

42 Cf. Schönke-Schröder, ob. cit., p. 1.648.

duas maneiras: pela “falta total de uma declaração esperada” (e, acrescente-se, devida) ou “suprimindo fatos numa declaração que tem a aparência de uma comunicação exaustiva e que produz um erro” (“*callando hechos en una declaración que tiene la apariencia de una comunicación exhaustiva y que produce un error*”)⁵⁰. Nesta modalidade é exatamente a violação do dever de completitude que gera o engano; a tal gênero de engano está especialmente exposto o juiz diante do litigante improbo.

A jurisprudência brasileira — ao contrário da alemã ou, mesmo, da espanhola — não é rica em casos de estelionato judiciário. Magalhães Noronha menciona um escandaloso caso concreto no qual, cientemente, o credor executou o homônimo remediado de um devedor pobre, logrando êxito graças à desídia do advogado daquele⁵¹. Não há dúvida quanto à possibilidade de o enganado ser distinto do lesado⁵², o que deixa as portas teóricas do estelionato judiciário abertas. A 3ª Câmara Criminal do TJSP, no julgamento da Ap. 15.022-3, relator o Des. Cunha Camargo, considerou que o requerimento de concordata do réu configurara *estelionato judicial*⁵³. Especial menção merece o acórdão da mesma 3ª Câmara Criminal na Ap. 112.149, relator o Des. Cavalcanti Silva, que confirmou integralmente brilhante sentença do então Juiz Alberto Silva Franco⁵⁴. Nesta decisão afirma-se que o réu “induziu em erro a autoridade judiciária e, através da sentença de despejo, obteve vantagem ilícita em prejuízo do patrimônio alheio”⁵⁵.

Tendem alguns autores a considerar consumado o estelionato judiciário com a decisão do juiz através da qual uma das partes é lesada⁵⁶. Parece, contudo, mais consentâneo com a opinião comum coincidir a consumação com o efetivo proveito material, que comumente é um *posterius* com respeito à sentença do juiz enganado.

Em 1993, acórdão do STJ afirmou que “não há previsão legal da figura do estelionato judiciário”⁵⁷. Na verdade, seria totalmente desnecessária qualquer previsão legal específica do estelionato judiciário: o estelionato está sem dúvida previsto (art. 171 CP), e a questão é saber se o juiz pode ou não ser o sujeito

enganado. É possível que o STJ tenha sido levado a tal afirmação diante da hipótese em julgamento, evidentemente atípica: a execução de nota promissória decorrente de usura pecuniária por certo não constitui estelionato judiciário. A decisão está correta ao estabelecer que “a *causa debendi* de um título de crédito poderia decorrer de delito, mas não o configuraria o uso regular de procedimento judicial”. A atipicidade, no caso, se prende à ausência do elemento modal essencial do tipo, a fraude (ausência favorecida pela cartularidade do título) e não à inexistência de reserva legal.

Este acórdão do STJ foi invocado pelo TACrimSP, em 1995, para resolver caso em que o acusado promovera a execução de nota promissória adulterada⁵⁸. Afirmou o ilustre relator, em seu voto, ser “inadmissível estelionato judiciário”. Essa hipótese já não é, em nossa opinião, tão claramente atípica quanto a anterior, ainda que nela encontremos o complicador do concurso aparente entre a falsidade e o estelionato. Retomemos a casuística: *exempla docent*. Suponhamos que A, tomador de nota promissória emitida por B, adultere a maior seu valor, e, diante de longa ausência do emitente, logre recebê-la (pelo valor adulterado) de C, familiar de B, preocupado com os efeitos de eventual execução judicial e seguro de oportuno ressarcimento. Ninguém hesitaria em reconhecer aí um estelionato, e a questão real que a hipótese levanta está no concurso aparente de tipos com a falsidade material, nas considerações possíveis sobre o *falsum* enquanto meio exclusivo da fraude ou o proveito ilícito como mero exaurimento do *falsum*. Imaginemos, agora, que o emitente B não tenha qualquer familiar no local de que se ausentou, mas sim uma propriedade que, em decorrência da execução da nota promissória adulterada, termine adjudicada por A, que após vendê-la também decide impor-se oportuna longa ausência. Nesta hipótese, estaríamos impedidos de reconhecer o estelionato, apenas porque o enganado foi o juiz? Observe-se que a única diferença entre as duas hipóteses está na circunstância de que A não tem qualquer dever especial de verdade para com C, o atencioso familiar de B; ao contrário, como vimos, A *está jungido a um especial dever de verdade para com o juiz!*

O raciocínio que buscar, no conjunto disponível das provas que podem experimentar a verdade declarada em juízo, no “crivo do judiciário”, um argumento para negar o estelionato judiciário, numa perspectiva que evoca o crime impossível, teria que igualmente impossibilitar a persecução da falsidade produzida em juízo, mas é coisa bem diferente o que o artigo 40 CPP preconiza. Talvez o principal obstáculo ao reconhecimento do estelionato judiciário seja certo componente de uma mentalidade judicial que resiste a admitir que o juiz, como os demais mortais, pode ser enganado. Se se pudesse tomar a sério isto, o mais indicado seria abolirem-se os recursos.

50 Norberto Spolansky, *La Estafa y el Silencio*, Buenos Aires, J. Alvarez, 1967, p. 72.

51 Magalhães Noronha, *Direito Penal cit.*, v. 2/367.

52 TJPR, Ap. crim. 530/79, 2ª C., rel. Des. Thomaz Pessoa — “assim induzindo em erro o funcionário do estabelecimento de crédito” — RJTJPR 17/317.

53 TJSP, Ap. crim. 15.022-3, 3ª C., rel. Des. Cunha Camargo, RT 569/283.

54 RT 439/341 ss.

55 RT 439/349.

56 Assim, p. ex., Schönke-Schröder, ob. cit., p. 1.666: “*Vollendt ist der Prozessbetrug durch jede Entscheidung des Richters, durch die eine Prozesspartei geschädigt wird*”.

57 6ª T, RHC 2889-0-MG, rel. Min. Pedro Acioli, in Rev. STJ 65/181.

58 9ª C, Ap. 876.069/0, rel. Juiz Evaristo dos Santos, in RJDTACrim SP 28/89.

REFLEXÕES SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JUIZ*

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA**

1. Ninguém põe em dúvida que a imparcialidade é condição *sine qua non* do legítimo exercício da função jurisdicional. Na doutrina, há até quem nela aponte “requisito essencial da jurisdicionalidade”.¹ As legislações processuais levam em conta a necessidade de assegurá-la, como garantia, para os litigantes, de que a causa será processada e julgada por terceiro não envolvido no litígio, sem interesse próprio, pessoal, em que a vitória sorria a este ou àquele.

Com tal objetivo, a lei coloca à disposição de qualquer das partes meios adequados para tentar afastar do processo juiz que, por uma ou por outra razão, não lhe pareça capaz de resistir à tentação de favorecer o adversário. E vai além: reconhecendo a existência de casos em que, segundo as regras da comum experiência, se mostra extremamente improvável que ele consiga manter-se imune aos fatores capazes de induzi-lo a semelhante favorecimento, ela às vezes atribui ao próprio magistrado o dever de abster-se, independentemente da provocação de quem quer que seja.

No direito brasileiro são tradicionais as regras desse teor, constantes dos diplomas legais que disciplinam o processo, seja qual for a sua espécie. Para limitar-me, no momento, ao campo civil, lembrarei brevemente alguns dispositivos importantes. O art. 125, nº I, do Código respectivo, ordena ao juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento” — texto em que se costuma enxergar reflexo do princípio constitucional de igualdade (Constituição da República, art. 5º, *caput*). Os arts. 134 e seguintes tratam de duas figuras relacionadas com o dever de imparcialidade: o *impedimento* e a *suspeição*. No impedimento, previsto no art. 134, fica o juiz proibido em termos absolutos de

¹ V.g., CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milão, 1984, pág. 6, nota 7 (iniciada na pág. 5).

* Texto de palestra proferida em 16.4.1998, no Conselho Técnico da Confederação Nacional do Comércio.

** Professor da Faculdade de Direito da UERJ.

exercer suas funções em determinados processos, ainda que para estes tenha competência legal: assim, por exemplo, quando ele mesmo for parte (nº I), ou quando o seja seu cônjuge, parente ou afim, inclusive na linha colateral, até o terceiro grau (nº V). Ocorre a suspeição, v.g., quando o juiz for “amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes” (nº I), ou estiver de algum modo “interessado no julgamento da causa em favor de alguma das partes” (nº V).

Os motivos de impedimento e de suspeição aplicam-se aos juízes de todos os tribunais, sem exceção alguma (art. 137, 1ª alínea); os regimentos internos costumam disciplinar o incidente. Tanto nos casos de impedimento quanto nos de suspeição, deve o magistrado abster-se por sua própria iniciativa; não o fazendo, é lícito à parte recusá-lo, usando o instrumento processual da “exceção de impedimento” ou “de suspeição” — matéria regulada nos arts. 312 a 314 do Código. A diferença entre as duas figuras consiste em que a atuação do juiz *impedido* vicia irremediavelmente o julgamento: até depois de encerrar-se o pleito, de passar em julgado (isto é, de tornar-se irrecorrível) a sentença de mérito, remanesce a possibilidade de atacá-la, por meio da chamada ação rescisória (art. 484, nº II). Outro tanto não acontece com a sentença proferida por juiz que, apesar de suspeito aos olhos da lei, nem se declarou tal, nem foi impugnado pelo autor ou pelo réu.

2. Peço licença para deter-me num ponto relevante: o da aplicabilidade a todos os tribunais dos remédios colocados à disposição das partes para argüir o impedimento ou a suspeição de qualquer magistrado. A tanto não estão imunes os próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal. Nos termos do art. 282 do respectivo Regimento Interno, admitida que seja a argüição pelo Presidente, ouvem-se o Ministro recusado e as eventuais testemunhas e submete-se a questão ao tribunal, para que a resolva; no caso de acolher-se a impugnação, serão nulos os atos praticados pelo Ministro (art. 285). O Presidente pode rejeitar de plano a argüição, se lhe parecer manifesta a improcedência; mas, mesmo nessa hipótese, o argüente terá a possibilidade de recorrer para o tribunal (agravo: art. 317), de maneira que só depende de sua vontade que a matéria venha a sujeitar-se à apreciação do colegiado.

Compreende-se que sejam raros os episódios do gênero, até porque os Ministros do Supremo Tribunal Federal, de ordinário, se anteciparão à iniciativa dos litigantes e, nos casos legais, se declararão espontaneamente impedidos ou suspeitos. Nossa crônica judiciária registra, porém, um exemplo digno de nota por seu ineditismo e pela repercussão que teve na época. Em 1964, o Governador do então Estado da Guanabara argüiu a suspeição de cinco Ministros, alegando tratar-se de pessoas que anteriormente haviam exercido relevantes cargos de confiança no Poder Executivo federal, colaborando de modo estreito com governo chefiado por alguém de quem o argüente fora adversário político ferrenho. O Presidente do Tribunal rejeitou a argüição, porque não baseada em

dispositivo legal ou regimental, e sua decisão acabou por ser unanimemente confirmada pelo plenário.

Curiosamente, se o fato se desse nos Estados Unidos, o interessado não teria como provocar o pronunciamento colegiado da *Supreme Court* acerca da argüição. É notório que várias nomeações de *Justices* têm suscitado polêmicas referentes às ligações político-partidárias até ali mantidas pelas pessoas nomeadas, e em termos mais gerais a variados aspectos de sua vida pregressa. Contudo, a decisão de participar ou não em determinado julgamento é algo que se deixa ao inteiro arbítrio de cada juiz. Ninguém, nem mesmo os restantes membros do Tribunal, seja qual for a opinião que tenham, estará habilitado a manifestar-se oficialmente acerca do problema.

Eminente constitucionalista norte-americano, em bem documentada monografia sobre o processo decisório na *Supreme Court*,² ressalta justamente, como traço característico da completa independência dos juízes, uns em face dos outros, a prática adotada no que tange a impedimentos e suspeições. “Se e por que um juiz recusara participar do julgamento de um pleito” — diz ele — “depende inteiramente do juiz em questão, e nenhuma razão é dada para a abstenção ou a recusa de abster-se”. O autor ilustra a informação com episódios interessantes, um dos quais relativo ao atual Presidente da Corte, William Rehnquist, que, em 1990, se negou a declarar suspeição para julgar determinada causa pela só circunstância de ter um sobrinho entre os membros da associação de advogados que representava uma das partes. Ressalve-se que o sobrinho do *Justice* não participara pessoalmente do feito; mas em 1993 a Corte publicou deliberação segundo a qual, mesmo no caso contrário, Rehnquist não estaria obrigado a abster-se de julgar. De qualquer modo, o que avulta em tudo isso é que a palavra final sobre a abstenção ou não abstenção cabe ao próprio juiz, sem nenhum controle de quem quer que seja.

3. Voltemos, entretanto, ao princípio da imparcialidade. A semelhança de outros, esse princípio, se não encontra opositor quando enunciado em tese, levanta, em sua aplicação concreta, várias questões a cujo respeito está longe de haver uniformidade de pensamento. Uma delas, talvez a mais importante do ponto de vista prático, diz respeito à instrução do processo, isto é, à atividade destinada a colher e reunir as provas dos fatos que interessam para o julgamento do pleito.

Por intuitivas razões, essa atividade fica em geral ao encargo dos próprios litigantes. Graças ao conhecimento direto que têm dos antecedentes e circuns-

² SCHWARTZ, *Decision: how the Supreme Court decides cases*, Nova Iorque — Oxford, 1997, págs. 39 e segs. O trecho traduzido e aspeado está na pág. 39 e vê-se praticamente reproduzido na pág. 41: “The internal independence of each Justice means that the final word on disqualification is entirely up to the Justice concerned”.

tâncias do litígio, são eles que sabem, ao menos em regra, em que consistem e como se podem conseguir os elementos capazes de influir na formação do convencimento do órgão judicial — por exemplo: quais são e onde estão os documentos relevantes, que pessoas têm condições de ministrar informações úteis e, portanto, de prestar como testemunhas depoimento frutífero.

Grande número de legislações processuais modernas,³ entretanto, habilita o juiz a tomar, por sua própria iniciativa, medidas destinadas à obtenção de provas: determinar que se realize perícia, solicitar dados de fato e cópias de documentos a instituições públicas ou privadas, formular às partes e às testemunhas as perguntas que lhe ocorram, e até, se considerar necessário para esclarecer-se, inspecionar pessoas e coisas, eventualmente indo ao local onde elas se achem, para observá-las ele mesmo. Consistam que, ao propósito, recorde episódio de minha vida de magistrado, como Desembargador, por quatorze anos e meio, no Tribunal de Justiça deste Estado. Coube-me certa vez, como relator, apelação interposta em ação de nunciação de obra nova, cujo autor impugnava a reforma de varanda da casa vizinha, por entender que ela, ampliada, permitia aos respectivos moradores indevido acesso à intimidade de sua residência. Pois bem: os autos, recheados embora de plantas, croquis e fotografias, não bastaram, por mais atentamente que os esquadrinhasse, para dar-me idéia exata da situação. Perplexo, resolvi proceder a uma inspeção pessoal: regularmente científicas as partes e seus advogados, dirigi-me ao prédio em foco e caminhei até a controversa varanda. Em poucos segundos convenci-me de que o pedido do autor não tinha fundamento algum: por mais que me esforçasse, olhando para a outra casa de todos os ângulos possíveis, nada pude ver que caracterizasse invasão da privacidade alheia. A iniciativa que tomei poupou-me ao dissabor de chegar à sessão de julgamento do recurso sem opinião segura acerca do caso.

É oportuno ressaltar que, em semelhante contingência, a lei não deixa o magistrado em total desamparo. No terreno penal, socorre-o o tradicional princípio *in dubio pro reo*. No civil, existem as regras sobre o chamado ônus da prova (Código de Processo Civil, art. 333), que indicam qual dos litigantes há de sofrer as consequências desfavoráveis da falta de elementos de convicção

3 Alguns exemplos da segunda metade deste século: Argentina, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, de 1967, art. 36, nº 2; Colômbia, *Código de Procedimiento Civil*, de 1970, arts. 37, nº 4 e 179; França, *Code de Procédure Civile*, de 1975, art. 10; Uruguai, *Código General del Proceso*, de 1988, arts. 24.4 e 25.2; Costa Rica, *Código Procesal Civil*, de 1989, arts. 98, nº 4, 316, 1ª parte, 331; Peru, *Código Procesal Civil*, de 1992, art. 194. Quanto ao Brasil, vide o art. 130 do Código de Processo Civil de 1973 e o art. 5º da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que disciplina os Juizados Especiais previstos no art. 98, nº I, da Constituição Federal de 1988. Cf. o Código-tipo de Processo Civil para a América Latina, elaborado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, arts. 33, 4º, e 34.2.

sobre determinado fato. Mas, para o juiz escrupuloso, empenhado em decidir corretamente, constitui autêntico drama psicológico ser forçado a valer-se dessa tábua de salvação. Quase inevitável que o assuste a idéia de, ao sentenciar, estar disparando um tiro no escuro. Muito preferível, para ele e sobretudo para a Justiça, é que venham aos autos provas suficientes — e, não o sendo as produzidas pelas partes, que ele mesmo, na medida de suas possibilidades, trate de buscá-las.

Será incompatível com a preservação da imparcialidade essa posição ativa, que tantos ordenamentos atribuem ao órgão judicial na matéria, e doutrina autorizada, em nosso país e noutros,⁴ o estimula a assumir? Claro está que, realizada a prova por iniciativa do juiz, o respectivo resultado por força aproveitará, no todo ou em parte, a algum dos litigantes: do contrário, haveria sido improfícua a diligência, e nem valeria a pena tê-la levado a cabo... Mas, no instante em que o órgão judicial a determina, normalmente não lhe é possível prever (melhor: adivinhar) o que dela resultará. Quando inspecionei casas cuja varanda se ampliara, não tinha a mais mínima noção do que ia descobrir: tanto podia vir a convencer-me de ter razão o autor, quanto de tê-la o réu. Ora, se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de omitir-se: com efeito, a subsistente falta da prova, conseqüente à omissão, poderia favorecer a outra parte! Não soa razoável fulminar como parcial o magistrado quer no caso de atuar de ofício, quer no de não atuar — em outras palavras, prendê-lo por ter cão e prendê-lo por não o ter...

4. Convém observar, a esta altura, que os nossos juízes não costumam demonstrar grande afã em exercer, na prática, os poderes instrutórios que a lei lhes confere. Não se cuida, aliás, de fenômeno peculiar à Justiça brasileira: informações abalizadas dão testemunho de tendência semelhante em países como Portugal, a Itália, a França e até a Áustria, cujo sistema judicial tem sido apontado qual padrão, por mais de um aspecto, e não à toa, aos legisladores processuais do mundo inteiro, desde o fim do século passado.⁵

Conforme ocorre em tantos outros casos, a explicação do fato envolve fatores múltiplos e diversificados. Juízes sobrecarregados de trabalho, sufocados

4 Na recente literatura pátria, vide, inclusive para outras indicações legislativas e bibliográficas, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, *Poderes instrutórios do juiz*, 2ª ed., S. Paulo, 1994.

5 Vide, quanto a Portugal, ARTUR ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil declaratório*, vol. II, Coimbra, 1982, pág. 163; para a França, HÉRON, *Droit Judiciaire Privé*, Paris, 1992, pág. 164; com referência à Áustria, FASCHING, *Lehrbuch des "österreichischen Zivilprozessrechts"*, 2ª ed., Viena, 1990, pág. 350; no que tange à Itália, os resultados de pesquisa dirigida por DENTI, no vol. *Le prove nel processo civile*, Milão, 1973, págs. 13 e segs.

sob pilhas de autos — como em vários lugares ocorre —, dificilmente arranjarão tempo para sair em campo à procura de elementos que confirmem ou desmintam as alegações das partes; não lhes resta praticamente alternativa à resignada espera dos subsídios trazidos por elas mesmas. É inegável, por outro lado, que em algumas hipóteses o fator preponderante é a pura e simples preguiça, ou o descaso no cumprimento da função judicante: há com certeza magistrados avessos à idéia de afastar-se por um só minuto da cinzenta rotina burocrática a que se reduz, em sua visão, o exercício da judicatura. Existirão talvez, até — ponto que respeita mais de perto ao tema desta palestra —, juízes particularmente timoratos que se assustem com a possibilidade de ser vistos como parciais, se manifestarem, *ex officio*, muito empenho na pesquisa de dados referentes aos fatos da causa.

Seja como for, em nosso país e noutros, não há duas maneiras de valorar o comportamento do magistrado que, por esta ou por aquela razão, optar basicamente pela inércia e nela perseverar, mesmo quando óbvio que o correto julgamento do pleito lhe reclama um esforço para dissipar obscuridades remanescentes. Ele estará caminhando ao arrepio do sistema, contrariando o espírito, quando não a própria letra da lei.

5. Vale a pena registrar que o panorama se modifica de todo, ou quase, quando volvemos o olhar para o mundo anglo-saxônico. Nele, a regra básica é precisamente a da abstenção do juiz: em princípio, a introdução de provas no processo constitui encargo exclusivo das partes, por meio dos respectivos advogados.⁶ São estes, no chamado *adversary system*, tradicionalmente característico dos países daquela família, que se incumbem da atividade instrutória: em matéria, por exemplo, de prova testemunhal, não é apenas a convocação das testemunhas que lhes compete, mas até a respectiva inquirição, por via direta, sem intermediação do órgão judicial, que no comum dos casos se restringe a assistir ao duelo advocatício e a decidir sobre as objeções porventura formuladas pelos representantes das partes acerca da regularidade de tal ou qual pergunta.

A julgar por cenas de julgamento a que se tem assistido em novelas televisivas, alguns parecem supor que é esse, igualmente, o método em vigor no Brasil. Estão longe da verdade: os dois sistemas, no particular, diferem fundamentalmente. No universo anglo-saxônico — ressalvado o poder disciplinar de que o órgão judicial dispõe sobre os próprios advogados — é o juiz calado, impassível, para não dizer glacial, que melhor encarna a filosofia do ordenamento. Lá, decididamente, não se vê com bons olhos a quebra do silêncio, reveladora da inquietação do julgador acerca de tópicos relevantes, sobre os

6 Vide, por todos, TARUFFO, *Il processo civile "adversary" nell'esperienza americana*, Pádua, 1979, pág. 123.

quais não se haja projetado a necessária luz. Famoso magistrado e jurista inglês conta ao propósito episódio ilustrativo: certo juiz, de reconhecidas qualidades intelectuais e morais, sofreu vicissitudes dramáticas por haver externado interesse, que se veio a considerar excessivo, no conhecimento dos diversos ângulos da causa. Ambas as partes, ao recorrerem da sentença, queixaram-se de que as intervenções freqüentes do magistrado haviam ofendido a garantia do *fair trial*; o tribunal não só anulou o julgamento, mas chegou ao extremo de induzir o juiz a demitir-se do cargo! A narrativa do autor termina com as seguintes palavras: "*It was a poignant case, for he was able and intelligent — but he asked too many questions*"...⁷

A justificação dessa ojeriza costuma servir-se do argumento concernente ao dever de imparcialidade; mas há sinais veementes de que se trata, ao menos em parte, de uma espécie de "racionalização", e de que os motivos principais hão de ser procurados alhures. Um deles — muito importante, a crer-se nos estudiosos do assunto — lança raízes na história da administração da justiça na antiga Inglaterra. Desde época remota, como ninguém ignora, firmou-se o princípio do julgamento por júri, no qual tocava aos jurados, e exclusivamente a eles, a função de declarar culpado ou inocente o acusado. Daí a idéia de que qualquer ingerência do juiz na atividade probatória atentava contra a soberania do tribunal popular: era a este, e não àquele, que cada uma das partes devia esforçar-se por fazer digna de crédito a respectiva versão dos fatos. Ao órgão judicial, fosse qual fosse o seu próprio convencimento, incumbia aceitar sem discussão nem reserva o veredicto dos jurados. Se bem que, com o passar do tempo, o número dos pleitos civis ainda submetidos ao julgamento por júri haja baixado na Inglaterra (não, porém, nos Estados Unidos) a percentuais irrisórios,⁸ o apego à tradição continua — com relativa atenuação nos últimos anos — a manietar os juízes, impedindo-os, na maioria dos casos, de tomar de ofício iniciativas destinadas à obtenção de provas.

Por outro lado, não é impossível que atue aí um fator essencialmente político. Em bom número de estados norte-americanos, como se sabe, o juiz de primeiro grau é investido no cargo mediante eleição popular, na qual exercem sensível influência a classe dos advogados e seus órgãos representativos, que em geral gozam de enorme prestígio.⁹ O eleitorado leigo, compreensivelmente, inclina-se a acolher as sugestões dos meios profissionais. Ora, aos advogados

7 Lord DENNING, *The Due Process of Law*, Londres, 1980, págs. 58 e segs. O passo transcrito em nosso texto encontra-se na pág. 62.

8 "*The figure is now minimal*", já se podia ler em obra publicada há quase vinte anos: WALKER & WALKER, *The English Legal System*, 5ª ed., Londres, 1980, pág. 232.

9 "*Lawyers are community leaders throughout the land*": essa afirmação de MAYER, *The Lawyers*, Nova Iorque, 1968, pág. 21, continua válida apesar das três décadas transcorridas.

norte-americanos agrada pouco ver-se afastados da posição de protagonistas do debate judicial. Tendem a simpatizar mais com os juízes que se abstêm de disputar-lhes a primazia, do que com aqueles outros que, intervindo com maior frequência, ameaçam ofuscar-lhes o brilho da exibição. Os magistrados, por sua vez, cientes dessa idiosincrasia, evitam melindrar os astros ou estrelas do espetáculo, de cujo apoio poderão precisar, amanhã ou depois, para reeleger-se. Um fato atesta a verossimilhança de semelhante conjectura: conforme ouvi de mais de uma fonte autorizada, em viagem aos Estados Unidos, durante a qual visitei diversos tribunais, escritórios de advocacia e centros de treinamento judicial, os juízes federais, cuja investidura não depende de eleições — nomeados que são pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado —, demonstram em regra muito maior disposição do que seus colegas estaduais para assumir papel ativo com referência aos meios de prova.

6. Na mesma linha de idéias insere-se outra peculiaridade do processo anglo-saxônico, que não pode deixar de surpreender o observador situado em diferente parte do mundo. Na Europa continental e na América Latina, especialmente, produz estranheza e desconforto verificar que o juiz incumbido do julgamento da causa não se mostra familiarizado com os respectivos autos. Por mais que possa acontecer na prática — e acontece —, o fato sempre será visto como uma anomalia, um desvio de conduta, um ponto negativo cuja eventual reiteração, a adotarmos nesse terreno critério análogo ao do novo Código de Trânsito, seria capaz de gerar para o infrator, mais dia, menos dia, o receio de ver-se apontado, pelo consenso do foro, como merecedor da cassação de sua carteira de magistrado...

Pois bem: no espaço anglo-saxônico, o que tradicionalmente causaria espanto, quando não escândalo, seria, ao contrário, qualquer demonstração, por parte do órgão judicial, de haver-se empenhado, antes do *trial*, no estudo do feito. Lá, o que se espera do juiz, quer no âmbito civil, quer no penal, é que chegue à audiência sem prévio conhecimento dos fatos que deram origem ao processo. Nos últimos tempos, é fora de dúvida, a paisagem tem sofrido modificações: na Inglaterra, por exemplo, recentes, reformas legislativas proporcionam ao juiz mais amplas possibilidades de acesso aos elementos colhidos nas etapas anteriores do itinerário processual. O princípio básico, porém, continua a ser o de que, no concernente ao juiz, o processo “começa e acaba com o *trial*”:¹⁰ é aí, e somente aí, à luz exclusiva do que lhe for dado ver e ouvir no respectivo curso, que ele tem de chegar a uma convicção a respeito do litígio.

¹⁰ As palavras aspeadas são de Lord DEVLIN, *The Judge*, Oxford — Melbourne — Delhi, 1981, pág. 55. Lê-se no mesmo parágrafo: “The judge will obtain his first knowledge of the case from the opening statement of counsel for the plaintiff”.

Também a esse propósito invoca-se, para acreditar o método, a necessidade de resguardar o órgão judicial de tentação da parcialidade.¹¹ Alega-se que, se ele tiver ciência prévia do que consta sobre a causa, inevitavelmente será levado a formar dela, em seu espírito, uma imagem, ainda que provisória; em consequência, poderá tender a comportar-se, na audiência, mais com a disposição de quem espera ver confirmada certa versão dos acontecimentos do que com a atitude de quem conserve a mente de todo aberta às puras impressões do momento.

Igualmente aqui, todavia, parece mais razoável buscar na história a autêntica explicação do sistema. Recorde-se de novo que, nos primeiros tempos, era aos jurados, e só a eles, que cumpria valorar as provas e formar juízo sobre os fatos. Ora, na imensa maioria dos casos, cuidava-se de pessoas pouco instruídas, quiçá analfabetas, às quais seria inútil pedir que lessem e interpretassem documentos — aliás, muito mais raros então do que hoje. O único meio de tentar convencê-las da veracidade desta ou daquela narrativa consistia em fazê-las ouvir o depoimento de testemunhas que lhes merecessem confiança. A prova era toda oral, não em razão de qualquer preferência doutrinária ou opção científica, mas por simples imposição das circunstâncias.¹² De nada adiantaria ao juiz querer, antes do julgamento, inteirar-se do conteúdo dos autos — que a rigor *não existiam*! Apesar da mudança das circunstâncias, a fidelidade à tradição fez subsistir a regra; consoante frisam os especialistas na matéria,¹³ mesmo onde já não se utilize o *júri*, as coisas insistem em passar-se como se este ainda existisse: de sua tumba, ele continua a ditar normas para os vivos...

É interessante notar que os adeptos do regime dominante nos países anglo-saxônicos não se preocupam muito em buscar fundamento empírico para seus panegíricos. As mais das vezes parece estar-se argumentando na estratosfera, como se nada importasse a apuração do que *ocorre in concreto* no quotidiano dos pretórios. Algum observador perspicaz talvez ponderasse que outro tanto

¹¹ Assim, por exemplo, na literatura recente. MARCUS, *Déjà Vu All Over Again? An American Reaction to the Woolf Report*, no volume coletivo *Reform of Civil Procedure*, edit. por Zuckerman e Cranston, Oxford, 1995, págs. 239/40. Vide as observações críticas de TARUFFO, ob. cit. pág. 21 (e, aí, nota 47).

¹² Como assinala JOLOWICZ, *A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao adversary system?*, tradução do autor desta palestra, in *Revista Forense*, vol. 328, pág. 62, “a inutilidade de exigir que os membros do júri formassem sua convicção à luz de provas escritas, sobretudo numa época em que era generalizado o analfabetismo, acarretou a preferência muito marcada do *common law* pela prova testemunhal”.

¹³ Também aqui é oportuno invocar a lição de JOLOWICZ, art. cit., pág. 61, onde se lê que, “em suas grandes linhas, o processo civil inglês permanece fundado sobre a hipótese de um júri civil bem vivo”. Ajunte-se que, nos Estados Unidos, não se cuida de simples “hipótese”: lá o júri civil continua vivo e não dá sinais de morte próxima.

costuma suceder com as opiniões emitidas no sentido oposto... Reconheço que, no particular, seria extremamente difícil, senão impossível, reduzir a realidade a estatísticas: como averiguar com segurança se o conhecimento prévio da causa pelo julgador lhe comprometeu ou não a imparcialidade no julgamento do litígio? Mas quem quer que tenha familiaridade com certos hábitos brasileiros (e não apenas brasileiros) possivelmente desconfiaria que, fosse embora fácil a pesquisa, nem por isso a proposta de empreendê-la despertaria grande entusiasmo nos círculos especializados. É notória a predileção dos cultores de determinadas matérias, no Brasil e noutros países, por uma sorte de “impressionismo” que dispensa verificações e rejeita controles. Acontece que esse “impressionismo” se mostra incapaz de produzir, na ciência, resultados de longe comparáveis aos que nos legou o homólogo nas artes, da música à pintura. Se há setores da doutrina contemporânea, na Europa continental e na América Latina, fascinados por esta ou aquela característica do sistema anglo-saxônico, na área de que se está cuidando, a ponto de preconizar-lhe a importação,¹⁴ o fenômeno decididamente não encontra base na avaliação objetiva de uma experiência comprovadamente produtora de melhores frutos.

É tempo de encerrar estas reflexões, que obviamente não tinham, nem poderiam ter, a pretensão de esgotar assunto tão complexo e delicado. Seja-me consentido, antes de dar-lhes fim, pôr em relevo uma distinção a meu ver essencial, mas com frequência desprezada. Há, com efeito, propensão bastante difundida a identificar dois conceitos: o de *imparcialidade* e o de *neutralidade*. Trata-se, a meu ver, de grave equívoco.

Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha. Tal dever está insito no de “assegurar às partes igualdade e tratamento”, para reproduzir os dizeres do art. 125, nº I, do Código de Processo Civil.

Outra coisa é pretender que o juiz seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito. Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic et simpliciter*, que para o juiz “tanto faz” que vença o autor ou que vença

o réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços e circunstâncias pessoais de um ou de outro: porque o autor é X, simpático, ou porque o réu é Y, antipático, ou vice-versa. Repito, porém: ao juiz não apenas é lícito preferir a vitória da parte que esteja com a razão, seja ela qual for, senão que lhe cumpre fazer tudo que puder para que a isso realmente se chegue — inclusive, se houver necessidade, pondo mãos à obra para descobrir elementos que lhe permitam reconstituir, com a maior exatidão possível, os fatos que deram nascimento ao litígio, pouco importando que, afinal, sua descoberta aproveite a um ou a outro litigante.

Em substanciosa monografia alemã depara-se aguda crítica à equiparação que às vezes se faz entre “imparcialidade” e “neutralidade”. Esta última palavra, sustenta o autor, na medida em que sugere, para o juiz, uma abstenção de intervir (“*Nicht-Intervention*”), um distanciamento em relação ao litígio (“*Vomkonflikt-Fernbleiben*”), expressa justamente o contrário do que afinal se espera dele.¹⁵

Peço licença para dizer que também penso assim. E atrevo-me a acrescentar: tivesse algum dia de retornar ao exercício da judicatura, voltaria, com absoluta tranquilidade, a visitar, em caso análogo, por minha própria iniciativa, o prédio onde se houvesse realizado a obra, desde que não me satisfizesse, para formar convicção segura, com as peças já constantes dos autos. Tenho a certeza de que não sentiria comprometida, ou sequer ameaçada, como não senti daquela vez, a minha imparcialidade. E, se alguém objetasse que valer-me do resultado da inspeção pessoal significaria, inevitavelmente, beneficiar uma das partes, afirmo com toda a sinceridade, e sem falsa modéstia, que tomaria o reparo antes como elogio do que como censura...

14 Na Argentina, por exemplo, ilustre processualista penal desejaria “assegurar que los jueces que presiden el debate no conozcan el asunto a tratar, en lo posible ni el nombre del acusado, hasta el momento de abrir el debate”; assim se evitaria, parece, “toda clase de perjuicios que puedan influir, incluso inconscientemente [!], en la decisión final” (MAIER, *El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal*, in *Revista de Processo*, nº 85, págs. 255 e 252, respectivamente).

15 RIEDEL, *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters — Befangenheit und Parteilichkeit — im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht*, Berlim, 1980, pág. 13. Igualmente aqui há lugar para uma conjectura acerca da possível influência de fatores inconscientes na defesa do absentismo judicial: consoante bem observa TARUFFO, ob. cit., págs. 124/5, “l’affermazione che il giudice non può essere imparziale se non è passivo durante il processo appare più come una razionalizzazione di un valore — assunto a priori — che si ravvisa nella passività del giudice, che come una verità incontestabile”.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO: NATUREZA JURÍDICA; INICIATIVA DA PROPOSTA

WEBER MARTINS BATISTA*

1) Um dos temas mais fascinantes da suspensão condicional do processo diz respeito à natureza jurídica do instituto, pois é com base nela que se pode estabelecer a quem cabe a iniciativa de formulá-la. Lucas Pimentel de Oliveira¹ e Pedro Henrique Demercian e Jorge Assaf Maluly² foram os primeiros a posicionar-se contra, como diz aquele, “o infeliz entendimento que se aflora”, pois a suspensão condicional do processo “não é um direito subjetivo do acusado, constituindo verdadeiro mecanismo jurisdicional ínsito na discricionariedade limitada ou regrada do acusador público, emanada do ordenamento jurídico... A discricionariedade regrada, reitere-se, confere ao acusador público, e só a ele, a análise da conveniência de se propor ou não a suspensão, de acordo com a política criminal exigida pela realidade de cada comarca”.

No mesmo sentido, afirmam os outros dois ilustres autores³ que “o Ministério Público possui faculdade absoluta de formular ou não a proposta do processo. O legislador, por razões de política criminal, defere-lhe o exame da conveniência do prosseguimento da persecução penal”. Este entendimento é defendido, com argumentos semelhantes, por alguns outros autores.

2) Em sentido contrário, entendendo que a suspensão condicional do processo constitui um direito público subjetivo do acusado, parte considerável da doutrina defende a idéia de que, presentes as condições estabelecidas na lei, o juiz pode, por iniciativa própria ou a pedido do acusado, suspender o processo.

1 Juizados Especiais Criminais, Edipro, 1995, pp. 76 e segs.

2 Juizados Especiais Criminais — Comentários, Ed. Aide, 1996, p. 109.

3 Juizados Especiais Criminais — Comentários, Ed. Aide, 1996, p. 109.

* Desembargador-RJ, Professor Titular-UERJ (aposentado), Ex-Membro da Comissão de Reforma do Código de Processo Penal e da Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95.

Sob o título “Direito Penal Público subjetivo de liberdade”, Damásio de Jesus⁴ afirma que “preenchidas as condições legais, a suspensão provisória do processo é um direito do acusado, não configurando sua proposição uma faculdade do Ministério Público”.

Assim, também, a posição de inúmeros autores, como Paulo Lúcio Nogueira⁵ e Anatônio Carlos de Campos Machado Júnior⁶. Os tribunais, também em maioria, têm decidido neste sentido.

3) A suspensão condicional do processo constitui um direito do acusado, ou, ao contrário, não passa de mera faculdade atribuída ao Ministério Público? Problema semelhante tem dividido a doutrina, quando se discute sobre a concessão de liberdade provisória, de que tratam os artigos 310 e seu parágrafo único, e 350, todos do Código de Processo Penal, havendo quem, ainda hoje, entenda que nas hipóteses mencionadas não há que falar em direito do réu, mas em simples faculdade do juiz. Acontece⁷ que o poder discricionário, conforme a lição dos mestres em Direito Administrativo, em cujo campo o instituto ocupa posição de especial relevo, caracteriza-se pela liberdade que tem o agente, em presença de determinada situação de fato, de optar por uma das várias soluções postais à sua disposição, ou, se se quiser, à sua discricção.

Os problemas que a Administração Pública enfrenta são, hoje, cada vez mais complexos. Por isso mesmo, em muitos casos, na impossibilidade de determinar a forma e conteúdo dos atos que o administrador deve praticar, a lei estabelece limites mais ou menos amplos, em cujos lindes este pode atuar. Não há, nestas hipóteses, soluções predeterminadas. Os agentes administrativos prendem-se, tão-somente, à moralidade dos fins, devem preocupar-se apenas com a realização do interesse público e, sendo assim, são juízes absolutos da oportunidade e da conveniência de tais atos.

A característica dos atos discricionários reside, como conclui Cretella Júnior⁸, no poder que tem o agente de escolher, entre várias atitudes ou soluções permitidas pela norma, a que lhe parecer mais conveniente. O agente, enfim, pode escolher “um caminho, dentre os vários apontados pelo legislador”.

Diferente é a hipótese quando a liberdade do aplicador limita-se à afirmação da existência ou inexistência da situação de fato, não às consequências jurídicas dela decorrentes. Há, como leciona Barbosa Moreira, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber, se se tiver presente a distinção entre os dois

elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o *fato* (*tatbestand, fattispecie*) e o *efeito jurídico* atribuído à sua concreta ocorrência. A discricionariedade situa-se toda no campo dos efeitos⁹. Liberdade no exame dos pressupostos do fato e liberdade na escolha dos efeitos são coisas absolutamente diferentes, e só esta última caracteriza o poder discricionário.

4) No caso da suspensão condicional do processo, estabelece a lei os pressupostos para a concessão da medida, que são: crime punido com pena mínima não maior de um ano; acusado não processado ou condenado por outro crime; presença dos demais requisitos do art. 77 do Código Penal, que permitiriam a suspensão condicional da pena (art. 89, *caput*, da lei 9.099/95). Presentes estes requisitos, estabelece a lei, o processo *poderá* ser suspenso por dois a quatro anos, submetendo-se o acusado a período de prova. O fato do legislador ter usado o verbo *poder*, em vez do verbo *dever*, não tem qualquer influência na solução do problema em análise.

Como está na lição de Carlos Maximiliano, a interpretação do Direito moderno deve ser feita tendo em consideração mais a regra que a palavra. Por isso mesmo, não se deve opor, sem maior exame, *pode e deve, não pode e não deve*. É que estas palavras, sobretudo as primeiras, nem sempre se entendem na acepção ordinária. Se, em vez do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, *pode* assume as proporções e o efeito de *deve*¹⁰.

Ao contrário do que ensinam os comentadores do estatuto processual penal — diz Frederico Marques, analisando o art. 350 daquele código, que trata de liberdade provisória —, não nos parece que, tão-só porque o texto use o verbo *poder*, fique entregue, discricionariamente, ao juiz a concessão ou indeferimento da liberdade vinculada. A razão — aponta o mestre, analisando o vocábulo em função do conjunto, dando mais importância à regra do que à palavra isolada — é que se a lei estabelece requisitos para a concessão da medida, desde que se encontrem estes atendidos, tem o réu direito à mesma: trata-se de direito público subjetivo, emanado do *status libertatis* do acusado, que é corolário do disposto — referia-se à Constituição de 1946 — no art. 144, c/c § 21, da Constituição Federal¹¹.

Delmanto, analisando o problema em face do *sursis* e do livramento condicional, afirma igualmente, que “hoje, pode-se afirmar que a natureza obrigatória dos dois institutos já se pacificou, apesar das locuções verbais (“pode ser

4 Lei dos Juizados Especiais Anotada, 3ª ed., Saraiva, 1996, p. 107.

5 Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Saraiva, 1996, p. 103.

6 Boletim IBCCrim, nº 44, p. 4.

7 Sobre o tema, mais longamente, do autor, Liberdade Provisória, 2ª ed., Forense, 1985, pp. 80 e segs.

8 Cretella Júnior, Manual de Direito Administrativo, 2ª ed. Forense, 1979, p. 142.

9 Barbosa Moreira. Regras de experiência, in Rev. Forense, vol. 261, pp. 14-16.

10 Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação de Direito, 8ª ed., Freitas Bastos, pp. 282-283.

11 Frederico Marques. Elementos de Direito Processual Penal, vol. IV, Forense, 1965, pp. 167-168.

suspensa” e “pode conceder”) que a lei usou. Ao juiz cabe verificar se as condições foram preenchidas, não podendo, em caso positivo, recusar a concessão¹².

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que, não importa a forma usada, mas desde que o legislador tenha estabelecido pressupostos para a concessão da medida, presentes estes, tem o acusado direito à mesma. O que não teria sentido seria, em hipóteses em tudo semelhantes, deixar ao bom ou mau humor do órgão do Ministério Público ou do juiz a *faculdade* de conceder tal direito.

5) Luiz Flávio Gomes admitia, na primeira edição de seu livro¹³, que, “considerando a natureza de direito público subjetivo do instituto, desde que presentes os requisitos legais”, pode o acusado, ante a recusa do Ministério Público, “formular o pedido de suspensão e nesse caso o juiz estará obrigado a emitir um provimento jurisdicional... Nenhum direito público pode ficar fora da tutela judiciária (CF, art. 5º, inc. XXV)”.

Na segunda edição, no entanto¹⁴ mudando seu ponto de vista, passou a afirmar que a iniciativa da oferta cabe, *com exclusividade* (meu, o grifo), ao Ministério Público, mas, como está em jogo o *ius libertatis*, a recusa injusta ou ilegal do Ministério Público em fazer a proposta permite a utilização do *habeas corpus*. Com que finalidade? Com o fim de, reconhecido o direito à suspensão, obter do judiciário um *writ* com a “determinação ao órgão acusador para que, no caso concreto, formule a proposta”. Contudo, ao extrair suas conclusões finais sobre o tema, na Sétima Conclusão, depois de afirmar que o *writ of injunction* apresenta-se como “instrumento tecnicamente perfeito... porém não é prático”, admite que “a possibilidade de o acusado postular a suspensão configura a melhor e mais prática fórmula para a solução do problema (p. 175).

Ora, estas afirmações e conclusões, *data venia*, não apenas se contradizem umas às outras, como, o que é pior, atentam contra normas constitucionais. Se se trata, como afirma, de um direito público subjetivo do acusado, pois está em jogo o *ius libertatis*, como admitir que a proposta de suspensão caiba, com exclusividade, ao Ministério Público? E, sendo da competência exclusiva do Ministério Público, como imaginar que o tribunal possa determinar ao promotor a prática de um ato de sua exclusiva competência, de sua livre escolha? Nenhum juiz ou tribunal tem este poder. Melhor admitir, como solução *parcialmente* válida, a que o ilustre autor denomina de “melhor e mais prática”, e que, na

realidade, não é apenas a mais prática, mas a solução *legal*: a possibilidade do próprio acusado requerer ao juiz a suspensão do processo¹⁵. E, se se trata de um direito público subjetivo, que impede faça o próprio juiz, de ofício, a proposta?

7) Estabelece o art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95, que “... o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo por dois a quatro anos, desde que o acusado...”. No projeto do autor consta que, “recebida a denúncia ou a queixa, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou do interessado, suspender o processo...”. A norma do art. 89 referido deve ser interpretada como dando ao Ministério Público, com exclusividade, a iniciativa da concessão da medida, ou é possível entender que, mesmo *sem* ou *contra* a manifestação de vontade do promotor ou, acrescente-se, do querelante, é possível a suspensão do processo. Esta última solução, como já se afirmou parece a mais correta.

No sistema acusatório, a titularidade da pretensão punitiva pertence ao Estado, representado pelo Ministério Público, a quem compete, com exclusividade, promover a ação penal pública (CF, art. 129, inc. I). Não há, em nosso sistema processual penal, a figura do juiz inquisidor, motivo por que — diz Frederico Marques — o impulso inicial do processo quem o dá é o Ministério Público, quando se trata de ação penal pública, ou o particular, quando o caso é de ação penal privada¹⁶. Cabe, portanto, no primeiro caso, ao órgão do Ministério Público a propositura da ação. Se o promotor entender que a hipótese não comporta o oferecimento de denúncia, o máximo que o juiz pode fazer é, discordando dele, enviar o processo ao procurador-geral. Se este insistir no pedido de arquivamento, outra solução, não cabe senão atender (CPP, art. 28).

O juiz, repita-se, não tem a iniciativa da ação. Depois de proposta esta, no entanto, as decisões a serem tomadas — recebê-la ou rejeitá-la, deferir ou indeferir provas, prender ou soltar o réu etc. — competem ao juiz, não ao Ministério Público. Uma das mais importantes decisões, agora, é a que permite a suspensão condicional do processo. Nada mais lógico do que concluir que o juiz, mesmo sem menção expressa da lei, mas com base nos princípios que regem sua atuação no processo, sobretudo em face de um direito constitucional do réu, possa ter a iniciativa de oferecer a este a suspensão do processo.

As partes delimitam o objeto da decisão final do juiz, a ser tomada na sentença, mas, nos limites da ação proposta tem ele, antes da sentença, poderes decisórios, que exerce de ofício, como, entre outros, o de decretar ou revogar a prisão preventiva; o de conceder fiança, cassá-la, julgá-la quebrada ou perdida; o de conceder *habeas corpus* de ofício, quando evidente o constrangimento

¹² Delmanto. Direitos Públicos Subjetivos do Réu no Código Penal, in Rev. dos Tribunais, vol. 554, pp. 466-467.

¹³ Suspensão Condicional do Processo. Ed. Revista dos Tribunais, 1995, pp. 169-170.

¹⁴ Ibidem, 2ª ed. 1996, pp. 192 e segs.

¹⁵ Op. Cit., p. 175.

¹⁶ Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, 1961, p. 64.

ilegal etc. A oferta de suspensão do processo está entre as decisões que o juiz pode tomar de ofício.

8) Como o admitem os próprios partidários do entendimento contrário, a tese da concessão da suspensão do processo *ex officio*, pelo juiz, vem ganhando forte apoio jurisprudencial. Em acórdão recentíssimo, tomado por maioria, entendeu a Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que cabe ao juiz a iniciativa da suspensão do processo¹⁷. O Col. Supremo Tribunal Federal, também em acórdão muito recente, posicionou-se em sentido contrário, ao decidir, também por maioria, que a hipótese caracteriza, não um direito subjetivo do réu, mas um ato discricionário do *Parquet*. Sendo assim, e para evitar que esta discricionariedade seja transferida ao subjetivismo de cada promotor, se o juiz entender presentes os requisitos *objetivos* (meu, o grifo) para a suspensão do processo, deverá encaminhar o processo ao Procurador Geral de Justiça, para que este se pronuncie sobre o oferecimento ou não da proposta¹⁸.

A decisão por último mencionada, *data venia* da alta autoridade de seus autores, merece reparo. Primeiro, porque na hipótese da suspensão condicional do processo não basta examinar os requisitos objetivos. A Lei 9.099/95, como se pode ver em seu art. 89, estabelece, ao lado destes, pressupostos subjetivos, que também devem ser satisfeitos, sob pena de não ser possível a suspensão do processo. Depois porque, como já se afirmou, o referido art. 89 criou um *tipo fechado*, estabeleceu um *fato*, cuja existência deve gerar um só efeito, a suspensão do processo.

Não importa que o aplicador, para identificar o fato, tenha de valer-se de análise altamente subjetiva, o que acontece muitas vezes. O que importa é verificar se, afirmada a existência o fato, tem aquele um só caminho a tomar. Se isso acontecer, estamos em face de um *poder vinculado* do aplicador, de um direito público subjetivo do interessado. Liberdade no exame dos pressupostos do fato e liberdade na escolha dos efeitos são coisas absolutamente diferentes e só esta última caracteriza o poder discricionário.

9) O projeto do autor, dando ao juiz o poder de suspender o processo por iniciativa sua, ou a requerimento do Ministério Público ou do acusado, foi aprovado, por aclamação, pela Comissão de Reforma dos Procedimentos do Código de Processo Penal, de que fez parte o autor ao lado dos melhores processualistas penais do país. E, por outro lado, a Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, de que também participou, concluiu, analisando

os arts. 79 e 89 da referida lei (Décima Terceira Conclusão), que “se o Ministério Público não oferecer a proposta de ... suspensão condicional do processo, nos termos dos arts. ... 89, poderá o juiz fazê-lo”.

É possível concluir, portanto, que na grande maioria das vezes os membros do Ministério Público, por seu excelente nível, ao verificarem a existência dos pressupostos objetivos e subjetivos que autorizam a medida, propõem a suspensão condicional do processo. Esta manifestação, no entanto, não é imprescindível à concessão da mesma, que poderá ser obtida a requerimento do acusado, ou por iniciativa do próprio juiz.

¹⁷ Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decisão tomada no julgamento da Denúncia 07/96, contra o prefeito de Santo Antônio de Pádua, em 12.11.96 (acórdão ainda não publicado).

¹⁸ Informativo do S.T.F., nº 92, D.O.R.J., de 08.12.97, p. 4.

A MACROTROCA POLÍTICA

LUIZ HENRIQUE NUNES BAHIA

Este artigo admite como proposição inicial a afirmação de que há uma ordem humana baseada na troca, na reciprocidade e na interdependência das relações sociais. Concebe-se, como ponto inicial de discussão, a existência do predomínio da *coesão* sobre o conflito; este último será sempre resultado de um desequilíbrio no processo de trocas entre os diversos atores no jogo da vida.¹

Concordo com Lindblom (1979: 41) no entendimento de que “o que se troca em política não são favores pessoais, como acontece entre indivíduos comuns entre si, mas favores de autoridade [...]. Em política, os benefícios do exercício da autoridade são os valores que entram na troca”, mas *discorda* da interpretação de que os favores de autoridade se restrinjam à autoridade pública — no sentido da burocracia pública nomeada ou concursada, ou dos legisladores e executivos eleitos; esses favores da autoridade também ocorrem nas trocas que envolvem o jogo do poder dos diferentes grupos econômicos. Vale dizer, no jogo de trocas de favores, “autoridades” (soberanas e proprietárias) públicas e privadas estão envolvidas, sendo esse processo de troca inerente ao exercício do poder, formal ou não.

A lógica nos ajuda a pensar o universo e a nossa inserção no mesmo. Auxilia-nos a examinar a origem da ordem humana e da ordem política em especial. Esta tese sustenta que, independentemente da abordagem lógica² acerca das origens da ordem social e política, o fenômeno da troca político-patrimonial se encontra presente como mecanismo explicativo da integração dos seres humanos.

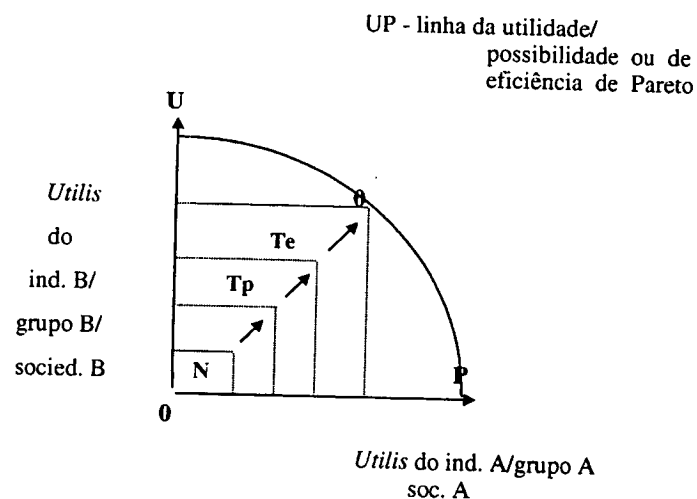
¹ Ver a respeito Binmore (1994: 25-6); ver também Simmel (1971: 70-95).

² Algumas matrizes orientam e explicam a origem da ordem. Duas delas são relevantes para o nosso trabalho: a construtivista lógica e a espontaneísta. Além destas, a moderna biologia tem influenciado uma série de autores no sentido das consequências que a origem biológica tem para a ordem social.

Seres humanos trocam porque têm recursos vinculados a interesses diferentes (Buchanan 1967: 4); ou porque há uma propensão natural para a troca (Smith 1925: 15); ou porque buscam melhorar seu bem-estar (Tullock 1984: 17); ou porque têm carências e necessidades (Platão 1949: 73). *As diferentes interpretações têm em comum o fato de que indivíduos têm necessidade e disposição para trocar (Simmel 1971: 43-69).*

Indivíduos, grupos e sociedades criam processos espontâneos de troca que permitiriam à humanidade caminhar na direção de uma fronteira ou linha imaginária ideal: a linha de eficiência de Pareto. A título de simplificação, imaginemos a interação de dois indivíduos ou de dois grupos, ou de duas sociedades que interagem trocando *utilis* entendido aqui como bens materiais, símbolos e sentimentos, entre outros.

Neste processo de troca, alguns pontos do gráfico abaixo (o quadro está inspirado em Tullock (1985: 83) merecem ser observados. Os pontos imaginários de N até O desenharam o trajeto da maximização, à medida que se desloca de uma situação subótima para uma linha de eficiência máxima.³



Acompanhando a trajetória:

na posição N: hipoteticamente posição de não troca ou não-cooperação; Robinson Crusoe na busca de maximizar seus benefícios independentemente de Sexta-Feira; é a situação conhecida como o paradoxo do Dilema do Prisioneiro, em que a decisão mais prudente de cada jogador será de, não havendo

³ A percepção da vantagem na troca política é também descrita por Buchanan e Tullock (1967: 19).

comunicação entre eles, optar por agir de forma a maximizar seus benefícios independentemente do outro, o que acaba produzindo para ambos uma situação subótima; é a vitória da não-cooperação, seja pelo egoísmo agressivo (Hobbes),⁴ seja pelo egoísmo passivo (Rousseau); há desperdício e se caracteriza por posição predatória. Quanto a este momento, vale também observar a formulação de Mill (1983: 40).

na posição T_p : a troca política e a ordem humana se estabelecem; na "leitura" construtivista-lógica (contrato original) os indivíduos racionais aceitarão, através do contrato ou do pacto, a ordem política criada; o representado — cidadão/indivíduo — se submete ao Leviatã (Hobbes) e obtém, em troca, a segurança e a eliminação de uma possível anarquia; ou faz acordo com outros proprietários na constituição da Sociedade Política (Locke), recebendo em troca a proteção de sua propriedade.

Na visão espontaneísta/naturalista (contrato utilitário) os indivíduos se adaptam e internalizam hábitos, costumes e valores (Hume 1902: 311)⁵:

"O homem, nascido no seio de uma família, é compelido a preservar (proteger) a sociedade por necessidade, por inclinação natural e por costume. A mesma criatura, em seu progresso posterior, se empenha em estabelecer a sociedade política para administrar a justiça, sem a qual não pode haver paz entre eles, nem segurança, nem intercuro entre eles [...]"

Os indivíduos, em seguida, a sociedade política; ou expressam simplesmente o desejo de viver em sociedade, como para Montesquieu,⁶ ou internalizam regras de conduta que nos governam, como em Hayek.⁷

Tullock (1985: 79-81), em especial, confirma as observações anteriores. O indivíduo ganha quando troca a sua liberdade natural pela garantia de segurança da propriedade que o Estado lhe proporciona. Segundo ele, existem direitos de propriedade decorrentes do contrato inicial de uma associação entre indivíduos que concordam em viver juntos.

"As regras (normas) que estabelecem direitos podem não ter a imposição de terceiros. Neste caso, elas pesam nas decisões individuais

⁴ Vários autores concordam em estabelecer uma conexão entre o Estado de Natureza de Hobbes e paradoxo do Dilema do Prisioneiro: ver a respeito Gauthier (1969, 1979), Hampton, J. (1986) e Skyrms, D. (1990).

⁵ Importante observar a discussão sobre Hume e o seu contrato utilitário em Binmore (1994: 30) ou Taylor (1987: 150-63).

⁶ Nesse sentido, ver Montesquieu (*s/d*, pp. 4, 5) e também Althusser (1972: 36).

⁷ Nesse sentido, ver Hayek (1973: 125).

apenas porque os indivíduos reconhecem e respeitam os seus limites de comportamento e os dos demais. Eles podem agir assim por causa do valor que eles dão ao cumprimento de seus acordos contratuais, os quais podem ser implícitos em suas associações com outros, e porque seus próprios direitos podem ser violados se eles violarem os direitos de outros” (1985: 78).

E, após citar Buchanan em *The Limits of Liberty* (1975: 20), ele sentencia: “we see the basis for behavioral rules or, what amounts to the same thing, property rights”.

Por outro lado, Tullock reconhece que os direitos de propriedade podem ser o produto de uma terceira força: o governo.

“Regras de comportamento determinam quais direitos nós possuímos em relação ao uso de recursos, bens e serviços. Os direitos que temos podem ser o produto do processo legislativo e podem ser impostos por uma terceira parte: geralmente a terceira parte é o governo ou, mais propriamente, os agentes do governo. Neste caso os direitos de propriedade derivam das leis” (Tullock 1985: 78).

Na primeira interpretação, a troca social e política pressupõe um respeito às regras de conduta e de convivência que decorrem de um pacto, ou de um acordo de vontades, entre as partes contratantes. É possível uma troca espontânea de direitos pelo simples respeito às regras de comportamento. Na segunda, o respeito aos direitos de propriedade decorre da obediência às regras de conduta coordenadas pelo *Estado* e pela *lei*. Aqui, há um pacto com um terceiro ator: o Estado. Portanto, neste caso, são duas trocas: uma no plano horizontal entre os indivíduos que se pactuam, e uma outra no plano vertical, quando os indivíduos aceitam a imposição, pela lei, das regras de conduta, cujo objetivo é garantir os direitos de propriedade.

Em resumo, há uma troca espontânea, em obediência às regras de conduta, e uma troca artificial criada racionalmente pelos homens, visando a manter e coordenar a obediência às regras de comportamento. De qualquer sorte, há uma macrotroca política em que o Estado surge como um coordenador espontâneo e natural, ou como um coordenador artificial.

Em linguagem de teoria dos jogos, diríamos que os jogadores **A** e **B** (ver gráfico) melhoram suas recompensas ao se deslocarem de **N** para **T_p**. O jogo passa a ser cooperativo a partir de alguma forma de coordenação — lei escrita ou não — que cristaliza a troca política

Na posição **T_E**: após a troca política, o processo de maximização das recompensas passa a se traduzir sob a forma de troca política patrimonial. Ela

é garantia de uma melhor posição, tanto para o jogador **A**, quanto para o jogador **B**; neste ponto de equilíbrio, há troca de direitos sobre bens e serviços coordenados pelo mercado.

Na posição **O**: a linha de eficiência de Pareto é aquela em que ninguém pode melhorar a sua posição, sem piorar a posição do outro. A troca não melhora a posição do jogador **A**, sem prejudicar a posição do jogador **B**. Todos os pontos da linha **UP** expressam hipótese teórica de eficiência a ser buscada, mas nunca alcançada.

Independentemente da interpretação quanto à origem da ordem social — seja espontaneísta ou construtivista lógica — a macrotroca política (ponto **t_p** no gráfico) é a que permitirá o funcionamento das sociedades. A troca econômica (**T_E**) não será possível, no sentido macro, sem um mínimo de garantia produzida pela troca política.⁸

Esta se origina, primordialmente, em qualquer tipo de associação grupal humana e em qualquer padrão de sociedade, na divisão de trabalho política entre dirigentes e dirigidos, por sua vez causadora das divisões de trabalhos na escala hierárquica da associação, da sociedade, da corporação e das organizações em geral, grandes, médias ou pequenas, as quais incluem partidos, máquinas e células partidárias etc.

As trocas políticas podem ser qualitativamente distintas, mas terão em comum o fato de resultarem de uma hierarquia de poder.

As outras formas de troca são, ou estão, “autorizadas” por uma hierarquia de poder, legitimada por leis, consensos e costumes.

A discussão, a partir de agora e até o final deste capítulo, será no sentido de examinar interpretações do pensamento político clássico e contemporâneo que permitem exemplificar a constatação do fenômeno de macrotroca política.

1. A TROCA POLÍTICA NO MUNDO GREGO

O fenômeno da troca política — essencial para o entendimento do processo social e político global — pode ser observado no mundo grego, o berço da civilização ocidental. Seus dois maiores representantes, Platão e Aristóteles, formulam de modo diferenciado a preocupação com a questão da troca política.

Em Platão, a concepção de troca surge vinculada à existência da cidade. No Livro II da *República* (p. 72), os dois irmãos de Platão querem a demonstração de que a justiça é intrinsecamente boa. Para tanto, Sócrates propõe-se a

⁸ A diferenciação entre macro e micro baseia-se no fator abrangência dos jogadores envolvidos.

apreciar os fatos em grande escala. Por conseguinte, estende a sua análise do indivíduo para o exame da cidade.⁹

“Ora — disse eu — uma cidade tem sua origem, segundo creio, no fato de cada um de nós não *ser auto-suficiente*, mas sim necessitado de muita coisa. Ou pensas que uma cidade se finda por qualquer outra razão?

— Por nenhuma outra — respondeu.

Assim, portanto, um homem toma de outro para uma necessidade, e de outro ainda para outro, e, como precisam de muita coisa, reúnem numa só habitações, companheiros e ajudantes. A essa *associação* pusemos o nome de *cidade*. Não é assim?

— Absolutamente.

— Mas se uma pessoa participa numa sociedade (*associação*) com outra, *se dá ou recebe algo*, é na convicção de que isso é *melhor para ela*? (Platão 1990: 72-3).

O diálogo revela, de forma clara, a relação direta entre o fenômeno da cidade (*polis*) e o *demos* que dá e recebe, vale dizer, a associação política resulta da troca.

O diálogo prossegue, enfatizando um processo crescente de *divisão do trabalho* em função das necessidades humanas. *Seres humanos têm necessidades e, por isso, trocam.*

“Fundemos em imaginação uma cidade. Serão, ao que parece, as nossas necessidades que hão de fundá-la.

— Como não?” (1990: 73).

E mais adiante, Platão passa a defender o processo de especialização das atividades:

“Como é que a cidade bastará para a obtenção de tantas coisas? Existirá outra solução que não seja haver um que seja lavrador, outro pedreiro, outro tecelão?” (1990: 73).

Na defesa da divisão do trabalho está embutida a otimização do uso do tempo na construção de uma sociedade melhor. E conclui:

⁹ O diálogo abaixo envolve Sócrates — o primeiro a falar — e Adimanto, um dos irmãos mais velhos de Platão.

“Por conseguinte, o resultado é mais rico, mais belo e mais fácil, quando cada pessoa fizer uma só coisa, de *acordo com a sua natureza e na ocasião própria*, deixando em paz as outras” (1990: 74).

Todo o desenvolvimento da narrativa contida no Livro II envolve o processo da divisão do trabalho e da especialização de funções e atividades do ser humano, capazes de produzirem a cidade.

Aqui há a preocupação com os guardiães da cidade e, neste sentido, Platão começa a discutir o poder na cidade, onde o papel do *saber* e da *educação* vão se transformar na sua essência.

“Ora não se te afigura que o futuro guardião precisará ainda de acrescentar ao seu temperamento fogoso um instinto de filósofo? [...] O homem [...] tem de ser por natureza filósofo e amigo do saber” (1990: 85).

A troca nasce com a cidade, e esta propõe o nascimento e o crescimento da troca política, segundo uma ordem político-patrimonial. A lógica do argumento de Platão para a melhor ordem política segue a seguinte seqüência:

- a) os homens têm necessidades;
- b) em função das necessidades, eles trocam;
- c) na troca, eles se especializam (divisão do trabalho);
- d) ao se especializarem, e na busca de uma maior especialização, eles desejam mais educação;
- e) mais educação implica maior possibilidade de trocas e mais forte se torna a cidade — fruto da divisão do trabalho;
- f) quanto mais forte a cidade, maior o volume de poder inerente à cidade e mais poderoso o cidadão.

As contribuições de Aristóteles (1966, 1932) para a teoria da troca política já foram explicitadas na primeira parte deste Capítulo, de forma parcial. No entanto, cabe mencionar outros pontos relevantes. No Capítulo III, Livro I, de *A Política*, ele apresenta a razão básica da troca, quando afirma:

“[...] a permuta tem a sua razão de ser na natureza mesma, pois os homens possuem em maior ou menor quantidade os objetos que são imprescindíveis à existência” (Aristóteles 1966: 22).

O que significa dizer que a necessidade induz à troca. A troca política é, por isso mesmo, induzida pela necessidade de realizar a interação social seguindo o modelo hierarquizado a uma ordem.

Estabelece ainda, nesse capítulo, uma diferença entre dois tipos de troca: a natural e a não-natural. A natural existe, na medida em que consiste em uma

aquisição daquilo que é efetivamente necessário para os propósitos da vida: o seu valor de uso. É a troca que visa a “satisfazer as necessidades naturais dos homens” (1966: 22).

A troca é não-natural no processo de aquisição de riqueza, quando os bens começam a ser trocados não por outros bens, mas por dinheiro. É aí que, no mercado, os bens adquirem valor de troca (1966: 23).

A partir desta classificação, Aristóteles extrai uma teoria monetária apontando para as duas funções básicas da moeda: meio de troca e reserva de valor.

No que tange à legitimidade das trocas, ele condena a troca não-natural por razões morais. Censura a perseguição ilimitada de riqueza para além da necessária aos propósitos da vida. Considera que de todos os modos não-naturais de aquisição de riqueza, a pior espécie consiste na usura, uma vez que o dinheiro, ele mesmo uma invenção não-natural, é usado neste caso não para o seu propósito original, meio de troca, mas para um fim ainda menos natural: a riqueza.¹⁰

No que diz respeito à justiça das trocas e à simetria das mesmas, voltaremos a lembrar Aristóteles no último capítulo desta tese.

2. MAQUIAVEL E OS GANHOS NAS TROCAS EM UMA ORDEM SOBERANA CENTRALIZADA

Pelo relato de Maquiavel (1946), a troca política que se manifesta na conquista e na manutenção do poder pode ser observada na forma de um jogo psicológico e racional.

Maquiavel analisou “os movimentos políticos [assim como] Galileu estudou a queda dos corpos”¹¹ (Cassirer 1973: 154). A estática e a dinâmica das trocas políticas constituem a essência do seu realismo ou pragmatismo. Maquiavel entendia o conflito político como um jogo de dados. Havia estudado profundamente as regras do jogo de trocas, mas não pensava em alterar ou criticá-las. Ele não recomendava nem reprovava a constatação de que o jogo político sempre era praticado com traição, mentira, felonias e fraude: “Sua única preocupação era descobrir o melhor lance — o lance que ganha a partida” (1973: 160). A política, em linguagem de teoria dos jogos, consiste em um jogo com regras definidas equivalente a um processo em que atores políticos trocam interesses dentro de regras preestabelecidas sobre a forma e o comportamento político.

¹⁰ Ver a respeito Ross (1987: 248-9).

¹¹ Ver Cassirer (1973:154 —160) “Herder assinala corretamente que Maquiavel nunca teve a intenção de criar uma teoria política geral. Limitou-se a retratar os costumes, os modos de pensar e agir do seu tempo”.

No que diz respeito à natureza humana do político e à troca política realista, é importante salientar que Maquiavel não afirma que todo o homem é mau, apenas adverte que o governante deve agir sempre levando em consideração a maldade humana em potencial:¹²

“[...] quem quer que funde um Estado e promulgue leis para seu Governo deve *pressupor* que os homens são por natureza maus e que não deixarão de demonstrar a natural depravação dos seus corações sempre que tenham *uma boa oportunidade* de fazê-lo” (Cassirer 1973: 166).

O ceticismo e o realismo de Maquiavel apontam para a necessidade de o governante criar leis que possam controlar um tipo de comportamento humano não-próximo da ilusão de uma bondade original. Na troca entre governantes e governados, os primeiros devem ter, como condição inicial, a capacidade de conhecer a natureza dos últimos.

A troca política surge como possível desde que, no jogo, o Príncipe identifique o sistema psicológico humano e o seu desejo de maximizar ganhos materiais e simbólicos. A vida humana em geral e a política em particular, só existirão na medida em que for possível coordenar um conjunto de naturezas humanas que cristaliza razão e paixão.

Essa ordem será obtida pela centralização do poder a unidade da nação que poderá constrianger os impulsos da natureza humana.

Em alguns trechos dos *Discursos* (1970), Maquiavel expressa a possibilidade do equilíbrio como fruto da oposição entre os interesses do povo e os interesses dos poderosos.

“Digo que os que censuram as dissensões contínuas dos grandes e do povo parecem desaproveitar as próprias causas que conservaram a liberdade de Roma, e que eles prestam mais atenção aos gritos e aos rumores que essas dissensões faziam nascer, do que aos efeitos salutares que produziam. Essa gente não quer notar que existe em cada governo *duas fontes de oposição: os interesses do povo e os interesses dos grandes; que todas as leis que se fazem a favor da liberdade nascem dessa desunião*, como o prova tudo quanto se passou em Roma, onde, durante os trezentos anos e mais que decorreram entre os Tarquínios e os Gracos, as desordens que irromperam entre os muros de Roma produziram poucos exílios e ainda menos derramamentos de sangue” (Maquiavel *apud* Weffort 1991: 45-6).

¹² Ver a respeito de Maquiavel (1970: 111-2); observar também nota 3: 529.

O conflito de interesses permite a produção de todas as leis que se fazem em favor da liberdade. A necessidade das boas leis é função dos conflitos:

“Não se pode, de modo algum, chamar de desordenada uma república onde brilham tantos exemplos de virtude; pois os bons exemplos nascem da boa educação, a boa educação das boas leis, e as boas leis dessas mesmas desordens, que a maior parte condena inconsideravelmente” (1991: 46).

Estes conflitos, por outro lado, podem ser coordenados por boas leis, regras e normas, para propiciar o equilíbrio necessário à estabilidade.

3. AS VERSÕES CONTRATUALISTAS E A MACROTROCA POLÍTICA.

O autor mais representativo do pensamento político clássico, Thomas Hobbes, constrói de forma sistemática e lógica as bases explicativas e racionais do fenômeno Estado-Nação.¹³ Foge ao objetivo desta tese discutir de forma ampla os conceitos e as interpretações controversas em torno das contribuições de Hobbes.¹⁴ No entanto, a teoria da troca política e a abordagem da escolha racional se ilustram com os argumentos e definições de Hobbes desenvolvidos no *Leviatã* (1974) e no *De Cive* (1992).

Teóricos da escolha racional e da escolha pública — Buchanan, Tullock e Tsebelis entre outros — constataam nas análises de Hobbes os fundamentos da interdependência do fenômeno econômico com o fenômeno político. O homem hobbesiano é percebido ora como maximizador de poder, ora desejoso por utilidades. Seja para concordar, seja para discordar, os teóricos contemporâneos partem de certas premissas hobbesianas para suas formulações.

Nossa análise de macrotroca política segue os seguintes passos lógicos da formulação hobbesiana:

- a) descrição de natureza humana em suas raízes: razão *versus* paixão;
- b) condições do estado de natureza;
- c) estado de guerra e de tristeza do homem, nesse estado de natureza;
- d) a troca política compulsória (pacto compulsório) necessária para a construção da ordem;
- e) o papel do *Leviatã* e a garantia dos cidadãos.

¹³ Quase todos os historiadores do pensamento político concordam que a partir de Maquiavel e de Hobbes o estudo da política enquanto ciência se consolidou.

¹⁴ Ver, por exemplo, tese de doutorado de Luiz Eduardo Saares (mimeo, 1992, Iuperj) e Renato Janine Ribeiro (1984).

Hobbes entende que o homem é movido por razão e pela *paixão pelo poder* que sintetiza todas as formas de desejo, inclusive o econômico:

“As paixões que provocam de maneira mais decisiva as diferenças de talento são, principalmente, o maior ou menor desejo de poder, de riqueza, de saber e de honra. Todas as quais podem ser reduzidas à primeira, que é o desejo de poder. Porque a riqueza, o saber e a honra não são mais do que diferentes formas de poder” (Hobbes 1974: 50).

A propensão natural e perpétua do homem é lutar para ter poder, o que só termina com a morte:

“Assinalo assim, em primeiro lugar, como tendência geral de todos os homens, um perpétuo e irrequieto desejo de poder e mais poder, que cessa apenas com a morte. E a causa disto nem sempre é que se espere um prazer mais intenso do que aquele que já se alcançou, ou que cada um não possa contentar-se com um poder moderado, mas o fato de não se poder garantir o poder e os meios para viver bem que atualmente se possuem sem adquirir mais ainda” (1974: 64).

Essa essência de homem se combina com uma situação de escassez:

“[...] da igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos [...]” (1974: 78-9).

O estado de natureza apresenta as seguintes condições objetivas: igualdade de fato; escassez dos bens; direito que a natureza deu, a cada um que vive fora da sociedade, sobre todas as coisas (Bobbio 1991: 34). Igualdade de fato, unida à escassez dos recursos e ao direito sobre tudo, destina-se, por si só, a gerar um estado de impiedosa concorrência que ameaça continuamente se converter em luta violenta. Egoísmo e conflito predominam sobre o altruísmo e a cooperação.

O trecho abaixo reproduz um debate entre Hobbes e o bispo Bramball que explicita de forma clara a natureza humana:

“Os homens são refratários à verdade porque são atraídos pelo afã de obter para si riquezas ou privilégios, pelo apetite de prazeres sensuais, pela impaciência contra a meditação, pela pressa em abraçar princípios errados” (1991: 34).

Cristaliza-se um quadro de guerra, no qual o desejo de poder se potencializa quando todos são iguais na capacidade de se prejudicarem, no momento em

que os bens são insuficientes para satisfazer as necessidades de cada um, e que cada um tem o direito natural a tudo.

“Com isso se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens” (Hobbes 1974: 79).

Em linguagem da teoria dos jogos, a anarquia se estabelece caracterizando uma situação subótima em que os jogadores, nas interações humanas, se destroem.

É um jogo de soma negativa ou perda mútua, no qual os dois jogadores ou os *n* jogadores se enfrentam, obedecendo à lógica do Dilema do Prisioneiro:¹⁵ cada um busca maximizar suas utilidades e, egoisticamente, deserta; não há cooperação entre os jogadores, e a estratégia dominante é a deserção. Posição subótima caracterizada por não haver critérios de justiça, nem lei, e na qual a fraude e a força são as duas virtudes principais. O direito de propriedade não existe e, portanto, “o meu e o teu” não estão definidos.

“Outra consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo. É pois esta a miserável condição em que o homem realmente se encontra, por obra da simples natureza. Embora com uma possibilidade de escapar a ela, que em parte reside nas paixões, e em parte em sua razão” (1974: 81).

Mas, não é racional permanecer nessa posição subótima. Há possibilidade de se construir um equilíbrio superior na direção de Pareto Ótimo: a razão e a paixão atuarão no sentido de coordenar essa passagem ou esse deslocamento.

“As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo. Essas normas são aquelas a que por outro lado se chama leis de natureza [...]” (1974: 81).

¹⁵ Ver neste sentido a interpretação de M. Taylor (1987: 129, 131).

E o meio para se chegar à paz será através da reta razão:

“Por conseguinte, assim defino a lei da natureza: é o ditame da reta razão no tocante àquelas coisas que, na medida de nossas capacidades, devemos fazer, ou omitir, a fim de assegurar a conservação da vida e das partes de nosso corpo” (Hobbes 1992: 43-5).

Para Hobbes, dizer que o homem é dotado de razão equivale a dizer que é capaz de cálculos racionais, o que é outro modo de dizer que é capaz de descobrir quais são os meios mais adequados para alcançar os fins desejados, e por conseguinte, de agir não só obedecendo a essa ou àquela paixão, mas também seguindo o próprio interesse. O homem é capaz de seguir regras que lhe indicam os meios mais adequados para atingir os fins almejados (Bobbio 1991: 38).

Os homens agem racionalmente e, diante dos perigos do estado de natureza, buscam, através das leis da natureza, sair da situação de insegurança e de anarquia. No entanto, nada garante que a razão imperará sobre todos, fazendo as leis da natureza eficazes. Para tanto, será necessária uma troca política, que se cristalizará ao se aceitar o pacto e o poder coercitivo do Estado.

No estado de natureza, se alguém viola uma dessas regras (leis da natureza), não há ninguém bastante forte para obrigá-lo a observá-las. A solução para o conflito será a constituição de uma instituição com poder tão irresistível que tornará desvantajosa qualquer ação contrária. Esse poder é o Estado. Só o Estado transportará o homem do estado de natureza para a vida social não-anárquica.

“É necessário que os homens concordem em instituir um Estado que torne possível uma vida segundo a razão. Esse acordo é um ato de vontade. Nesse sentido, o Estado não é um fato natural, mas um produto da vontade humana: é o homem artificial” (1991: 40).

A construção do Estado permite a existência da sociedade e, portanto, será a *troca política* que viabilizará a sociedade, vale dizer, os direitos de propriedade, a segurança da propriedade, a definição dos critérios de justiça, etc. Esta é uma troca compulsória, sem a qual não haverá sociedade.

Ao se perguntar sobre as precondições da troca política, pode-se responder: precisa ser acordo de muitos e não de poucos, permanente e não temporário; em segundo lugar, é necessário estipular um acordo preliminar que vise a instaurar as condições de segurança de todo acordo previamente possível.

O acordo que funda o Estado tem por meta constituir um poder comum. E o único meio para isto é que todos consintam em renunciar a seu próprio poder e em transferi-lo para uma única pessoa, física ou jurídica, que terá poder suficiente para impedir que o indivíduo exerça seu próprio poder em detrimento dos outros.

No fenômeno da troca política fica claro o seu caráter assimétrico, em que o detentor do poder comum ordenará e todos os que estão no pacto obedecerão. É um pacto de submissão (*ver* Cassirer 1976: 191).

Na verdade, existem *dois pactos* ou *duas trocas*. Uma, entre associados civis que se comprometem reciprocamente a se submeter a um terceiro não contratante, ou seja, a uma segunda troca. “Hobbes fez do único pacto de união um contrato de sociedade em relação aos súditos e um contrato de submissão em relação ao conteúdo” (Bobbio 1991: 42).

Como resultado, constitui-se um poder comum através do qual ocorre a passagem do estado de natureza para o estado civil, cristalizando-se a macro-troca política.

Quanto ao contratualismo de John Locke, o caráter da troca e da mútua ajuda é assim descrito por Coleman:¹⁶

“Locke [...] argumenta que os indivíduos racionais, cada um possuindo direitos naturais, participarão de um contrato social conjunto para ceder a uma autoridade central aqueles direitos que se conservados e exercidos centralmente os farão mais ricos. Eles sacrificarão o direito irrestrito de controlar as próprias ações, em contrapartida do benefício que eles esperam em decorrência da imposição da mesma restrição sobre os direitos dos demais” (Coleman, 1994: 328).

Também há uma dupla troca: na primeira, os indivíduos entre si aceitam e firmam um pacto; na segunda, para manter os seus direitos naturais, eles se submetem ao poder da sociedade civil ou política. Essa dupla troca pode ser observada nas seguintes passagens:

“[...] haverá sociedade política somente quando cada um dos membros renunciar ao próprio poder natural, passando-o às mãos da comunidade em todos os casos que não lhe impeçam de recorrer à proteção da lei por ela estabelecida [...]. O que faz a comunidade e traz os homens do estado vago de natureza para a sociedade política é o compromisso que cada um tem com os demais de se incorporar e agir como um único corpo e assim constituir comunidade distinta (Locke *apud* Weffort 1991: 96-108).

E mais adiante:

¹⁶ Coleman (1994: 329) desenvolve sua análise comparativamente a Nozick (1974) e seu Estado mínimo.

“E assim todo homem, concordando com outros em formar um corpo político sob um governo, assume a obrigação para com todos os membros dessa sociedade de se submeter à resolução da maioria conforme esta a assentar; se assim não fosse, esse pacto inicial — pelo qual ele juntamente com outros se incorpora a uma sociedade — nada significaria, e deixaria de ser pacto, se aquele indivíduo ficasse livre e sob nenhum outro vínculo senão aquele em que se achava no estado de natureza” (1991: 97).

Atos de concordância são atos de reciprocidade ou de troca. Atos de obediência ao governo expressam trocas entre representantes e representados. Os indivíduos assentirão na contribuição de um governo legítimo (1991: 98) e este preservará a propriedade (1991: 99). Os atos racionais e voluntários dos indivíduos buscam evitar os inconvenientes do estado de natureza através da criação de um ator coletivo, como interpreta Coleman:

“Eu acredito que, equivalente àquilo que os teóricos do contrato social tais como Locke descrevem, como conducente à formação de um estado, é também a estrutura usada pelos indivíduos que percebem alguma oportunidade de proteção mútua (ou ganho recíproco) ao criar-se um contrato social que conduz a uma associação voluntária” (Coleman, 1994: 330).

Ou, em linguagem da teoria dos jogos, abandona-se a posição de Pareto inferior e em desequilíbrio, para posição superior e de equilíbrio. As turbulências do estado de natureza são superiores aos privilégios do direito natural, cabendo algum tipo de coordenação (a sociedade civil ou política) capaz de deslocar a sociedade para a linha da eficiência de Pareto.

Em Rousseau (1978, 1962), a racionalidade em abandonar o estado de natureza e passar a viver sob a ordem da vontade geral pode ser descrita em dois textos essenciais da obra do autor.

No primeiro, Rousseau apresenta situação idêntica ao paradoxo do Dilema do Prisioneiro, em que indivíduos prudentes, mas egoístas, enfrentam os efeitos perversos gerados pelo sistema de interação.

A decisão a ser tomada leva os indivíduos a optarem pela prudência como a melhor decisão, já que a solidariedade ou coerções morais estão ausentes. No caso, a prudência conduz a uma situação subótima. A deserção é a estratégia dominante. A lição a ser apreendida é a de que os efeitos antiprodutivos não decorrem da natureza agressiva dos homens ou da avareza da natureza, mas da estrutura dos sistemas de interdependência e de interações entre os jogadores

que se acham envolvidos.¹⁷ Rousseau explicita, conforme se confere no trecho a seguir, que na incerteza os indivíduos decidem pelo critério do menor risco e não do maior ganho:

“Eis como puderam os homens adquirir, insensivelmente, alguma idéia grosseira das obrigações mútuas e da vantagem de cumpri-las, mas somente tanto quanto poderia exigí-lo o interesse presente e sensível, pois a providência nada significava para eles e, longe de preocuparem-se com um futuro distante, não pensavam sequer no dia de amanhã. Se era o caso de apanhar um cervo, cada um sentia que, para isto, devia permanecer em seu posto, mas, se uma lebre passava ao alcance de um deles, não há dúvidas de que ele a perseguia sem escrúpulo e tendo alcançado sua presa, não se importava com a falta dos companheiros” (Rousseau, 1978: 88).

O critério Wald — o de minimizar os riscos — se sobrepõe à lógica da racionalidade pelo critério Savage, que potencializa a maximização de ganhos.¹⁸

O menor risco faz com que a lebre seja caçada — resultado subótimo — por um único indivíduo e a solução cooperativa não ocorrerá, predominando a deserção do estado de natureza.

No segundo trecho, relevante para a caracterização da troca política, Rousseau sentencia:

“O que um homem perde em consequência do Contrato Social é sua liberdade natural e seu direito absoluto de apoderar-se de tudo que o tente, sob a condição de que ele possa delimitar sua posse. O que ele ganha é a liberdade e a propriedade daquilo que lhe pertence” (1962: 185).

Aqui, ele trata da problemática do tipo de coordenação necessária para que se abandone o estado de natureza. “Forçar o homem a ser livre” significa que a coerção social é um meio que permite evitar os efeitos antiprodutivos das estruturas de interação que se desenvolvem no estado natural. Logo, os indivíduos têm interesse em aceitar a coerção social.

A teoria dos jogos possibilita a formalização do efeito da coerção social. Imaginemos uma troca entre dois jogadores indivíduos ou cidadãos de tal sorte que se os dois cooperarem, o primeiro recebe a recompensa de valor igual a 5,

e o segundo, uma recompensa de valor igual a 3, que, se o primeiro cooperar e o segundo desistir, o primeiro obtenha uma recompensa igual a 1, e o segundo, uma recompensa igual a 6 e assim por diante. Essa a situação do Paradoxo do Dilema do Prisioneiro (matriz abaixo):

		Jogador 2		T>R>P>S
		Cooperar	Desertar	
Jogador 1	Cooperar	5,3	1,6	
	Desertar	6,1	2,2	

Ambos os jogadores desertam, produzindo o resultado subótimo (2,2). Cada jogador preferindo a deserção, não somente se preserva do risco máximo representado pela recompensa 1, como, além disso, no caso em que o outro cooperasse, ele obteria vantagem.

Interessante observar os comentários de Cassirer acerca do egoísmo passivo de Rousseau, em oposição ao egoísmo ativo de Hobbes:

“[Rousseau] rejeita expressamente a idéia de um *appetitus societatis*, de um instinto primitivo de sociabilidade que impeliria o homem para o homem. Ele não hesita, nesse ponto, em voltar a Hobbes, em ligar-se diretamente a ele. Sem chegar a descrever o ‘estado de natureza’ como uma guerra de todos contra todos, vê-o, porém, como um estado em que cada um está perfeitamente isolado e perfeitamente indiferente aos outros. Os homens nesse estado não estão ligados uns aos outros nem por um vínculo moral, nem por um laço sentimental, nem pela idéia de dever, nem por um movimento de simpatia. Cada um existe para si mesmo e só procura o que é necessário à conservação da sua própria vida. Segundo Rousseau, o defeito da psicologia de Hobbes é somente o de ter colocado no lugar do egoísmo passivo que reina no estado de natureza um egoísmo ativo [...]. O elemento mais saliente da constituição psíquica do homem da natureza não é a tendência para oprimir outrem pela violência mas a tendência para ignorá-lo, para separar-se dele. O homem da natureza não é incapaz, sem dúvida, de compaixão, segundo Rousseau; mas, longe de enraizar-se num instinto social ‘inato’, essa compaixão é apenas um dom da imaginação. O homem recebe da natureza a faculdade de penetrar na existência e

¹⁷ Ver nesse sentido, as análises de Santos (1993: 52-9), Binmore (1994: 120-5) e Boudon (1993: 479).

¹⁸ Ver no Apêndice III a explicação lógica dos critérios, Wald e Savage.

nos sentimentos de outrem e, em certa medida, essa faculdade de 'empatia' permite-lhe vivenciar como seu próprio um sofrimento alheio [...]. Essa forma de simpatia que permite superar o puro egoísmo pode perfeitamente constituir a meta da sociedade, mas não o seu ponto de partida. No estado de natureza, seria impossível existir harmonia entre interesse pessoal e interesse comum. O interesse do indivíduo, longe de coincidir com o da sociedade, exclui-o, pelo contrário, e a recíproca também é verdadeira" (Cassirer 1992: 344-5).

Qualquer que seja a escolha do outro — cooperar ou desertar — cada um tem interesse em desertar. Esta é a estratégia dominante. Portanto, cabem soluções "externas": o contrato social para coordenar os egoísmos passivos e o Leviatã para os egoísmos ativos.

Em linguagem da teoria dos jogos, o processo de eliminação da situação subótima passa a ser a definição de alguma redução das recompensas, vale dizer, uma sanção. Suponhamos, para efeito de cálculo, o estabelecimento de uma pena para quem deserta no valor de 3, transformando os resultados na seguinte matriz:

		Jogador 2	
		Cooperar	Desertar
Jogador 1	Cooperar	5,3	1,3
	Desertar	3,1	-1,-1

Após a lei, a sanção, o resultado passa a ser cooperativo (C, C). Observando os resultados. O jogador 1, se desertasse, teria perda, uma vez que só teria 3 em vez de 5, no caso de o outro preferir cooperar. E obteria -1 em vez de 1, no caso de o outro também desertar. Da mesma forma, o jogador 2 não teria interesse nenhum em desertar no caso de o outro cooperar (3=3) e sentiria interesse em cooperar, se o outro desistisse (1>-1).

A sanção negativa tem por efeito forçar os indivíduos a cooperarem. Com a ameaça da sanção, os jogadores podem obter (5,3) em vez (-1, -1).

Assim, para Rousseau, as leis e os constrangimentos morais devem atuar nesse processo de coerção social. Cabe ao legislador estabelecer os mecanismos de controle que permitam inverter essa ordem natural de vontades. A coerção livremente consentida permite evitar os efeitos antiprodutivos gerados pelo

estado de natureza. O processo de coordenação, com a obtenção do equilíbrio Nash, será possível na medida em que houver identidade entre a vontade individual (b_p) e a vontade geral (B_p).¹⁹ O processo de troca política também aqui produz ganhos, movendo a sociedade na direção de Pareto superior.

4. A TROCA POLÍTICA E A COMUNIDADE PLURAL: ALTHUSIUS E HUME

Sabe-se que o fenômeno da reciprocidade, ou da troca, apresenta explicações espontaneístas com duas tendências centrais: uma evoca a propensão genética e biológica para a solidariedade e troca cooperativa²⁰, e uma outra aponta para os fenômenos histórico/culturais tradições, hábitos, costumes e valores que constroem a sociabilidade e as regras de conduta.²¹

A consciência do indivíduo de pertencer ao grupo seria espontânea no sentido biossocial. O indivíduo pertence a um grupo e o grupo pertence a ele. O ser necessita do grupo para existir e se realiza no grupo porque existe uma propensão genética e biológica para a reciprocidade e para a cooperação.

A propensão natural à troca tem uma origem histórica. O passado de tradições, de hábitos, de costumes e de valores constroem regras de comportamento e induzem condutas cooperativas e associativas. Aqui, o sentido de pertencer ao outro ou ao grupo é cristalizado pela memória individual e do grupo que foi capaz de absorver as regras de comportamento transferíveis de pai para filho, de *kinship* para *kinship*, de geração para geração, ou de sociedade para sociedade. Neste caso, há um laço associativo primitivo e original de acordos ou consentimentos mútuos.²²

As origens da ordem plural base do pluralismo moderno remontam aos séculos XVI e XVII. Johannes Althusius fundar a filosofia da comunidade plural.²³

Apesar de contemporâneo de Hobbes, Althusius se filia ao segundo ramo dos espontaneístas da troca política. Ele entende que a política "é a ciência de

19 Ver a esse respeito a análise precisa de W.G. Santos (1993: 54).

20 Pesquisas recentes na área biológica comprovam essa interpretação. Os dados decorrem de estudos e observações em torno de fetos e crianças recém-nascidas. Ver a respeito Wilson (1993: 121-40).

21 Matéria de interpretação a ser examinada nesta seção.

22 Ver, nesse sentido, a reciprocidade básica em Simmel (1971: 43-69) e Binmore (1993: 24).

23 Acerca de obra de Althusius é importante observar: Althusius (1932), Cassirer (1932: 341-51) e Nisbet (1976: 398-408). Agradeço a Vicente Barreto a sugestão e o empréstimo do texto de Althusius.

juntar seus humanos aos demais para uma vida social". A arte da associação entre homens com o propósito de estabelecer, cultivar e conservar a vida social entre eles.

"Por isso é chamada "simbiótica" (associação de seres vivos). A matéria da política é portanto a associação, na qual os seres vivos se comprometem uns com os outros, por acordo explícito ou tácito, de promover a comunicação mútua de tudo que seja útil e necessário ao exercício harmonioso da vida social (CARUGE 1964: 12).

A troca ou relação simbiótica é a essência da política. A associação entre homens, a diversidade de homens e a diversidade de associações cristalizam as bases para o pluralismo moderno.

A reciprocidade se inicia na família — associação plural — e no casamento se estendendo ao *kinship* — grupo maior de parentesco — que vai se constituir no círculo associativo fundamental do Estado idealizado por Althusius:

"A associação simbiótica privada e natural é aquela em que casais, parentes sanguíneos, e parentes legais, respondendo à afeição natural e à necessidade, concordam com uma comunicação definida entre eles. Por isso esta sociedade de indivíduos, natural, necessária, econômica e doméstica é declarada ser contratada permanentemente entre esses aliados simbióticos de vida, com os mesmos limites da própria vida. Por conseguinte, é corretamente denominada a mais intensa sociedade, amizade, relação e união, a sementeira de todas as demais associações simbióticas. Daí esses parceiros simbióticos serem chamados, parentes, consanguíneos, e amigos" (1964: 23).²⁴

A associação natural é um fenômeno vital que não deixa escolha ao indivíduo.²⁵ As pessoas vivem no despotismo da ordem natural, leitura é também, da escola fisiocrata de Quesnay.

Althusius elege quatro formas de associação hierárquicas em que fundamenta a *ordem natural*: o *collegium* — corporações de ofício ou não —, a cidade ou a comunidade urbana, a província como um agregado de cidades, e o Estado.

A base espontaneísta e "natural"²⁶ é observada por Friedrich:

²⁴ O natural não tem aqui sentido biológico. Para ele, os grupos se organizam e espontaneamente constituem a sociedade na forma de contratos associativos.

²⁵ Ver a esse respeito a interpretação de Friedrich, C. (1932: LXX) na introdução da 3ª edição de *Política Methodice Digesta* de Johannes Althusius.

²⁶ Ver também neste sentido Binmore (1994: 25, 26).

"[...] este interesse nas emoções de simpatia, e suas bases exóticas leva Althusius a considerar que o casamento é o núcleo do estado, uma suposição que partilha com muitos outros pensadores políticos" (Friedrich 1932: LXXI).

Pode-se, portanto, descrever a estrada trilhada: da reciprocidade do casamento à troca de soberania para com o Estado:

"Porque esta é a ordem e a marcha da natureza, essa relação conjugal, ou da associação doméstica do homem e da mulher, é chamada de origem e fundamento da sociedade humana.

Dessa (relação) são então produzidas as associações de várias relações de sangue e relações legais (não-sanguíneas). Delas, por sua vez, surgem sodalícios e agremiações, da união dos quais surge o corpo complexo que chamamos uma aldeia, um burgo ou uma cidade. E essas associações simbióticas sendo as primeiras a se desenvolverem podem existir por si mesmas, sem uma província ou reino. Contudo, enquanto elas não se unirem em corpo associado, simbiótico e universal de uma província, comunidade, ou reino, estão privadas de muitas das vantagens e apoios necessários da vida. É necessário, portanto, que os princípios da vida simbiótica familiar, associativa de sangue, em sodalícios, nas cidades e nas províncias, precedam o princípio do reino ou de associação simbiótica universal, que se origina das associações anteriores, e é composta delas" (Althusius *apud* Carney 1964: 201-2).

A predisposição à cooperação e à reciprocidade de benevolências e concordâncias entre os membros do grupo permitem o predomínio do interesse comum a existência da comunidade, mais importante que o interesse privado (Althusius 1932: LXXII).

A questão da justiça das trocas também surge em Althusius referida a Aristóteles; vale dizer, é discutida em termos de que a troca seja igualmente proporcional: benefícios em função dos custos envolvidos. A troca de benevolências se multiplica a partir do casamento, da família, do *kinship*, da cidade desenvolvendo-se até o Estado. E o cimento dessas trocas surge com a questão:²⁷

"Se ninguém necessitasse da ajuda de outro homem onde estariam a sociedade, o respeito, a ordem, o espírito e a humanidade?" (1932: LXXIII).

O que une e torna a sociedade possível é a necessidade, a utilidade e o interesse no processo de trocas associativas. A tendência para a reciprocidade

²⁷ Análise extraída de Althusius: LXIII-LXXV.

ou troca cooperativa baseia-se na busca da satisfação das necessidades e dos interesses de cada membro do grupo associativo. Como salienta a introdução de Friedrich na introdução a ALTHUSIUS, 1932.

“[...] o consórcio simbiótico é um grupo cooperativo de membros viventes (individuais ou grupais) reunidos pela obrigação de “informar” o que é útil e necessário ao grupo e pelo direito de participar desses bens” (Friedrich 1932: LXXXIII).

A troca e a reciprocidade de utilidades e de interesses é acompanhada pela troca de serviços²⁸ e pelo consenso na busca da produção do bem comum:

“Cada uma dessas coisas se refere um consórcio simbiótico universal, em outras palavras a um estado. Tal grupo existe graças ao acordo ou consentimento (consensus) de vários consórcios simbióticos particulares (como cidades e províncias) para viverem juntos sob uma lei. Ele supõe a comunicação mútua de bens e serviços [...].

De novo Althusius salienta expressamente que o acordo (consensus) entre os membros do Estado, a confiança, que é a ligação de tal corpo ou consórcio, é ou tácito ou explícito, e que mesmo os membros indispostos serão forçados a contribuir com o que é necessário e útil para a vida social universal no estado [...] Essa confiança é o fundamento da sociedade humana; ela preserva a amizade entre os membros quando eles discordam. Tudo isso tem significação política, não jurídica” (1932: LXXXIX).

Quanto ao fenômeno da comunidade plural, ele se apresenta de forma mais nítida na percepção de que os indivíduos são vistos através de um processo de inclusão nos diferentes estágios associativos de troca. Desde a troca espontânea no casamento, até a troca mais ampla de soberanias. Segundo Althusius, a troca política no último estágio ocorre entre o povo — único detentor de soberania — e o seu representante — Rei ou não. Essa delegação é um ato de troca temporário, podendo ser suspensa se houver algum abuso de autoridade ou erro no desempenho das funções de representante. A soberania não pode ser permanentemente alienada do povo; ela reside única e exclusivamente nos indivíduos (Nisbet 1964: 402). O processo de delegação de soberanias mais uma vez formaliza um contrato do tipo associativo e não de submissão. A macrotroca

política — indivíduo/Estado — se cristaliza a partir da forma mais primitiva e simples de associação: o casamento. Um pacto associativo predomina no plano individual e um contrato de soberanias no plano político. Vale dizer, todas as associações possuem uma “lei” dupla: de um lado, a comunidade existente entre os membros; e de outro, cria e limita a autonomia e a autoridade do governo na administração do bem comum.

Em linguagem de teoria dos jogos, trata-se de um modelo que envolve jogos de coordenação com múltiplos equilíbrios. Em jogos repetidos cooperativos: a memória, o tempo, a reputação, entre outros, atuam na manutenção do equilíbrio ou na produção de áreas (múltiplos pontos) de equilíbrio.

Na mesma perspectiva de Althusius, Hume (1888, 1902) segue na tradição espontaneísta, cujo sentido de pertencer ao outro ou ao grupo ocorre através de laços associativos primitivos e de consentimento mútuo. A macrotroca política se organiza de maneira natural a partir da família, do *kinship* até a organização política maior: o Estado. A sociedade existe em função da tradição dos hábitos, dos costumes, dos sentimentos — ora egoístas, ora benevolentes — e em função da virtude para a compaixão.²⁹

Esta tese concorda com a interpretação de Taylor quando afirma que Hume não é claro quanto ao valor ou peso da benevolência e do auto-interesse: “All we can say is that, in his political theory, his assumption is effectively that men are self-interested and benevolent, but that the benevolence is not so great that there is no need for ‘conventions’ about property [...]” (Taylor 1987: 154).

O egoísmo parece ser passivo e não violento, como interpreta Cassirer acerca do egoísmo do “homem” de Rousseau. Ao descrever a ordem natural e no exame da natureza dos bens, Hume aponta os principais “distúrbios” existentes nas relações humanas. A posse dos bens externos — propriedades — gera as turbulências e elas ocorrem porque: 1) as propriedades são escassas e facilmente transferíveis; 2) todos as desejam; 3) o egoísmo e o desejo humano em buscá-las são insuficientemente contrabalançados pela força da benevolência em relação aos outros (1987: 155).

A partir dessa insegurança quanto à posse da propriedade, então se faz necessária a convenção:

“Quando os homens, pela *educação desde o começo da sociedade*, são levados a reconhecer essas vantagens infinitas dela resultantes, e além disso adquiriram novo afeto para a companhia e a conversação, e quando observaram que a principal perturbação da sociedade resulta

²⁸ Bastiat (1850) no século XIX irá defender, no mesmo sentido de Althusius (1932: LXXXVI), a necessidade de se entender que os fatores de produção — recursos naturais, capital, trabalho e seus respectivos representantes — prestam serviços úteis à produção de mercadorias.

²⁹ Ver a Introdução de Louis Schneider em *The Scottish Moralists on Human Nature and Society*. Ver especialmente XXI (a questão da natureza humana constante), XXIII (a concepção de história incremental) e XXX (consequências não antecipadas da lei).

dos bens que chamamos *exteriores* [...] têm de procurar um remédio. [...] Não é possível consegui-lo de outra maneira senão estabelecendo uma *convenção* entre os membros da sociedade destinada a atribuir *estabilidade* à posse dos bens externos” (Hume 1963: 30, 31 e 36).

Taylor (1987: 155) entende que de forma semelhante a Hobbes, Hume descreve a situação do Dilema do Prisioneiro. Diante de um resultado subótimo se faz necessária uma coordenação, no caso a convenção e não mais o Leviatã, para conduzir a sociedade a uma posição de Pareto superior.

A troca política mais uma vez se faz necessária. Abandonam-se os direitos e as liberdades naturais, em troca de segurança e estabilidade decorrentes da convenção que estabelece a justiça. O texto a seguir resume a posição de Hume:

“Uma convenção é sem dúvida uma consciência geral do interesse comum; uma percepção que todos os membros da sociedade expres-sam um ao outro, e que os induz a regular as respectivas condutas por certas regras. Eu observo que é de meu interesse deixar outrem na posse de seus bens, *desde que* ele aja da mesma maneira em relação a mim. Ele é sensível a um interesse semelhante na regulação de sua conduta. Quando essa consciência comum de interesse é mutuamente expressa, e é sabida por ambos, ela produz uma decisão e um comportamento adequados. E isto pode ser bem adequadamente chamado uma convenção ou acordo entre nós, ainda que sem a interposição de uma promessa; uma vez que as ações de cada um de nós tem uma referência naquelas do outro, e são efetivadas sobre a suposição de que outro algo será feito da outra parte” (Hume 1888: 490).

O jogo das trocas, segundo Taylor (1987: 156-7), será sempre um jogo de coordenação com equilíbrios ou, como ele entende, um jogo do Dilema do Prisioneiro repetido com futuras recompensas descontadas. Governos são necessários em grandes (amplas) sociedades³⁰ porque senão os homens não obedecerão às leis da justiça, quando a paz e a segurança dependem delas.

“A única maneira que os homens podem obter segurança e paz é induzir uns poucos homens, a quem chamamos magistrados civis, reis e seus ministros, a obrigar todo membro da sociedade a respeitar as leis da justiça” (Hume 1888: 491 e 526).

³⁰ Convém lembrar que as questões do *free-rider*, do tamanho da sociedade e do pântano de Hume são bastante discutidas em Taylor (1987: 159).

A justiça e o governo se fazem obrigatórios³¹ em função de sua utilidade: evitar os inconvenientes da propriedade. O desejo perpétuo dos homens em adquirir “external possessions” precisa ser contido pelas leis da justiça.

Importante observar que as discussões psicofilosóficas confirmam esse desejo ao mostrarem a relação equilibrada entre o “ser” e o “ter”, que é natural enquanto ela não condiciona neuroticamente o “ser” ao “mais ter”. Respeitados certos limites, o “mais ter” não sufoca o “ser”, isto é, não se confunde o “ser” com o “ter”. Nas sociedades baseadas na troca de bens existirá, sempre, o perigo de a confusão reduzir a capacidade de “ser”, com o predomínio mórbido do desejo de “mais ter”. É o que ocorre, em grande escala, nas sociedades modernas que levam o “ser” a se pensar engrandecido pelo incessante “mais ter”.

A troca política maior que dá ao cidadão a segurança e a paz necessárias, portanto, tem utilidade. Hume afirma que no “paraíso” — onde não há escassez total de bens — ou no “inferno” — onde há escassez total de bens, a justiça é desnecessária (Hume 1902: 187).³²

A utilidade “pública” da justiça e do governo é a sua única origem:

“Que a justiça é útil à sociedade, e conseqüentemente que parte de seu mérito, pelo menos, precisa nascer dessa consideração, seria uma tarefa supérflua provar. Pois que a utilidade pública é a única origem da justiça, e as ponderações das conseqüências benéficas desta qualidade são as fundações exclusivas de seus méritos” (Hume 1902: 185).

Assim se caracteriza a troca política, no entendimento de Hume. No próximo item, examinarei o mesmo fenômeno através da ótica de alguns economistas políticos clássicos e contemporâneos.

5. TROCA, SOLIDARIEDADE E HARMONIA NA ECONOMIA POLÍTICA

O pensamento político e econômico ganha densidade, no momento em que a Economia Política se consolida, a partir do século XVIII. Foge ao objetivo

³¹ Para Buchanan e Tullock (1967: 314) a obrigação política em Hume não está pautada nem em princípio moral, nem em contrato no sentido formal mas no auto-interesse acompanhado da obediência às regras de conduta que podem ou não estar formalizadas em contrato.

³² Preciso salientar que a escassez pode ser considerada sob triplo aspecto: a escassez natural (da natureza); a escassez individual e subjetiva definida por critérios de preferências pessoais; e a escassez que resulta de condições de mercado e das condições em que se dá a distribuição de renda.

desta tese examinar de forma exaustiva os teóricos da economia política clássica e contemporânea; no entanto, dada a importância do pensamento econômico e político de alguns autores, farei um esforço de síntese tentando salientar suas interpretações acerca do fenômeno da troca política.

Será possível observar como o poder político institucionalizado — o Estado — surge como uma necessidade para coordenar os desequilíbrios nas trocas. Selecionei três autores: Smith (a propensão natural para a troca); Bastiat (a economia política é a harmonia das trocas); e Hayek (direitos de propriedade e troca política).

Alguns comentários podem ser feitos sobre a obra de Adam Smith, *A Riqueza das Nações* (1925, vol. I e II) e alguns outros sobre a sua *Teoria dos Sentimentos Morais* (1976).

Quanto ao fenômeno da troca no sentido econômico, ele é apresentado logo quando Smith trata da importância da divisão do trabalho:

“Essa divisão de trabalho, da qual decorrem tantas vantagens, não é originalmente o produto de qualquer sabedoria humana, que prevê e tenciona aquela opulência geral a que ela enseja. Ela é a necessária, embora lenta e gradual, consequência de uma certa propensão na natureza humana que não atende a tal utilidade ampla; a propensão de trocar, permutar, e intercambiar uma coisa por outra. Seja essa propensão um daqueles princípios na natureza humana a respeito do qual nenhuma explicação pode ser dada; ou se, como parece mais provável, ela é a consequência necessária das faculdades da razão e da linguagem, isso não cabe ao nosso presente assunto investigar” (Smith 1925: 15, vol. I).

A produtividade e a melhoria da qualidade e do poder do trabalho decorre dos efeitos da divisão do trabalho. E este é fruto da *propensão natural à troca*.

Smith diagnostica um instinto natural de egoísmo e de auto-interesse que será responsável pela riqueza das nações. O processo de troca entre indivíduos auto-interessados permite a obtenção do que desejamos:

“Na sociedade civilizada, ele (o indivíduo) encontra-se todo tempo em necessidade de cooperação e de ajuda de grande número de pessoas, ao passo que toda sua vida mal é suficiente para conquistar a amizade de umas poucas pessoas. Em quase todas outras espécies de animais, cada indivíduo, quando plenamente desenvolvido, é inteiramente independente e em seu estado natural não tem ensejo de ajudar outra criatura viva. Mas o homem tem oportunidade quase constante de ajudar seus irmãos, e é em vão para ele esperá-la só de

sua benevolência. Ele mais provavelmente prevalecerá (trunfará) se ele puder interessar o egoísmo deles em seu favor, e mostrar-lhes que é de vantagem para eles fazer para ele, o que ele requer deles. Quem quer que seja que oferece ao outro uma barganha de qualquer espécie, propõe fazer isto. Dá-me isso que eu quero, e você terá isto que você quer, é o significado de toda oferta desse tipo; e é dessa maneira que obtemos de outro a maior parte daqueles serviços de que estamos carecendo. Não é da bondade do açougueiro, do cervejeiro, ou do padeiro, que esperamos nosso jantar, mas da consideração deles pelos seus próprios interesses. Nós nos dirigimos não a humanidade deles, mas a seu egoísmo, e nunca falamos-lhes de nossas necessidades, mas de suas vantagens” (1925: 16, vol. I).

A partir de uma leitura de Mandeville,³³ Smith deduz que o movimento psicológico essencial (desejo dos homens em melhorar as suas respectivas situações econômicas) induzirá à troca cooperativa harmônica, e esta à divisão do trabalho.

Como afirma Halévy (1972: 92) acerca do fenômeno da troca na interpretação de Smith: “Exchange is the simplest and the most typical of all social phenomena: it is the original cause of the harmony of egoisms.”

A troca econômica será sempre do excedente do que produzimos, fazendo com que os homens se sintam propensos a se dedicar a uma ocupação específica, ou seja, se especializar.³⁴ Smith estabelece uma ponte entre o fenômeno da troca e o fenômeno do mercado quando afirma:

“Porque é o poder de troca que dá ocasião à divisão do trabalho, assim a extensão desta divisão precisa ser sempre limitada pela extensão daquele poder, ou, em outras palavras, pela extensão do mercado. Quando o mercado é muito pequeno, nenhuma pessoa pode ter qualquer estímulo para dedicar-se inteiramente a um só emprego, porque não poderá trocar toda parte excedente da produção, que está continuamente acima de seu próprio consumo, por aquelas partes do produto do trabalho de outros homens da qual tem necessidade” (Smith 1925: 18, Vol. I).

O poder das trocas se traduz no poder do mercado. E a expansão do mercado permitirá a riqueza das nações. Importante notar que ele desenha um mercado

³³ Segundo Mandeville (1954), a Civilização, entendendo por ela a riqueza, as artes e as ciências, não deriva das nossas virtudes, mas sim dos nossos vícios, isto é, as inúmeras necessidades naturais que nos fazem desejar o bem-estar, o conforto, o lucro e todos os prazeres da vida.

³⁴ Ver Smith (1925: 16-7, vol. I).

que se autocoordena e se auto-equilibra em função do seu tamanho. A expansão das trocas ou dos mercados permite a conciliação harmoniosa entre o interesse privado (egoísmos privados) e a riqueza das nações (bem público).

Até o momento só comentei a preocupação de Smith com a harmonia dos egoísmos privados, da perspectiva econômica. Para Halévy (1972: 89), Smith, que tem como tese central o princípio da identificação natural de interesses ou espontânea harmonia de egoísmos, recorre algumas vezes à identificação artificial de interesses. Segundo ele, a posição de Smith varia entre a existência do egoísmo universal — que explicaria o mecanismo de troca —, e a hipótese da simpatia ou benevolência que permitiria a aceitação pelos indivíduos dos governos e da punição legal.

Seis motivos, segundo Smith, determinam de um modo natural a conduta humana: o amor de si mesmo, a simpatia, o desejo de ser livre, o sentimento de propriedade, o hábito do trabalho e a tendência para trocar, permutar e substituir uma coisa por outra. Cada homem era por natureza o melhor juiz de seu próprio interesse. Deixando-o à sua sorte, obteria o máximo de satisfação, como também aumentaria o bem-estar comum.

Segundo Smith, os motivos da conduta humana se equilibrariam de tal sorte que, por exemplo, o bem de um não entraria em conflito com o bem de todos. Haveria uma harmonia das trocas. A simpatia e o amor de si mesmo caminhariam juntos, produzindo um resultado tal que a vantagem dos outros não deixaria de estar ligada à vantagem própria.

Ao procurar o seu próprio benefício, “uma mão invisível o conduzia a favorecer um fim que não entrava no seu propósito” (Smith 1925: 421, vol. I).

Em linguagem de teoria dos jogos, a ordem econômica e social é possível a partir de um jogo de coordenação. A interação humana é vista como um jogo de soma positiva. Não haveria nenhum ator social na posição do Dilema do Prisioneiro ou de um *free-rider* (aquele que lucra sem o custo ou esforço habitual). Todos tendem a cooperar e ninguém deserta.

O egoísmo existe, mas as recompensas decorrentes da cooperação seriam superiores. A troca econômica é associativa e melhora a posição dos jogadores na busca da linha da eficiência Utilidade — Possibilidade, através da mão invisível que coordena as trocas em equilíbrio. A matriz a seguir, no meu entendimento, resume de forma “atualizada” o tipo de jogo econômico de ganhos mútuos previstos por Adam Smith.³⁵ Vale dizer, nesta matriz já se introduz a discussão moderna proposta originalmente por Olson, em que custos de participação estão presentes, bem como a necessidade de incentivos seletivos para o funcionamento do grupo.

³⁵ Ver a respeito Chong (1991: 104) analisando o jogo da segurança e levando em consideração os custos.

		Grupo	
		C	D
Indivíduo	C	Bem Público + Incentivos Seletivos - Custo Individual	Nenhum Bem Público - Custo de Participação do Indivíduo
	D	Bem Público (com <i>free-rider</i>)	Nenhum Bem Público

O jogo de trocas artificiais de interesses caracteriza-se pela presença do governo e do legislador. Para Smith, essa intervenção só se faria necessária em três áreas de atuação: defesa nacional (1925: 186, vol. II), administração da justiça (1925: 202, vol. II) e administração das instituições públicas e de alguns gastos públicos (1925: 214, vol. II).

É importante, nesta tese, observar especificamente a questão da administração da justiça, pois é nessa parte da argumentação de Smith que me parece clara sua tendência de ver o governo civil como coordenador ou articulador capaz de evitar os distúrbios causados pela paixão humana sobre a propriedade:

“Os homens podem viver juntos em sociedade com algum grau tolerável de segurança, embora não haja magistrado civil para protegê-los de injustiça daquelas paixões. Mas a avareza e a ambição no rico, no pobre o ódio ao trabalho e o atual amor ao ócio e ao prazer, são as paixões que incitam à invasão de propriedade, paixões muito mais constantes em seu funcionamento e muito mais universal em sua influência. Onde quer que exista uma grande propriedade, existe grande desigualdade” (Smith 1925: 203, Vol. II).

Smith continua sua análise, estabelecendo a relação necessária entre existência do governo civil e a proteção da propriedade. Os indivíduos aceitam a subordinação ao governo civil e ganham, em troca, a proteção da propriedade. A divisão do trabalho dirigentes — dirigidos deve naturalmente existir para que a propriedade possa multiplicar a riqueza dos homens e das nações:

“A aquisição de propriedade valiosa e ampla, portanto, necessariamente requer o estabelecimento do governo civil. Onde não existe propriedade, ou pelo menos nenhuma delas que exceda o valor de dois ou três dias de trabalho, não é necessário o governo civil” [...] “Governo Civil supõe uma certa subordinação. Mas quando a neces-

sidade do governo civil gradualmente cresce com a aquisição de propriedade valorizada, também as causas principais que naturalmente introduzem a subordinação gradualmente crescem com o aumento dessa propriedade valiosa” (1925: 203, Vol. II).

Portanto, parece que Smith, a despeito da sua visão espontaneísta da ordem política, concorda com Locke na sua visão de que a finalidade do governo civil é proteger a propriedade.

Ainda no ninho da harmonia, cabe analisar a contribuição de Bastiat (1850), tendo em vista a sua preocupação econômica e política com o fenômeno da troca.

O radicalismo de Bastiat no que tange à harmonia é apontado por Keynes em seu trabalho “The End of Laissez-Faire” (1972, vol. IX, cap. IV-2: 272-94). Ao citar Bastiat, Keynes qualifica sua obra como a mais extravagante e rapsódica expressão da religião do economista político. A visão crítica de Keynes expressa o início do debate que se processará, a partir daí, entre neoclássicos e heterodoxos (keynesianos). Este é o trecho citado por Keynes:

“Procuro demonstrar a Harmonia daquelas leis da Providência que governam a sociedade humana. O que torna estas leis harmoniosas, e não discordantes, é que todos os princípios, todos os motivos, todas as molas da ação, *todos os interesse cooperam para um grande resultado final*. E esse resultado é a aproximação indefinida de todas as classes *na direção de um nível, que está sempre subindo*; em outras palavras, a *equiparação* dos indivíduos no *melhoramento geral*” (Bastiat, *apud* Keynes 1972: 276).

Aqui, é fácil observar a identificação de Bastiat com Smith, quando o jogo cooperativo desloca a sociedade para uma posição Pareto — superior.

No que tange à troca especificamente, Bastiat assinala: “A troca é Economia Política [...] é a própria sociedade, pois é impossível conceber a sociedade sem troca ou a troca sem sociedade” (Bastiat 1850: 59). Nesta afirmação, Bastiat faz a síntese entre a existência da troca e a possibilidade da sociedade. Esta dialética entre troca e sociedade pode também ser observada em Simmel, Homans e Blau. E mais, todas as trocas são mutuamente benéficas para todas as partes; todas as situações humanas podem ser reduzidas a trocas. Importante, também, observar o entendimento que Bastiat tem a respeito do papel do interesse e do fenômeno do desejo: “Não podemos ter dúvida de que o interesse próprio é a mola mestra da ação humana [...]” (1850: 27).

Segundo ele, os motivos imediatos da ação decorrem das necessidades humanas. Entende que os desejos ou as necessidades humanas são insaciáveis

e os meios para sua satisfação são limitados: “O desejo vem à frente, ao passo que os meios ficam para trás” (1850: 46).

Seguindo os principais utilitaristas — Bentham e J. Stuart Mill — ele afirma como princípio universal da ação humana: “Nosso interesse próprio é tal que, constantemente, procuramos aumentar toda a nossa satisfação em relação ao nosso esforço” (1850: 46).

O entendimento de esforço humano produtivo como *serviço*, permite que Bastiat formule a concepção de que na sociedade os homens trocam serviços. Esta troca aumenta a eficiência da sociedade, deslocando-a na direção de Pareto Ótimo.

Bastiat, assim como Smith, salienta a relação da troca e da divisão do trabalho:

“Uma vez admitindo-se que a troca é tanto a causa quanto o efeito da divisão do trabalho, uma vez admitindo-se que a divisão do trabalho multiplica *satisfações* em relação ao *esforço* [...] o leitor logo entenderá os serviços que o dinheiro tem prestado à humanidade, pelo simples fato de facilitar o ato da troca” (1850: 75).

A sua teoria de valor completa a percepção da Economia Política como a ciência do estudo do fenômeno da troca. O valor de qualquer mercadoria é definido pelo volume de serviços trocados no processo de produção: “O valor é a relação de dois serviços trocados” (1850: 145). Assim se dá a harmonia na troca entre capital e trabalho.

Esse jogo de trocas econômicas compreende o que seria uma coordenação pura entre jogadores buscando maximizar recompensas ao menor esforço possível.

Charles Gide (1932: 35-6), analisando o fenômeno da harmonia, comenta Bastiat quando este define uma sociedade *como um conjunto de solidariedades que se cruzam*. Mais adiante, Gide estabelece, da mesma forma que Smith e Bastiat, a relação natural entre troca, divisão do trabalho e eficiência para a sociedade:

“Essa troca que tem isso de admirável do ponto de vista da solidariedade; porque enquanto os homens estão nitidamente separados pela divisão do trabalho e parecem participar em vias divergentes, ela, a troca, os obriga a *se aproximarem, a cruzar seus interesses*.

A troca implica em uma interdependência entre as duas partes, porque elas têm necessidade uma da outra, mas uma dependência que, precisamente por ser ela recíproca, não acarreta qualquer inferioridade de uma das partes defronte a outra [...].

A economia política ensina que a troca é vantajosa para as duas partes, e contrariando o ditado que declara que aquilo que é lucro para um é prejuízo para o outro e ganha um dos dois que troca; porque se existe equivalência de valores, vendidos em moeda, cada um dos trocadores ganha em utilidade pois que cada um deles valoriza aquilo que adquiriu mais do que aquilo que cede, sem o que ele evidentemente não faria a troca” (1932: 140-1).

Até agora, tratamos da troca no sentido econômico; mas, e a troca política? Como ela aparece para Bastiat?

O governo através da lei é uma condição necessária para a emergência do sistema de livre mercado.³⁶ Bastiat justifica a liberdade ou a propriedade através de sua teoria dos direitos e deriva as funções legítimas do governo de suas “regras da justiça”. Em função de sua teoria dos direitos, ele é levado a advogar um papel muito limitado para o governo. Ele entende que todas as ações governamentais são coercitivas e que a força deve ser usada legitimamente, não com o intuito de sacrificar a liberdade, mas para salvaguardá-la.

Dorn resume a teoria dos direitos de Bastiat da seguinte forma:

“(i) O homem age para promover seus interesses próprios, para satisfazer seus desejos, que são subjetivos. Esta é a sua própria natureza; é um fato universal que é incontestável e o ponto de partida da ciência ética.

(ii) — Para realizar sua natureza, o homem precisa ser livre; ele precisa ter o direito à propriedade; isto é o direito de se apropriar do valor que ele produz, o direito de voluntariamente trocá-lo por um valor equivalente, e o direito de legar em testamento. Estas são as origens dos direitos de propriedade *legitimados* e são simplesmente outra expressão para liberdade. Argumentar diferente seria auto — contraditório, uma vez que implicaria que o roubo e escravidão são direitos. Assim, para Bastiat, ‘propriedade [ou liberdade] é uma consequência necessária da natureza do homem’.

(iii) — Um corolário do direito à propriedade é o direito de defender propriedade legítima própria e, por conseguinte, proteger a vida, a liberdade, e com justa razão as posses adquiridas. Esse é o único uso legítimo da força, quer pelo indivíduo ou pelo Estado, e é o que Bastiat define por justiça universal” (Dorn 1981: 383).

Direitos de liberdade e de propriedade são anteriores e superiores à lei, mas na verdade eles não sobreviverão se não houver lei. Não é a propriedade, ou o direito a ter propriedade e liberdade, que é matéria de acordo ou pacto, mas a lei.³⁷ “Property does not exist because there are laws, but laws exist because there is property”. Assim, ele define a lei em outra passagem do mesmo texto.

“A lei é a organização do *direito natural a legitimar a autodefesa*; é a substituição da força coletiva pelas forças individuais, para agir na esfera na qual elas têm o direito de agir; para fazer o que eles têm o direito de fazer: para garantir a segurança da pessoa, a liberdade, os direitos de propriedade, para fazer a justiça reinar sobre todos” (idem, 1964: 52).

O governo baseado na lei tem funções restritas, mas importantes, na proteção do indivíduo, na geração de segurança e na defesa da propriedade. A troca política, mais uma vez, mesmo de uma perspectiva mais liberal como a de Bastiat, faz-se necessária. O indivíduo, para manter sua liberdade e seus direitos, estabelece e aceita o governo da lei. O legislador adquire autoridade em função da troca política maior. A passagem a seguir resume a visão que Bastiat tem das funções legítimas do governo:

“Em teoria, é suficiente que o governo tenha a força instrumental necessária nas mãos para sabermos que os serviços privados podem legitimamente ser convertidos em serviços públicos. São aqueles serviços cujo objetivo é a manutenção da liberdade, da propriedade e dos direitos individuais, o da prevenção do crime — em uma palavra, todos aqueles relacionados à segurança *pública*. Os Governos também têm outra função.

Em todos os países há uma certa parcela de propriedade pública, alguns bens usados coletivamente por todos cidadãos, como rios, florestas e rodovias. Por outro lado, há também, infelizmente, dívidas. É dever do governo administrar essas parcelas do ativo e do passivo do domínio público.

Finalmente, dessas duas funções deriva uma terceira: a de lançar impostos necessários à administração eficiente dos serviços públicos (Bastiat 1964^a: 459).

Há o reconhecimento da necessidade de alguma forma de coordenação capaz de evitar os inconvenientes da possibilidade de interferência no direito dos outros.

³⁶ Ver importante comparação entre Bastiat e Hayek no artigo de Dorn (1981).

³⁷ Ver a respeito Bastiat (1964b: 100 e 97).

O governo da lei não pode legitimamente regular nossas consciências, nossas idéias, nossa educação, nossos desejos, nossas opiniões, nosso trabalho, nosso talento e nossa recreação. Sua função básica é evitar o direito de uma pessoa interferir no direito da outra, em qualquer desses aspectos mencionados.

O governo e o legislador têm autoridade só para garantir e proteger pessoas e propriedade, (Dorn 1981: 385). Eles coordenam a proteção e a segurança, o que permitirá que as trocas econômicas facilitem o deslocamento da sociedade para uma posição Pareto superior.

Em conclusão, Bastiat acredita que:

“A solução para a coordenação dos problemas sociais repousa na liberdade; de fato ‘é sob a lei da justiça, sob o domínio do direito, sob a influência da liberdade, segurança, estabilidade e responsabilidade, que todo homem obterá o valor total e a dignidade total de seu ser, e que a humanidade alcançará, de um modo calmo e ordenadamente [...] o progresso ao qual está destinada’” (Bastiat 1964 b: 94).

Para Bastiat, a sua defesa dos direitos não depende de uma análise do tipo custo e benefícios. Sua teoria dos direitos é não-utilitarista. Embora reconheça a utilidade da propriedade e da liberdade, entende que a justiça ou critérios de justiça devem ser norteados pelos fundamentos necessários à proteção das pessoas e da propriedade (Dorn 1981: 389).

A viagem que estou trilhando pelo reino da harmonia me conduz a Hayek. Este será o último autor a ser examinado neste exercício a que me propus. Com Hayek, a tese pretende fazer uma síntese final da oposição entre a proposta construtivista lógica e a espontaneísta. E mostrar mais uma vez que, independentemente da oposição entre as tendências, a troca política se faz necessária para que a troca econômica se perpetue.

O debate entre Hayek (1973) e os construtivistas lógicos é de extrema riqueza para minha análise.

Ele se revela francamente pessimista em face dos resultados alcançados, recorrendo-se aos mecanismos de ordem pública — as salvaguardas constitucionais e a divisão dos Poderes —, em uma palavra, “as constituições falharam evidentemente até agora” na proteção das liberdades individuais.

“Os governos em toda parte têm obtido através de meios constitucionais poderes que esses homens tinham tencionado negar-lhes. A primeira tentativa para garantir a liberdade individual através de constituições falhou evidentemente:

Constitucionalismo significa governo limitado” (Hayek 1973: 1 vol. I).

Já neste diagnóstico pessimista em relação ao funcionamento dos poderes constitucionais divididos, caracteriza-se a posição anticonstrutivista de Hayek. Pois as constituições são construções humanas que vieram para ficar, com o objetivo de limitar o arbítrio dos príncipes e preservar as liberdades individuais.

A ordem representativa tornara-se disfuncional, assim como ocorrera a produção de um impasse decorrente do crescimento institucional. A sociedade ficara incapaz de produzir as adaptações necessárias.

Hayek se propõe a fazer, logo de início, no primeiro capítulo do livro, as críticas ao racionalismo construtivista.

Paradoxalmente, Hayek informa seus leitores de sua disposição de, no futuro, aventurar-se na “invenção institucional”, sendo a invenção uma premissa das construções sociais humanas através de “descobertas” feitas no plano da simples experiência e no da razão humana aplicada à própria experiência.

Muito naturalmente, Hayek inventará algumas instituições e modelos de comportamento mais eficientes na proteção das liberdades individuais a partir da aplicação da razão sobre a observação e a experiência. Ele irá arriscar-se na modelagem de órgãos ou de comportamentos, com o fim de retirar a evolução social do impasse produzido pela extensão crescente da máquina do Estado providencial.

A análise de Ronald Hamony em “The Hayekian Model of Governmental” mostra como Hayek propõe um modelo ideal de constituição no terceiro volume da obra *Law, Legislation, and Liberty*, tão artificial quanto as propostas construtivistas.

“A divisão que Hayek sugere é tão artificial a ponto de não ser operacional. Se a Câmara Baixa se limitasse às questões de receita e despesa, ao passo que a Câmara Alta possuísse só autoridade para determinar as regras de conduta, o controle final cairia finalmente naquele órgão com poder de coletar e distribuir recursos [...]” (Hamony 1980: 137).

“Todo o modelo de governo de Hayek, poderes de emergência e tudo mais é concebido na noção equivocada de que o mecanismo político na sociedade pode em si mesmo ser sujeito às suas próprias ordens. Contudo, o fato é que não se pode cingir uma legislatura através de legislatura mais elevada a assim compelir a Câmara Baixa a obedecer às regras aplicáveis a todos. As legislaturas, na amplitude que legislam, não são cidadãos privados, já que seus instrumentos de anuência não são a persuasão e a troca, mas a força viva” (1980: 141).

Sob o governo das atuais instituições constitucionais fracassadas a ordem liberal-democrática estaria ameaçada, em função da demanda da justiça social,

através de leis políticas. A ordem geral evoluiria, do que lhe resta de espontaneidade das regras justas, para um “sistema totalitário” (Hayek, vol. 1, p. 2).

Como não se fará a análise da invenção institucional de Hayek, só é possível seguir seu texto — *Rules and Order* — para fazer a crítica da crítica, ou seja, a crítica da crítica que ele fez ao construtivismo de seu ponto de vista evolucionista, contrário à engenharia constitucional e ao intervencionismo governamental político na ordem social espontânea em evolução.

O evolucionismo tem em geral o grande mérito de situar o homem dentro do universo, pondo fim à dicotomia homem/universo. O mundo social é “naturalizado”; o social faz parte do mundo natural.

Hayek, no entanto, parece levar o evolucionismo ao exagero, desconfiando do caráter evolutivo da participação intencional do homem na ordenação do mundo social natural em sua espontaneidade. Nesse sentido, ele tende a criar uma dualidade na evolução social: o espontâneo natural e o construído artificial, este último resultando de outro tipo de conhecimento, o verbal conceitual, para ele necessariamente limitado em relação ao vasto campo da sociosfera.

Duas concepções — irreconciliáveis, para Hayek — procuram dar conta com desigual sucesso, da lógica que ordena a vida social. Cada uma delas apresenta, por vezes, variantes aparentemente contraditórias entre si, mas não é difícil traçar os elos que as ligam. Sobretudo, é possível — porque demonstrável — demarcar as fronteiras que separam o falso, do verdadeiro conhecimento (idem: 8).

De um lado, alinham-se posturas que entendem a sociedade como produto de desígnio, supervalorizam o poder do homem sobre o mundo, definem a razão como mera dedução lógica de premissas explícitas, instrumentalizam a história, minimizam a importância dos valores na ação social; tais atitudes, diante da possibilidade de conhecer a vida coletiva, se expressam em linguagem “antropomórfica”, intencionalista e artificial (“We shall find too that such current notions as that society ‘acts’ or that it ‘no’, ‘rewards’, or ‘remunerates’ persons, or that it ‘values’ or ‘owns’ or ‘controls’ objects or services, or is ‘responsible for’ or ‘guilty of’ something, or that it has a ‘will’ or ‘purpose’, can be ‘just’ or ‘unjust’, or that the economy ‘distributes’ or ‘allocates’ resources, all suggest a false intentionalist constructivist interpretation of words which might have been used without such a connotation, but which almost inevitably lead the user to illegitimate conclusions”) (idem: 28). Este é o veio de pensamento de matriz cartesiana — Hayek o designa como racionalismo construtivista —, que encontrou em Hobbes os argumentos sociais e morais para se firmar como sociologia política. Rousseau, Voltaire, Marx, Comte, Bentham são alguns dos autores que lhe deram continuidade. Atualmente, reaparece nos supostos que dão sustentação às teses socialistas, social-democratas e defensoras do *welfare state*.

Do outro lado estão as formulações que enfatizam o processo de evolução pelo qual as sociedades se desenvolvem, reconhecem a fragmentação do conhecimento humano (“A maior parte das regras de conduta que governam as nossas ações, e a maioria das instituições que derivam dessa regularidade são adaptações à impossibilidade de quem quer que seja ter inteira consciência de todos os fatos individuais que compõem a ordem da sociedade” (idem: 13)) e usam a razão como capacidade de abstrair relações básicas. Buscam na história o papel das tradições e costumes, revelam os princípios que orientam a conduta humana. Nestas, pode-se encontrar o caminho adequado para compreender a gênese da ordem social, e, portanto, fundamentar com rigor os preceitos requeridos para sua preservação.

Na crítica ao construtivismo, Hayek parece situar esse conhecimento como uma excrescência na evolução, tal como se o fenômeno não fosse parte do processo geral da evolução social. De fato, o conhecimento verbal-conceitual surge numa fase da história humana, estabelecendo-se a coexistência natural dos símbolos e conceitos.

Em sua tentativa de valorizar o conhecimento simbólico (por sinais), assimilado no plano de relacionamento psicológico da vivência social (a assimilação dos sinais de conduta e de convivência, graças às expectativas confirmadas dos comportamentos), Hayek degrada o valor potencial do conhecimento verbal-conceitual. Para ele, esse conhecimento não pode construir modelos confiáveis de instituições que substituam a ordem justa espontânea. A impotência da ordem política construída decorre das limitações na apreensão conceitual de todos os dados e fatores que atuam na sociosfera.

O evolucionismo crítico de Hayek funda-se, assim, no suposto da ignorância que solapa o construtivismo, uma verificação que desaconselharia insistir no caminho da construção social. Ela se faria sob as limitações da ignorância eventual de seus efeitos e consequências não desejadas, isto é, opostos ao objetivo de proteger as liberdades individuais.

Dicotomias acompanham a argumentação de Hayek no intuito de demonstrar a supremacia da sociedade *laissez-faire*iana, a “Great Society”, de Adam Smith, ou “Open Society”, de Popper. Ordem/organização, *kosmos/taxis*, construção/evolução, princípios/interesses; dicotomias que propositalmente oscilam entre o plano da realidade e o plano do conhecimento. Hayek sugere que seu aporte epistemológico se comprova superior na justa medida em que dá conta da subjetividade do real. A atividade social dos homens se desenvolve num processo constante de adaptação, através de experiências não planejadas e fatos cujas causas desconhece. Analogamente, a ciência social repousa sobre a *ignorância do particular*; só pode ser um conhecimento do geral, da natureza espontânea da ordem; tem de, com efeito, formular os limites da razão (idem: 13 e 15).

Em contraposição, o conhecimento assinalado dos sinais e símbolos no nível psicossocial preconceitual, em sua espontaneidade, seria menos limitado na apreensão da realidade, na medida em que o mecanismo psicológico da abstração feita por indivíduo dar-lhe-ia conhecimento ou percepção sintética dos fatos e dados presentes na realidade. A potência desse conhecimento de tipo assimilativo não-conceitual seria, por isso, mais confiável como meio de interromper a ruptura do impasse institucional na proteção das liberdades individuais que conduziria, necessariamente, ao totalitarismo. Este último seria o subproduto das tentativas do construtivismo sobre a ordem justa, em lugar das normas justas da *common law*.

A ordem social só pode ser uma. Maneiras várias — certas ou erradas — de percebê-la não retiram validade ao fato de que, enquanto conceito, ordem significa:

“Um estado de coisas em que a multiplicidade de elementos de várias espécies estão tão relacionados uns aos outros que nós podemos saber a partir de nossa familiaridade com alguma parte espacial e temporal do todo, formar expectativas corretas relativamente ao resto, ou pelo menos expectativas que tenham uma boa chance de serem corretas” (*idem*: 36 e 45).

Entre os homens, os elementos que se articulam consistem em regras de conduta, “regras que não decorrem simplesmente de seus desejos”, mas que são normativas e que “lhes dizem o que deve ou não deve ser feito”. Na natureza ou em sociedade, tal estado de coisas só pode ocorrer espontaneamente, afirma Hayek, pois nenhum desígnio humano seria capaz de concebê-lo. Neste sentido, a ordem social é única, embora venha a se manifestar em formas diversas no tempo e no espaço.

Há um outro sentido, entretanto, no qual a ordem social é, também, única. Existe *ordem* apenas quando os elementos que a compõem — no caso, indivíduos — têm liberdade de usar “seus conhecimentos para seus propósitos” (*idem*: 55). Ordem social, para Hayek, tem por sinônimo a palavra grega *kosmos* — a ordem autogerada, evolutiva, consequência não-pretendida da livre ação humana. Fora disso, não se trata de *ordem social*; trata-se de seu cenário — a organização, a atividade induzida, o planejamento, a imposição.

Para Hayek, a sociedade existe mediante um processo de seleção de regras de conduta, regras que, evolutivamente, levam os indivíduos a um ajustamento de modo a tornar possível a vida em comum. Essas regras são observadas na ação, sem que precisem de verbalização ou explicação prévia e sua eficácia se deve ao fato de que, a despeito de não-intencionais, fortalecem aqueles que as seguem. O “teste do tempo” se encarrega de tornar permanentes as regras que

efetivamente asseguram maiores benefícios. Instituições emergem espontaneamente, como mecanismos de preservação das regras de conduta aprovadas pela vida (*idem* p. 46).

A “Great Society”, a sociedade ideal, não é, contudo, uma comunidade primitiva, onde normas informais regulam as atividades dos indivíduos. Trata-se de uma sociedade complexa, com propósitos, organizações, governo. Seu caráter de sociedade livre não repousa na ausência de tais elementos, e sim na subordinação que todas as instituições ali vigentes mantêm em relação aos princípios estabelecidos pela evolução da ordem espontânea. Nas sociedades livres, embora os homens se agrupem em organizações para a consecução de fins particulares, a “coordenação” das atividades destes organismos, assim como de indivíduos isolados ocorre pela “mão invisível” da ordem espontânea (*idem*: 47).

Os princípios que conformam a ordem e asseguram a liberdade constituem o que Hayek chama a Lei (“law”) e que, em sua terminologia, se distingue do que é usualmente conhecido como legislação. Regras de conduta, que resistem ao “teste do tempo”, se enraízam nas tradições e moldam a opinião prevalente, se transformam em lei. Têm caráter abstrato e não podem ser “inventadas” (somente “descobertas”). Esta, na verdade, é uma antiga tese fisiocrata; as regras de conduta se aplicam a um número ilimitado de instâncias presentes e futuras e contêm as restrições indispensáveis para proteger a liberdade individual. De espécie diversa são as regras da organização, pensadas com o propósito definido de atingir fins particulares; nesta categoria estão as regras de governo, a legislação, que emitem indicações positivas para determinados resultados e, por isso, são operadas por agências específicas do aparato estatal.

Como qualquer outra organização no interior da sociedade, o governo deve submeter-se à lei. Lei que, cabe repetir, não se encontra necessariamente escrita, mas, ao contrário, é tanto mais forte quanto mais implícita nos costumes e interiorizada pelas pessoas. Dela o(s) governante(s) retira(m) legitimidade, pois nenhuma regra criada pode ferir a “lei”, sob pena de figurar como ilegítima e/ou causar danos à liberdade (*idem*: 125).

O afastamento da lei resulta em anarquia ou em pura legislação, ambas indesejáveis; o governo, cuja legitimidade decorre da lei, é também a instituição que reforça a lei e nessa função (“the task of enforcing the rules on which that order rests” (*idem*: 43) *não aparece como uma entre outras organizações*, mas como *condição essencial para a preservação da própria ordem*).³⁸ Duplo também, para Hayek, é o papel do governo: encarregado de manter uma estrutura na qual os indivíduos realizem seus propósitos (com o que tem funções coer-

38 A troca política como essencial para a manutenção da troca econômica.

citivas, na medida em que obriga todos à lei para que todos possam gozar da liberdade) (*idem*: 48), se incumbe, de outra parte, de prestar serviços que a ordem espontânea não pode produzir adequadamente (e aqui desempenha meras funções de serviço, como qualquer outra organização criada). No primeiro papel (primeiro e primordial) o governo se confunde com a própria ordem: é a sociedade que se autogoverna; no segundo, apenas uma organização, submissa à ordem como as demais, é governo no sentido restrito de implantar e manter regras específicas. Daí Hayek preferir o uso deste termo *governo* ao conceito de Estado (um conceito hegeliano, construtivista e metafísico que implica simultaneamente uma noção abrangente de governo e uma separação deste em relação à sociedade).

Apesar da centralidade do papel de preservador da “lei”, em geral se superestima o segundo grupo de atividades exercidas pelo governo, do que derivam enganos lamentáveis. Hayek denuncia o desastroso erro que representa atribuir ao Parlamento, por exemplo, poderes para criar “leis” que interfiram na vida privada dos cidadãos (*idem*: 131).

As leis — regras gerais orientadoras da conduta justa —, que não podem ser criadas porque emergem junto com a própria ordem, têm nos juristas seus intérpretes adequados. O poder judiciário é o braço preservador do governo; ao legislativo e ao executivo cabem, respectivamente, a criação das “regras de governo” e sua implementação. Esse o sentido real da chamada divisão de poderes, para Hayek.

Quanto ao fenômeno da liberdade, Hayek não tenta justificar a liberdade do ponto de vista dos direitos; ele simplesmente supõe a liberdade como um valor fundamental e dá continuidade ao ilustrar a sua utilidade.

Sua preocupação primeira é com a liberdade como um princípio fundamental, em torno do qual todas as leis deveriam se conformar (*idem* p. 68). A liberdade dentro da lei descansa na sua utilidade em promover a coordenação da vida social. Uma vez que os indivíduos reconheçam os benefícios da liberdade, eles terão o incentivo de limitar o governo:

“Sob o império de regras universais de conduta justa, protegendo um domínio privado reconhecido, uma ordem espontânea de atividades de muito maior complexidade se formará do que poderia ser jamais produzida por ordenação deliberada, e em consequência, as atividades coercitivas do governo *devem ser limitadas à imposição dessas regras*” (*idem*: 36 7).

Liberdade é uma condição humana na qual a coerção é reduzida ao máximo possível. A liberdade não é absoluta, nem é independente da lei, uma vez que uma certa quantidade de coerção é necessária para limitar a agressão e proteger os direitos iguais dos outros.

Aqui a troca política se torna clara e fundamental. Há que haver um governo da lei. “Onde não existe lei não existe liberdade” essa é a máxima de Hayek. A “rule of law” limita e reduz a coerção (cf. Dorn 1981: 376).

Dorn sumariza os argumentos de Hayek de forma singular:

“(i) O problema econômico básico é ‘um problema de utilização de conhecimento que não é dado a qualquer um em sua totalidade’.

(ii) A utilização eficiente do conhecimento, através do processo de mercado, exige que os indivíduos sejam *livres* para perseguir seus interesses próprios e para *capturar* as retribuições consequentes, desde que eles respeitem os direitos iguais dos outros.

(iii) Esse princípio de propriedade privada requer governo por lei, porque a menos que os direitos de propriedade sejam protegidos por lei os indivíduos terão pouco incentivo para utilizar seus conhecimentos eficientemente, e buscar o que seriam outras oportunidades de troca.

(iv) Um corolário desta linha de raciocínio é que, se os indivíduos entenderem que seus conjuntos de oportunidades são expandidos quando sob o governo da lei, eles terão *incentivos* para optar governo limitado e um sistema de livre-empresa” (Dorn 1981: 378).

O governo mínimo aqui postulado, no entanto, tem maiores atribuições do que em Bastiat. Segundo Hayek, o governo deveria exercer seu monopólio da coerção somente com o intuito de “enforcement of rules of just conduct, defence, and the levying of taxes to finance its activities” (Hayek 1979: 42). Mas atos intervencionistas são compatíveis com a regra da lei, se são limitados a casos excepcionais. E aí se incluem em particular as regulações que governam as técnicas de produção e toda a legislação industrial (Hayek 1971: 224-5). Assim, a troca política se expande no sentido de maiores atribuições para o legislador e para o governo.

O utilitarismo de Hayek admite as não-coercitivas funções governamentais, desde que o mercado tenha falhado em provê-los ou ofertado menos que o ótimo social. Ele admite a idéia de falha do mercado como justificativa para a expansão das atividades do governo além das funções de defesa nacional e da imposição legal (Hayek 1979: 41 e 1972: 222-3). O governo desempenhará funções de serviços (1972: 258) que ajudem os indivíduos a atingir certos fins sem o que não serão obtidos. Entre esses serviços ou bens públicos encontram-se:

“(a) ‘a previsão de um sistema monetário confiável e eficiente’; (b) ‘o conjunto de padrões de pesos e medidas’; (c) ‘o fornecimento de informação colhida de pesquisas, registro imobiliário, estatísticas,

etc.' e (d) 'o apoio, é senão também a organização, de algum tipo de educação'. Outros serviços que Hayek acredita poderem ser efetuados pelo governo de maneira útil, incluem: (e) 'a maioria dos serviços sanitários e de saúde'; (f) 'freqüentemente, a construção e a manutenção de estradas'; e (g) 'muitas das amenidades fornecidas pelas municipalidades aos habitantes urbanos' (1972: 223-4).

O governo mínimo não é tão mínimo assim. A troca política se faz necessária para permitir todas as ações acima descritas.

Aqui, liberdade e governo se integram através de um exame minucioso das relações utilitárias de custos e de benefícios. E a troca política se torna utilitária, na medida em que viabiliza liberdade e propriedade.

As características essenciais do fenômeno da troca política³⁹ permitem chegar aos traços específicos da troca política e percebê-la distinta da troca social em geral e da troca econômica em particular.

A troca política tem por fundamento um processo de derivação dupla: o direito que o cidadão tem à propriedade deriva do reconhecimento que lhe dá o Estado soberano; e este é soberano porque o seu atributo deriva do reconhecimento dado pelos detentores do direito de propriedade. No caso da troca política, tanto os detentores ou proprietários de meios de vida (produtores e consumidores em mercado), como os de meios de produção, trocam reciprocamente reconhecimentos de direitos patrimoniais por direitos políticos, e vice-versa.

Assim vista, a troca política se harmoniza com a divisão do trabalho político entre dirigentes e dirigidos. Significa, portanto, que a troca política sempre expressa alguma forma de dominação. Duas últimas observações acerca da troca política com dominação viabilizam a passagem para a discussão em torno das trocas políticas assimétricas/clientelísticas.

Marx, em seu *O Dezoito de Brumário*, assim observa a troca política em que o paternalismo espelha uma forma clássica de dominação. Para ele é sob o segundo Bonaparte que o Estado parece adquirir completa autonomia. Mas reconhece que esse poder do Estado não flutua no espaço e que Bonaparte representa uma classe, a mais numerosa da sociedade francesa: os camponeses proprietários de pequenas propriedades. Apesar de se constituírem em milhões de famílias camponesas

“É por isso que eles são incapazes de defender seus interesses de classes diretamente, seja por intermédio de um Parlamento, seja por intermédio de uma Assembléia. Eles não podem se representar eles

mesmos; devem ser representados. Seus próprios representantes devem ao mesmo tempo aparecer-lhes como seus governantes, como uma autoridade superior, como um poder governamental absoluto, que lhes protege contra as outras classes e lhes manda de cima a chuva e o bom tempo. A influência política dos camponeses lavradores encontra, em consequência, sua expressão derradeira na subordinação da sociedade ao poder executivo” (Marx 1928: 132).

Marx mostra, em sua análise, que os camponeses trocam apoio por proteção. Eles percebem a autoridade como um poder transcendente e absoluto, capaz de protegê-los contra as outras classes.

Ainda quanto ao caráter intrínseco da dominação, Max Weber em várias passagens assinala essa essência: “El Estado [...] es una relación de dominio de hombres sobre hombres basada en el medio de la coacción legítima” (Weber 1964: 1056-7). E, mais adiante, ele faz a pergunta clássica: como fazem os poderes politicamente dominantes para se manterem no domínio? Aponta como resposta o emprego dos meios materiais e o uso de pessoal administrativo do Estado como fazendo parte intrínseca da dominação:

“O corpo administrativo, que representa externamente para a empresa política de domínio tal como a qualquer outra, não se encontra obrigado à obediência ao detentor do poder por aquela única representação da legitimidade de que falávamos há pouco, mas também por outros dois meios que apelam diretamente ao interesse pessoal: retribuição material e honra social. Os feudos dos vassallos, as rendas dos funcionários patrimoniais e os vencimentos dos servidores atuais do Estado — a honra da nobreza, os privilégios de classe e a honraria do funcionário — constituem o pagamento, e o temor de perdê-lo constitui o fundamento último decisivo da solidariedade do corpo administrativo com o soberano. Isto se aplica também ao caudilhismo carismático, a saber: honraria militar, despojos para o bando guerreiro, e os proveitos (vantagens) [Espoils], ou seja a exploração dos súditos pelo monopólio dos cargos, benefícios politicamente condicionados e prêmios à vaidade, para o sequito demagógico”. (1964: 1058). “Do ponto de vista da sociologia, o Estado moderno é uma ‘empresa’ a mesmo título que uma fábrica: nisto consiste precisamente seu caráter histórico específico. E se acha também condicionado de modo homogêneo, com esta e naquele, a relação de poder no interior da empresa” (1964: 1061).

Penso, enfim, que estamos prontos para analisar, nos próximos três capítulos, os traços essenciais da troca política assimétrica clientelística.

39 Cabe lembrar os esforços já anteriormente realizados nos trabalhos de Curry e Wade (1968), Ilchman e Upoll (1969) e, no mesmo sentido, Lindblon (1979: 41).

O DIREITO DE SUPERFÍCIE NO DIREITO ROMANO

MAURICIO JORGE PEREIRA DA MOTA*

1. Introdução. 2. As fases do direito romano. 3. Os direitos reais e a propriedade em Roma. 4. A evolução do direito de superfície romano. 5. O direito de superfície romano. 5.1. Conteúdo do direito de superfície. 5.2. Constituição do direito de superfície. 5.3. Extinção do direito de superfície. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo fornecer um panorama, ainda que sucinto, da provável origem do direito de superfície no Direito romano, seu desenvolvimento histórico, os problemas para sua classificação na doutrina romanista, e as suas principais características.

Abordamos inicialmente a evolução do Direito romano, enfatizando a divisão deste na classificação entre o direito pré-clássico, clássico e pós-clássico, ressaltando as características mais marcantes de cada um desses períodos.

No ponto 3, **Os direitos reais e a propriedade em Roma**, passamos em revista a idéia romana acerca destes e como surge na elaboração jurídica romana o conceito de direitos reais sobre coisa alheia.

A seguir definimos, de acordo com as hipóteses dos romanistas, a origem do direito de superfície e sua lenta e gradual afirmação como um direito real. Empreendemos a caracterização da proteção jurídica garantida à superfície no direito clássico e abordamos também o momento de transição do direito clássico para o direito pós-clássico.

O ponto 5, **O Direito de superfície romano**, esmiúça as principais características deste, como o seu objeto, os direitos e obrigações do concedente e do

* Prof. de História do Direito da UERJ.

concessionário e os modos de constituição e extinção do direito de superfície. Relata também esse capítulo as divergências primordiais dos romanistas na conceituação dos institutos do direito de superfície, estabelecendo, quando possível, a corrente dominante.

Finalmente na Conclusão esboçamos um sumário acerca do que era o direito de superfície no Direito romano, até que ponto chegou a evolução do instituto naquele ordenamento e elaboramos, na medida em que nos permitem as fontes, uma tentativa de entendimento do papel que representou o direito de superfície no desenvolvimento das instituições romanas.

2. AS FASES DO DIREITO ROMANO

Os historiadores do direito costumam dividir o Direito romano em três períodos distintos:

1 — Direito pré-clássico — das origens de Roma até a Lei *Aebutia* (aproximadamente 149-126 a.C.)

2 — Direito clássico — 126 a.C. até o fim do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.

3 — Direito pós-clássico — 305 d.C. até o início do reinado de Justiniano; como divisão dentro do Direito pós-clássico, tem-se também o direito vigente no reinado de Justiniano (527 a 565 d.C.), que, pelo seu caráter regenerador, recebe o nome de *direito justinianeu*¹.

O formalismo e o materialismo são as características essenciais do direito pré-clássico. Os atos jurídicos revestem-se de solenidades que devem ser cumpridas à risca, para que produzam os seus efeitos. Não é possível alterá-las sequer para atender às exigências da equidade.

O Direito se traduz no *ius civile*, composto de normas costumeiras e esparsos preceitos legais aplicáveis aos cidadãos romanos. É um Direito impregnado de religião; muitas de suas normas jurídicas são de origem sagrada.

Ele se desenvolve, via de regra, pela atuação dos jurisconsultos, a princípio os pontífices, depois com a laicização da jurisprudência, os juristas leigos. Partindo dos costumes e da Lei das XII Tábuas e através do emprego de métodos jurídicos como a ficção, a analogia e a interpretação puramente literal os juristas desse período vão criando novos embriões de institutos jurídicos. Essa criação do novo Direito não era entretanto arbitrária e os juristas só podiam criar direito através da adaptação das normas costumeiras ou legais existentes às novas exigências sociais².

¹ PEIXOTO, José Carlos de Matos. Curso de direito romano — Introdução e parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Haddad Editor, 1960, pp. 16/17.

² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano — Volume I*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965. pp. 78/80.

O Direito clássico é o período áureo da história do Direito romano. Decai o formalismo e atenua-se a influência religiosa. A partir do século III a.C. com a transformação de Roma num grande centro comercial surge o problema da disciplina das relações jurídicas entre os romanos e os estrangeiros, já que o *ius civile* aplicava-se unicamente aos cidadãos romanos, dominando o princípio da personalidade da lei. Cria-se então a figura do *praeter peregrinus*, magistrado com a função de dirimir conflitos entre estrangeiros ou entre romanos e estrangeiros.

Criou-se um Direito novo, o *ius gentium*, baseado nas praxes do comércio internacional e assentado em princípios opostos ao do *ius civile* como a ausência de formalidades e o respeito a *fides*, à boa-fé, à palavra empenhada.

Pelo *ius praetorium* os magistrados com funções judiciárias não podiam atribuir direitos a alguém mas conceder ou negar ações o que também equivalia à criação de direitos. O *ius praetorium*, deste modo, embora não revogasse as normas do *ius civile* nem pudesse criar novos preceitos jurídicos, na prática alcançava esses dois resultados: quando o magistrado se recusava a conceder a alguém ação que protegia direito decorrente do *ius civile*, estava negando a aplicação deste; e quando concedia ação para tutelar situações não previstas no *ius civile*, estava suprimindo lacunas dessa ordem jurídica.

Com o *ius praetorium* entra em decadência a *interpretatio* dos jurisconsultos na construção do *ius civile*. Em vez de se valerem dos expedientes empregados no período pré-clássico, os juristas podem chegar ao mesmo resultado de maneira mais simples: solicitam ao pretor urbano ou ao pretor peregrino que, através de um Édito, proteja situações novas, tutele atos praticados sem a observância do formalismo rigoroso do *ius civile*, e atente para a vontade dos contratantes³.

No direito romano pós-clássico o ordenamento jurídico passa a ser elaborado quase que exclusivamente através do Estado, por meio das constituições imperiais. Desaparece a distinção entre o *ius civile*, o *ius praetorium* e o *ius extraordinarium* (este, em virtude de a *cognitio extra ordinem* tornar-se o processo comum, em substituição ao formulário). O direito passa a sofrer influências do cristianismo, do direito dos povos do Oriente e de províncias romanas e passa a predominar o empirismo. A despeito do renascimento dos estudos jurídicos no século V, com o desenvolvimento das grandes escolas de direito e, no século VI, com a elaboração das grandes compilações de Justiniano, a ciência do direito priva-se da precisão técnica, do apreço pela teoria e da autonomia mental que caracterizaram a época anterior⁴.

³ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, pp. 81/82.

⁴ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 16.

3. OS DIREITOS REAIS E A PROPRIEDADE EM ROMA

Os romanos não conheceram as noções de direito real e direito pessoal tal como as concebemos na atualidade. A propriedade não era entendida como um poder sobre as coisas. Tal poder estava inserido na *potestas* do *paterfamilias*, sujeito ao seu arbítrio.

Ela possuía inicialmente um caráter sagrado, era o *herctum* familiar, que abrigava o altar e o fogo sagrados, o túmulo e as demais referências sacras da família e que, portanto, não poderia ser alienada nem abandonada. Nessa terra sagrada o *paterfamilias* enterrara seus antepassados, lhes rendia culto e recebia a proteção dos deuses para seu cultivo e seu rebanho⁵.

A Lei das XII Tábuas já vai expressar a dessacralização da propriedade, com a inserção desta no âmbito do *ius*, do direito, e a conservação apenas do *sepulchrum*, na esfera do *fas*, da religião.

Com a transformação de Roma numa potência mercantil desmembra-se a antiga *potestas* do *paterfamilias*: *manus*, sobre a mulher; *patria potestas*, sobre os filhos; *dominica potestas*, sobre os escravos; *dominium* sobre as demais coisas corpóreas; sendo *proprietas* vocábulo que só veio a surgir mais tarde, com sinonímia perfeita a *dominium*⁶.

Essa *proprietas* contudo não era concebida como um direito real hodierno mas como um direito garantido no plano processual, através da dicotomia *actio in rem* — *actio in personam* (ação real — ação pessoal). A primeira era uma ação *erga omnes* em que o autor afirma o seu direito sobre a coisa, e na qual o réu surge como a pessoa que se colocou entre o autor e a coisa; a segunda é uma ação contra determinada pessoa (o devedor), e em que o autor reclama a obrigação que o réu deixou de cumprir.

No período áureo do Império, de acordo com as grandes escavações realizadas neste século no porto marítimo de Roma, Óstia, na foz do Tibre, houve uma transformação da típica moradia romana, o *domus*, térrea e ocupada por uma única família, para a *insulae* — edifícios construídos verticalmente com vários andares (*contignationes*) e compartimentos (*cenacula*), ocupados por inúmeras famílias.

Os censos urbanos (*regionarii*) indicam a existência na *urbs* romana, nesse período, da imensa cifra de 46.602 *insulae* (96,3%) contra apenas 1.797 *domus* (3,7%)⁷.

5 FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 50.

6 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. O direito real de superfície. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 13.

7 MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A Propriedade Horizontal no Direito Romano*. São Paulo: Edusp, 1995, p. 13.

As fontes literárias e jurídicas também atestam fartamente a abundância dessas edificações em Roma e nas grandes cidades do Império, tendo sido encontradas referências a estas em Cícero, Vitruvius, Juvenal, Gélcio, Suetônio, Estrabão, Tácito, Ulpiano e Alfeno⁸.

Citam os estudiosos que a moradia nessas *insulae* era obtida por contratos de locação (*locatio*), protegido o locatário contra o *dominus* pela *actio ex conducto* e contra a turbação de terceiros pela cessão das ações pertencentes ao proprietário caso este não exercitasse pessoalmente a tutela do domínio⁹. Surgem aqui os problemas, que serão expostos mais adiante, da possível alienação desses compartimentos, da acessão e dos direitos reais sobre coisa alheia.

O direito real sobre coisa alheia, no sentido romano, ou seja, aquele garantido pela *actio in re aliena*, só vai poder se consubstanciar após a recepção em Roma da filosofia estoica grega e de sua concepção de coisa incorpórea.

Como comprovam a maioria dos autores¹⁰ as figuras típicas que constituíram as mais antigas servidões (*iter e aquaeductus ou riuus*) não eram, nas suas origens, verdadeiras servidões, pois davam ao seu titular direito de propriedade sobre a faixa de pedágio (*iter*) ou canal (*riuus*) que eram concebidos como entidades corpóreas.

No direito clássico vigorou o princípio da tipicidade das servidões. Havia tipos de servidão (*servitutes*) reconhecidos pelo *ius civile*, não se podendo, via de regra, criar outras servidões não admitidas por esse direito. Observe-se contudo que esta regra nem sempre foi obedecida pelos pretores.

No chamado direito justiniano, com a absorção da idéia estoica de *res incorporales* e, portanto, *iura* (direitos) a recaírem sobre coisas corpóreas, é que se pode falar em efetivas servidões, porquanto passa a se admitir a existência de *iura in re aliena* (direito real sobre coisa alheia)¹¹. Desaparece o princípio da tipicidade das servidões prediais e o direito passa a poder criar novos tipos de servidão, estabelecendo livremente os poderes que seriam atribuídos ao dono do prédio dominante.

Após a servidão, surgiram como *ius in re aliena* o usufruto, o uso, a habitação, a enfiteuse e a superfície.

4. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE SUPERFÍCIE NO DIREITO ROMANO

No direito clássico, assim como ocorria no pré-clássico, vigorava em Roma,

8 MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* pp. 13/14.

9 MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* p. 14.

10 IGLESIAS, J. *Derecho Romano*. 2^a vol., 2. ed. Barcelona: Alianza Editorial, 1953, p. 254 e segs.

11 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Op. cit.*, p. 14.

de modo absoluto, a regra de que superfícies solo cedit¹², por força da qual tudo quanto fosse acrescido ao solo (plantações e construções) passava a integrá-lo e ao seu dono pertencia, não podendo ser objeto de transferência senão juntamente com o solo.

Esse princípio, no qual se funda a *accessio*, é uma decorrência da *vis attractiva* da propriedade romana. Este caráter atrativo (ao lado de outros, como a absoluta independência, inadmissibilidade de limites, exclusividade e perpétuidade) não se identifica com a função econômico-social do *dominium* mas sim com a antiga concepção política da propriedade romana derivada da *naturalis ratio*¹³.

Durante o direito clássico, com a expansão de Roma, surgiu a necessidade de se permitir que particulares explorassem, edificassem em solo público, ficando com o gozo de edifícios construídos, mediante o pagamento de uma anuidade. Tais concessões, que a princípio eram dadas apenas pelo Estado, passaram a sê-lo depois pelos municípios e pelos particulares. Existem divergências entre os romanistas sobre a forma jurídica em que se davam essas concessões, mas acreditam a maioria dos autores que fosse através de contratos de arrendamento disciplinados pelo poder público.

Max Weber em sua erudita *História Agrária Romana* esclarece as características desses contratos:

“Como ocorria com freqüência com o *ager extra clusus* [terras excedentes nas colônias romanas] as comunidades cediam-nas em benefício de sua tesouraria, ou somente *precario*, ou, por último, em troca de um foro. Se não havia nada estabelecido continuavam sendo *ager publicus populi Romani*; e no caso em que a comunidade ou um particular se dedicassem a cultivá-las, como sucedia muitas vezes com os *subseciva*, vinham-se encontrar na mesma situação jurídica que se gerou na época republicana com a ocupação do *ager publicus*. Utilizar essas terras era algo verdadeiramente precário: em qualquer momento podiam ser requisitadas por causa de novas assignações [doações de terra] ou de arrendamento em nome do Estado”¹⁴.

Esse arrendamento público a título precário, com a disseminação do poderio romano e das pressões da massa não proprietária pela assignação do *ager*

publicus vai se converter, segundo Max Weber¹⁵, numa posse hereditária dos arrendatários.

Essa posse perene vai ser garantida posteriormente, por obra do pretor — a princípio ao concessionário do solo público e, mais tarde, ao de solo privado — pelo interdito de *superficiebus*¹⁶, contra quem quer que o turbasse no seu direito de gozo sobre o edifício.

Discute-se muito na doutrina romanista a questão se o direito de superfície, garantido pelo interdito deve ser considerado, no período do direito clássico, um direito pessoal ou se pode ser considerado um direito real, ou seja, direito modificativo da propriedade privada, *iura in rem*, protegido por *actio in rem*, ordinária.

A discussão sobre essa configuração jurídica da superfície vai se orientar no sentido de defender ou contestar o famoso trabalho de Biondo Biondi “*La categoria romana delle servitutes*” no qual este admite o reconhecimento substancial (não formal) da propriedade superficiária no direito clássico, mediante a tutela real pretoriana da superfície e de sua plena admissão no direito justiniano.

Biondi pondera que no sistema do *ius civile* a superfície faria parte integrante do solo, não podendo ter destino jurídico diverso deste¹⁷. No direito pretoriano, a superfície teria se configurado num instituto especial, destacado do solo. Ao conceder o interdito de *superficiebus* — no período clássico — o pretor teria dado ao superficiário um interdito análogo ao interdito *uti possidetis* (D. 43, 18, 1 pr.) que outorgaria a este a proteção possessória da *superficies ex lege locations*.

A análise do interdito de *superficiebus* efetuada por Biondi salientava que este forneceria ao superficiário três remédios jurídicos diversos: um interdito, uma *actio in rem* no caso da *locatio in perpetuum*, análoga à ação real que protegia a *locatio* dos *agri vectigalis*, e a *alia actio* para as outras hipóteses de proteção que não a *locatio in perpetuum*. Esses remédios comprovariam a efetiva tutela real pretoriana da superfície.

Portanto, para Biondi, no âmbito do *ius honorarium*, a superfície era uma entidade jurídica autônoma, distinta do solo e tutelada *erga omnes* como qualquer direito real; poderia ser objeto de posse separadamente do solo; seria suscetível de transferência *intervivos* ou *mortis causa* a terceiros e poderia ainda

12 GAIO, I, II, § 73: “Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.”

13 POTHIER, J. R. Ouvres de Pothier. Vol. 9. Paris: Ed. Cosse, 1847, p. 150.

14 WEBER, Max. *História Agrária Romana*. São Paulo: Martins Fontes, 1994, pp. 50/51.

15 WEBER, Max. *op. cit.* p. 112.

16 ULPIANO Digesto (43,18) L. 1, pr. “Ait praetor: uti ex lege locations sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero frumini, quo minus ita fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur causa cognita dabo.”

17 BIONDI, Biondo. *La categoria romana delle servitutes*. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1938, p. 443 e ss.

ser objeto de uso, usufruto e penhor. A configuração jurídica da superfície na idade clássica seria, pois, delineada em função dessa tutela real pretoriana e da tutela obrigacional do *ius civile*. Substancialmente o superficiário seria proprietário da superfície, já que teria à sua disposição a maior parte dos poderes e faculdades normalmente atribuídas ao proprietário¹⁸.

Pastori procura suavizar as conclusões de Biondi argumentando que, embora a concessão de algumas ações úteis ao superficiário, desse à superfície uma configuração autônoma, aproximando-a de alguns direitos reais sobre coisa alheia como o usufruto e o uso, aquela não chegaria no direito clássico a constituir um direito real do mesmo modo que a *actio* de superfície não poderia ser classificada como uma *actio in rem*.

O fato de ser concedida, já na idade clássica uma tutela real *utilis* ao superficiário não justificaria a identificação (formal ou substancial) entre o direito de superfície e a propriedade (quiritária ou pretoriana): a tutela real *utilis* não se confundiria com a *rei vindicatio*, nem tampouco poderia ser classificada como extensão da *actio publiciana* (como sustentava Biondi). Tal tutela não corresponderia nem mesmo à categoria dos *ius in re aliena* embora os princípios do reconhecimento da natureza real da superfície já estivessem contidos implicitamente no sistema clássico. O direito clássico, para Pastori, teria criado pois apenas uma tutela indireta da superfície¹⁹.

Fritz Schulz nega esse caráter real ao direito de superfície no direito clássico, duvidando inclusive da autenticidade do interdito de *superficiebus*:

“Por lo que se refiere a la superficies es indudable que la actio in rem del superficiarius mencionada en nuestros textos no es clásica. Pudo ocurrir que el pretor protegiese este derecho mediante un especial interdictum de superficie. El carácter clásico de este interdicto es muy discutido, pero aunque fuese realmente clásico, no convertiría el derecho protegido por él, en ius in rem, ya que el interdicto protege algunas veces derechos de carácter público.”

*“Cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre esse interdicto (elaborado probablemente por los compiladores) la frase última si qua...dabo debe ser necesariamente espúria ya que conforme a la concepción clásica, el interdicto no es una actio.”*²⁰

Pellat irá, ao contrário, defender ardorosamente o caráter real do interdito, falando mesmo na existência de uma “propriedade pretoriana” do edifício:

18 BIONDI, Biondo. *Op. cit.* p. 503.

19 PASTORI, Franco. *Apud.* MARCHI; Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* pp. 23/25.

20 SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960, pp. 380/381.

“Mais le prêteur donne à ce possesseur de la maison un interdit particulier, et même une action réelle utile.

Cet interdit est une sorte d'interdit uti possidetis utile, qui est soumis aux mêmes règles que l'interdit direct.

L'action réelle utile est accordée à la imitation de la revendication civile, mais seulement en connaissance de cause, le prêteur se réservant de ne l'a donner qu'à celui qui a obtenu une concession à perpétuité ou au moins pour un temps assez long.

Le superficiarius, qui a ainsi, même contre le propriétaire du sol, un interdit spécial et une action réelle prétorienne, pourra, à plus fort raison, se faire donner une exception pour se défendre contre l'action civile et l'interdit direct uti possidetis, qui, en principe, compétent à ce propriétaire pour l'édifice comme pour le sol, même contre le concessionnaire de la superficie.

*Voilà donc le superficiaire assimilé par le prêteur à un propriétaire: il a, s'il est permis de le dire, la propriété prétorienne de la maison. Cette assimilation est suivie dans toutes ses conséquences”.*²¹

A bibliografia brasileira sobre essa questão é modesta. José Carlos Moreira Alves vai falar em “direito com coloração real” no período clássico²² e Ebert Chamoun evita se posicionar, argumentando com a infidelidade das fontes, e situando a superfície como direito real no período clássico, se as fontes estiverem corretas ou então somente no período pós-clássico²³. Netto Campello, entretanto, enfrentando a questão afirma:

“Embora protegida pelo interdictum de superficiebus, a superfície não produzia a princípio nenhum direito real.

*Quando o direito pretoriano concedeu ao superficiário uma rei vindicatio utilis [no período pós-clássico] admissível contra todos, ela se tornou, por assim dizer, um verdadeiro direito real.”*²⁴

A mesma posição é assumida por Ricardo Pereira Lira que, após descrever o desenvolvimento histórico do princípio da acessão no sentido de uma mitigação crescente de suas características originárias, ressalta que o direito do superficiário só adquire verdadeiro caráter real no direito justiniano:

21 PELLAT, C. A., *Exposé des Principes Généraux du Droit Romain sur la propriété et l'usufruit*. Paris: Librairie de Plon Frères, 1853, pp. 98/99.

22 ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.* p. 402.

23 CHAMOUN, Ebert. *Op. cit.* p. 278.

24 NETTO CAMPELLO, Manoel. *Direito Romano — Volume II — Direito das Coisas e das Ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914, p. 119.

“As novas condições econômicas e sociais vividas em Roma exigiam cada vez mais transformações maiores do ordenamento jurídico. Foi assim que, através de uma mitigação cada vez mais acentuada do princípio da acessão, se chegou ao direito justinianeu, quando se reconheceu verdadeiro caráter real ao direito do superficiário sobre a construção (desde que não se tratasse de uma concessão *ad tempus*), direito que se via em princípio, causa cognita, salvaguardado por uma *actio in rem* ou uma *actio vindicatio*”.²⁵

Arangio-Ruiz, fazendo a crítica das fontes romanas, dá o argumento central pelo qual, até a fase atual dos estudos românicos, não se pode aceitar o direito de superfície como tendo um caráter real no direito clássico:

“Un nuevo passo en favor del superficiario lo dió el pretor al concederle, contra todo tercero, la protección interdictal del ejercicio de su derecho. Pero cuando en el principio del fragmento citado, encontramos agregada a la cláusula interdictal la frase ‘*si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo*’ y cuando en los párrafos sucesivos encontramos explicada esa frase como alusiva a una acción real, construída sobre o modelo de la *rei vindicatio* y correspondiente al superficiario contra el *dominus soli* y contra cualquier tercero, es inevitable el reconocimiento de la interpolación:

1) porque, después de haber dado el esquema del *interdictum* (el cual, como sabemos, no es una acción), no podía el pretor hablar de ‘*alia actio*’; sólo el derecho justiniano tiende a concebir los *interdictos* como acciones;

2) porque toda regulación de la institución sobre la base de las acciones *conducti* y *empti*, tal como la hemos descrito, es incompatible con la existencia contemporánea de una acción real;

3) porque en el sistema del Edicto pretorio se observa rigurosamente la separación entre las fórmulas de las acciones, por una parte, y los *interdictos*, por la otra; en particular, las acciones *in rem*, desde la *hereditatis petitio* hasta la *vindicatio usus fructus y servitutis* están todas agrupadas al principio de la *pars de iudiciis* (cfr. en el *Digesto*, del título V, 3, al título VIII, 5), mientras los *interdictos* están en un apéndice (D., libro XLIII). Es, pues, absolutamente extraño el caso de una *actio in rem* prometida en un inciso abandonado de la *pars de interdictis*.

²⁵ LIRA, Ricardo Pereira. Elementos de direito urbanístico. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 23.

*En la época clásica, pues, el proceso de transformación de la obligación que tiene por objeto una superficies en el derecho real del mismo nombre, es apenas iniciado con las fatigosas adaptaciones de las acciones contractuales y con la concesión del interdicto de superficies; la consagración del nuevo derecho real es justiniana, aunque probablemente precedida por el trabajo, para nosotros no controlable, de la jurisprudencia posclásica.”*²⁶

No direito pós-clássico a questão não é menos controversa. Biondi sustenta que com a extinção das fórmulas e do *officium praetoris*, ter-se-ia chegado ao aberto reconhecimento da propriedade superficiária (parágrafo 98 do Livro Siro-Romano)²⁷.

No direito justinianeu, desaparecidas as razões formais do sistema clássico, o superficiário viria a ser considerado verdadeiro proprietário, dispondo de qualquer das ações para a tutela do *dominium*. A superfície, pois, em época justinianéia, surgiria como entidade autônoma distinta do solo e suscetível de propriedade separada. O princípio do *superficies solo cedit* continuaria vigente no direito justinianeu, passando, porém, a ser plenamente derogável.

Argumentava também Biondi, baseado em D. 30, 86, 4, que junto com a propriedade superficiária o direito justinianeu teria concebido a superfície como *servitus*, o que se explicaria pela especial relação estabelecida agora entre a superfície — considerada propriedade — e o solo. Por força de necessidade física e jurídica, tal relação se configuraria pois verdadeira servidão ou, mais especialmente, como *servitus* de ocupar superfície em solo alheio. Esta vinculação entre solo e superfície apresentaria além disso toda a estrutura de uma servidão, já que se tratava de uma relação entre dois imóveis — a *superficies* e o *fundus* — de proprietários diversos, tendo por conteúdo um *pati*, comparável ao da *servitus oneris ferendi*.

A concepção justinianéia da superfície repousaria, pois, concluía Biondi, nos conceitos de propriedade e servidão, não se tratando, porém, de duas figuras diversas, mas sim das duas faces de um mesmo instituto²⁸.

Giovanni Pugliese em seu estudo “*Note sulla Superficie nel Diritto Giustiniano*” nega categoricamente que o superficiário se equiparasse a um verdadeiro proprietário da construção e também a existência de uma *servitus* entre solo e superfície.

Argumentou este, através de cuidadosa exegese dos textos em matéria de *superficies*, que a principal conclusão de Biondi era improcedente, a de que em

²⁶ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1952, pp. 288/289.

²⁷ BIONDI, Biondo. *Op. cit.* p. 525 e ss.

²⁸ BIONDI, Biondo. *Op. cit.* p. 525 e ss.

época justinianéia todos os meios de tutela jurídica do proprietário foram concedidos ao superficiário, pois tais ações teriam sido igualmente estendidas por Justiniano a outros titulares de direitos reais como o enfiteuta, o credor pignoratício, o usufrutuário etc., tratando-se então de tendência geral do direito justinianeus. Refutada essa hipótese, não poderia subsistir a tese de que a relação entre solo e superfície fosse de servidão²⁹.

Como posição intermediária entre esses dois extremos temos as teses de Giuseppe Branca "*Considerazioni intorno alla Proprietà nel Diritto Giustiniano*" e Franco Pastori "*La Superficie nel Diritto Romano*".

Para Branca, de acordo com as fontes, pode-se admitir no máximo no direito justinianeus uma tendência ao reconhecimento da propriedade superficiária.

Sua posição foi combatida por Carlo Alberto Maschi em "*Fonti Giustiniane e Fonti Bizantine in Tema di Proprietà Superficiaria*". Com base no exame das fontes justinianéias e, principalmente, bizantinas, buscou reconfirmar a hipótese de Biondi. Para ele, o direito justinianeus, sendo um sistema de direito positivo, não poderia deixar de dar uma solução categórica para tal problema, afirmando ou negando que o titular da superfície fosse um verdadeiro proprietário. Sua tese é a de que o reconhecimento da propriedade superficiária resultaria não das declarações genéricas do legislador, mas de decisões casuísticas obtidas através de interpolações comprovadas de certos textos nessa matéria³⁰.

Pastori, por seu turno, advoga a tese de que a superfície possuía uma concepção prática, já no direito clássico, que considerava-a na praxe social como uma entidade autônoma em relação ao solo. No direito pós-clássico, decaindo os obstáculos jurídico-formais que coíbiam a inovação da jurisprudência, tal praxe teria passado a informar plenamente o ordenamento jurídico. Porém, Justiniano teria procurado conciliar tal princípio informador com a tradição clássica, preocupado que estava com a restauração das instituições romanas. Os compiladores teriam assim, mantido a conceituação clássica do instituto.

Portanto, conclui Pastori, a superfície no direito romano, no que se refere ao sistema positivo é um *ius in re aliena* e o dogma da propriedade superficiária representa um pressuposto ideológico do sistema, que guia o legislador, sem, todavia, obter um reconhecimento positivo³¹.

Siro Solazzi em seu trabalho "*La Superficies nel Diritto Giustiniano*" desenvolve tese original sobre o assunto.

Argumenta que o direito justinianeus conheceu a propriedade horizontal e o direito de superfície, mas não a propriedade superficiária. O cessionário de

um edifício, ou dos pavimentos dele, seria proprietário ou simplesmente superficiário, conforme o alienante tivesse querido transferir-lhe a propriedade ou um direito real de superfície sobre coisa própria. Tratar-se-ia, na primeira hipótese, de propriedade pura e simples, não havendo, pois, nenhuma razão para qualificá-la de superficiária.

A superfície seria portanto um direito real que qualquer proprietário poderia constituir sobre o que é seu, e seria, muito provavelmente, segundo Solazzi, incluída entre as servidões. Tal *servitus* não se identificaria com uma servidão predial, já que, em tal caso, o edifício deveria pertencer ao superficiário (titular apenas, segundo o autor, de um direito real); haveria, mais provavelmente, um direito real sobre o edifício, hipótese esta, por outro lado, coerente com a tendência dos juristas pós-clássicos e justinianeus de chamar *servitus* a qualquer tipo de direito real sobre coisa alheia.

Assim, para Solazzi a construção sobre solo alheio pode ser no direito justinianeus propriedade do construtor, mas essa propriedade não é superficiária. Se investe o construtor somente de um direito real de superfície, ele não é proprietário³².

Francesco Stizia em seu "*Studi sulla Superficie in Epoca Giustiniana*" de 1979, retoma, com novas provas, os argumentos de Pugliese contrários à idéia do reconhecimento da propriedade superficiária no direito justinianeus.

Fazendo a exegese dos documentos procurou provar a vigência, ainda na época justinianéia, do *superficies solo cedit*. Além dos textos especificamente romanos, muito escassos, vai buscar auxílio no direito bizantino provando, com o uso de fontes do século VI d.C., que esse direito teria sempre distinguido entre propriedade e superfície, concebendo esta última como direito real sobre coisa alheia, de estrutura muito vizinha à enfiteuse.

Assim, constituiria a superfície um direito real sobre coisa alheia, excluindo-se, pois, qualquer reconhecimento de propriedade superficiária. Só no tardio direito bizantino, como atestariam certas fontes do século XI d.C., em especial *Tip. 58, 18*, teria surgido, acrescentava Stizia, a tendência, embora não categórica, ao reconhecimento da propriedade superficiária³³.

Pode-se concluir desse acalorado debate doutrinário a caracterização da superfície, no direito justinianeus, não como uma propriedade mas como um direito real sobre coisa alheia. As fontes não corroboram, apesar dos ingentes esforços de Biondi, a configuração de uma autêntica propriedade superficiária neste ordenamento, espoucada de dúvidas. A tanto não nos autorizam as pesquisas e mesmo considerando que no direito justinianeus se faz a composição entre a construção doutrinária do direito clássico, as novas influências vindas

²⁹ PUGLIESE, Giovanni. *Apud*. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* p. 21.

³⁰ MASCHI, Carlo Alberto. *Apud*. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* pp. 21/22.

³¹ PASTORI, Franco. *Apud*. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* p. 25.

³² SOLAZZI, Siro, Franco. *Apud*. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* p. 27.

³³ STIZIA, Francesco. *Apud*. MARCHI, Eduardo C. Silveira. *Op. cit.* p. 28.

do direito das províncias helenísticas e o direito bizantino, não se encontram nesses direitos, neste período, concepções análogas à de propriedade superficiária que pudessem ter influenciado o direito justiniano.

A superfície não se constituiu, assim, no Direito romano, mais do que um *ius in re aliena* (direito real sobre coisa alheia), sem atingir o patamar do domínio. Embora o superficiário tivesse, sobre o edifício, todos os poderes do proprietário (*uti, frui e consummere*) continuou vigendo, mesmo no reinado de Justiniano, o princípio do *superficies solo cedit*.

O direito oficial justiniano, tal como é enunciado no *Corpus Iuris Civilis*, e as outras fontes de época não oferecem elementos para se configurar uma propriedade do edifício atribuível ao superficiário separadamente da propriedade do solo.

Portanto, o superficiário possuía os poderes do proprietário somente pelo período em que o *ius superficiei* fora concedido, findo o qual, incidia em toda a sua força o princípio da acessão e o edifício passava ao domínio do proprietário do solo.

A superfície era, deste modo, no direito justiniano, um direito real de uso e fruição sobre edifício construído no solo de outrem, direito inalienável e transmissível aos herdeiros³⁴.

Estabelecida a superfície como um *ius in re aliena* o superficiário (ao contrário do simples arrendatário, a quem assistia apenas a *actio conducti*, de natureza pessoal, contra o proprietário) tinha ação real contra o *dominus soli*: uma *actio in rem*, concedida *utilitatis causa*, análoga à *res vindictio*; a *actio* de superfície, a *actio confessoria*, para afirmar o seu direito, e a *actio negatoria*, para negar a existência de gravames sobre o objeto desse direito³⁵.

³⁴ CHAMOUN, E., in *Instituições de Direito Romano*, p. 278, diz que a superfície tornou-se [pela *actio in rem*] um “direito real, alienável e transmissível aos herdeiros”.

ALVES, José Carlos Moreira, in *Direito Romano*, p. 401 afirma que “no direito justiniano, a superfície é um direito real, alienável e transmissível aos herdeiros, que atribui a alguém (o superficiário) amplo direito de gozo sobre edifício construído em solo alheio”.

RICCOBONO, Salvatore, in *Scritti di Diritto Romano*, p. 437 declara que “la dottrina odierna ha potuto definire l'enfiteusi e la superficie como vera proprietà gravata da un peso reale in favore del concedente”.

SERAFINI, Filippo. in *Istituzioni di Diritto Romano*, p. 360 define o direito de superfície como “un diritto reale alienabile e trasmissibile agli eredi, in virtù del quale si ha in perpetuo, o almeno per lungo tempo, il pieno e illimitato godimento di tutta o di parte determinata della superficie di una cosa immobile altrui”.

NETTO CAMPELLO, Manoel. in *Direito Romano*, p. 118 diz que “a superfície é um direito real sobre terreno alheio, em virtude do qual se pode usar e gozar ilimitadamente das construções que se acham colocadas neste terreno”.

³⁵ TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Op. cit.* p. 20.

5. O DIREITO DE SUPERFÍCIE ROMANO

5.1. Conteúdo do Direito de Superfície

O conteúdo do direito de superfície é composto pelo objeto da superfície e pelos sujeitos da relação jurídica superficiária, o proprietário do solo na qualidade de concedente e o superficiário, na qualidade de concessionário.

Abrange ainda esse conteúdo os direitos e as obrigações do concedente e do concessionário e seus respectivos laços de relações.

5.1.1. Objeto

O direito de superfície romano tem por objeto toda construção que se eleva acima do solo (*superficiariae oedes, superficiaria aedificia*).

Discute a doutrina se ele pode ter por objeto plantações. A maioria dos civilistas entende como L. Salis³⁶ que não mas Van Wetter defende a afirmativa, expondo:

“Enfin, l'institut s'entendit à des bâtiments déjà existants et à des plantations faites ou à faire.”³⁷

5.1.2. Direitos e obrigações do concedente e do concessionário

Ao *dominus soli* eram assegurados: a utilização da parte do imóvel que não era objeto da superfície; o recebimento do preço (*pretium*) da aquisição do direito de superfície, se este tivesse sido convencionado de ser pago de uma única vez; o recebimento do *solarium* periódico, desde que expressamente convencionado com o superficiário; volver o edifício para o seu domínio uma vez extinta a superfície pelo princípio do *superficies solo cedit*. Seu encargo era de omitir-se da prática de atos que impedissem a construção superficiária ou o exercício do direito de superfície.

Ao superficiário competia usar e gozar dos edifícios, dispor deles arbitrariamente doando-os, legando-os, constituindo neles usufruto, gravando-os de servidões, hipotecando-os etc...

Ele podia ainda transmitir o direito a seus herdeiros ou aliená-lo, a título oneroso ou gratuito, entre vivos ou *causa mortis*.³⁸ Seu poder sobre o edifício

³⁶ SALIS, L. *La superficie*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949, p. 3.

³⁷ VAN WETTER, P., *Cours Élémentaire du Droit Romain*. Paris: Librairie A. Marescq Ainé, 1893, tomo I, p. 405.

³⁸ NETTO CAMPELLO. *Op. cit.* p. 120.

é maior do que o do enfiteuta, pois não sofre as limitações deste, podendo inclusive destruir o edifício ou alienar o seu direito de superfície à revelia do proprietário do solo que não tem direito de preferência.

Ele também podia utilizar-se da *actio de superficie* (*actio in rem utile*) para perseguir o seu direito³⁹ e das ações confessória e negatória, a primeira para afirmar o seu direito e a segunda para excluí-lo de gravame de toda espécie; podia inclusive utilizar-se dos interditos ordinários *de vi* e *de precario*.

O superficiário tem a obrigação de pagar todas as imposições e tributos que gravarem sobre a superfície, todas as despesas de conservação da coisa e o preço do direito (*pretium*) ou uma retribuição anual (*solarium*) desde que esta tenha sido previamente convencionada.

No caso do não pagamento do *solarium* o concedente além da ação pessoal contra o superficiário dispõe da *rei vindictio* e de todas as outras ações atribuíveis ao *dominus soli*. Mas o superficiário dispõe contra ele da exceptio superficiaria⁴⁰. *Cabia também a ele entregar a edificação ao dominus soli*, extinta a superfície, não respondendo, porém, pelas deteriorações que, sem culpa sua, o edifício tivesse sofrido⁴¹.

5.2. Constituição do direito de superfície

O direito de superfície se constituía por contrato, por legado, por doação, ou por disposição da autoridade judiciária.

O modo primordial de constituição do direito de superfície entretanto era o contrato. Na maior parte dos casos a concessão corresponde um cânone anual (*solarium*) mas isso não é de fato necessário, podendo constituir-se o direito de superfície mediante um contrato de compra e venda contra o pagamento de uma soma fixa (*pretium*) e sem a obrigação ulterior do pagamento da ânuia correspondente⁴².

No caso da doação entende Ebert Chamoun que o *solarium* era objeto de renúncia⁴³.

Quanto ao usucapião como modo constitutivo do direito de superfície divergem os clássicos. Windscheid o estabelece como um dos modos constitutivos desse direito, mas nas notas de seu livro ressalta que os textos romanos

não negavam a possibilidade de usucapião do direito de superfície mas da possibilidade de usucapir a propriedade do edifício sem a propriedade do solo⁴⁴. Mackeldey define essa mesma hipótese, do usucapião ao mesmo tempo do solo com a construção superficiária, como não sendo uma questão de direito de superfície⁴⁵.

De fato, não creio que se possa falar em usucapião como modo constitutivo do direito de superfície em Roma. Se o direito de superfície jamais atingiu em Roma o domínio autônomo, com a constituição da propriedade superficiária, se permaneceu jungido à propriedade do solo e passível de acessão sem reservas, parece que não cabe falar em Roma de usucapião do direito de superfície.

5.3. Extinção do direito de superfície

O direito de superfície se extinguiu pelo vencimento do prazo pelo qual fora constituído; pela renúncia do superficiário; pelo resgate; pela confusão; pela destruição do imóvel (a destruição apenas do edifício não levava à extinção da superfície, desde que no instrumento de sua constituição o superficiário se houvera reservado o direito de reconstruí-lo); pela prescrição.

Quanto à caducidade esta não extinguiu a superfície porque o superficiário não devia obrigações que, se não cumpridas, acarretassem a decadência de seu direito. Ao contrário do enfiteuta, ao superficiário não competia pagar nenhuma quantia pela transferência de seu *ius superficiarium* a terceiro e a falta de pagamento do *solarium* não lhe acarretava a pena de comisso⁴⁶. Netto Campello inclui entre os modos de extinção da superfície a remissão feita por consentimento do proprietário e a falta de pagamento, durante dois anos consecutivos, da renda do superficiário. Não encontra porém apoio na doutrina romanista⁴⁷.

6. CONCLUSÃO

A superfície surgiu no Direito romano, na fase final do período clássico, projetando sua aplicação durante o período pós-clássico e consagrando-se naquele direito na época do imperador Justiniano. Tem sua origem provável nos contratos de arrendamento de terras disciplinados pelo poder público, contratos

39 Digesto XLIII, 18, 1, pr.; Digesto VI, 1, 74; Digesto VI, 2, 12, 3.

40 SERAFINI, Filippo. Istituzioni di Diritto Romano. Vol I. 8. ed.. Torino: Tipografico Editrice Torinese, 1909, pp. 360/361.

41 Digesto, XX, 4, 15.

42 SERAFINI, Filippo. *Op. cit.* p. 361.

43 CHAMOUN, Ebert. *Op. cit.* p. 278.

44 WINDESCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette. Vol I, parte 2.* Torino: Tipografico Editrice Torinese, s.d., pp. 324/325.

45 MACKELDEY, F. *Droit Romain.* Bruxelles: Ed. Société Typographique Belge, 1846, p. 170.

46 TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *Op. cit.* p. 21.

47 NETTO CAMPELLO. *Op. cit.* p. 121.

estes que depois, no período da expansão romana, vieram a gerar verdadeiras posses hereditárias dos arrendatários.

No período clássico recebe a proteção jurídica do pretor através do interdito de *superficiebus*. Pairam entretanto dúvidas acerca da autenticidade desse interdito no período clássico. A doutrina romanista conclui, em sua maioria, que esse interdito da época clássica não eregia o direito de superfície num direito real pois que lhe faltava a essencialidade de um direito real, no sentido romano, a *actio in rem* ordinária que o garantisse.

No direito justiniano, com a influência do direito helênico, passa a ser aceita no direito romano a idéia da possibilidade de divisão da propriedade imobiliária por planos horizontais e implanta-se o direito de superfície em sua plenitude.

O direito de superfície em Roma vai ter por objeto a construção superficiária, não tendo os romanos admitido a plantação superficiária. O superficiário goza por este direito do poder de dispor livremente de seu edifício, podendo doá-lo, transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*, gravá-lo, hipotecá-lo e mesmo destruir a construção. Suas obrigações quanto ao concedente limitam-se ao pagamento do preço ou de uma renda anual, não perecendo contudo o seu direito no caso de inadimplemento da obrigação do pagamento dessa renda anual.

O direito de superfície pode se constituir por contrato, legado, doação ou disposição da autoridade judiciária, sendo, todavia, mais usual em Roma a sua constituição por contrato. Divergem os romanistas acerca da possibilidade da constituição do direito de superfície por usucapião, entendendo contudo a corrente dominante que não se pode falar em usucapião da propriedade do edifício pois esta se faz sempre conjuntamente com a propriedade do solo.

O direito de superfície se extinguiu pelo advento do termo ou condição do contrato, pela renúncia, pelo resgate, pela confusão, pela destruição do imóvel (desde que não houvesse cláusula de reconstrução) e pela prescrição.

Ele não chegou a atingir em Roma a sua expressão mais característica, ou seja, a propriedade superficiária, pois jamais atingiu o patamar do domínio. Embora o superficiário tivesse, sobre o edifício, todos os poderes do proprietário (*uti, frui e consummare*) continuou vigendo, mesmo no reinado de Justiniano, o princípio do *superficies solo cedit*.

O direito de superfície é, ao contrário da enfiteuse, de origem grega, uma instituição essencialmente romana que encontra escassa correspondência nos outros direitos antigos. Embora tenha uma rica história de construção e elaboração jurídica, o direito de superfície parece ter tido uma escassa utilidade para o desenvolvimento das instituições romanas. As fontes o contemplam de maneira fragmentária e episódica.

Os textos interpretados pelos romanistas citam apenas como exemplos da aplicação prática do direito de superfície as estalagens para pousada dispostas

ao longo das estradas romanas e o direito de gozo de partes do solo no *forum*, praça central, concedido às casas bancárias (*tabernae argentariae*) mediante uma contraprestação (*solarium*).

Max Weber em sua monumental análise sociológica da história agrária e da colonização romana da Itália e das províncias, não se refere ao direito de superfície. Weber analisou todos os principais institutos jurídicos e as instituições romanas como as assignações, as colônias, as glebas isentas de impostos, as ações reais, o usucapião, a proteção possessória, o comércio de imóveis, o *ius coloniae*, o *ager publicus*, o *ager compascuus*, o arrendamento censitário, a enfiteuse, o *ager vectigalis* municipal, a unificação do direito de posse imobiliária, e, em momento algum se refere à superfície, deixando subentendido a pouca relevância que esta parece ter na história romana.

Entretanto, como é sabido, os institutos jurídicos e mormente os ligados ao campo dos direitos reais, são entes perenes, que pairam ao longo do curso da História, muitas vezes em estado adormecido, para logo após ressurgirem, modificados, rejuvenescidos, passando a ter larga aplicação. Como é o caso da enfiteuse, de largo emprego na Antiguidade e na Idade Média e agora relegada ao ostracismo. Com o direito de superfície não é diferente, e, se ele não teve em Roma a aplicação efetiva de todas as suas potencialidades, não quer dizer, de maneira alguma, que não possa a vir a ser um instrumento jurídico bastante útil e necessário em outros ordenamentos.

BIBLIOGRAFIA

Fonte Primária

MOMMSEN, Theodor e KRUEGER, Paul. *Corpus Iuris Civilis*. Berlim: editio stereotypa octava apud Weidmannes, 1895.

Fontes Secundárias

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano — Volume I*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, 1952.

BIONDI, Biondo. *La categoria romana delle servitutes*. Milano: Società Editrice Vita e Pensiero, 1938.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de Direito Romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DERNBURG, Arrigo. *Pandette — Diritti Reali*. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1907.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975.

IGLESIAS, J. *Derecho Romano*. 2ª vol. 2. ed. Barcelona: Alianza Editorial, 1953.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MACKELDEY, F. *Droit Romain*. Bruxeles: Ed. Société Typographique Belge, 1846.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. *A Propriedade Horizontal no Direito Romano*. São Paulo: Edusp, 1995.

NETTO CAMPELLO, Manoel. *Direito Romano — Volume II — Direito das Coisas e das Ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano — Introdução e parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Haddad Editor, 1960.

PELLAT, C. A. *Exposé des Principes Généraux du Droit Romain sur la propriété et l'usufruit*. Paris: Librairie de Plon Frères, 1853.

POTHIER, J. R. *Ouvres de Pothier*. Vol. 9. Paris: Ed. Cosse, 1847.

RICCOBONO, Salvatore. *Scritti di Diritto Romano*. Vol II. Palermo: Univ. degli Studi, 1964.

SALIS, L. *La superficie*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949.

SCHULZ, Fritz. *Derecho Romano Clásico*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960.

SERAFINI, Filippo. *Istituzioni di Diritto Romano*. Vol I. 8. ed. Torino: Tipografico Editrice Torinese, 1909.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga. *O direito real de superficie*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

VAN WETTER, P., *Cours Élémentaire du Droit Romain*. Paris: Librairie A. Marescq Ainé, 1893.

WEBER, Max. *História Agrária Romana*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

WINDESCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Vol I. parte 2. Torino: Tipografico Editrice Torinese, s.d.

INAUGURAÇÃO DO BUSTO EM HOMENAGEM AO ADVOGADO
PROF. ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO, NO
I TRIBUNAL DO JÚRI DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO
EM 04/06/98. DISCURSO PROFERIDO PELO
ADVOGADO GEORGE TAVARES*

Minhas Senhoras e Meus Senhores:

Quando Evaristo se foi, fazia meio século que nos conhecêramos, pois, ao ingressar no Colégio Militar, em março de 1947, meu primo, Nilson de Souza Gomes, também aluno e seu amigo inseparável, mo apresentou. Naquela época, seguindo a tradição dos estabelecimentos de ensino castrenses, os calouros que lá eram, no início, denominados de “bichos”, passavam durante dois anos levando trotes de extrema violência. Evaristo, então, já veterano, ajudou meu parente a proteger-me dos excessos que costumavam cometer, pois tais brincadeiras descambavam para verdadeiras torturas. Evaristo era um jovem dócil, mas tinha uma aura que impunha respeito e admiração, o que, aliás, o caracterizou por toda a vida.

Foi lá o berço de uma grande amizade, que nos manteve ligados fraternalmente e a profissão que por coincidência abraçamos levou-nos a participar de tantos eventos forenses em que se pugnou pela liberdade dos nossos patrocinados ou que fosse sempre respeitado o princípio da legalidade, mesmo quando o regime militar manteve em trevas um largo período de nossa História.

Eu, ainda, me estava formando — inscrevera-me na O.A.B. como solicitador — Evaristo já militando no Foro há algum tempo — passou-me a confiar vários clientes que não podia atender. Quero lembrar que ele, ao entrar na Faculdade, como repórter do jornal *Última Hora*, começou a freqüentar nosso Tribunal. Estreou no I Tribunal do Júri em 1953, levado à tribuna pelo, na época, já notável advogado, o nosso Ministro Evandro Lins e Silva.

* Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ.

Nos primeiros dias de abril de 1964, informado por um colega nosso muito ligado a DOPS de que estava na iminência de ser preso, procurei o amigo Evaristo, que me deu um conselho lapidário: A ser verdade, eu só teria três saídas; acatar a prisão, correndo os riscos aterrorizantes da ocasião; refugiar-me numa Embaixada, solicitando asilo, como muitos estavam fazendo; ou iniciar imediatamente a defesa dos perseguidos políticos que já tinham sido presos. Diante de minha opção, apresentou-me para assinar juntamente com ele um pedido de *Habeas Corpus* em favor de inúmeras pessoas que foram detidas. Daí por diante, incansavelmente, passamos a defender, na Justiça comum e militar, as vítimas da repressão. Isto nos deu uma espécie de imunidade: só fomos presos depois da edição do Ato Institucional nº 5, em 13 de dezembro de 1968.

Defendemos, desde o humilde Cabo Arrais, acusado de ter dado fuga ao prisioneiro político Tarzan de Castro, e dezenas de sargentos, muitos oficiais, professores, artistas, escritores, jornalistas, até o saudoso Presidente Juscelino Kubitschek. Quando me convidou para acompanhá-lo nessas defesas, delicadamente me impôs uma condição, que, de pronto, aceitei. A exemplo do pai, não cobraríamos honorários, pois defender os réus em processos políticos constitui um dever cívico para o advogado. Aliás, esta foi uma tradição deixada por muitos advogados que funcionaram no famigerado Tribunal de Segurança durante o Estado Novo.

No período de 34 anos, apesar de nunca termos um mesmo escritório, associamo-nos em praticamente todas as causas, com raríssimas exceções. Funcionamos juntos, além de na Justiça comum e militar, em todos os Tribunais Superiores e no Júri, não só desta Cidade, como em outras comarcas. Quer escrevendo, num estilo claro e agradável, quer discursando com frases dentro da melhor retórica ou em momentos de sublime eloquência, “com aquela ênfase, com aquela voz portentosa, que é herança do seu pai”, como reconheceu o mestre Evandro, num julgamento rumoroso, Evaristo revelou-se sempre um advogado completo, combativo, mas afável no trato com os colegas, mesmo em acirradas disputas profissionais.

Evaristo acabou sendo preso no dia 20 de dezembro de 1968, logo após, como já disse, a edição do Ato Institucional nº 5. O Superior Tribunal Militar, imediatamente, mobilizou-se para que fosse solto. Descobriu-se que ele estava sob custódia da Marinha, por ordem do CENIMAR. O Ministro Ten. Brigadeiro Correia de Melo mandou avisar às autoridades navais, na manhã seguinte, dia 21, um sábado, que estava vestindo a farda para ir pessoalmente buscá-lo, caso ele não fosse solto dentro de uma hora. Graças ao concurso deste magistrado militar e de outras autoridades, cerca das 12 horas daquele dia, Evaristo foi solto.

Dando prova de exemplar coragem, na segunda-feira seguinte, dia 23, Evaristo atuava na 2ª Auditoria Militar na defesa de um caso político. Antes

do julgamento sussurrou-me: — Ou sairei preso junto com o cliente, ou ambos sairemos livres daqui! Os dois saíram em liberdade, apesar da corajosa defesa por ele feita em que denunciou a iniquidade do constrangimento que sofrera três dias antes.

Acompanhando o surto de desenvolvimento do país, resultado das metas implantadas pelo governo de Juscelino, começaram a surgir causas de direito penal econômico. Evaristo adaptou-se, estudando com afinco os problemas surgidos na área financeira, e se tornou um profundo conhecedor dessa matéria. Sem abandonar a advocacia tradicional, ocupou o lugar do Ministro Evandro Lins, que foi convocado para a vida pública, sendo, assim, forçado a deixar a advocacia. Os grandes casos, nos últimos trinta anos, envolvendo diversos empresários, foram-lhe entregues, e eu tive a ventura de acompanhá-los prestando minha modesta colaboração. Posso, assim, testemunhar o seu brilho, a sua sagacidade e o profundo conhecimento que adquiriu.

Não só nas lides forenses fomos companheiros fraternos. Fizemos parte do corpo docente da Faculdade de Direito da UERJ, durante muitos anos. Evaristo era um professor notável. As suas aulas ficavam repletas não só dos seus alunos, como outros de diversas turmas venham assisti-las. O advogado inspirava o mestre, dedicado e estudioso. E suas lições eram magníficas.

Quando da minha primeira prisão em 16 de junho de 1969, consegui não ser levado para um quartel do Exército. O delegado da polícia federal encaminhou-me a DOPS e o titular desta Delegacia mandou-me recolher ao Regimento da Polícia Militar Caetano de Faria. O comandante desta unidade, colega de turma de Evaristo na Faculdade de direito do Rio de Janeiro, deu-me o quartel como menagem. Evaristo, todos os dias, chegava pelas manhã para visitar-me, e passava quase o dia todo comigo. Foram três dias em que ele, por solidariedade, ficou, também, semipreso. Graças aos seus esforços, no dia 19 seguinte, o Exército mandou-me libertar.

Cerca de um ano depois, Heleno Fragoso, Sussekind de Moraes Rego e eu fomos presos pelo DOI-CODI, no dia 1º de novembro de 1970. Evaristo escapou dessa lastimável prisão, quando cada um de nós foi levado de casa, encapuzados, e atirados em masmorras gélidas no subterrâneo da antiga, e então desativada, 4ª Subseção de Vigilância no Alto da Boa Vista, porque estava na Alemanha, a convite do governo deste Estado, assistindo à abertura do julgamento de Paul Stangl, criminoso de guerra nazista, comandante dos campos de concentração de Treblinka e Sobibor, que ele tinha conseguido extraditar para aquele país.

A insidiosa doença que o acometeu, durante dez anos, não conseguiu esmorecê-lo. Além da dedicação ao magistério, corria o país, nos meios jurídicos e acadêmicos, a proferir conferências ou palestras, não só sobre temas de direito penal financeiro, como de criminologia, ciência que apreciava e era

profundo conhecedor. Cada viagem que fazia ao exterior, adquiria livros e compêndios, sendo nessas matérias atualizadíssimo.

Tivemos uma brevíssima separação profissional, quando em 1985, convidado pelo saudoso Presidente Tancredo Neves, aceitei exercer o cargo de Procurador Geral da Justiça Militar, a fim de representar a nova República na chefia do Ministério Público Castrense. Mantido o convite pelo Presidente José Sarney, ocupei essa função durante vários meses, porém, vencido pela vocação de advogado, pedi exoneração. Evaristo deixara meu lugar vago. Quando retornei, ele exclamou: — Sabia que você iria voltar!

Evaristo nunca pleiteou nem aceitou outros cargos que não fossem o de professor e advogado.

Jamais recuou diante da pressão da mídia, que, em determinadas causas, tenta exigir da Justiça um *justicamento* contra réus que são diabolizados. Enfrentou-se com sucesso a opinião pública instigada pela imprensa no caso Bateau Mouche e os juízes corajosamente absolveram nossos clientes, principais sócios da empresa.

O episódio que muito o amargurou foi a falta de compreensão, inclusive de alguns de nossos colegas, ao assumir a defesa do ex-Presidente Fernando Collor.

Quando Evaristo me colocou diante do problema de que, sendo membro da direção do Partido Socialista Brasileiro, fora procurado para defendê-lo, mostrei-lhe a carta de Ruy Barbosa dirigida a seu pai, na época em que havia sido este chamado para defender Mendes Tavares, adversário político da campanha civilista, acusado de mandante do homicídio do capitão-de-fragata Luís Lopes da Cruz, correligionário de Evaristo de Moraes. Rui Barbosa, líder da campanha, dentre outras considerações, respondeu à consulta do grande Evaristo de Moraes: “*A defesa não quer o pangórico da culpa, ou do culpado. Sua função consiste em ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais*”.

Mostrei-lhe que mais do que ninguém ele era, historicamente, indicado para ser o defensor de Fernando Collor. E como se tivesse a premonição do desfecho de sua vida, disse-lhe: — Neste caso não o acompanharei. Essa missão foi reservada somente para você.

Produzindo um trabalho magnífico, Collor foi absolvido do crime de corrupção passiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se vê, o advogado, ao pugnar pela legalidade, é defensor da liberdade.

V. Ex^a., ilustre Presidente deste Tribunal do Júri, foi, como sempre, extremamente justo, ao atender o pleito dos advogados no sentido de ser colocado o busto de Evaristo neste Salão dos Passos Perdidos, no que houve pleno apoio do Desembargador Thiago Ribas Filho, Presidente de nosso Tribunal de Justiça. Assim, em companhia do busto do pai — “*Sempre advogado*” — de Mário

Bulhões Pedreira — “*Honrou a Tribuna Judiciária. Ninguém o excedeu na intrepidez profissional*” —; de Jorge Severiano — “*Dignificou o direito, exaltando-o através do livro e da Tribuna*” —; de João Romeiro Neto — “*Grande Juiz. Maior advogado*” —; e de Serrano Neves — “*Advogado. Amigo do Júri e dos seus amigos*”; quis o destino que Antonio Evaristo de Moraes Filho — “*Advogado da Liberdade*” — fique perpetuado no bronze pelas mãos do escultor Evandro Carneiro. Será uma recordação para os que o conheceram e, sobretudo, um exemplo para todos os que sonharem um dia exercer essa sofrida e bela profissão de advogado criminal.

Estou sendo breve. Seria alongar demais minha fala se contasse tantos eventos de que participamos, saindo juntos tantas vezes da Tribuna com o *brilho da vitória* e outras com o *amargor dos derrotados*, mas sempre perseguindo o ideal de justiça em favor dos nossos patrocinados.

Por isso, procuro sintetizar tudo nessas singelas palavras: Como revolver tanta saudade nos arquivos do coração?

Evaristo levou consigo parte de minha vida.

Evaristo deixou comigo parte de sua vida.

Eu tenho um imenso orgulho de guardá-la na memória para todo o sempre!

INAUGURAÇÃO DO BUSTO EM HOMENAGEM AO ADVOGADO
ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO, NO I TRIBUNAL
DE JÚRI DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO EM 04/06/98.
DISCURSO PROFERIDO PELO ADVOGADO
ANTONIO EDUARDO DE MORAES*

Fui designado, por meus parentes, a representar a família Evaristo de Moraes, nesta ocasião de inauguração do busto de meu pai. Nesta incumbência, os únicos recursos de que me poderei valer serão a sinceridade e a emoção.

Inicialmente, porém, gostaria de agradecer ao Exmo. Sr. Presidente deste Egrégio I Tribunal do Júri, Dr. Valmir dos Santos Ribeiro, bem como ao presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de nosso Estado, Dr. Thiago Ribas Filho, por esta homenagem em memória do advogado Antonio Evaristo de Moraes Filho, eternizando a estreita e efetiva ligação que este mantinha com a instituição do Júri. A partir de hoje, graças a Vossas Exas., estarão, lado a lado, no Salão dos Passos Perdidos, pai e filho, Antonio Evaristo de Moraes e o velho Evaristo de Moraes, união esta que simboliza, e sacramenta, o vínculo espiritual que sempre existiu entre ambos e a instituição. A homenagem que os eméritos magistrados nos estão proporcionando, bem como os amigos de meu pai que colaboraram para a inauguração do busto, muito significa e emociona nossa família, de forma a sermos gratos eternamente.

Tenho também que enaltecer o discurso do eminente ministro Sepúlveda Pertence, que nos brindou belas palavras, transmitindo um pouco mais sobre a vida de Antonio Evaristo de Moraes, narrando, com extrema propriedade, o companheirismo e a amizade que sempre existiram entre ambos, relação esta que se iniciou quando o Ministro ainda advogava em Brasília, e veio a se prolongar e a se estreitar ao longo dos anos. Despiciendo seria lembrar a admiração e o respeito que meu pai tinha por V. Exa., sempre se referindo ao

* Ex-aluno da Faculdade de Direito da UERJ, filho do Prof. Antonio Evaristo de Moraes Filho.

eminente ministro como um dos maiores exemplos de magistrado, cuja sublime função de distribuir justiça desempenhava com peculiar sabedoria e equilíbrio.

Devo, outrossim, agradecer ao notável e leal representante do Ministério Público, o Procurador Everardo Moreira Lima, que, infelizmente, não tive a oportunidade de vê-lo nesta Tribuna, mas guardo na lembrança os inúmeros elogios feitos por meu pai, não apenas em virtude de sua oratória irrepreensível, em que utilizava, com perfeição, uma linguagem acessível aos jurados, mas, também, por conduzir-se com extrema seriedade no júri, e, ainda, por sua peculiar finura e fidalguia no tratamento com os colegas, jamais tendo mantido qualquer atrito com os adversários de tribuna, neste palco de debates.

Agradeço, com ternura, as palavras afetuosas do grande mestre, não apenas de meu pai, mas de várias gerações, o Ministro, Jurista e Causídico — e, ainda, padrinho de casamento de meus pais —, Dr. Evandro Lins e Silva, que foi a pessoa diretamente responsável em lançar Antonio Evaristo de Moraes Filho na advocacia criminal, suprimindo a ausência de meu avô.

Foi com o querido mestre Evandro que meu pai assimilou as lições e advertências no sentido de que *“o escritório do advogado não é uma casa de comércio que cresça e prospere na razão da publicidade que faça”, muito pelo contrário “a celebridade meritória só se conquista pelo trabalho, ciência e talento”* (Maurice Garçon, em *“O Advogado e a Moral”*). E foi sob esses ensinamentos que meu pai alcançou o sucesso profissional.

E, finalmente, gostaria de festejar o sincero depoimento do brilhante advogado, jurista, e companheiro de todos os momentos, meu tio — pois posso assim chamá-lo — George Tavares, que, durante décadas, fez uma parceria de amizade e de profissionalismo com meu pai, atuando ambos, desde aquele tenebroso período da ditadura militar, em que sacrificaram a própria liberdade em prol da liberdade individual alheia, defendendo, com destemor e bravura, cidadãos perseguidos pelo regime militar, que se contrapunham às idéias reacionárias e antidemocráticas implantadas na chamada *época do terror*. Atualmente, apesar da grande dor que lhe vem afligindo, George Tavares permanece forte, grandioso, advogado, não sucumbindo à perda de seu verdadeiro irmão Evaristo de Moraes.

Agradeço, ainda, a todos os aqui presentes, autoridades, magistrados, membros do ministério público, colegas advogados e amigos.

Em vista do que já foi relatado pelos nobres juristas, no campo profissional, resta-me pouco a acrescentar. Todavia, dos cinco anos de convívio diário no escritório, e mais dos dois anos em que fui seu aluno na Faculdade de Direito na UERJ, pude extrair de meu pai, além do seu conhecimento jurídico invulgar, lições de ética profissional e de humildade às quais recorro e sempre recorrerei.

Foram inúmeras audiências, inúmeras reuniões em que pude verificar a grandeza de um profissional que não fazia distinção entre os mais abastados e

os menos afortunados economicamente. Ao assumir o patrocínio de uma causa, fosse o réu Presidente da República ou qualquer outro, sua dedicação na defesa de seu representado era sempre a *mesma*, com a *mesma* altivez e a *mesma* paixão.

Na verdade, era muito mais na vitória silenciosa, na absolvição cujo eco pouco retumbava, que a essência de Evaristo reluzia em toda sua plenitude.

Por outro lado, deve-se acrescentar que jamais a opinião pública, a pressão da mídia — e, infelizmente às vezes, a própria discriminação de colegas de profissão — foram capazes de obstar, de inibir a luta de Evaristo de Moraes na defesa de seus patrocinados. Evaristo nunca se deixou curvar por pressões, fazendo sempre recordar, em todos os momentos, a já citada Carta de Rui Barbosa em resposta a uma Consulta de meu avô, denominada o *“Dever do Advogado”*. Disse Rui Barbosa em suas respostas: *“Tratando-se de um acusado em matéria criminal, não há causa em absoluto indigna de defesa. Eis por que, seja quem for o acusado, e por mais horrenda que seja a acusação, o patrocínio do advogado, assim entendido e exercido assim, terá foros de meritório, e se recomendará como útil à sociedade”*. E é essa uma das lições que trago comigo, na busca da continuidade do trabalho de meu pai, à frente do Escritório Evaristo de Moraes.

O *“Advogado da Liberdade”* — assim qualificado meu pai em seu busto — em muito reproduz uma história profissional de luta, reveses e sucesso, sempre em prol da liberdade alheia. Como bem dizia o próprio homenageado *“aos que insistem em não reconhecer a importância social e a nobreza de nossa missão, e nos desprezam quando nos lançamos, com redobrado ardor nas defesas dos odiados, só lhes peço que, num momento de reflexão, vençam a cegueira dos preconceitos e percebam que o verdadeiro cliente do advogado criminal é a liberdade humana, inclusive a liberdade daqueles que não nos compreendem e nos hostilizam, se um desgraçado dia eles precisarem de nós, para livrarem-se das teias da fatalidade”*.

Por fim, cumpre-me, com propriedade singular, falar do pai Evaristo de Moraes. Fora de dúvida, não há como mensurar a *perda* do advogado se a compararmos com a *perda* do pai. Conforme meus irmãos Evaristo e Renato, hoje aqui presentes, puderam sentir, nós *perdemos* mais do que um pai, *perdemos* um irmão, um amigo, o incentivador nas horas mais difíceis e o crítico no instante do erro. *Perdemos*, sobremodo, o referencial.

Com ele, aprendemos a abraçar, da forma mais simples e transparente, a palavra amar, sem mistérios, sem mentiras, sem dúvidas ou orgulho. Tivemos, em alguns anos de convivência, a eternidade de uma vida, feita de encontros e desencontros, sucessos e frustrações, sorrisos e lágrimas, mas, sobretudo, JUNTOS. Assim, passamos os melhores momentos de nossas vidas e absorvemos

a verdadeira essência de como é ser “humano”. Como disse um dia o poeta: “*semente na mão não é nada, sendo preciso o cuidado perene de um jardineiro, que nada mais são do que nossos pais, para que cresça, se torne árvore e dê frutos*”.

Nesta oportunidade, são duas as sensações que me assaltam: uma, a felicidade ao lembrar de meu pai. E a outra, a perene saudade dos momentos que não viveremos mais. Um dia, quem sabe, nos veremos novamente. Por enquanto, a vida segue; mudam as estações e continuamos unidos, em nosso amor.

DISCURSO PROFERIDO PELO PROFESSOR CAIO MÁRIO DA SILVA
PEREIRA NO DIA 12 DE MARÇO DE 1998 POR OCASIÃO DA
HOMENAGEM PROMOVIDA PELO CEPAD E EDITORA FORENSE

Prezados Colegas e Amigos

Atingiu muito fundo a minha sensibilidade a homenagem que duas entidades da maior expressão neste momento acabam de me outorgar, atribuindo o meu modesto nome ao rico Auditório destinado à realização de eventos culturais. São, na verdade três os agradecimentos.

O primeiro ao CEPAD, Instituto que presta os mais elevados serviços à cultura nacional, dedicando ao aperfeiçoamento dos futuros operadores do Direito. Aqui tenho muitas vezes prestado a minha colaboração, modesta e dedicada, atuando em cursos, em palestras e em painéis. Essa ligação consolidou a minha amizade ao Instituto, a seu corpo docente e ao seu ilustre Dirigente, Desembargador e Professor, Mestre de Direito, *Dr. PAULO SERGIO FABIÃO*. Nesta oportunidade agradeço as gentis palavras do meu dileto amigo *Dr. ONURB BRUNO*.

O segundo, à Editora Forense, especialmente à Dra. REGINA BILAC PINTO a grande empreendedora das letras jurídicas.

Nesta oportunidade me permito mencionar um episódio ocorrido na Capital Mineira, que exerceu enorme influência em minha vida. Vitoriosa a Revolução de 1930, seu Chefe, no intuito de agradar, baixou Decreto concedendo a aprovação direta a todos os estudantes do país. Acontece que o Conselho da recém-criada Universidade de Minas Gerais, prevalecendo-se da sua “autonomia didática e administrativa”, entendeu não lhe ser aplicável o referido Decreto, e, em reunião solene, o repudiou. Toda a classe estudantil insurgiu-se. Daí resultou grave incidente. Desgostoso, o reitor, Mestre FRANCISCO MENDES PIMENTEL, deixou a Universidade e se transferiu para o Rio de Janeiro. Consequentemente deixou também a “Revista Forense” entregando-a à direção de seu genro, o já ilustre advogado Dr. JAIR LINS. Em razão de relações familiares fui admitido como “auxiliar estudante”, pois não havia ainda concluído o curso ginasial. Na “Revista” fui um pouco de tudo: de encarregado

da expedição passei a revisor, de incumbido da contabilidade a secretário. Permaneci na Forense até 1935, quando o professor OLAVO BILAC PINTO, a quem rendo o preito de minha admiração e de minha amizade — a adquiriu, transferindo-a para o Rio de Janeiro.

Continuei, contudo, ligado à Forense, para a qual escrevi o meu primeiro artigo de doutrina, versando “Turbacões Sucessivas de Posse”, trazendo a data de 1934, no vol. 63 da “Revista Forense”, produzido anteriormente à minha formatura em Direito. Foi, ainda, na mesma Editora que continuei publicando os meus livros.

Neste ensejo em que meu nome é altamente homenageado como designação deste excelente “Auditório”, e assim perpetuado para quantos o freqüentem ou dele se utilizem, quero deixar consignado, mais uma vez, os meus agradecimentos.

O terceiro é dirigido ao eminente amigo e distinto colega, *Desembargador SILVIO CAPANEMA* pela forma generosa com que me distinguiu, ao pronunciar vibrante oratória que muito excede a modéstia do homenageado.

Esta homenagem me conduz a um especial sentimento expressado na alegria de ver que as minhas atividades como professor e combatente do foro não estão esquecidas.

Agradeço o estímulo dos antigos companheiros de cátedra e de foro convocando-me para que não encerre as minhas atividades, e continue, dentro de minhas forças, a produzir algo, digno ainda de ser lido e meditado.

A todos os amigos e colegas presentes a este auditório um agradecimento comovido pelo calor de sua presença amiga e a colhedora.

Nem por ser de agradecimento, a minha palavra dispensa uma referência ao momento jurídico que estamos vivendo.

Seria omissão descabida silenciar as reformas estruturais por que passa o Direito nesta quadra que ora vivemos.

Os que me dão a honra de acompanhar a minha vida e as minhas atividades hão de me fazer a justiça de reconhecer a fidelidade que guardo aos princípios que sempre nortearam a minha existência. Todos são testemunhas de que eu sempre soube visualizar os fatos na perspectiva de sua realidade, enxergando as transformações sócio-econômicas e prevendo as mudanças da norma jurídica, necessárias a manter o Direito em harmonia com as imposições da realidade ambiente. Proclamei, em discurso pronunciado há trinta anos, que o direito legislado se desregrava das exigências sócio-econômicas do momento, e se tornava indispensável reformular sua estrutura. Numa perspectiva maior, bosquejei num quadro profético a visão global de como se desenhava a “Civilização Jurídica Ocidental”. Sentindo que o tempo se fechava em torno de mim, eu ia descrevendo os seus efeitos, e desenhava as linhas de defesa para proteger a civilização ocidental de todo efeito deletério.

Tendo elaborado um moderno Projeto de Código de Obrigações e Contratos, e, com OROZIMBO NONATO e ORLANDO GOMES, participado da redação de um “Projeto de Código Civil”, pude sentir e criticar as deficiências do Projeto de 1975, afirmando, sem medo de errar, que, a se manter a sua redação como a sua filosofia, o Código nasceria defasado em face das inevitáveis transformações do Direito no milênio que se aproxima.

Não posso me omitir no momento em que todo o país é mobilizado na revisão de um Projeto a que não faltou boa dose de orgulho e vaidade.

Uma reforma do Código Civil não significa romper com toda uma tradição, e reescrever toda a estrutura civilista, esboçando um Direito novo. Minhas ambições são mais realistas e menos ambiciosas. Jamais se deve esquecer a lição de DEL VECCHIO, tantas vezes por mim invocado, quando diz que “o passado é irrevogável. Tudo que acontece no mundo acontece uma só vez”.

Fiel a este conceito, uma reforma do Código Civil tem de considerar o encontro de duas forças: — a imposição das novas contribuições trazidas pelo progresso incessante das idéias e o respeito às tradições do passado jurídico. Reformar o Direito não significa amontoar todo um conjunto normativo como criação de preceitos novos aptos a reformular a ordem jurídica constituída.

Acompanhei recentemente as atividades de um Congresso que teve como objetivo a reforma do Código Civil. Faltou, entretanto, aos seus participantes o propósito de promover uma reforma em profundidade.

As suas propostas consolidaram as minhas convicções já arraigadas e amplamente divulgadas no propósito de marchar para a descodificação do Direito Privado.

Como professor e como advogado, na cátedra a que vão concorrer as gerações do futuro e no escritório, que já batizei de estuário da vida, marcado pelo apelo dos injustiçados, tenho podido acompanhar todos os dramas humanos.

Posso dizer com a autoridade de quem enfrenta essa luta há mais de sessenta anos, que é necessário acreditar que se pode construir o futuro sobre os alicerces jurídicos.

O momento é oportuno. A pretexto de uma reforma do Código Civil, todos os institutos têm de passar por uma revisão de profundidade, sob pena de se realizar um trabalho que não corresponde aos anseios do País.

Ao ensejo desta inauguração que me enche de alegria e até mesmo de vaidade, entendo meu dever proferir uma palavra que traduza o pensamento de quantos se dedicam, posto que singelamente, a resumir a visão prospectiva da reforma.

Visualizando o Direito, sem me ater a particularismos que interessassem a tal ou qual categoria social, ou a algum sentimento personalíssimo, penso que ele é, “todo inteiro” a vida humana, na expressão de DEL VECCHIO: — todo

Direito, em verdade, representa um “complexo sistema de valores”, e, mais especialmente, “*uma conciliação dos valores da ordem e os valores da liberdade*”.

Numa reflexão pessoal sobre o que representará o Direito no novo século que já nos abre as suas portas, gostaria de deixar para os jovens a minha mensagem:

1 — A “reforma do Direito Civil” que preconizo há que atentar simultaneamente a uma visão panorâmica, assim como a linha arquitetônica das instituições globalizadas.

2 — É necessário que tenhamos presentes os novos textos legais como objeto de rígida leitura, mas acolhê-los como dispositivos motivadores de parâmetros estabelecidos a serviço da criatividade.

3 — Santiago Dantas nos fala da universalidade do comando jurídico conduzindo à interdisciplinaridade entre as ciências jurídicas.

A todos vós posso afirmar com irrefutável segurança que o Direito deve buscar também nas outras ciências, sobretudo sociais e humanas, o apoio e parceria para afirmar seus princípios, reorganizando metodologicamente seus estudos e pesquisas.

As relações humanas não podem ser tratadas pelo sistema jurídico como se elas fossem apenas determinadas pelo mundo da objetividade. A psicologia, sociologia, medicina e outras ciências, indicam novos rumos ao Direito.

4 — Convivendo com um sistema normativo em que predomina a repressão e se contenta com a solução dos conflitos, cabe o meu alerta no sentido de que as novas gerações não de assumi-lo com a “*função promocional do Direito*” a qual já pregara BOBBIO desde a década de setenta e de que são, entre outros, expressões marcantes o “Código de Defesa do Consumidor”, o “Estatuto da Criança e do Adolescente” e a nova “Lei de Diretrizes e Bases da Educação”.

5 — Passou a hora de *legislar conseqüências*, a exemplo do que recentemente ocorreu com as múltiplas iniciativas de regulamentar a “União Estável”. Disciplinar relações que envolvem sentimentos humanos não equivale a regulamentar cobranças de juros ou regras sobre contratos. O legislador de gabinete deve estar atento às reais diferenças para que não se cometam os equívocos do presente e do passado.

6 — Neste momento de indefinição do que é público ou privado, fundamental será que o Estado defina suas principais obrigações para com os cidadãos. O Direito deve abrir espaço para entender e para concentrar suas prioridades nas pessoas como titulares de Direitos Fundamentais e de Direitos da Personalidade.

Estas são as minhas palavras de alerta aos jovens e a todos os presentes que optaram pelos caminhos do Direito.

MUITO OBRIGADO!

ESTADO ATUAL DA PESQUISA ACADÊMICA NA ÁREA DO DIREITO*

MARIA CELINA BODIN DE MORAES**

I. A “NUMEROLOGIA”:

1. NO PAÍS:

Como não há, no Brasil, instituições de pesquisa voltadas para o Direito que se encontrem fora de Instituições de Ensino (institutos de pesquisa *tout court*), o primeiro número a ser indicado é aquele referente às Faculdades de Direito: há 179 faculdades de Direito reconhecidas pelo MEC no País. A Região Sudeste conta com o maior número de faculdades, são 83, e a Região Norte com o menor, apenas 12 (Região Sul: 42; Região Nordeste: 25; Região Centro Oeste: 17).

Graduam-se, anualmente, no país mais de 20.000 bacharéis em direito os quais, para se tornarem advogados, devem submeter-se, após a colação do grau, ao exame da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Quanto à Pós-Graduação, os números não guardam sentido de proporcionalidade com os da Graduação: há apenas 17 cursos de mestrado e 4 cursos de doutorado avaliados pela Capes (e, portanto, “autorizados a funcionar” ou “reconhecidos”). Há, ainda, registre-se, por oportuno, numerosos outros cursos que funcionam fora do sistema de avaliação da Agência, com base na autonomia universitária garantida pela Constituição de 1988. Assim, por exemplo, os seguintes cursos: Universidade Federal do Paraná (Doutorado), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Doutorado), Universidade Estácio de Sá (Mestrado), Universidade de Nova Iguaçu (Mestrado), Universidade Metodista de Piracicaba (Mestrado) etc.

* Apresentação dirigida aos Coordenadores de Áreas da FAPERJ.

** Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio; Professora visitante do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ; Coordenadora na Área do Direito na FAPERJ.

Para melhor conhecimento da situação da Pós-Graduação na Área do Direito, e apenas a título de comparação com os números antes indicados, escolho a área médica por guardar notáveis semelhanças com a área jurídica: i) ambos os cursos são eminentemente profissionalizantes e ii) seus docentes, na grande maioria dos casos, não se dedicam exclusivamente à atividade acadêmica, iii) o número de alunos também é muito grande, além do fato de que iv) a especialização é crescente tanto numa área quanto na outra: embora eu não disponha dos números referentes às faculdades e aos institutos de medicina, nem tampouco do número anual de formandos, pude verificar que, na Medicina, há mais de 150 cursos de mestrado e mais de 100 cursos de doutorado, avaliados pela Capes.

Quanto aos Pesquisadores, segundo dados colhidos no CNPq, há um total de 150 pesquisadores cadastrados (comparação com a Medicina: total de 2.200 pesquisadores). Outra comparação: dentre as 76 áreas do conhecimento especificadas pelo CNPq somente 15 possuem menos pesquisadores do que a área do Direito (entre estas estão, por exemplo, Economia Doméstica; Fisioterapia; Fonoaudiologia; Desenho Industrial; Engenharia de Minas; Engenharia Naval e Oceânica e Engenharia de Transportes; Teologia; Museologia; Arqueologia e Turismo), áreas que se caracterizam, todas, pelo baixo número de alunos.

Quanto às Linhas de Pesquisa, encontram-se cadastradas, na Área do Direito, 178 linhas de pesquisa — vinculando 232 pesquisadores —, todas elas desenvolvidas na Região Sudeste do país.

2. NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO:

São 20 as Faculdades de Direito, sendo 14 na capital e 6 no interior (Niterói, Petrópolis, Barra Mansa, Valença, Nova Iguaçu, Campos).

Quanto à Pós-Graduação há, no Estado do Rio de Janeiro, 3 cursos de Mestrado credenciados: PUC-Rio (instalado em 1972); Gama Filho (instalado em 1978) e UERJ (instalado em 1991). Um curso de doutorado foi “autorizado a funcionar” pela Capes, no final de 1997, o da Universidade Gama Filho. Os programas da PUC-Rio e da UERJ terão seus pedidos de autorização de funcionamento de Doutorado julgados proximamente pela Capes, embora o da UERJ já esteja em funcionamento e o da Gama Filho tenha funcionado por mais de 10 anos, independentemente de credenciamento ou de autorização.

II. IMPRESCINDIBILIDADE DO DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA NA ÁREA DO DIREITO. AS PECULIARIDADES DA ÁREA:

É preciso, inicialmente, distinguir vários tipos de raciocínio jurídico, ou melhor, as várias técnicas de expor e resolver problemas jurídicos. Ao contrário

do que se pensa comumente, não existe uma única forma de “pensar” o fenômeno jurídico (Norberto Bobbio).

A técnica do legislador que estabelece as normas é diferente da do jurista que as interpreta; a técnica do advogado que defende uma certa causa — uma certa tese jurídica — em um processo diverge da do juiz que a julga, que dá a sentença. Se na atividade do legislador prevalecem os juízos de valor (juízos políticos ou metajurídicos: Assim, por exemplo, a discussão atual que ocorre no Congresso Nacional acerca de se o adultério e a bigamia devam ainda ser considerados crimes), na atividade do advogado utiliza-se a técnica da argumentação, pois tem ele que convencer o juiz sobre a razoabilidade de sua argumentação.

Na atividade do jurista, isto é, do pesquisador da área, o raciocínio é inconfundível com os tipos expostos acima, pois se trata de uma análise que é, ao mesmo tempo, dedutiva e indutiva. Enquanto trabalha na busca da norma específica a ser aplicada ao caso concreto, o pesquisador deve analisar todo o ordenamento jurídico, em primeiro lugar, o teor da Constituição Federal, norma hierarquicamente superior deste ordenamento, que nenhuma outra pode contrariar.

Mas não somente: A norma legal é um produto cultural, parte da ciência social, e há-de ser o estudo interdisciplinar, isto é, a norma inserida na realidade social, com suas repercussões econômicas, sociológicas e éticas. “O campo do jurídico trabalha com problemas, dilemas, contradições, valores e as soluções jurídicas situam-se sempre no campo do pluralismo, das opiniões, do consenso e do dissenso” (José Eduardo Faria), em suma, da retórica e da argumentação o que não exclui o caráter científico do estudo do Direito; antes, o acentua: para evitar que vivamos em uma sociedade constituída por cidadãos “patologicamente respeitadores das leis” e que os profissionais do direito sejam, na verdade, rábulas, isto é, meros aplicadores da “letra fria” das leis, é preciso, reconhecendo o caráter cultural das normas, antes acentuado, valorizá-lo a ponto de poder examinar criticamente não apenas sua existência legal — a “validade” — mas também sua justiça (a concepção em vigor naquela determinada sociedade, naquele determinado momento histórico), sua efetividade e eficácia (isto é, se os destinatários estão, ou não, cumprindo as regras estabelecidas pelo Poder Legislativo).

Acrescente-se o fato de que as descobertas científicas sempre trouxeram objeto de estudo para a análise jurídica. Todavia, com o acelerar-se destas descobertas torna-se necessário ampliar e aprofundar a análise e a pesquisa. Assim, questões de mais alta dificuldade e de difícil investigação, do ponto de vista ético-jurídico, tais como as derivadas da procriação artificial e da engenharia genética ou aquelas que dizem respeito ao momento da morte da pessoa, para fins de transplantes, e à proteção aos direitos da personalidade (por exem-

plo: o uso obrigatório do cinto de segurança configuraria um atentado à liberdade individual? a transfusão indesejada de sangue em uma testemunha de Jeová atenta contra a liberdade religiosa? a barriga de aluguel, os embriões congelados, e tantos outros) constituem problemas trazidos pela pós-modernidade, próprios do nosso tempo, e ainda à espera de adequada elaboração científica, do ponto de vista jurídico.

III. TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DAS CAUSAS DA FRAGILIDADE DA PESQUISA ACADÊMICA NA ÁREA DO DIREITO (OU POR QUE, EMBORA A PESQUISA JURÍDICA SEJA TÃO NECESSÁRIA, ELA AINDA É TÃO INCIPIENTE?)

A) Incompreensão das agências de fomento em relação às peculiaridades da área e incompreensão dos operadores do direito no que se refere às exigências das agências financiadoras: em “palavras pobres”, o que queremos, em geral, as agências não financiam e o que elas financiam nós não precisamos.

Nós, pesquisadores da área do direito, como todos sabem, não necessitamos de laboratórios, de materiais químicos, de instrumentos, e nem mesmo de retroprojetores.... Precisamos de boa bibliografia (livros nacionais e estrangeiros e, com continuidade, de assinaturas de revistas nacionais e estrangeiras) e de pessoal (assistentes de pesquisa), significando dizer, neste passo, bolsas, muitas bolsas. A dificuldade, quanto ao pessoal qualificado para a assistência na pesquisa — com o fim de formar grupos de pesquisa —, é grande porque os jovens que o poderiam ser, logo que terminam seu curso de graduação ou o de mestrado, preferem disputar um concurso público em razão do qual, se forem aprovados, serão muito bem remunerados (defensores, promotores ganham em início de carreira cerca de R\$ 3.000,00 a 4.000,00). Precisamos fazer com que os alunos “se apaixonem” pela pesquisa já na graduação, propiciando muitas bolsas de IC, que obtenham bolsas de mestrado e de doutorado porque, se não for assim, preferirão estudar de 3 a 4 anos com vistas a passar num concurso desses.

B) A dificuldade em obter-se a titulação. Com apenas 4 doutorados credenciados no país, dois em São Paulo, um em Minas Gerais e um em Santa Catarina (e, agora, um no Rio de Janeiro, o da Universidade Gama Filho), é muito difícil formar doutores. Precisamos de doutores para formar doutores (há apenas 85 pesquisadores com Doutorado, considerados todos os ramos do Direito, cadastrados no CNPq: parece evidente, mesmo a qualquer leigo, que um Doutor em Direito Tributário não possa lecionar adequadamente Direito Penal ou Direito Civil — são cerca de 10 ramos, muito diferentes entre si).

C) O “atraso de vida” que representou o longo período de Ditadura Militar para o desenvolvimento da pesquisa jurídica. Na ausência de democracia, não

tem qualquer sentido realizar pesquisas na área jurídica. Com a existência de Tribunais de Exceção, com juízes não independentes, com uma Constituição outorgada, isto é, imposta por uma Junta Militar, não havia porque — era, inclusive, perigoso — apresentar teses jurídicas discordantes do *establishment*.

D) “Um certo individualismo” — na verdade, não precisamos trabalhar em equipe. É melhor, desejamos, mas não precisamos. Se não há retorno financeiro, mínimo que seja, acabamos preferindo a solidão entre os livros porque os pesquisadores não se dispõem a pagar de seu próprio bolso os assistentes de pesquisa. Precisamos, para o crescimento da pesquisa na área, de bolsas de iniciação científica, de apoio técnico, de mestrado, de doutorado, de pós-doutorado. Antes, porém, necessitamos da abertura de novos cursos de Pós-Graduação, onde tais bolsas possam ser usadas. A este propósito, no momento, há, em julgamento no GTC da Capes, cerca de 8 solicitações de funcionamento para Programas de Mestrado e de Doutorado em Direito, nos mais diversos ramos que, se autorizados, significarão um importantíssimo incremento, tanto qualitativo quanto quantitativo, à pesquisa na área jurídica.

CERIMÔNIA DA OUTORGA DO TÍTULO DE DOUTOR *HONORIS*
CAUSA AO PROFESSOR DOUTOR ALUÍSIO PIMENTA,
EX-MINISTRO DE ESTADO DA CULTURA E MAGNÍFICO
REITOR DA UNIVERSIDADE DO ESTADO
DE MINAS GERAIS, EM 03/09/97. DISCURSO DE
AGRADECIMENTO PROFERIDO POR ALUÍSIO PIMENTA

Perdoai-me, senhores, se ouvirdes, primeiro, a voz do coração, nesta solenidade que deve ser, toda, timbrada pela voz da inteligência e das claras razões. É que não me posso furtar às emoções que me assaltam, tão fundas e vitais, ao me dar conta da significação desta cerimônia e perceber que sou eu o centro desta magnificência, o pobre filho de um pobre prático de farmácia do interior de Minas. Do distante lugar onde nasci até este momento, aqui, como me vedes, andei aos ventos, solto no mundo. Escorado sempre pela solidariedade amorosa da família, mas sem poder contar com ela para romper a dura crosta da discriminação econômica que, até agora, até agora infelizmente, impede à maioria da juventude brasileira o preparo intelectual e técnico indispensável ao seu ingresso nos índices ativos da população nacional.

Sob esse aspecto, fui um privilegiado, quase um esperto, pois era tal o peso, como ainda acontece, da disparidade entre quem podia e quem não podia pagar para estudar, que só a argúcia um pouco astuta e obstinada de alguns jovens conseguia abrir-lhes as portas dos colégios.

Colendo Conselho Universitário,

Magnífico Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ),
professor Antônio Celso Alves Pereira, meu dileto amigo e conterrâneo,

Autoridades presentes,

Srs. diretores,

Srs. professores,

Srs. funcionários,

Minhas senhoras, Meus senhores,

Jovens alunos, lídimos representantes dos companheiros e companheiras da luta contra o regime ditatorial de 1964.

Com as palavras que inicialmente pronunciei iniciei meu discurso de posse como reitor da UFMG em 1964, um mês antes do golpe militar. Mas sejam minhas primeiras palavras de profundo agradecimento ao Conselho Universitário, ao Magnífico Reitor Antônio Celso e a toda comunidade da UERJ por proporcionar-me este dia de emoção, tão caro ao coração e ao espírito de quem completou, este ano, 52 anos de formado e 56 anos de magistério. A todos vocês o muito obrigado deste velho professor.

Estas palavras que aqui pronuncio têm para mim o sabor de um compromisso político com meu país e com nossa gente.

Nasci em Peçanha, vale do Rio Dôce, pequena mas encantadora cidade, esquecida pelos poderes públicos como sempre acontece com o interior do país mas que deixa saudades e muita gratidão.

No segundo ano de vida mudei-me com meus pais para o lugarejo São Sebastião dos Pintos onde meu pai se estabeleceu com pequena farmácia e minha mãe foi ocupar uma cadeira de professora primária. Neste lugarejo foi que minhas raízes de brasileiro, mineiro da roça, Jeca Tatú de que nos fala Monteiro Lobato, mas aí, de pé no chão firmei, ainda menino, minhas convicções democráticas e a determinação de lutar contra os regimes autoritários e contra a injustiça social que ainda hoje corrói nosso Brasil.

Aos onze anos deixei o vilarejo e enfrentando três dias a cavalo matriculei-me no Colégio Agrícola S. Francisco de Conceição do Mato Dentro, em busca do diploma ginásial. Daí voltei à minha terra natal, a Peçanha, onde havia sido fundado o ginásio local e ali terminei a quinta série ginásial. Dali dirigi-me para Belo Horizonte com a solidariedade e os ingentes esforços de meus pais para matricular-me na Faculdade de Farmácia e buscar o diploma que me permitisse substituir o velho boticário que era prático em farmácia.

Ele podia dar-me como receita-sacrifício a importância de cem mil reis. Eu deveria pagar cento e trinta mil reis de uma pensão, em casa familiar, dez de lavagem de roupa, 40 de mensalidade na faculdade e andar a pé. Comecei com uma dívida mensal acabrunhante, busquei rapidamente um emprego. O primeiro que consegui foi a de venda de títulos de capitalização. Conhecia poucas pessoas. Concentrei a oferta nos amigos. Em pouco tempo, não tinha mais amigos, todos corriam de mim e de minha ameaça de vender títulos. Deixei rapidamente o emprego. Um amigo conseguiu-me algumas aulas em um curso de admissão noturno. Começava aí minha carreira de magistério e a falência da carreira de boticário no meu querido São Sebastião dos Pintos de que falo com tanta emoção. Aí já podia pagar, em parte, os meus débitos.

Eis que surge uma surpresa. Gustavo Capanema faz a reforma do segundo grau. Retira das faculdades o curso vestibular e com a quinta série do ginásio cria os cursos clássico e científico.

Houve uma falta aguda de professores, especialmente de física, química e biologia. Os dirigentes de colégios apelaram para os alunos das escolas e faculdades que eram considerados bons alunos. Como minha distração em Belo Horizonte era estudar, fui convidado a lecionar física e química. Tinha 18 anos incompletos. Aí se consolidava a carreira de professor e a falência definitiva do boticário em potencial. Terminei o curso, fui orador da turma e preguei um susto ao reitor e à congregação da faculdade com um discurso que hoje passaria despercebido mas que naquela época, ainda da ditadura Vargas foi considerado provocador e subversivo. Quase não recebo meu diploma. Mas, mesmo assim, um professor e amigo convidou-me para assistente de química o que aceitei de imediato.

As condições do laboratório e biblioteca eram precárias. A pesquisa era praticamente inexistente. Não havia CNPQ, CAPES ou SBPC. Associei-me a colegas do Rio e São Paulo buscando saídas. Aqui havia a Faculdade Nacional de Filosofia com o velho e querido amigo Professor Barros Terra, de Química Orgânica e sua filha e assistente Alice. Em São Paulo o Professor Quintino Mingoia vindo da velha Itália perseguido pelo regime fascista e os colegas da Faculdade de Filosofia da USP, vindos da Alemanha e que traziam ares novos ao ensino e à pesquisa. Associei-me a eles em um processo de salvação. Viajava por minha conta de trem, para São Paulo. Tinha que baldear em cruzeiro e levava praticamente dois dias de viagem.

Para fazer minha tese de Docente-Livre, único mecanismo da época para conseguir o doutorado, tive que viajar contentemente, a São Paulo utilizando os poucos recursos de Professor secundário, já que, o que recebia de professor assistente na Universidade era praticamente um salário virtual.

Veio a federalização e as coisas melhoraram. Fiz o concurso para Catedrático na Farmácia e na Filosofia. Para a salvação de quem queria pesquisar, foi criado o CNPq e a CAPES, devidos aos esforços de homens como o Almirante Álvaro Alberto, Anísio Teixeira, Carlos Chagas Filho, Maurício Rocha e Silva, para citar unicamente estes para não cometer injustiças.

Consegui uma bolsa do CNPq e foi com minha esposa, também professora de Química Orgânica, para a Itália, onde se havia instalado um dos institutos de pesquisas mais importantes da Europa, o Instituto Superiore di Sanità, em Roma, onde se haviam instalado com moderníssimos equipamentos. O Professor Chaim, Prêmio Nobel pelo isolamento da penicilina e o Professor Bovet, descobridor das Sulfamidas e mais tarde também, Prêmio Nobel, por inúmeras pesquisas no campo da Química Terapêutica e dos curares. Iniciamos

com o Professor Bovet, amplo trabalho de colaboração. Minha esposa Lígia, fazia seu doutorado e eu realizava trabalhos de pós-doutorado. Voltamos ao Brasil e buscamos repartir com os colegas de Minas e de outros estados, as modernas técnicas da cromatografia, da eletroforese, das espectroscópias e das modernas sínteses orgânicas. Aí já pudemos contar com o apoio do CNPq e da CAPES. As cousas melhoravam rapidamente. Foi criada a SBPC que nos permitia encontros multidisciplinares e o intercâmbio com os colegas aqui do Rio, de São Paulo e outros Estados da Federação.

Nestas reuniões, na década de 50, começamos a discutir a reforma das Universidades Brasileiras, então Federações de Faculdades e Escolas. Isto, estrutura dificultava a pós-graduação, a pesquisa e a extensão, pois, os interesses imediatos eram a formação de profissionais liberais.

Destes embates, resultou a idéia da criação da Universidade Nacional de Brasília, UNB, gestada pela inteligência e criatividade de Anísio Teixeira e realizada pela capacidade invejável de Darcy Ribeiro.

O meio Universitário crescia em qualidade, presença acadêmica e participação política.

A queda de Getúlio, a eleição de Juscelino, e seu governo criativo, a renúncia de Jânio Quadros e a ascensão de Jango, criavam ambientes de eferescência. Os professores, em sua grande parte, com a participação dos alunos, da UNE, da JUC e da AP criavam ambiente propício para a reforma da Universidade tradicional. Neste clima, um grupo de professores, apoiado por ampla maioria do corpo docente e desceite lança minha candidatura a Reitor da então UMG, posteriormente UFMG. Fui o primeiro da lista tríplice e nomeado pelo Presidente João Goulart. Tomei posse em fevereiro de 1964. Apresentei um programa de amplas reformas na Universidade. Criação dos Institutos Centrais, criação das Faculdades de Letras, de Educação, de Ciências Geológicas, de Artes Plásticas; um Conselho de Pesquisas da Universidade, o Colégio Universitário e outras mudanças consideradas pelos militares da época idéias de comunistas. Em 31 de março, segundo alguns, ou em 1º de abril segundo outros, deu-se o golpe que instalou a ditadura. A ditadura militar que infelicitou o país por mais de 20 anos.

Recebi as pressões mais drásticas e desumanas. Mas resisti. Não nomeei a comissão de inquérito imposta pelos militares e que deveria ser presidida por um Coronel. Não permiti que os militares participassem de qualquer reunião na Universidade e que inquirissem professores, alunos ou funcionários em qualquer das premissas da Universidade.

Devido a esta resistência sofri uma intervenção militar. Três Coronéis e um Promotor Militar, por ordem do Comandante da ID4, de puseram-me do cargo de reitor. Protestei veementemente perante o então Presidente Castelo

Branco e seus Ministros. Consegui publicar meu protesto na primeira página do Correio da Manhã a Jornais de Minas.

A intervenção foi suspensa e voltei ao cargo de Reitor.

Realizamos profunda reforma na estrutura da Universidade, relatada em livro, já na 3ª edição da Editora Vozes, e de que tenho a honra de deixar uma cópia para a Biblioteca Central desta Universidade.

Ao terminar meu mandato fui convidado a ser Visiting Scholl ser por 2 anos, no Instituto de Educação da Universidade de Londres.

Ao me afastar do cargo de Reitor, deixei por escrito meu pensamento sobre a Universidade e a liberdade e que se resume no seguinte:

Em um país em vias de desenvolvimento, como o Brasil, é preciso que a universidade participe ativamente do processo de emancipação nacional. Não nos referimos apenas ao desenvolvimento tecnológico e material. A cultura, as formas devidas, as instituições e os valores de uma sociedade devem aprimorar-se através da educação livre, independente de interesses particulares.

Tais metas só podem ser obtidas com investimentos em ensino superior, uma vez que a universidade, ao contrário das demais instituições, representa a vitória do geral sobre o particular.

As universidades têm que ser abertas ao povo, capazes de expressar os interesses e não as vontades particulares. Não podem tolerar o radicalismo e os compromissos ideológicos e políticos.

Outras instituições também expressarão interesses gerais, como, por exemplo, o Estado moderno. No entanto, enquanto o Estado — totalitário e ideologicamente particularista em certas questões — ainda continua a preencher funções de caráter geral, a sobrevivência da universidade está necessariamente associada ao exercício da liberdade.

A falta de liberdade não sobrepõe apenas vontades particulares a interesses gerais, mas obsta, também, as mais altas exigências da razão. Quando são tolhidas a livre procura, a expressão e a comunicação da verdade, perverte-se a própria idéia de universidade.

O saber é, por si, algo geral, que não se prende a este ou aquele grupo. Não é monopólio ou privilégio de ninguém, de nenhuma classe, ou partido: é universal. Por isto, à universidade cumpre defender e proteger este saber contra o abuso das vontades particulares, que nele vêem apenas um instrumento de poder ou de prestígio. A universidade do saber não deve consistir em algo abstrato, porque, não sendo posse de ninguém em particular, é posse de todos.

A universidade é a consciência da comunidade. Nele, as aspirações comunitárias tomam consciência de si, descobrem sua vocação para a liberdade e a independência. Chega a ser ameaçada como instituição, toda vez que pressões

externas e interesses estranhos a submetem a fins particulares. Não pode estar ligada a ideologias ou compromissos que lhe empobrecem a missão.

Entre os valores fundamentais da universidade está sua autonomia, que traz consigo a liberdade de pesquisas e de cátedra, a ausência de qualquer tutela de ordem ideológica que venha a estreitar o horizonte do aluno, do professor, do pesquisador e, ainda que venha a mutilar sua faculdade de assimilação, de transmissão, de criação de cultura. Autonomia, que é essencial, decorre da própria natureza da universidade, como órgão criador e transmissor de cultura.

A cultura é livre por definição, ao menos se pretende ser autêntica. E esta liberdade tem como condição inarredável a autonomia e a independência dos órgãos em que reside. Eis porque não devemos, ou melhor, não podemos transigir, em algum momento. Uma ameaça qualquer se configura contra esta autonomia e, por decorrência lógica, contra a liberdade cultural.

O peso da tradição aniquila, às vezes, todo esforço no sentido de uma melhoria, no sentido do progresso. Também pode ocorrer o contrário, quando a novidade, só por ser inédita, é aceita sem crítica, mesmo que ameace destruir o próprio solo em que se enraízam os valores mais autênticos da tradição. Dir-se-ia: a sociedade deseja renovar-se, deseja vencer a si mesma. Aspira a tomar consciência de si.

A universidade tem que ser o cenário para a comunidade refletir suas contradições e, ao mesmo tempo, a vontade de conciliação que há no fundo de toda contradição.

Quando terminava meu período em Londres, fui surpreendido com minha aposentadoria compulsória pelo AIS.

Não pude voltar ao Brasil, aí se iniciava o período de dezessete anos afastado do país, da universidade, dos familiares e amigos.

Com a esposa e quatro filhos vivemos no Chile por 3 anos. Eu, trabalhando com as universidades do Chile e do Peru como funcionário do BID. Minha esposa como professora de Química Orgânica na Universidade Católica.

Do Chile fomos para os Estados Unidos onde assumi a Coordenação de projetos universitários em toda a América Latina e o Caribe, por cerca de 12 anos, colaborando em mais de 30 projetos de Educação, Ciência, Tecnologia e Cultura. Foi um período muito rico do ponto de vista intelectual e de atividade universitária, onde pude desenvolver atividades também na China, na Índia, no Japão e países da Europa, bem como ampla atividade com o sistema universitário público e privado dos Estados Unidos.

Em 1983 voltei ao Brasil a convite pessoal do amigo Tancredo Neves, eleito Governador de Minas, com quem colaborei, como Presidente da Fundação João Pinheiro.

Foi para mim momento importante. Rever meu país. Sentir, cheirar as coisas deste país que deixei querendo e voltei amando.

Revi Minas Gerais, Peçanha, São João Evangelista, São Sebastião dos Pintos e os recantos saudosos de minha meninice. Orei nas sepulturas de meus pais que faleceram quando eu estava no exílio e que os donos do poder da ditadura me impediram de assistir seus sepultamentos e prestar-lhes minhas últimas homenagens.

Revi o Rio de Janeiro, esta cidade maravilhosa onde a exuberância do mar e das montanhas tornou-a insuperável líder em beleza entre as cidades que vi em quase todo o panorama mundial.

Colaborei no projeto Tancredo Neves para a Presidência da República. Ele convidou-me para ir com ele para Brasília. O destino quis que ele não assumisse o mandato.

Convidado pelo Presidente Sarney, assumi o Ministério da Cultura em substituição ao dileto amigo e companheiro José Aparecido de Oliveira que assumia o Governo do Distrito Federal.

Dois meses após empossado, promovi um amplo seminário nacional sobre o Ministério e a cultura brasileira, seu possível conceito, sua decantada identidade, suas características e diversidades - primitivas, regionais, urbanas, seus contrastes e inter-relações de passado e modernidade, seus problemas de estrutura, produção e consumo. Reuni para isso em Brasília artistas, escritores, profissionais de comunicação e de cinema, políticos, dirigentes de entidades culturais, com o fim de, ao lado de líderes sindicais, trabalhadores do campo, professores e estudantes, integrantes de movimentos populares de religiões, mulheres, minorias sociais e etnias, trazerem ao Ministro de Estado sua visão, sua percepção, o seu contributo crítico a respeito da Pasta que se implantava e seus ramos políticos, de planejamento e atuação, em face das questões então democraticamente debatidas. Ao resultado positivo desse primeiro encontro, eu pude somar o de muitos outros realizados em várias cidades e regiões do País, onde, auctando pessoalmente comunidades de diferentes estágios de cultura, empreendi uma verdadeira releitura do Brasil, desde suas raízes e seus resíduos indígenas, seus valores de caldeamento negro, suas às vezes ainda intocadas matrizes portuguesas, seus aportes de fixação imigrante, até a síntese urbano-cosmopolita de nossos grandes centros.

Eu não queria ser um Ministro a olhar o Brasil com os olhos de Brasília, mas um Ministro capaz de ver, ouvir, sentir, aspirar fundo o odor dos muitos Brasis que somos todos nós, que somos esta nacionalidade ao mesmo tempo tropical e planetária. Redimensionando os dias e sacrificando as noites, dividindo as horas entre as tarefas da administração ministerial e o trânsito gratificante da minha releitura brasileira, eu pude percorrer todos os estados da

federação, emocionando-me com as referências de sua pujança e beleza, mas me consternando também com as suas carências e me conscientizando sempre de seus problemas sociais e culturais. E pude dizer **presente** ao Brasil de todas as nossas manifestações de cultura, ao Brasil primevo do Quarup e do Xingu, ao Brasil africano de Palmares e dos ritos do Xangô, ao Brasil exuberante do pantanal e fronteiro da Missões, ao Brasil barroco do congresso de Tiradentes e da atualidade criativa da Bienal, ao Brasil internacional dos festivais de cinema e das feiras de informática, enfim dizer **presente** ao Brasil da grande unidade na diversidade.

Depois de uma rápida passagem pelo campo da política partidária voltei à universidade. Aqui estou, reencontrando na criação da Universidade do Estado de Minas Gerais, o menino e Peçanha e São Sebastião dos Pintos, o jovem estudante de Belo Horizonte, o professor secundário e universitário o lutador para o estabelecimento da pesquisa científica no país, em prol da autonomia de nossa universidade.

Disse na época e repito hoje, que a universidade foi feita para os jovens.

Sempre me foi grato o convívio com a juventude. Desde meus tempos de estudante universitário, quando a necessidade me transformou em professor secundário, vivo e convivo com moços. Aprendi a entendê-los, a compreender seus anseios, suas atitudes, sua irreverência e não lhes tenho medo. Não prego prudência à mocidade. Seria um desastre e uma traição à natureza. Nada mais antipático e contraditório do que um jovem cauteloso. Sua antipatia vem do fato de haver penetrado usurariamente no segredo da vida, antes do tempo, medindo seus atos como um vendeiro mede o arroz ou a batata que lhe compram, roubando na balança. Um jovem é uma curta mola que se vai espichando com o uso. E a grandeza da juventude é sua gratuidade, e só esta: ignora que o uso, fatalmente, viciará a tensão da mola.

É nesta linha que estou lutando para implantar a UEMG com seus nove campus em cidades pólos de Minas Gerais e um campus em Belo Horizonte. Tem sido uma experiência riquíssima de democratização da universidade, permitindo que nela se matricule a maior proporção de estudantes das classes menos favorecidas e da etnia negra. Assumi, comigo mesmo, um compromisso que é um compromisso político e uma de minhas utopias: ampliar a presença de estudantes negros em nossa universidade e, quem sabe nas universidades do Brasil. Este é um passo fundamental para o Projeto Brasileiro e para diminuir as profundas injustiças da sociedade brasileira.

Estabelecemos em nossa universidade as Câmaras de Integração Comunitária constituídas com a presença de Prefeitos, representantes das Câmaras Municipais, das Igrejas, dos Clubes de Serviço, dos Sindicatos Patronais e operários, das lideranças dos bairros e representantes dos pais. Estas câmaras

têm representado uma contribuição excepcional para o desenvolvimento da pesquisa de interesse regional, para a extensão regional e parceria com o empresariado e os municípios da região.

Sr. Reitor, srs. professores, minhas senhoras, meus senhores, tenho assistido pelas televisões, ouvido pelo rádio e lido nos jornais, muitas críticas, muitas vezes ferinas às universidades Públicas Brasileiras. Quero neste final de reflexão que já se torna longa, discordar deste comportamento. Não o faço gratuitamente.

Nos dezessete anos que passei fora do Brasil, imposto pela ditadura, tive a oportunidade de debruçar-me e estudar as universidades nos Estados Unidos, no Canadá, na Europa, na China, na Índia e no Japão, onde também fui professor visitante. A universidade Pública Brasileira nada tem a se envergonhar. Ao contrário, em cerca de 30 anos evoluiu, o que é ímpar no mundo, de uma federação de escolas e faculdades para um conjunto de universidades públicas que honram o país.

A pesquisa universitária era praticamente inexistente na década dos 50 é hoje expressiva em todos os campos do saber.

Há 40 anos não havia, praticamente, corpo docente com mestrado e doutorado nas universidades brasileiras. Hoje nossas universidades públicas, incluindo a UERJ, contam com um corpo docente comparável às boas universidades dos Estados Unidos e da Europa. Isto não foi obtido por milagre ou magia, mas por uma luta denodada contra a incompreensão e a burocracia.

Hoje virou moda internacional e nacional, atacar as universidades públicas, distorcendo estatísticas e citando notícias falaciosas.

Pensam estarem defendendo o ensino básico ao atacar as universidades. Ledo engano, o ensino fundamental é importantíssimo, como o é o Ensino Infantil que recebeu carta de Alforria com a LDB, a nova Lei Darcy Ribeiro. Mas eu não conheço lugar algum do mundo que tenha bom ensino do primeiro ou segundo graus sem boas universidades.

Ademais, como enfrentar a revolução tecnológica, a revolução das comunicações, a mundialização, a globalização e evitar a planetarização sem boas universidades. A quarta onda, está aqui. Somente universidades autônomas, livres, e brasileiras nos permitirão retirar a etiqueta de subdesenvolvidos que nos cunham lá fora. De minha parte estou com as universidades públicas brasileiras, elas merecem meu respeito e minha admiração.

Finalmente, ao terminar estas palavras permitam-me compartilhar este momento de emoção com minha família que me acompanhou estes 17 anos de ausência do Brasil. Aos filhos que realizaram seus estudos, um deles desde o curso primário no exterior. Aos netinhos, meus filhinhos com açúcar. A minha mulher, companheira em todas as horas. Nos laboratórios, no trabalho, no lar. A ela transiro boa parte desta homenagem. Em nossos 47 anos de casados

permanecemos, agora, como namorados apaixonados, um pelo outro, como em nosso tempo de juventude universitária.

Sr. Reitor, minhas senhoras e meus senhores, um velho monsenhor de minha terra, já claudicante pela idade avançada, em suas homilias, repetia o pensamento de grande pensador da cultura universal: “Há momentos na vida do homem em que qualquer que seja a posição do corpo a alma se encontra sempre de joelhos”.

Este é meu caso neste momento.

Que Deus lhes pague. Muito obrigado UERJ, muito obrigado Conselho Universitário, meu grande abraço Reitor Antônio Celso.

Que Deus lhes abençoe.

SOLEINIDADE DE PREMIAÇÃO REFERENTE AO PRÊMIO
NACIONAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL DE 1997.
DISCURSO DE AGRADECIMENTO PROFERIDO POR FLÁVIO
GALDINO* NO CONSELHO FEDERAL DA
OAB-BRASÍLIA-DF, EM 18/08/97

SENHOR PRESIDENTE,
SENHORES CONSELHEIROS,
SENHORAS E SENHORES,

Em momento de tão grande alegria, encontro-me em delicada situação. Com efeito, se por um lado temo tornar-me um estorvo, ocupando o valioso tempo daqueles que me concederam, generosamente, este prêmio imerecido; de outro, não me posso furtar ao dever supremo de agradecer àqueles que colaboraram para que o recebesse, pena de expiar o remorso da mais grave das faltas, que jamais resta impune: a ingratidão. Permitam, Senhores, evitar tal expiação.

Dedico este prêmio, como tudo o mais, A MEUS PAIS. Dos primeiros estudos, até galgar os umbrais do Bacharelado, tive sempre o seu sólido e incondicional apoio. A firmeza de caráter, a nobreza de espírito, a intransigência com os valores fundamentais, a lealdade, a dignidade, a orientação intelectual segura, e, principalmente, a orientação moral e espiritual, tudo devo a eles. Se recebo este prêmio, não é sozinho. Torna-se duvidosa a dedicatória, eis que são co-autores. Seja como for, é com amor que dedico!

Sou grato aos meus colegas e Mestres da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — escola que se tornou casa, dever que se tornou prazer. Mestres incansáveis na labuta de aprender e na arte de ensinar, que despertaram em mim e em tantos outros, e tantas outras gerações o gosto pelo saber e pelo Direito. Mestres do passado e do presente, que escavaram a

* Aluno da Faculdade de Direito da UERJ.

rocha bruta e ergueram a pedra fundamental de nossa Casa. Com o perdão pelas inevitáveis omissões, ecoam na memória os nomes de Aliomar Baleeiro, Espínola, Matos Peixoto, Roberto Lyra, Caio Tácito e José Carlos Barbosa Moreira. Este último de quem possuo a honra de ser ex-aluno, eterno aluno. Das cátedras por eles ocupadas, emana luz por eles deixada, que ilumina as mentes e as veredas dos novos mestres.

Destaca-se a figura do Professor Ricardo César Pereira Lira, que para inveja de alguns, não precisa disputar reeleição, é Decano. Decano de direito, de fato, e por justiça. Seu amor e dedicação pela Casa e pela Causa emocionam e contagiam, e constituem fonte imorredoura de vigor para perseverarmos. na pessoa do Professor Pereira Lira, de quem não tive a ventura de ser aluno de Direito, mas que é, acima de tudo, Mestre da vida, agradeço a todos os meus Mestres.

Sou grato, outrossim, à Ordem dos Advogados do Brasil.

É de se tecer loas ao Conselho Federal pela iniciativa de promover concursos desta natureza. Com a ressalva talvez do premiado que vos fala, tratou-se de sertame sério e de organização impecável. O tema — A OAB e o ensino jurídico, a seu turno, não poderia ser mais oportuno.

Num momento conturbado, em que as elites dominantes parecem esquecer de que lidam com a coisa pública e a utilizam para a satisfação de interesses outros. Num momento em que medidas executivas, nada provisórias, desprovidas de legitimidade começam a colocar em risco as instituições democráticas, a Ordem não se tem silenciado, e continua como dantes, na vanguarda dos que lutam pela democracia e pela liberdade.

Democracia e liberdade que só podem ser produto de uma sociedade onde se possa construir um saber crítico. E o saber jurídico crítico só pode ser construído através do debate constante entre a sociedade e a Universidade. A Ordem há de capitanear a sociedade neste processo.

A Ordem, que não é instituição de ensino, cumpre, assim, a parcela que lhe cabe nesta construção. O recenseamento e avaliação das escolas, a produção de estudos, o Exame de Ordem, e por que não? a promoção de concursos desta espécie desincumbe a Ordem, com louvor de suas funções. É de se louvar e parabenizar, augurando que novas iniciativas povoem o porvir próximo.

Permita, Senhor Presidente, expressar, ainda uma vez, minha mais profunda gratidão à Ordem dos Advogados do Brasil, e a este seu Conselho Federal, pela distinção com que ora me honra.

Sou-lhes, a todos, muito grato.

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